

Pasi Pölönen

HENKILÖTODISTELU RIKOSPROSESSISSA

HENKILÖTODISTELU RIKOSPROSESSISSA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 236

Pasi Pölönen

Henkilötodistelu rikosprosessissa

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi pienessä juhlasalissa 14. päivänä helmikuuta 2003 kello 12.

WITH AN ENGLISH SUMMARY

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-544-8

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Pasi Pölönen

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-203-7

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2003

Alkusanat

Prof. *Erkki Havansin* yhteydenotto kesken työntäyteistä – mm. rikosprosessi- ja maakaariuudistuksen värittämää auskultointivuotta – varmisti sen, että päätin jatkaa oikeustieteellisiä 'ponnisteluitani' aina väitöskirjaan saakka. Tämän tutkimuksen aloitin sikäli alkupisteestä, etten nimenomaisesti jatkanut lisensiaattitutkimuksessani käsiteltyjen teemojen kehittelyä, vaan siirryin kokonaan uuteen aihepiiriin, joka oli alkanut kiinnittää mieltäni käräjäoikeudessa työskennellessäni. Nelivuotinen paneutuminen väitöskirjaan osoittautui laajaksi ja vaativaksi hankkeeksi, joskin samalla oppimis- ja kirjoittamisprosessina kasvattavaksi ja erittäin antoisaksi.

Väitöskirjatutkimus on ensisijaisesti akateeminen suoritus ja opinnäyte, mikä luonnollisesti asettaa tutkimukselle tietyt sisällölliset ja rakenteelliset vaatimuksensa. Yleensä väitöskirjalla myös tavoitellaan tieteelliseen keskusteluun osallistumista, ehkäpä jotain 'uuttakin' keskusteluun tuoden. Näkökulma ei voi olla ainakaan korostuneen käsikirjamainen. Oikeustieteellisen tutkimuksen käytännöllistä sovellettavuutta voidaan silti joka tapauksessa pitää – aiheesta riippuen enemmän tai vähemmän – toivottavana sivutavoitteena. Oman tutkimusteeman ollessa otsikoltaan hyvin 'konkreettinen', olen pyrkinyt mm. kysymyksenasetteluissa ja sisällöllisissä valinnoissa pitämään mielessäni myös sen näkökulman, että tutkimus voisi mahdollisimman hyvin palvella käytännöllisenkin oikeuselämän tarpeita.

Moni itselleni uusi ajatus, tieto ja näkökulma on matkan varrella tarttunut mukaan oikeustieteen tutkijakoulun Oikeus muuttuvassa yhteiskunnassa (OMY:n) seminaareista samoin kuin Helsingin yliopiston prosessioikeuden jatkokoulutusseminaarin tilaisuuksista. Luonnollisesti suuri merkitys on ollut myös vapaamuotoisilla keskusteluilla rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleis-tieteiden laitoksen väen ja tutkijakoulukollegoiden kanssa. Merkitystä tutkimukselle on ollut lisäksi Helsingin yliopiston Vantaan täydennyskoulutuslaitoksen todistajanpsykologian koulutuskursseilla saamistani opetuskokemuksista ja opeista, vaikka loppujen lopuksi näkyvä todistajanpsykologinen painotus tässä työssä jäikin varsin suppeaksi. Vaikutuksia työhön on välittynyt myös eduskunnan oikeusasiamiehen kanslian esittelijän työstä sekä mm. valtakunnansyyttäjänviraston, oikeusministeriön, poliisikoulun, Rovaniemen hovioikeuden sekä Helsingin käräjäoikeuden kursseilla esittämistäni ajatuksistani saamasta palautteesta. Usea käytännöllinen huomio ja näkökulma tutkimuksessa on nimenomaan aktiivisen kurssipalautteen esille nostama.

Työnohjaajanani prof. *Dan Frände* on ollut minulle kannustava hahmo aina opiskeluaikani alusta lähtien. Hänen vaikutuksellaan oli ratkaiseva merkitys

sille, että alun perin suuntauduin akateemiseen tutkimustyöhön. Myös nyt väitöskirjaprosessin aikana saatoin aina luottaa hänen apuunsa. Hänen antama seikkaperäinen palaute on merkittävästi edesauttanut käsillä olevan väitöskirjan lopullista muotoutumista. Erityisesti häntä tahdonkin muistaa tässä vaiheessa, kun työ on ajallaan valmistunut. Esitarkastajan tehtävistä ovat vaivannäköä kaihtamatta vastanneet prof. *Antti Jokela* ja prof. *Juha Lappalainen*, joilta saamani palaute on edesauttanut erityisesti tekstin luettavuutta, usean kysymyksen parempaa jäsentämistä ja myös käsikirjoituksen rakenteellisia valintoja. Prof. Jokela on myös ystävällisesti lupautunut väitöskirjan vastaväittäjäksi. Lämpimät kiitokseni molemmille. Kiitollinen olen myös yhteistyöstä prof. *Jyrki Virolaisen* kanssa Rikosprosessioikeus I -teoksen toisen painoksen parissa, joka johti myös tämän tutkimuksen puitteissa useisiin tarkistuksiin. Kannustusta ja arvokkaita kommentteja käsikirjoitukseeni olen saanut lisäksi prof. *Veli-Pekka Viljaselta*, johtavalta kihlakunnansyyttäjältä, OTT *Matti Tolvaselta*, OTK, LL.M. *Juha Lavapuroilta*, OTK, VT *Juha Sihdolta*, asianajaja *Markku Fredmanilta*, käräjätuomari *Hannu Räsäseltä* sekä käräjätuomari *Lasse Syrjäselältä*. Kiitokseni tahdon lausua vielä *Ulrike Kleinille* hänen kanssaan käymistäni antoisista keskusteluista sekä hänen tarjoamastaan avusta saksankielisen aineiston keruussa.

Taloudellista tukea väitöskirjan kirjoittamistyöhön olen saanut Helsingin yliopiston oikeustieteelliseltä tiedekunnalta nuoren tutkijan apurahan muodossa. Tämän jälkeen tutkijan pääasiallisesta materiaalisesta toimeentulosta on osaltani ilokseni vastannut OMY. Myös Maaliskuun 25. päivän säätiö sekä Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiö ovat tukeneet tutkimustyötäni apurahoin. Suomen Akatemian myöntämän DAAD-apurahan turvin pääsin kahteen otteeseen syventämään tutkimustyötä Regensburgin yliopistoon Saksaan. Idean ja alkusysäyksen tähän tutkimuksen kannalta erityisen hedelmälliseen prosessiin antoi prof. *Raimo Lahti*, ja hanketta tuki ystävällisesti prof. *Friedrich-Christian Schroeder* 'vastaanottavasta' yliopistosta.

Tutkijakoulun johtajat prof. *Ari-Matti Nuutila* ja prof. *Juha Pöyhönen* sekä kaikki tutkijakoulukollegani ovat tehneet jatkotutkintoajasta monipuolisen ja usein myös hauskan ajanjakson. Valtaosa oikeustiedettä harjoittavan tutkijan työstä koostuu tietenkin varsin yksinäisestä puurtamisesta lähdeaineiston parissa. Onneksi väitöskirjaakaan valmistelevalle tutkijalle elämä ei sentään välttämättä täysin rajoitu pelkästään työhuoneeseen, kirjastoon tai näyttöpöydän ääreen. Kollegoistani tahdon erityisesti mainita OTK *Sanntu Turusen*, joka on ollut ulkomailla vietettyjen tutkimuskausien aikana sekä muutenkin väittelyaikana ystävänä ja tukena akateemisissa yrityksissäni. Hänelle kuten kaikille muillekin edellä mainituille henkilöille ja tahoille tahdon esittää lämpimän kiitokseni saamastani tuesta.

Kansainvälisen talousoikeuden instituutin KATTI:n ja sen kirjaston henkilökunta (erityisesti tietopalvelupäällikkö *Gunilla Häkli*) ovat tarjonneet arvokasta

apua aineiston hankinnassa ja useissa käytännöllisissä asioissa. Käsillä olevan kirjan kustannuksesta on vastannut Suomalainen Lakimiesyhdistys perinteikkäässä A-sarjassaan. Painatuksesta on huolehtinut Gummeruksen kirjapaino. Jakson 3.2.3 kuvan on ystävällisesti laatinut FM *Risto Kauppinen*. Englanninkielisen tiivistelmän kielentarkistuksen on suorittanut *Gordon Henderson*.

Viimein tahdon muistaa vanhempiani ja perhettäni, joilta saamani monipuolinen ja pyyteetön tuki on korvaamattomalla tavalla auttanut ja helpottanut paitsi ”maalin saavuttamista”, myös ja ennen kaikkea matkaa sinne. Kiitos Teille.

Käsitöiden tekeminen olen toimittanut kirjapainoon 5.12.2002, minkä jälkeen julkaistua säädös- ym. materiaalia en ole ottanut huomioon.

Porthaniassa 5.12.2002

Pasi Pölönen

Sisällys

ALKUSANAT	V
SISÄLLYS	IX
LÄHTEET	XV
LYHENTEET	XXXIII
 1 JOHDANTO	 1
1.1 Tutkimustehtävä	1
1.1.1 Tutkimusaiheen valinnasta	1
1.1.2 Tehtävänasettelu ja aiheen rajausta	2
1.2 Tutkimuksen toteuttaminen	6
1.2.1 Oikeuslähteet	6
1.2.2 Tutkimusmetodi	9
1.3 Tutkimuksen rakenne	14
 2 RIKOSPROSESSIN TEHTÄVÄT JA RIKOSPROSESSUAALISET PERIAATTEET	 17
2.1 Tarkastelun lähtökohtia	17
2.2 Rikosprosessin tehtävät ja tavoitteet	18
2.2.1 Rikosprosessin tehtävät ja tuomarin rooli	18
2.2.2 Rikosprosessin tavoitteet: tarkoituksenmukainen rikosvastuun toteutuminen	28
2.2.3 Rikosprosessin tavoitteet: oikeudenmukaisuus	32
2.3 Rikosprosessuaaliset oikeusperiaatteet	34
2.3.1 Oikeusperiaatteiden luokittelu	34
2.3.2 Sääntöjen ja periaatteiden välinen suhde	39
2.3.3 Menettelyperiaatteet	46
2.3.3.1 Oikeudenkäynnin ulkoinen kulku: suullisuus-, välittömyys- ja keskityspäriate	48
2.3.3.2 Rooliperiaatteet: virallis-, määräämis-, tutkinta- ja käsittelyperiaate	51
2.3.4 Ratkaisuperiaatteet	56
2.4 Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus	58
2.4.1 Prosessuaaliset perus- ja ihmisoikeudet	59
2.4.2 Menettelysäännösten perusoikeusmyönteinen tulkinta	70
2.4.3 Erityisesti kontradiktorisuudesta	82

3	RIKOKSEN SELVITTÄMISVASTUU JA TODISTUSHARKINTA ...	99
3.1	Terminologisia täsmennyksiä	99
3.1.1	Todistelusta ja oikeudenkäynnin subjekteista	100
3.1.2	Todistusoikeuden peruskäsitteitä	103
3.1.3	Kokemussäännöistä	117
3.2	Todistelun määrä ja laatu	122
3.2.1	Selvittämistaakka	123
3.2.2	Selvittämiskynnys ja näytön kattavuus	125
3.2.3	Selvittämiskynnyksen ja näyttökynnyksen välinen suhde ...	129
3.3	Todistustaakka ja näyttökynnys	132
3.3.1	Syytesidonnaisuus ja todistustaakka rikosasioissa	133
3.3.2	Näyttökynnys ja sen suhde eräisiin lähikäsitteisiin	139
3.3.3	Konkreettinen näyttökynnys	140
3.4	Todistusharkinnasta	143
3.4.1	Vapaaista todistusharkinnasta	144
3.4.2	Subsumptiosta todistusharkinnassa	147
3.4.3	Todistusteorioista	150
3.4.3.1	Teemametodi ja todistusarvometodi	150
3.4.3.2	Frekvenssiteorioiden vertailua	154
3.5	Hypoteesimalli	158
3.5.1	Yleistä hypoteesimallista	158
3.5.2	Lähemmin hypoteesimallin soveltamisesta	162
4	TODISTAMIS- JA HYÖDYNTÄMISKIELLOT HENKILÖ- TODISTELUSSA	181
4.1	Todistamiskielto	181
4.1.1	Todistamiskieltojen jaottelu	182
4.1.2	Todistamiskielto henkilötodistelussa ja reaalitodistelussa	189
4.1.3	Todistamiskieltojen absoluuttisuus ja relatiivisuus	192
4.1.4	Todistamiskieltojen adressaatit	195
4.1.5	Todistamiskieltojen asettaminen ja tulkinta	195
4.1.6	Todistamiskieltojen suojeluintressit	197
4.2	Hyödyntämiskielto	205
4.2.1	Käsite ja lähtökohdat	205
4.2.2	Hyödyntämiskieltoteorioista ja ratkaisumalleista	214
4.2.3	Perusoikeusmyönteinen punninta ratkaisumallina	219
4.2.4	Todistamiskielto lain säännöksissä	228
4.2.5	Rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimus ja hyödyntämiskielto-olettama	232
4.2.6	Hyödyntämiskieltojen punnintamallin soveltamisesta	237
4.3	Hyödyntämiskielto henkilötodistelussa	245

4.3.1	Esitutkintapöytäkirjan kielletty sisältö	246
4.3.2	Syytetyn esitutkintakertomuksen hyödyntämiskelpoisuus ..	250
4.3.3	Lähiomaissuojaan perustuva hyödyntämiskielto	263
4.3.3.1	Lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeus	264
4.3.3.2	Lähiomaisen totuusvelvollisuus ja itse- ja läheiskriminointisuoja	280
4.3.3.3	Pääkäsittelystä poissa olevan lähiomaissuoja	288
4.3.3.4	Lähiomaissuojan vaikutus muulle todistelulle	289
4.3.4	Lähiomais-kanssasyytetyn esitutkintakertomuksen hyödyntäminen	292
4.3.5	OK 17:18.2:n rikoskumppaneiden kuulustelu todistelutarkoituksessa	295
4.3.6	Tuomioistuinkuulustelun virheellisyyteen perustuva hyödyntämiskielto?	306
4.3.7	Hyödyntämiskielto yksityishenkilön menettelystä?	312
4.3.8	Etäisvaikutus	315
4.3.9	Hyödyntämiskielto viran puolesta vai puolustuksen väitteestä?	320
4.4	Kootusti hyödyntämiskielloista	323
5	ESITUTKINNAN JA ASIANOSAISTEN ROOLIASEMIEN MERKITYS VUOROKUULUSTELULLE	329
5.1	Esitutkinta vuorokuulustelun pohjana	329
5.1.1	Yleistä esitutkintakuulusteluista	329
5.1.2	Menettely alustavassa puhuttelussa ja esitutkintakuulustelussa	333
5.1.3	Puolustusasianajaja esitutkinnassa	336
5.1.4	Kuulustelun kirjaaminen	339
5.1.5	Esitutkintamateriaaliin tutustuminen tuomioistuimessa	345
5.2	Vuorokuulustelujärjestelmän arviointia	350
5.2.1	Pääsääntöinen kuulustelujärjestys tuomioistuimessa	350
5.2.2	Nykyisen ja vanhan kuulustelujärjestelmän vertailua	364
5.2.2.1	Vanhasta kuulustelujärjestelmästä	364
5.2.2.2	Uudesta vuorokuulustelujärjestelmästä	367
5.3	Kuulustelua suorittavien asianosaisten rooli	371
5.3.1	Syyttäjän rooli	372
5.3.2	Puolustusasianajajan rooli	376
6	TUOMIOISTUIMEN PROSESSINJOHTO HENKILÖ-TODISTELUSSA	393
6.1	Yleistä prosessinjohdosta	393
6.1.1	Prosessinjohton akkusatorinen lähtökohta	393

6.1.2	Materiaalinen ja muodollinen prosessinjohto	396
6.1.3	Päätöksenteko asianosaisten todistealoitteista	401
6.1.4	Puheenjohtajan prosessinjohtovelvollisuudet ennen todistajan kuulemistä	403
6.2	Materiaalinen prosessinjohto todistajankuulustelun aikana	406
6.2.1	Kysymysten jaottelutapoja	407
6.2.2	Tuomioistuimen kuulustelullinen rooli	412
6.2.3	Tuomioistuimen kuulusteluja kontrolloivat tehtävät	424
6.2.3.1	Johdattlevien kysymysten käyttö	424
6.2.3.2	Jo selvitettyä seikkaa koskevan kysymyksen torjuminen	436
6.2.3.3	Asiaan kuulumattomat, eksyttävät ja sopimattomat kysymykset	437
6.2.4	Tuomioistuimen puuttumisen muoto	446
7	VUOROKUULUSTELU ASIANOSAISTEN NÄKÖKULMASTA	449
7.1	Todistajan tehtävät	449
7.2	Oikeudenkäyntiargumenttien kehittäminen	455
7.2.1	Esitutkinta-aineistoon tutustuminen	455
7.2.2	Argumentaation (oman juttuteorian) kehittäminen	458
7.2.3	Kiistettyjä seikkoja koskevan argumentaation valmistelu	466
7.2.4	Vastapuolen argumentaatioon valmistautuminen	467
7.3	Käytännölliset toimet kuulusteluun valmistautumisessa	469
7.4	Asiasittely	481
7.5	Pääkuulustelu asianosaisnäkökulmasta	485
7.5.1	Pääkuulustelun tarkoitus	486
7.5.2	Vapaa kerronta	492
7.5.3	Kysymykset pääkuulustelussa ja kuulustelujärjestys	497
7.5.4	Syytetyn pääkuulustelu	504
7.5.5	Asianomistajan pääkuulustelu	505
7.5.6	Todistajan pääkuulustelu	508
7.5.7	Vihamielinen todistaja	509
7.6	Vastakuulustelu asianosaisnäkökulmasta	511
7.6.1	Vastakuulustelun tarkoitus	511
7.6.2	Vastakuulustelustrategioista ja -taktiikoista	519
7.6.3	Vastakuulustelun suorittaminen	527
7.6.3.1	Yleistä vastakuulustelumetodeista	527
7.6.3.2	Konstruktiiivinen vastakuulustelu	535
7.6.3.3	Destruktiivinen vastakuulustelu	541
7.6.4	Asiaan liittyviä erityiskysymyksiä	558
7.6.4.1	Rikostyyppin vaikutus vastakuulusteluun	558

7.6.4.2	Tunnistamisen kyseenalaistaminen vastakuulustelussa	559
7.6.4.3	Aihetodisteet, reaalityodisteet ja esitutkinta- pöytäkirja vastakuulustelussa	566
7.6.4.4	Alibitodistelu	571
7.6.5	Henkilöön liittyviä erityiskysymyksiä	572
7.6.5.1	Puolustuksen suorittama vastakuulustelu	572
7.6.5.2	Syyttäjän suorittama vastakuulustelu	577
7.6.6	Asiantuntijoiden (vasta)kuulustelu	580
7.7	Uudelleenkuulustelu	585
7.8	Loppulausunnot	591
8	KOKOAVIA HUOMIOITA	597
	ENGLISH SUMMARY	601
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	611
	ASIAHAKEMISTO	613

Lähteet

- Aalto 1967*: Jorma S. Aalto, Syytetyn totuusvelvollisuuden kehityksestä. LM 1967 s. 8–21.
- Aarnio 1971*: Aulis Aarnio, Oikeudellisen ajattelun perusteista. Vammala 1971.
- Aarnio 1982*: Aulis Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Helsinki 1982.
- Aarnio 1998*: Aulis Aarnio, On Rules and Principles. Teoksessa *Van Aerschot, Paul – Ilveskivi, Paula – Piispanen, Kirsi* (toim.): Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos. Helsinki 1998 s. 83–96.
- Aarnio 2001*: Aulis Aarnio, Retoriikan jalanjäljillä. Teoksessa Pohjois-Suomen tuomarikoulun julkaisuja 1–2/2001. Rovaniemi 2001 s. 7–40.
- Aarnio 2002a*: Aulis Aarnio, Jäykkyyttä vai joustoa – vai ko molempia? Teoksessa Pohjois-Suomen tuomarikoulun julkaisuja 1/2002. Yrjö Korhonen 70 v juhla-kirja. Rovaniemi 2002 s. 43–63.
- Aarnio 2002b*: Aulis Aarnio, Uusi varallisuus-oikeus – vai vanha? LM 2002 s. 515–534.
- Alexy 1995*: Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie. Suhrkamp. Frankfurt am Main 1995.
- Anttila – Törnudd 1983*: Inkeri Anttila – Patrik Törnudd, Kriminologia ja kriminaalipolitiikka. Juva 1983.
- Blank 1997*: Hartmut Blank, Wie kann der Einfluß falscher Zusatzinformationen in Zeugenbefragungen minimiert werden? Teoksessa *Greuel, Luise – Fabian, Thomas – Stadler, Michael* (toim.): Psychologie der Zeugenaussage. Ergebnisse der rechtspsychologischen Forschung. Beltz Psychologie Verlags Union. Weinheim 1997 s. 177–187.
- Bolding 1989*: Per Olof Bolding, Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen. Stockholm 1989.
- Breithaupt 1962*: Walter Breithaupt, Die Verhandlungsleitung im Strafprozeß. DRiZ 1962 s. 47–48.
- Brusiin 1938*: Otto Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
- Buckner 1962*: Emory R. Buckner, Comments on the “Uses and Abuses” of Cross-Examination. Teoksessa *Wellman, Francis L.*: The Art of Cross-Examination. With the Cross-examinations of important witnesses in some celebrated cases. Fourth Edition, Revised and Enlarged. Collier Macmillan Publishers. First Collier Books Edition 1962 s. 216–218.
- Choo 1996*: Andrew L.-T. Choo, Hearsay and Confrontation in Criminal Trials. Clarendon Press. Oxford 1996.
- Christianson 1996*: Sven Åke Christianson, Våldsbrott och vittnesmål: minnesteoretiska aspekter. Teoksessa *Christianson, Sven-Åke* (red.): Rättsspsykologi. Den forensiska psykologin i Sverige. En kunskapsöversikt. Natur och kultur. Borås 1996 s. 136–169.
- Christianson 1997*: Sven-Åke Christianson, On emotional stress and memory: We need to recognize threatening situations and we need to “forget” unpleasant experiences. Teoksessa *Greuel, Luise – Fabian, Thomas – Stadler, Michael* (toim.): Psychologie der Zeugenaussage. Ergebnisse der rechtspsychologischen Forschung. Beltz Psychologie Verlags Union. Weinheim 1997 s. 33–46.
- Clayton – Tomlinson 2001*: Richard Clayton – Hugh Tomlinson, Fair Trial Rights. Oxford University Press. Chippenham 2001.

- Clifford 1979*: Brian Clifford, Eyewitness Testimony: The Bridging of a Credibility Gap. Teoksessa *Farrington, David P. – Hawkins, Keith – Lloyd-Bostock, Sally M.* (toim.): Psychology, law and legal processes. Billing & Sons Limited. London 1979 s. 167–183.
- Coester-Waltjen 2000*: Dagmar Coester-Waltjen, Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts. ZZZ 113. Band, Heft 3, 2000 s. 269–294.
- Dahs 1983*: Hans Dahs, Handbuch des Strafverteidigers. 5. neuarbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln 1983.
- Dalakouras 1988*: Theoharis Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechtsproblematik sowie des griechischen Rechts. Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- Davies 1999*: Graham Davies, Contamination of witness memory. Teoksessa *Heaton-Armstrong, Anthony – Shepherd, Eric – Wolchover, David* (toim.): Analysing Witness Testimony: a Guide for Legal Practitioners and other Professionals. Blackstone Press Limited, London 1999 s. 19–30.
- de Godzinsky 2000*: Virve-Maria de Godzinsky, Tietoa uudesta rikosasioiden oikeudenkäynnistä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 47. Helsinki 2000.
- Dencker 1977*: Friedrich Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten. Carl Heymans Verlag KG. Limburg 1977.
- Diesen 1993*: Christian Diesen, Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål. Juristförlaget. Stockholm 1993.
- Diesen 1996*: Christian Diesen, Förhörsteknik. Teoksessa *Diesen, Christian* (toim.): Förhör. Juristförlaget. Stockholm 1996 s. 173–291.
- Diesen 1997*: Christian Diesen, Grunderna för bevisvärdering. Teoksessa *Diesen, Christian – Björkman, Johanna – Forssman, Fredrik – Jonsson, Peter*: Bevis. Värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enstaka bevis. Norstedts Juridik AB. Stockholm 1997 s. 13–81.
- Diesen 2000*: Christian Diesen, Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys. Metodlikheter och metodskillnader. JFT 1999–2000:2 s. 298–311.
- Diesen ym. 2000*: Christian Diesen – Hans Brun – Thomas Olsson, Bevispraxis. Bevis 5. Svensk bevispraxis 1948–1999. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000.
- Du Cann 1993*: Richard Du Cann, The Art of the Advocate. Revised edition. Penguin books. Clays Ltd, St Ives plc 1993.
- Durkheim 1990*: Émile Durkheim, Sosiaalisesta työnjaosta. Helsinki 1990.
- Döhring 1964*: Erich Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess. Beweiserhebung und Beweiswürdigung. Duncker & Humblot. Berlin 1964.
- Ebervall 2002*: Lena Ebervall, Försvarens roll. Ideologier och gällande rätt. Doktorsavhandling i rättsvetenskap. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2002.
- Edelstam 1991*: Henrik Edelstam, Sakkunnigbeviset. En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet. Iustus. Göteborg 1991.
- Eggleston 1978*: Richard Eggleston, Evidence, proof and probability. Weinfeld and Nicolson. London 1978.
- Eisenberg 1993*: Ulrich Eisenberg, Persönliche Beweismittel in der StPO. Eine kommentierende Erläuterung der Vorschriften zum Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 1993.
- Eisenberg 1999*: Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar. 3., vollständig überarbeitete und verschiedentlich erweiterte Auflage. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 1999.
- Ekelöf 1956*: Per Olof Ekelöf, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Norstedt & Söners. Stockholm 1956.

- Ekelöf 1994:* Per Olof Ekelöf, Rättegång. Femte häftet. Sjätte, omarbetade upplagan. Norstedts Juridik. Lund 1994.
- Ekelöf – Boman 1992:* Per Olof Ekelöf – Robert Boman, Rättegång. Fjärde häftet. Sjätte, omarbetade upplagan. Norstedts Juridik. Stockholm 1992.
- Ekelöf – Boman 1994:* Per Olof Ekelöf – Robert Boman, Rättegång. Första häftet. Sjunde upplagan. Norstedts Juridik. Lund 1994.
- Ellilä 1949:* Tauno Ellilä, Liike-elämä ja uusi todistusoikeus. K. H. T. Vuosikirja 1949 s. 10–32. Helsinki 1949.
- Ellonen ym. 1996:* Erkki Ellonen – Eija Karstinen – Veli-Eino Nykänen, Kuulustelutaktiikka. Sisäasiainministeriön poliisiosasto. Poliisin oppikirjasarja. Helsinki 1996.
- Engisch 1977:* Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken. 7., neu bearbeitete Auflage. Verlag W. Kohlhammer GmbH. Kohlhammer 1977.
- Ervasti 2002:* Kaijus Ervasti, Lainkäytön funktiot. LM 2002 s. 47–72.
- Ervo 1996:* Laura Ervo, Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät. Tampere 1996.
- Ervo 1998:* Laura Ervo, Asianosaisten roolikehitys uudistuneessa rikosprosessissa. Teoksessa *Björne, Lars – Kumpulainen, Anne – Saarnilehto, Ari – Tuomisto, Jarmo – Ämmälä, Tuula* (toim.): Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A. Juhlajulkaisu N:o 7. Turku 1998 s. 47–57.
- Ervo 1999:* Laura Ervo, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja. DL 1999 s. 566–576.
- Ervo 2000:* Laura Ervo, Oikeustapauskommentti KKO 2000:71. LM 2000 s. 980–996.
- Ervo 2001a:* Laura Ervo, Pappi todistajana. LM 2001 s. 407–433.
- Ervo 2001b:* Laura Ervo, Materiaalinen prosessinjohto rikosprosessissa ja menettelyn diskursiivisuus. Teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisu N:o 10. Turku 2001 s. 25–43.
- Ervo 2002:* Laura Ervo, Oikeustapauskommentti EIT 21.3.2002 Nikula-tapaus. LM 2002 s. 810–829.
- Eser 1992:* Albin Eser, Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur “Reprivatisierung” des Strafverfahrens? ZStW 104 (1992) Heft 2 s. 361–397.
- Esko 1986:* Timo Esko, Asianajajan salassapitovelvollisuudesta ja sen rajoista erityisesti takavarikkomenettelyä silmällä pitäen. Asianajajaliiton julkaisuja 2/1986.
- Eskola – Paso 2001:* Jari Eskola – Mirjami Paso, Kirja-arvostelu teoksesta *Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna:* Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu. Helsinki 2000. LM 2001 s. 378–382.
- Evans 1993:* Keith Evans, The Golden Rules of Advocacy. Blackstone Press Limited. Gosport 1993.
- Farrington – Hawkins 1979:* David P. Farrington – Keith Hawkins, Psychological Research on Behaviour in Legal Contexts. Teoksessa *Farrington, David P. – Hawkins, Keith – Lloyd-Bostock, Sally M.* (toim.): Psychology, law and legal processes. Billing & Sons Limited. London 1979 s. 3–34.
- Fife-Schaw 1999:* Chris Fife-Schaw, The influence of witness appearance and demeanour on witness credibility. Teoksessa *Heaton-Armstrong, Anthony – Shepherd, Eric – Wolchover, David* (toim.): Analysing Witness Testimony: a Guide for Legal Practitioners and other Professionals. Blackstone Press Limited, London 1999 s. 253–266.
- Fitger 1993:* Peter Fitger, Domstolsprocessen. En kommentar till rättegångsbalken. Norstedts Juridik. Stockholm 1993.
- Fitger 2002:* Peter Fitger, Rättegångsbalken II. Del 3. Norstedts laghandböcker. Stockholm 1996– (jatkuvatäydenteinen kansio).
- Fredman 1993:* Markku Fredman, Kidutuksen ja muun huonon kohtelun vastaisen eurooppalaisen komitean Suomea koskeva kertomus. DL 1993 s. 451–462.

- Fredman 2002*: Markku Fredman, Kotietsintä ja takavarikko asianajotoimistossa. DL 2002 s. 69–81.
- Frände 1989*: Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
- Frände 1998a*: Dan Frände, Tuomitsemiskynnyksestä suomalaisessa rikosprosessioikeudessa. LM 1998 s. 1247–1254.
- Frände 1998b*: Dan Frände, Om växelverkan mellan straffrätt och straffprocessrätt ur ett finländskt perspektiv. Nordisk tidsskrift för kriminalvidenskab (NTfK) 85, 3–4 (1998): Kriminalvetenskapliga texter tillägnade Vagn Greve på sextioårsdagen, s. 221–228.
- Frände 1999*: Dan Frände, Finsk straffprocessrätt I. Helsingfors 1999.
- Frände 2001*: Dan Frände, Allmän straffrätt. Andra upplagan. Helsingfors 2001.
- Goldsmith 1996*: Robert W. Goldsmith, Domarens och åklagarens bevisvärdering ur preskriptiv och deskriptiv synvinkel. Teoksessa *Christianson, Sven-Åke* (red.): Rättspsykologi. Den forensiska psykologin i Sverige. En kunskapsöversikt. Natur och kultur. Borås 1996 s. 208–228.
- Grünwald 1966*: Gerald Grünwald, Beweisverbote und Verwertungsverbote im Straverfahren. JZ 1966 s. 489–501.
- Haapasalo 2000*: Jaana Haapasalo, Todistajanpsykologia. Teoksessa *Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu. Helsinki 2000 s. 11–145.
- Haapasalo – Kiesiläinen 2000*: Jaana Haapasalo – Kari Kiesiläinen, Tunnistaminen. Teoksessa *Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu. Helsinki 2000 s. 147–172.
- Hahto 2001*: Vilja Hahto, Rikosoikeustiede ja oikeusvertailu. LM 2001 s. 1290–1308.
- Haliyoki 2002*: Juha Haliyoki, Vangitsemisoikeudenkäynti ja fair trial. DL 2002 s. 21–41.
- Halila 1954*: Jouko Halila, Oikeustieteellisistä asiantuntijalausunnoista. LM 1954 s. 213–225.
- Halila 1955*: Jouko Halila, Todistustaakan jaosta. Silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo 1955.
- Halila 1975*: In dubio pro reo -sääntö rikosprosessioikeudessa. Teoksessa *Hoppu, Esko ym.* (toim.): Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen. 1900 – 3/9 – 1975. Helsinki 1975 s. 288–301.
- Hallberg 1996*: Pekka Hallberg, Perusoikeusuudistus ja tuomioistuimet. LM 1996 s. 832–844.
- Hallberg 1999a*: Pekka Hallberg, Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa *Hallberg, Pekka* (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 31–58.
- Hallberg 1999b*: Pekka Hallberg, Oikeusturva (PL 21 §). Teoksessa *Hallberg, Pekka* (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 651–666.
- Hallberg 1999c*: Pekka Hallberg, Perusoikeudet tuomioistuimissa. Teoksessa *Hallberg, Pekka* (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 703–720.
- Hassler 1960*: Åke Hassler, Bevisrätten och de extraordinära rättsmedlen: efter föreläsningar. 6. uppl. Stockholm 1960.
- Hautamäki 2002*: Veli-Pekka Hautamäki, Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta. Oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa. Jyväskylä 2002.
- Havansi 1994*: Erkki Havansi, Taakkaa kerrakseen. Teoksessa *Alankoja, Pauli* (toim.): Asianajan työkentältä. Jyväskylä 1994 s. 90–99.
- Havansi 2002*: Erkki Havansi, Oikeudenkäynti ja pakkotäytäntö. Prosessioikeuden oikeusdogmaattiset perusteet. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 2002.
- HaVM 31/1998 vp.*: HaVM 31/1998 vp. hallituksen esityksestä laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.
- Haward 1982*: Lionel R. C. Haward, The Psychologist as Expert Witness. Teoksessa *Trankell, Arne* (toim.): Reconstructing the past. The role of psychologists in criminal trials. Norstedts. Stockholm 1982 s. 44–53.

- HE 137/1945 vp.*: HE 137/1945 vp. laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtionvaroista annetun lain, maakaaren 1 luvun, ulosottolain 3 luvun sekä rikoslain 17 luvun muuttamisesta.
- HE 14/1985 vp.*: HE 14/1985 vp. esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 15/1990 vp.*: HE 15/1990 vp. riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 309/1993 vp.*: HE 309/1993 vp. perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamiseksi.
- HE 22/1994 vp.*: HE 22/1994 vp. telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 82/1995 vp.*: HE 82/1995 vp. rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 1/1998 vp.*: HE 1/1998 vp. uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- HE 30/1998 vp.*: HE 30/1998 vp. viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 100/2000 vp.*: HE 100/2000 vp. laeiksi sotilasoikeudenkäyntilain, yleisistä syyttäjistä annetun lain 9 §:n ja sotilaskurinpitolain muuttamisesta.
- HE 32/2001 vp.*: HE 32/2001 vp. laiksi oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien riita-asian valmistelua, pääkäsittelyä sekä hakemusasioiden käsittelyä koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 82/2001 vp.*: HE 82/2001 vp. oikeusapulaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 83/2001 vp.*: HE 83/2001 vp. oikeudenkäymiskaaren hovioikeusmenettelyä koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi.
- HE 44/2002 vp.*: HE 44/2002 vp. rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 52/2002 vp.*: HE 52/2002 vp. esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 72/2002 vp.*: HE 72/2002 vp. hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 91/2002 vp.*: HE 91/2002 vp. valitusta hovioikeuteen ja valitusasian käsittelyä hovioikeudessa koskevien oikeudenkäymiskaaren säännösten muuttamiseksi.
- HE 93/2002 vp.*: HE 93/2002 vp. laiksi henkilötietojen käsittelystä poliisitoimessa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 190/2002 vp.*: HE 190/2002 vp. laiksi oikeudenkäymiskaaren eräiden todistelua, kiireelliseksi julistamista ja ylimääräistä muutoksenhakua koskevien säännösten muuttamisesta.
- Heaton-Armstrong – Wolchover 1999*: Anthony Heaton-Armstrong – David Wolchover, Recording witness statements. Teoksessa *Heaton-Armstrong, Anthony – Shepherd, Eric – Wolchover, David* (toim.): *Analysing Witness Testimony: a Guide for Legal Practitioners and other Professionals*. Blackstone Press Limited, London 1999 s. 222–250.
- Heinonen 1980*: Olavi Heinonen, Täysi näyttö ja tuomitsemiskynnys rikosasioissa. LM 1980 s. 321–336.
- Heinonen 2002*: Olavi Heinonen, Oikeustieteen ja tuomioistuinlaitoksen kosketuspintoja. LM 2002 s. 618–624.
- Hellwig 1944*: Albert Hellwig, Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlung. Eine Einführung in die forensische Psychologie für Polizeibeamte, Richter, Staatsanwälte, Sachverständige und Laienrichter. Dritte Auflage. Berlin 1944.
- Helminen 1992*: Klaus Helminen, Förundersökning och tvångsmedel. Publikationer från institutionen för straff- och processrätt vid Helsingfors universitetet A:3. Helsingfors 1992.
- Helminen ym. 1990*: Klaus Helminen – Kari Lehtola – Pertti Virolainen, Uusi esitutkintalainsäädäntö. 2. uudistettu painos. Jyväskylä 1990.

- Helminen ym. 2000:* Klaus Helminen – Matti Kuusimäki – Markku Salminen, Polisrätt. Översatt och bearbetad av Klaus Helminen. Helsingfors 2000.
- Helminen ym. 2002:* Klaus Helminen – Kari Lehtola – Pertti Virolainen, Esitutkinta ja pakko-keinot. Jyväskylä 2002.
- Heuman 1995:* Lars Heuman, Absolut eller relativ vittnesplikt. JT 1994–1995 N:r 1 s. 153–160.
- Hidén 1996:* Mikael Hidén, Perusoikeuksien yleiset opit – muuttuvaa ja muuttumatonta. LM 1996 s. 753–769.
- Hilgendorf 1993:* Eric Hilgendorf, Der Wahrheitsbegriff im Strafrecht am Beispiel der strafrechtlichen Aussagetheorie (§§ 153 ff. StGB). GA 1993 s. 547–559.
- Hirvonen 1995:* Juhani Hirvonen, Teema-preklusio. DL 1995 s. 429–450.
- Honig 1967:* Richard M. Honig, Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozeß. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1967.
- Hormia 1978:* Lauri Hormia, Todistamiskielloista rikosprosessissa. Oikeudellinen tutkimus. Osa I. Vammala 1978.
- Hormia 1979:* Lauri Hormia, Todistamiskielloista rikosprosessissa. Oikeudellinen tutkimus. Osa II. Vammala 1979.
- Huopainen 1992:* Hilikka Huopainen, Todistajankertomuksen luotettavuuden arviointi. Teoksessa *Lastensuojelun Keskusliiton julkaisu 89:* Miten auttaa lasta. Lapsen fyysisen ja seksuaalisen pahoinpitelyn tutkimus ja hoito. Helsinki 1992 s. 159–173.
- Huovila 1999:* Mika Huovila, Todistelun välittömyys prosessuaalisten oikeusperiaatteiden valossa tarkasteltuna. LM 1999 s. 1159–1187.
- Husa 1998:* Jaakko Husa, Johdatus oikeusvertailuun. Oikeusvertailun perusteet erityisesti julkisoikeutta silmällä pitäen. Helsinki 1998.
- Husa 2002:* Jaakko Husa, Oikeusasiamies käsittelyn joutuisuuden valvojana. LM 2002 s. 352–376.
- Hyytiäinen 2002:* Teija Hyytiäinen, Roolit ja ilmapiiri oikeussalissa. Advokaatti N:o 7/2002 s. 22.
- Hägg 2001:* Göran Hägg, Hyvin puhuttu. Kaikkien aikojen parhaiden puhujien opissa. Hämeenlinna 2001.
- Höfer ym. 1997:* Eberhard Höfer – Michaela Langen – Ursula Dannenberg – Günter Köhnken, Empirische Ergebnisse und theoretische Überlegungen zu verdrängten Erinnerungen: oder wie und warum sind Menschen für Suggestion empfänglich? Teoksessa *Greuel, Luise – Fabian, Thomas – Stadler, Michael* (toim.): Psychologie der Zeugenaussage. Ergebnisse der rechtspsychologischen Forschung. Beltz Psychologie Verlags Union. Weinheim 1997 s. 165–176.
- Ignatius 1900:* Kaarlo Ignatius, Virallisen syyttäjistön kehittyminen, organisatioon ja syyteoikeus. Rikosprosessioikeutta koskeva tutkimus. Helsinki 1900.
- Ilveskivi 2000:* Paula Ilveskivi, Perusoikeudet sosiaaliturvalainsäädännön toimeenpanossa. Tutkimus ensiasteen päätöksenteon rakenteesta ja sosiaalisten perusoikeuksien oikeusvaikutuksista. Helsinki 2000.
- Inbau – Reid 1967:* Fred E. Inbau – John E. Reid, Criminal Interrogation and Confessions. Second edition. The Williams & Wilkins Company. Baltimore 1967.
- Inman 1981:* Marquita Inman, Police Interrogation and Confessions. Teoksessa *Lloyd-Bostock, Sally M. A.* (ed.): Psychology in Legal Context. Applications and Limitations. The MacMillan Press Ltd. Hong Kong 1981 s. 45–66.
- Jerouschek 1992:* Günter Jerouschek, Wie frei ist die frei Beweiswürdigung? Überlegungen zur Genese, Funktion und zu Perspektiven eines strafprozessualen Rechtsinstituts. GA 1992 s. 493–515.
- Jokela 1996:* Antti Jokela, Oikeudenkäynti I. Helsinki 1996.
- Jokela 1998:* Antti Jokela, Uusi hovioikeusmenettely. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1998.

- Jokela 2000a*: Antti Jokela, Uudistuva rikosprosessi. Kolmas, uudistettu painos. Tampere 2000.
- Jokela 2000b*: Antti Jokela, Eri lakimiesryhmien eettisistä koodeista. DL 2000 s. 528–540.
- Jokela 2002*: Antti Jokela, Oikeudenkäynti II. Saarijärvi 2002.
- Jonkka 1991*: Jaakko Jonkka, Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalainen lakimiesyhdistys. Vammala 1991.
- Jonkka 1992a*: Jaakko Jonkka, Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A:6. Helsinki 1992.
- Jonkka 1992b*: Jaakko Jonkka, Välittömyysperiaate prosessuaalisena oikeusperiaatteena. LM 1992 s. 699–721.
- Jonkka 1992c*: Jaakko Jonkka, Virallisen syyttäjän asema – nykytilanteen ja tulevaisuuden haasteiden arviointia. LM 1992 s. 49–57.
- Jonkka 1993*: Jaakko Jonkka, Todistusharkinnasta. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1993.
- Jonkka 1998*: Jaakko Jonkka, Eräitä näkökohtia perusoikeuksien toteutumisesta erityisesti rikosprosessissa. LM 1998 s. 1255–1270.
- Jonsson 1997*: Peter Jonsson, Prövning av utpekanden. Teoksessa *Diesen, Christian – Björkman, Johanna – Forssman, Fredrik – Jonsson, Peter*: Bevis. Värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enstaka bevis. Norstedts Juridik Ab. Stockholm 1997 s. 143–216.
- Jääskeläinen 1997*: Petri Jääskeläinen, Syyttäjä tuomarina. Rikos- ja prosessioikeudellinen tutkimus seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen ja rangaistusmääräysmenettelyn ehdoista Suomessa ja Ruotsissa. Helsinki 1997.
- Jönsson 1988*: Linda Jönsson, Polisförhöret som kommunikationssituation. Universitetet i Linköping, tema Kommunikation, SIC (Studies in Communication) 23. Linköping 1988.
- Kallenberg 1927*: Ernst Kallenberg, Svensk civilprocessrätt. Andra bandet. 1–4. Håkan Ohlssons Boktryckeri. Lund 1927.
- Kallenberg 1940*: Ernst Kallenberg, Bevisrätten i processlagberedningens förslag till rättegångsbalken. SvJT 1940 s. 497–515.
- Kangas 1997*: Urpo Kangas, Lääkärinlausunto oikeudellisesta kelpoisuudesta ja sairaudesta laillisena esteenä. Suomen lääkirilehti 52, 12/1997 s. 1451–1456.
- Kangas 1999*: Urpo Kangas, Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 1999:50. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/1999. Helsinki 1999 s. 395–403.
- Karstinen 1998*: Eija Karstinen, Keskustelusta pöytäkirjaksi. Kuulustelijoiden ja rikoksesta epäiltyjen viestintä poliisikuulusteluissa. Poliisiammattikorkeakoulun tutkimuksia 2/1998. Helsinki 1998.
- Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000*: Kari Kiesiläinen – Johanna Niemi-Kiesiläinen, Todistajankuulustelu oikeudenkäynnissä. Teoksessa *Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu. Helsinki 2000 s. 173–245.
- Kindhäuser 1988*: Urs Kindhäuser, Das Beweismaß des Strafverfahrens – Zur Auslegung von § 261 StPO. Jura 1988 Heft 6 s. 290–296.
- Kivikari – Tarkka 2000*: Pirkko Kivikari – Olli Tarkka, Asianajajien kansainvälisistä tapaohjeista. DL 2000 s. 541–552.
- Klami 1980*: Hannu Tapani Klami, Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksen-teon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifiointista ja kontrollista. Turku 1980.
- Klami 1986*: Hannu Tapani Klami, On truth and evidence: a preliminary survey. Turku 1986.
- Klami 1990*: Hannu Tapani Klami, Mordet på Olof Palme: en bevisteoretisk analys. Uppsala 1990.
- Klami 1991a*: Hannu Tapani Klami, Todistajanpsykologiaa juristeille. DL 1991 s. 361–402.
- Klami 1991b*: Hannu Tapani Klami, Eräistä todistusharkintakysymyksistä rikosprosessissa. LM 1991 s. 291–312.

- Klami 1995*: Hannu Tapani Klami, Totuus ja todistelu. Teoksessa *Klami, Hannu Tapani* (toim.): Todistelun ongelmia. Oikeus ja totuus -projektin kirjoituksia. Helsinki 1995 s. 9–17.
- Klami 1998*: Hannu Tapani Klami, Oikeustapauskommentti KKO 1998:83. LM 1998 s. 1384–1395.
- Klami 2000*: Hannu Tapani Klami, Todistusratkaisu. Saarijärvi 2000.
- Klami 2001*: Hannu Tapani Klami, Oikeus ja moraali. LM 2001 s. 1309–1313.
- Klami ym. 1989*: Hannu Tapani Klami – Johanna Sorvettula – Minna Hatakka, Todistajanäytön epäkohtia ja vaaroja. DL 1989 s. 85–95.
- Klami ym. 1994*: Hannu Tapani Klami – Minna Hatakka – Johanna Kastinen, Asianajaja ja totuus. Näkökohtia asianajajan todistusharkinnasta ja näyttökynnyksestä. Teoksessa *Alankoja, Pauli* (toim.): Asianajajan työkentältä. Jyväskylä 1994 s. 161–172.
- Klein 1999*: Ulrike Klein, Todistajien ja asianosaisten kuulustelu sekä oikeuden puheenjohtajan rooli uudessa rikosprosessissa Suomessa. LM 1999 s. 692–716.
- Kleinknecht 1966*: Theodor Kleinknecht, Die Beweisverbote im Strafprozeß. NJW 1966 s. 1537–1545.
- Klemm 1979*: Adrian Klemm, Zeugeneinvernahme durch die Parteien (Kreuzverhör) im schweizerisches Strafprozess. Juris Druck + Verlag Zürich 1979.
- KM 2002:1*: Komiteanmietintö 2002:1, Oikeudenkäynnin julkisuus -toimikunnan mietintö.
- Koponen 1997*: Pekka Koponen, Syyteen muuttamisesta ja syytesidonnaisuudesta. LM 1997 s. 255–290.
- Koriath 1994*: Heinz Koriath, Über Beweisverbote im Strafprozeß. Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht. Herausgegeben von Manfred Maiwald. Band 15. Peter Lang, Frankfurt am Main 1994.
- Kranck 1995*: Lucas Kranck, Om advokats rätt och skyldighet att frånträda uppdrag då huvudmannen bryter mot givna råd. JFT 1995 s. 304–313.
- Kube – Leineweber 1977*: Edwin Kube – Heinz Leineweber, Polizeibeamte als Zeugen und Sachverständige. Unter mitwirkung von Jürgen Banscherus, M. A. Institut für Kommunikationsforschung und Phonetik der Universität Bonn. Herausgeber Bundeskriminalamt Wiesbaden 1977.
- Kutchinsky 1981*: Kutchinsky luvut 1 ja 3–9 teoksessa von Eyben, W. E. – *Kutchinsky*: Parts- og vidneafhøring. Jurisforbundets forlag. København 1981.
- Käßer 1974*: Wolfgang Käßer, Wahrheitserforschung im Strafprozeß. Methoden der Sachverhaltsaufklärung. J. Schweitzer Verlag. Berlin 1974.
- Köhler 1979*: Michael Köhler, Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung (§ 245 StPO). R. v. Decker's Verlag, G. Schenk. Heidelberg 1979.
- König 2000*: Stefan König, Die Strafverteidigung in der Hauptverhandlung. Teoksessa *Ziegert, Ulrich* (toim.): Grundlagen der Strafverteidigung. Handbuch für die Aus- und Fortbildung des Fachanwalts. Richard Boorberg Verlag. Nehren 2000 s. 155–217.
- Könönen 1999*: Perttu Könönen, Todistajan kuulustelutekniikka uudessa rikosoikeudenkäynnissä. DL 1999 s. 458–467.
- Lahti 1996*: Raimo Lahti, Perusoikeusuudistus ja rikosoikeus. LM 1996 s. 930–939.
- Lahti 1999*: Raimo Lahti, Constitutional Rights and Finnish Criminal Law and Criminal Procedure. Israel Law Review. Hebrew University, Faculty of Law. Volume 33, Number 3, 1999 s. 592–606.
- Lahti 2000*: Raimo Lahti, Towards a Rational and Humane Criminal Policy – Trends in Scandinavian Penal Thinking. Journal of Scandinavian studies in Criminology and Crime Prevention. 2000, Vol. 1. s. 141–155.
- Laine 1991*: Matti Laine, Johdatus kriminologiaan ja poikkeavuuden sosiologiaan. Juva 1991.
- LaVL 9/1998 vp.*: LaVL 9/1998 vp. hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

- LaVM 9/1986 vp.*: LaVM 9/1986 vp. hallituksen esityksestä esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- Lappalainen 1986a*: Juha Lappalainen, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1986.
- Lappalainen 1986b*: Juha Lappalainen, Oikeustositseikka ja todistustositseikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä. LM 1986 s. 756–770.
- Lappalainen 1988*: Juha Lappalainen, Todistajan esteellisyydestä. Prosessioikeudellinen tutkimus oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 18 §:n tulkinnasta. Mänttä 1988.
- Lappalainen 1992*: Juha Lappalainen, Alioikeusuudistus 1987 ja 1991. Alioikeuksien yhtenäistäminen ja uusi oikeudenkäyntimenettely riita-asioissa. 2. uud. p. Helsinki 1992.
- Lappalainen 1993*: Juha Lappalainen, Principen jura novit curia och domarens processledning. JFT 1993 s. 36–43.
- Lappalainen 1995*: Juha Lappalainen, Siviiliprosessioikeus I. Jyväskylä 1995.
- Lappalainen 1996*: Juha Lappalainen, Virallisen vastaväittäjän lausunto Sakari Laukkasen väitöskirjasta Tuomarin rooli. Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista dispositiivisen riitaasian valmistelussa silmällä pitäen riidan kohteen selvittämistä. LM 1996 s. 136–150.
- Lappalainen 1999a*: Juha Lappalainen, Milloin hovioikeudessa on kysymys käräjäoikeudessa vastaanotetun todistelun uskottavuudesta? – OK 26:15,1:n tulkintaa. Teoksessa *Ruokonen, Pekka – Sundblad, Hans – Ylöstalo, Matti*: Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta. Helsinki 1999 s. 181–194.
- Lappalainen 1999b*: Juha Lappalainen, Oikeustapauskommentti KKO 1999:82. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II/1999. Helsinki 2000 s. 23–25.
- Lappalainen 2001a*: Juha Lappalainen, Siviiliprosessioikeus II. Helsinki 2001.
- Lappalainen 2001b*: Juha Lappalainen, Asianosaisen totuusvelvollisuudesta siviiliprosessissa. DL 2001 s. 993–1003.
- Lappalainen 2002*: Siviilijutun käsittely käräjäoikeudessa vuoden 2002 uudistuksen mukaan. Helsinki 2002.
- Lappi-Seppälä 2000*: Tapio Lappi-Seppälä, Rikosten seuraamukset. Porvoo 2000.
- Laukkanen 1995*: Sakari Laukkanen, Tuomarin rooli. Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista dispositiivisen riitaasian valmistelussa silmälläpitäen riidan kohteen selvittämistä. Vammala 1995.
- Laukkanen 1999*: Sakari Laukkanen, Kirja-arvostelu teoksesta *Lindell, Bengt*: Civilprocessen. Uppsala 1998. LM 1999 s. 619–627.
- Lavapuro 1998*: Juha Lavapuro, Miksi perustuslaille ei pitäisi antaa etusijaa? Teoksessa *Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka* (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Julkisoikeuden sarja A N:o 32. Turku 1998 s. 85–102.
- Lavapuro 2001*: Juha Lavapuro, Perinteinen perusoikeuskritiikki, uusi perustuslaki ja perustuslain 106 §. Teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisu N:o 10. Turku 2001 s. 125–148.
- Lehtimaja 1978a*: Lauri Lehtimaja, Ihmisoikeudet rikosprosessissa. DL 1978 s. 427–543.
- Lehtimaja 1978b*: Lauri Lehtimaja, Vertailevia havaintoja angloamerikkalaisesta ja manner-eurooppalaisesta rikosprosessista. LM 1978 s. 247–266.
- Lehtimaja 1980*: Lauri Lehtimaja, Rikosprosessi ja ihmisoikeudet. DL 1980 s. 463–471.
- Lehtimaja 1981*: Lauri Lehtimaja, Aineellinen totuus ja järkevä epäily. LM 1981 s. 170–174.
- Leppänen 1996*: Tatu Leppänen, Perusoikeusuudistuksen merkityksestä prosessioikeudessa. LM 1996 s. 238–251.
- Leppänen 1998*: Tatu Leppänen, Riita-Asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1998.

- Leppänen 2001*: Tatu Leppänen, De grundläggande rättigheterna och civilprocessen – utvecklingen i Finland. JFT 2001 s. 130–139.
- Leppänen – Välimaa 1998*: Tatu Leppänen – Asko Välimaa, Muutoksenhaun pääpiirteet. 4. uud. p. Helsinki 1998.
- Levy 1999*: Earl J. Levy, Examination of Witnesses in Criminal Cases. Fourth edition. Thomson Canada Limited 1999.
- Lie 2002*: Nils Erik Lie, Parts- og vitneavhør – i straffesaker og sivile saker. J. W. Cappelens Forlag a.s., Oslo 2002.
- Liljenfeldt 1995*: Robert Liljenfeldt, Hörande av vittnen, målsägande och medåtalade utanför huvudförhandlingen. JFT 1995 s. 29–37.
- Lindberg 1997*: Gunnel Lindberg, Om åklagareetik. SvJT 1997 s. 197–221.
- Lindblom 1999*: Per Henrik Lindblom, Tvekamp eller inkvisition. Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktion och grundstruktur. SvJT 1999 s. 617–655.
- Lindell 1987*: Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Iustus förlag. Uppsala 1987.
- Lindell 1998*: Bengt Lindell, Civilprocessen. Iustus Förlag AB, Uppsala 1998.
- Lindgren ym. 2001*: Magnus Lindgren – Karl-Åke Pettersson – Bo Häggglund, Brottsoffer. Från teori till praktik. Jure CLN AB. Stockholm 2001.
- Lindstedt 1990*: Jukka Lindstedt, Esitutkinta keskisuuressa nimismiespiirissä. Optulan julkaisuja 101/1990.
- Lohse 1999*: Mikael Lohse, Todistajan henkilöllisyyden salaaminen rikosprosessissa. DL 1999 s. 1015–1026.
- Lundqvist 1998*: Ulf Lundqvist, Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. Iustus förlag. Uppsala 1998.
- Lundqvist 1999*: Ulf Lundqvist, Polisprovokation och bevisförbud. SvJT 1999 s. 903–911.
- MacHovec 1989*: Frank J. MacHovec, Interview and Interrogation. A Scientific Approach. Charles C. Thomas Publisher. Springfield, Illinois, USA 1989.
- Magnussen 2002*: Svein Magnussen, Falske minner – når vitner husker ting som aldri har hendt. LoR 2002 s. 3–19.
- Malek 1994*: Klaus Malek, Verteidigung in der Hauptverhandlung. C.F. Müller Juristischer Verlag. Heidelberg 1994.
- Malpass – Devine 1980*: R. S. Malpass – P. G. Devine, Realism and Eyewitness Identification Research, Law and Human Behavior 1980 4/4 s. 347 ss.
- Manner 2001*: Matti Manner, Päämies, asianajaja ja ”oikea lopputulos”. DL 2001 s. 187–192.
- Melander, L. 2000*: Lauri Melander, Asianajajan etiikasta vihreän veran toiselta puolen. DL 2000 s. 557–566.
- Melander, S. 2002*: Sakari Melander, Kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset. LM 2002 s. 938–961.
- Memon 1998*: Amina Memon, Teoksessa *Memon, Amina – Vrij, Aldert – Bull, Ray*: Psychology, Truthfulness and Law. Accuracy and Credibility. McGraw-Hill Publishing Company. Cambridge 1998 s. 147–187 ja 210–212.
- Moore ym. 1996*: Albert J. Moore – Paul Bergman – David A. Binder, Trial Advocacy. Inferences, Arguments and Techniques. West Publishing Co. St. Paul, Minnesota. USA 1996.
- Munkman 1951*: John H. Munkman, The Technique of Advocacy. Stevens & Sons Limited. London 1951.
- Müller 2000*: Henning Ernst Müller, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre. Mohr Siebeck. Tübingen 2000.
- Möller 1990*: Gustaf Möller, Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ja prosessioikeudesta. LM 1990 s. 579–592.

- Möller 1999: Gustaf Möller, Utvecklingslinjer i den nordiska processrätten – Finland. SvJT 1999 s. 445–452.
- Nack 2000: Armin Nack, Aussagebeurteilung und Beweiswürdigung. Teoksessa Ziegert, Ulrich (toim.): Grundlagen der Strafverteidigung. Handbuch für die Aus- und Fortbildung des Fachanwalts. Richard Boorberg Verlag. Nehren 2000 s. 219–298.
- Niemi-Kiesiläinen 1997: Johanna Niemi-Kiesiläinen, Asianomistajan aseman eriytyminen uudessa rikosprosessissa. DL 1997 s. 445–458.
- Niemi-Kiesiläinen 1999: Johanna Niemi-Kiesiläinen, Perusoikeudet rikosprosessissa. Teoksessa Nieminen, Liisa (toim.): Perusoikeudet Suomessa. Helsinki 1999 s. 149–176.
- Niemi-Kiesiläinen 2000: Johanna Niemi-Kiesiläinen, Johdanto. Teoksessa Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu. Helsinki 2000 s. 1–10.
- Niemistö 2000: Sirpa Niemistö, Asianajajan riippumattomuudesta suhteessa päämieheen. DL 2000 s. 567–577.
- Noronen 1991: Pekka Noronen, Syyttäjän rooli – mutta millainen? LM 1991 s. 746–763.
- Norrgård 2000: Marcus Norrgård, Om förhållandet mellan processekonomi och rättvisa. JFT 2000:1–2 s. 87–104.
- Norrgård 2002: Marcus Norrgård, Interimistiska förbud i immaterialrätten. Helsingfors 2002.
- Nuotio 1998: Kimmo Nuotio, Perusoikeuksien merkityksestä rikosoikeudessa. Teoksessa Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja. Turku 1998 s. 137–164.
- Nuutila 1996: Ari-Matti Nuutila, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.
- Nuutila 1997: Ari-Matti Nuutila, Rikoslain yleinen osa. Helsinki 1997.
- Nuutila 1998: Ari-Matti Nuutila, Rangaistuksella uhkaaminen ja rangaistukseen tuomitseminen perusoikeuksien valossa. Teoksessa Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja. Turku 1998 s. 165–178.
- Oikeusministeriö 2002: Oikeusministeriö: Rikosprosessin tarkistaminen. Työryhmän osamietintö. Oikeusministeriön työryhmämietintöjä 2002:4.
- Paasilehto 2002: Satu Paasilehto, Constellations. A new approach to legal culture and European integration of private law. Helsinki 2002.
- Palm 2002: Jukka Palm, Tavaramerkki, kilpailu ja alkuperä. Jyväskylä 2002.
- Palmer 1966: Ben W. Palmer, Courtroom strategies. Fourth printing. Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs 1966.
- Paulsen 1962: Monrad G. Paulsen, The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police. Teoksessa Sowle, Claude R. (toim.): Police Power and Individual Freedom: the Quest for balance. Aldine. Chicago 1962.
- Pellonpää 1999: Matti Pellonpää, Henkilökohtainen koskemattomuus (PL 7 §). Teoksessa Hallberg, Pekka (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 263–282.
- Pellonpää 2000: Matti Pellonpää, Euroopan ihmisoikeussopimus. Kolmas, uudistettu painos. Jyväskylä 2000.
- Peltonen 1985: Jukka Peltonen, Asianajajan ammatillinen bona fides. Teoksessa Ylöstalo, Matti (toim.): Asianajajaoikeutta. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 199. Juva 1985 s. 38–87.
- Peltonen 2000: Jukka Peltonen, Asianajajan toiminnan eettiset perusteet. DL 2000 s. 578–592.
- Peltonen 2001: Jukka Peltonen, Asianajajan totuusvelvollisuudesta oikeudenkäynnissä. I. johdatus kysymysten äärelle. DL 2001 s. 967–992.
- Peters 1966: Karl Peters, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren. Teoksessa Andenaes, Johs – Mueller, Gerhard O. W. – Nuvolone, Pietro – Peters, Karl – Rupp, Hans Heinrich (toim.): Beweisverbote im Strafprozeß. Gutachten für den 46. deutschen Juristentag. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München und Berlin 1966 s. 91–163.

- PeVL 2/1990 vp.*: PeVL 2/1990 vp. hallituksen esityksestä ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.
- PeVL 2/1996 vp.*: PeVL 2/1996 vp. hallituksen esityksestä laeiksi tullilain ja valmisteverolain 21 §:n muuttamisesta.
- PeVL 47/1996 vp.*: PeVL 47/1996 vp. hallituksen esityksestä telemarkkina- ja laiksi telehallinnosta annetun lain muuttamisesta.
- PeVL 7/1997 vp.*: PeVL 7/1997 vp. hallituksen esityksestä laiksi pakkokeinolain 5 a ja 6 luvun muuttamisesta.
- PeVL 5/1999 vp.*: PeVL 5/1999 vp. hallituksen esityksestä laiksi poliisilain muuttamisesta.
- PeVL 36/2002 vp.*: PeVL 36/2002 vp. hallituksen esityksestä laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- PeVM 25/1994 vp.*: PeVM 25/1994 vp. hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- PeVM 23/1997 vp.*: PeVM 23/1997 vp. hallituksen esityksestä oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamisesta.
- Pfeiffer 1999*: Gerd Pfeiffer (toim.), *Karlsruher kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*. 4., neuarbeitete Auflage. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 1999 (passim).
- Piispanen 1998*: Kirsi Piispanen, Välttämätön paha. Näkökohtia poliisin preventiivisestä epäkonventionaalisesta tiedonhankinnasta. Teoksessa *Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka* (toim.): *Perusoikeuspuheenvuoroja*. Turku 1998 s. 179–194.
- Pitkänen 2002*: Ilkka Pitkänen, Organisaatio harkintavallan rajana. LM 2002 s. 377–394.
- Portin 1998*: Göran Portin, Miltä oikeuden pitää näyttää? LM 1998 s. 1355–1361.
- Prop. 1986/1987:89*: Regeringens proposition 1986/1987:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande.
- Prüfer 1986*: Hans Prüfer, Aussagebewertung in Strafsachen. Abgrenzungsmerkmale und Beurteilungskriterien. Carl Heymans Verlag KG. Berlin 1986.
- Pölönen 1996*: Pasi Pölönen, kirja-arvostelu teoksesta *Steiner, Dirk*: *Das Fairneßprinzip im Strafprozess*. Frankfurt am Main 1995. DL 1996 s. 414–416.
- Pölönen 1997a*: Pasi Pölönen, Salaiset pakkokeinot. Vammala 1997.
- Pölönen 1997b*: Pasi Pölönen, Salaisista pakkokeinoista ja tiedustelutoiminnasta. LM 1997 s. 1206–1232.
- Pölönen 2000*: Pasi Pölönen, Oikeustapauskommentti KKO 2000:2. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): *KKO:n ratkaisut kommentein I/2000*. Helsinki 2000 s. 26–30.
- Pölönen 2002a*: Pasi Pölönen, Oikeustapauskommentti KKO 2001:73. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): *KKO:n ratkaisut kommentein II/2001*. Helsinki 2002 s. 71–75.
- Pölönen 2002b*: Pasi Pölönen, Asianajajan salassapitovelvollisuus asianajotoimistossa suoritettavassa takavarikossa. DL 2002 s. 1044–1062.
- Pöyhönen 1988*: Juha Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
- Pöyhönen 1997*: Juha Pöyhönen, Oikeustieteen ajanmukaisuus. LM 1997 s. 357–375.
- Pöyhönen 1998*: Juha Pöyhönen, Perusoikeuksien merkitys varallisuusoikeudessa. Teoksessa *Van Aerschoot, Paul – Ilveskivi, Paula – Piispanen, Kirsi* (toim.): *Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta*. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos. Helsinki 1998 s. 43–56.
- Pöyhönen 2000a*: Juha Pöyhönen, Uusi varallisuusoikeus. Helsinki 2000.
- Pöyhönen 2000b*: Juha Pöyhönen, Lait – oikeusvaltion ”farmakon”? Teoksessa *Pohjois-Suomen tuomarikoulun julkaisuja 4/2000*. Rovaniemi 2000 s. 19–36.
- Ranta 2001*: Jouni Ranta, Varautumisperiaate ympäristöoikeudessa. Helsinki 2001.

- Rautio 1997a*: Jaakko Rautio, Ristiriidasta perustuslain ja lain välillä – joitain havaintoja viestin salaisuudesta (HM 8 §), pakkokeinoista ja poliisilaista. *Oikeus* 1997:2 s. 187–193.
- Rautio 2000a*: Jaakko Rautio, Oikeustapauskommentti KKO 2000:35. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/2000. Helsinki 2000 s. 213–220.
- Rautio 2000b*: Jaakko Rautio, Oikeustapauskommentti KKO 2000:71. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/2000. Helsinki 2000 s. 477–483.
- Rinsche 1999*: Franz-Josef Rinsche, Prozeßtaktik. Sachgerechte Verfahrensführung des Rechtsanwalts. 4., erneuerte Auflage. Carl Heymans Verlag KG. Berlin 1999.
- Robberstad 1999*: Anne Robberstad, Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling. Universitetsforlaget AS. Oslo 1999.
- Roxin 1998*: Claus Roxin, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch. 25., völlig neu bearbeitete Auflage des von Eduard Kern begründeten und bis zur 8. Aufl (1967) fortgeführten Werkes. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 1998.
- Rückel 1986*: Christoph Rückel, Probleme der Benennung und Befragung von Zeugen durch den Strafverteidiger. Dissertation. Universität Passau/Juridische Fakultät 1986.
- Saariluoma 1985*: Pertti Saariluoma, Essays on the Foundations of Cognitive Psychology. Joensuu yliopiston yhteiskuntatieteellisiä julkaisuja N:o 4. Joensuu 1985.
- Saariluoma 1995*: Pertti Saariluoma, Taitavan ajattelun psykologia. Keuruu 1995.
- Saariluoma ym. 2001*: Pertti Saariluoma – Matti Kamppinen – Antti Hautamäki (toim.), Moderni kognitiotiede. Helsinki 2001.
- Salditt 1988*: Franz Salditt, Der Verteidiger vernimmt Zeugen – was britische Handbücher raten. StV 1988 s. 451–454.
- Samuelson 1997*: Per E. Samuelson, Att förhöra ett vittne – en handbok i förhörsteknik. Nerenius & Santérus. Stockholm 1997.
- Santtila 1999*: Pekka Santtila, Explorations in the Psychology of Testimony. Poliisiammattikorkeakoulun tutkimuksia 7. Espoo 1999.
- Saraviita 1999a*: Ilkka Saraviita, Yleiset tuomioistuimet perusoikeusjärjestelmän toteuttajina. LM 1999 s. 887–896.
- Saraviita 1999b*: Ilkka Saraviita, Asianajajat ja perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa *Ruokonen, Pekka – Sundblad, Hans – Ylöstalo, Matti*: Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta. Helsinki 1999 s. 235–248.
- Schaub 1968*: Günter Schaub, Zur Methodik der Zeugenvernehmung und Aussagenwürdigung. ARBUR 1968 s. 170–176.
- Scheinin 1991a*: Martin Scheinin, Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Jyväskylä 1991.
- Scheinin 1991b*: Martin Scheinin, Oikeustapauskommenttaari ratkaisusta KKO 1991:84. LM 1991 s. 1099–1105.
- Scheinin 1998*: Martin Scheinin, Ihmisarvon loukkaamattomuus valtiosääntöperiaatteena. Teoksessa *Van Aerschot, Paul – Ilveskivi, Paula – Piispanen, Kirsi* (toim.): Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos. Helsinki 1998 s. 57–69.
- Schellenberg 2000*: Frank Schellenberg, Die Hauptverhandlung im Strafverfahren. 2., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage. Carl Heymans Verlag KG. München 2000.
- Schild 1982*: Wolfgang Schild, Der Richter in der Hauptverhandlung. ZStW 94 (1982) Heft 1 s. 37–45.
- Schlüchter 1998*: Ellen Schlüchter, Ydintiedot. Rikosprosessioikeus. Helsinki – Thüngersheim (Frankfurt am Main) 1998.
- Shepherd – Milne 1999*: Eric Shepherd – Rebecca Milne: Full and faithful: ensuring quality practice and integrity of outcome in witness interviews. Teoksessa *Heaton-Armstrong, Antho-*

- ny – Shepherd, Eric – Wolchover, David (toim.): *Analysing Witness Testimony: a Guide for Legal Practitioners and other Professionals*. Blackstone Press Limited, London 1999 s. 124–145.
- Shuy 1996: Roger W. Shuy, *Language Crimes. The Use and Abuse of Language Evidence in the Courtroom*. Blackwell Publishers Inc. Cambridge, Massachusetts 1996.
- Siltala 1999: Raimo Siltala, *Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta*. LM 1999 s. 674–691.
- Sisäasiainministeriön poliisiosasto 1989: *Esitutkinnan kirjaamisen menettely*. Julkaisematon kansio 27.11.1989, dnro 4188/601/89.
- Sisäasiainministeriön poliisiosasto 2002: Ohjeet esitutkintapöytäkirjan laadinnasta. Sisäasiainministeriön poliisiosaston 25.3.2002 ohje Nro SM-2002-691/Ri-2.
- Smith 1986: Eva Smith, *Vidnebeviset: en vurdering af afhøringsmetoder og vidneforklaringer*. Gad. København 1986.
- SOU 1982:26: SOU 1982:26 (Justitiedepartementet), Översyn av rättegångsbalken 1. Processen in tingsrätt. Del B. Motiv m.m. Delbetänkande av rättegångsutredningen. Stockholm 1982.
- Stein 1893: Friedrich Stein, *Das Private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*. C. L. Hirschfeld. Leipzig 1893.
- Stone 1988: Marcus Stone, *Cross-examination in Criminal Trials*. Butterworths. London 1988.
- Suojanen 1994: Pentti Suojanen, *Asianajajan tapaohjeista*. Teoksessa *Alankoja, Pauli* (toim.): *Asianajajan työkentältä*. Jyväskylä 1994 s. 413–425.
- Syyttäjän käsikirja 1990: Jorma Kalske – Matti Nissinen – Matti Tohkanen (toim.), *Syyttäjän käsikirja*. Helsinki 1990.
- Tackenberg 1960: Gisela Tackenberg, *Kreuzverhör und Untersuchungsgrundsatz im spanischen Strafprozeß. Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft*. Herausgegeben von Dr. Edmund Mezger, Dr. Adolf Schönke und Dr. H. H. Jescheck. Heft 22. Ludvig Röhrscheid Verlag. Bonn 1960.
- Tala 2002: Jyrki Tala, *Luottamus tuomioistuimiin – mitä se on ja tarvitaanko sitä lisää?* LM 2002 s. 3–33.
- Tapper 1995: Colin Tapper, *Cross & Tapper on Evidence*. Eighth edition. Butterworths. London, Dublin, Edinburgh 1995.
- Tarkka 1999: Olli Tarkka, *Asianajajan samaistumisesta päämieheensä*. Teoksessa *Ruokonen, Pekka – Sundblad, Hans – Ylöstalo, Matti: Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta*. Helsinki 1999 s. 267–274.
- Tirkkonen 1966: Tauno Tirkkonen, *Suomen siviiliprosessioikeus II*. Porvoo 1966.
- Tirkkonen 1969: Tauno Tirkkonen, *Suomen rikosprosessioikeus I. 2. uusittu painos*. Porvoo 1969.
- Tirkkonen 1972: Tauno Tirkkonen, *Suomen rikosprosessioikeus II. 2. uusittu painos*. Porvoo 1972.
- Tirkkonen 1974: Tauno Tirkkonen, *Suomen siviiliprosessioikeus I. 2. uusittu painos*. Porvoo 1974.
- Toivola 2000: Jarmo Toivola, *Asianajajan ja syyttäjän toiminnasta rikosprosessissa*. DL 2000 s. 593–605.
- Tolonen, H. 1988: Hannu Tolonen, *Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä*. Teoksessa *Kairinen, Martti – Kartio, Leena – Saarnilehto, Ari* (toim.): *Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A. Juhlajulkaisu N:o 2. Turku 1988 s. 177–194.
- Tolonen, J. 1998: Juha Tolonen, *Oikeustieteen metodioppia*. Teoksessa *Björne, Lars – Kumpula, Anne – Saarnilehto, Ari – Tuomisto, Jarmo – Ämmälä, Tuula* (toim.): *Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A. Juhlajulkaisu N:o 7. Turku 1998 s. 323–332.

- Tolvanen 1999*: Matti Tolvanen, Tieliikenne rikokset ja kriminaalipolitiikka. Jyväskylä 1999.
- Tolvanen 2000a*: Matti Tolvanen, Rikosprosessi – prosessi rikoksesta ja rikosoikeus prosessissa. Arvostelu teoksesta *Frände, Dan*: Finsk straffprocessrätt. Helsingfors 1999. Oikeus 2000:2 s. 301–306.
- Tolvanen 2000b*: Matti Tolvanen, Kaksintaistelu ja inkvisitio prosessin ainoat vaihtoehdot? Arvostelu teoksesta *Robberstad, Anne*: Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling. Oslo 1999. Oikeus 2000:4 s. 543–548.
- Tolvanen 2001*: Matti Tolvanen, Loppulausekset rikosprosessissa. DL 2001 s. 408–417.
- Tolvanen 2002*: Matti Tolvanen, Hallinnolliset maksut vähäisten tieliikenteen rikkomusten sanktioina. LM 2002 s. 194–218.
- Trankell 1972*: Arne Trankell, The Reliability of Evidence: Methods for Analysing and Assessing Witness Statements. Beckmans. Stockholm 1972.
- Trechsel 2000*: Stefan Trechsel, Gerechtigkeit im Fehlurteil. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZstrR). Band 118. Bern 2000 s. 1–18.
- Tuori 1987*: Kaarlo Tuori, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa. Teoksessa *Oikeusperiaatteet*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan 13.12.1986 järjestämässä jatkokoulutustilaisuudessa pidetyt alustukset. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Kokoomateosten sarja C:1. Turku 1987 s. 1–32.
- Tuori 1999a*: Kaarlo Tuori, Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko? LM 1999 s. 920–931.
- Tuori 1999b*: Kaarlo Tuori, Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa *Hallberg, Pekka* (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 667–673.
- Tuori 2000*: Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.
- Tuori 2001*: Kaarlo Tuori, Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta *Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. LM 2001 s. 916–937.
- Turunen 1999*: Santtu Turunen, Oikeudenkäyntiasiamiehen ja -avustajan totuusvelvollisuus oikeudenkäynnissä. DL 1999 s. 468–499.
- Tähti 1987*: Aarre Tähti, Relativistinen oikeusperiaatekäsitys. Teoksessa *Oikeusperiaatteet*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan 13.12.1986 järjestämässä jatkokoulutustilaisuudessa pidetyt alustukset. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Kokoomateosten sarja C:1. Turku 1987 s. 73–104.
- Vaitoja 1999a*: Jari Vaitoja, Oikeustapauskommentti KKO 1998:16. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/1998. Helsinki 1999 s. 115–119.
- Vaitoja 1999b*: Jari Vaitoja, Oikeustapauskommentti KKO 1998:83. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II/1998. Helsinki 1999 s. 21–23.
- Vaitoja 2002*: Jari Vaitoja, Valitusten seurantamenettely ja asianosaisen esteetön pääsy hovioikeuteen. LM 2002 s. 757–772.
- Vanamo 2001*: Marja Vanamo, Syyttäjä, perusoikeudet ja objektiivisuus. DL 2001 s. 419–422.
- Wagenaar ym. 1993*: Willem A. Wagenaar – Peter J. van Koppen – Hans F. M. Grombag, Anchored Narratives: the Psychology of Criminal Evidence. St. Martin’s Press. Harvester Wheatsheaf 1993.
- Weißmann 1982*: Ulrich Weißmann, Die Stellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung. Die Entwicklung einer Verfahrensordnung zum Wechselverhör mit einer empirischen Studie über den “Passivrichter”. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen 1982.
- Welamson 1989*: Lars Welamson, Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1980 – 1987. SvJT 1989 s. 497–652.
- Wellman 1962*: Francis L. Wellman, The Art of Cross-Examination. With the Cross-examinations of important witnesses in some celebrated cases. Fourth Edition, Revised and Enlarged. Collier Macmillan Publishers. First Collier Books Edition 1962.

- Viljanen, P. 1993:* Pekka Viljanen, Salaamisen ja valehtelemisen oikeudesta. Rikoslakiprojektin ehdotuksen herättämiä ajatuksia. LM 1993 s. 1008–1029.
- Viljanen, P. 1997:* Pekka Viljanen, Oikeustieteellisen asiantuntijalausunnon ja sen antajan statuksesta. DL 1997 s. 547–552.
- Viljanen, P. 2001a:* Pekka Viljanen, Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasioissa. DL 2001 s. 1004–1025.
- Viljanen, P. 2001b:* Pekka Viljanen, Oikeustapauskommentti KKO 2000:112. Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II/2000. Helsinki 2001 s. 263–276.
- Viljanen, V-P. 1990:* Veli-Pekka Viljanen, Perustuslaki ja laintulkinta. LM 1990 s. 203–236.
- Viljanen, V-P. 1996:* Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. LM 1996 s. 788–815.
- Viljanen, V-P. 1998:* Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeudet ja rikoslainsäädäntö. Teoksessa *Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka* (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja. Turku 1998 s. 277–306.
- Viljanen, V-P. 1999a:* Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa *Hallberg, Pekka* (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 111–156.
- Viljanen, V-P. 1999b:* Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien rajoittaminen. Teoksessa *Hallberg, Pekka* (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 157–186.
- Viljanen, V-P. 1999c:* Veli-Pekka Viljanen, Yksityiselämän suoja (PL 10 §). Teoksessa *Hallberg, Pekka* (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 333–351.
- Viljanen, V-P. 1999d:* Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien merkitys lainsäädäntötyössä. Teoksessa *Hallberg, Pekka* (toim.): Perusoikeudet. Juva 1999 s. 685–701.
- Viljanen, V-P. 2001:* Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Vantaa 2001.
- Wilton 1996:* Alexandra Wilton, Domstolsförhör. Teoksessa *Diesen, Christian* (toim.): Förhör. Jurisförlaget. Stockholm 1996 s. 121–171.
- Winch 1979:* Peter Winch, Yhteiskuntatieteet ja filosofia. Jyväskylä 1979.
- Virolainen 1988:* Jyrki Virolainen, Materiaalinen prosessinjohto. Vammala 1988.
- Virolainen 1992:* Jyrki Virolainen, Syytetyn kyselyoikeudesta todistelussa erityisesti ihmisoikeussopimusten valossa. DL 1992 s. 9–32.
- Virolainen 1995:* Jyrki Virolainen, Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa. Jyväskylä 1995.
- Virolainen 1998:* Jyrki Virolainen, Rikosprosessioikeus I. Rovaniemi 1998.
- Virolainen 1999:* Jyrki Virolainen, Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta *Leppänen, Tatu:* Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. LM 1999 s. 115–141.
- Virolainen 2000a:* Jyrki Virolainen, Oikeustapauskommentti KKO 2000:71. DL 2000 s. 669–678.
- Virolainen 2000b:* Jyrki Virolainen, Oikeustapauskommentti KKO 2000:37. LM 2000 s. 776–788.
- Virolainen 2000c:* Jyrki Virolainen, Oikeustapauskommentti KKO 2000:2 ja 2000:5. LM 2000 s. 253–264.
- VKSV 2001:* Valtakunnansyyttäjänviraston julkaisusarja nro 1, Syyttäjän toimenkuvan kehittäminen. Työryhmän mietintö 1.6.2001. Helsinki 2001.
- Volk 2001:* Klaus Volk, Die “Vernehmung” durch den Verteidiger und das Verwertungsverbot des § 252 StPO – BGW, NJW 2000, 1277. JuS 2/2001 s. 130–133.
- Volkman-Schluck 1979:* Thomas Volkman-Schluck, Der spanische Strafprozeß zwischen Inquisitions- und Parteiverfahren. Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Herausgegeben von Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg. Band 8. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden Baden 1979.
- von Eyben 1981:* W. E. von Eyben, Kapitel 2. Det retlige grundlag. Teoksessa *von Eyben, W. E. – Kutchinsky:* Parts- og vidneafhøring. Juristforlagets forlag. København 1981 s. 39–62.

- von Eyben 1986: W. E. von Eyben, Bevis. Tilegnet Højesteret i anledning af 325-års jubilæet 1986. Vojens 1986.
- Wrede 1910: Rabbe Axel Wrede, Todistusoikeuden pääpiirteet voimassa olevan lain mukaan. Suom. Ernesti Forman. Helsinki 1910.
- Vrij 1998: Aldert Vrij, Teoksessa *Memon, Amina – Vrij, Aldert – Bull, Ray: Psychology, Truthfulness and Law. Accuracy and Credibility*. McGraw-Hill Publishing Company 1998 s. 32–58 ja 77–146.
- Vrij – Akehurst 1998: Aldert Vrij – Lucy Akehurst, Verbal Communication and Credibility: Statement Validity. Teoksessa *Memon, Amina – Vrij, Aldert – Bull, Ray: Psychology, Truthfulness and Law. Accuracy and Credibility*. McGraw-Hill Publishing Company 1998 s. 3–31.
- Wróblewski 1975: Jerzy Wróblewski, The problem of the so-called judicial truth. JFT 1975 s. 19–33.
- Wrottesley 1961: sir Frederic John Wrottesley, The Examination of Witnesses in Court. Third edition. Sweet & Maxwell limited. London 1961.
- Vuorenpää 1999: Mikko Vuorenpää, Asianomistajan oikeudet rikosprosessilaissa. Vantaa 1999.
- Välikoski 1996: Tuula-Riitta Välikoski, Alioikeuden arkipäivää. Puheviestinnän lisensiaatintutkimus. Jyväskylän yliopisto 1996.
- Välikoski 2000: Tuula-Riitta Välikoski, Viestintätaidot korostuvat suullisessa istutokäsittelyssä. LM 2000 s. 948–954.
- Ylöstalo 1985: Matti Ylöstalo, Hyvä asianajajatapa. Teoksessa *Ylöstalo, Matti (toim.): Asianajaoikeutta*. Juva 1985 s. 27–37.
- Ylöstalo – Tarkka 2000: Matti Ylöstalo – Olli Tarkka, Asianajajan käsikirja. 6. p. Porvoo 2000.

Lyhenteet

AOA	eduskunnan apulaisoikeusasiamies
ARBUR	Arbeit und Recht. Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (Saksa)
art.	artikla
AsiakLähL	laki eräiden asiakirjojen lähettämisestä tuomioistuimille 7.5.1965/248
av.	alaviite
BGH	Bundesgerichtshof (Saksa)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Saksa)
BverfG	Bundesverfassungsgericht (Saksa)
DL	Defensor legis
dnro/DN:o	diaarinumero
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Saksa)
Ds	departementsserien (Ruotsi)
EOA	eduskunnan oikeusasiamies; oikeusasiamiehen vuosikertomus
EPA	asetus esitutkinnasta ja pakkokeinoista 17.6.1988/575
ETL	esitutkintalaki 30.4.1987/449
EU	Euroopan Unioni
EUTO	Euroopan unionin asianajajien tapaohjeet
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Saksa)
GG	Grundgesetz (Saksa)
HaVM	hallintovaliokunnan mietintö
HE	hallituksen esitys
HM	Suomen Hallitusmuoto 17.7.1919/94
HO	hovioikeus
ibid.	ibidem (=samassa kohdassa)
i.f.	in fine (=lopussa)
EIS	Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus 18.5.1990/439
JFT	Tidskrift, utgiven av juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet (Ruotsi)
JulKL	laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 1.12.1999/621
JZ	Juristenzeitung (Saksa)
KHO	korkein hallinto-oikeus
KirkkoL	kirkkolaki 26.11.1993/1054
Kj	Suomen Asianajajaliiton hallituksen kurinpitojaosto
KM	komiteanmietintö
KKO	korkein oikeus
KO	käräjäoikeus
KP	kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus 30.1.1976/108
KRP	keskusrikospoliisi
kurs.	kursivointi
LaVL	lakivaliokunnan lausunto
LaVM	lakivaliokunnan mietintö

LYHENTEET

LM	Lakimies
LoR	Lov og rett. Norsk juridisk tidsskrift (Norja)
mt. s.	mainitun teoksen sivu(lla)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv (Ruotsi)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Saksa)
OAL	oikeusapulaki 5.4.2002/257
OikApuL	laki kansainvälisestä oikeusavusta rikosasioissa 5.1.1994/4
OikJulkL	laki oikeudenkäynnin julkisuudesta 21.12.1984/945
OK	oikeudenkäymiskaari
OKA	valtioneuvoston oikeuskansleri
OLG	Oberlandgericht (Saksa)
OLJ	oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu
OrtodL	laki ortodoksisesta kirkkokunnasta 8.8.1969/521
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
PK	perintökaari 5.2.1965/40
PKL	pakkokeinolaki 30.4.1987/450
PM	Poliisimies
PolHRekL	laki poliisin henkilökäytännöistä 7.4.1995/509
PolA	poliisiasetus 8.9.1995/1112
PolL	poliisilaki 7.4.1995/493
Prop.	proposition (= lakiehdotus; Ruotsi)
RB	rättegångsbalken (Ruotsi)
RL	rikoslaki 19.12.1889
RO	raastuvanoikeus
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa
RtpL	laki rangaistusten täytäntöönpanosta 19.12.1889
RvIL	laki rajavartiolaitoksesta 12.3.1999/320
s.	sivu(lla)
ss.	seuraavat sivut (seuraavilla sivuilla)
SM	sisäasiainministeriö
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
SPL	Suomen poliisilehti
StPO	Strafprozessordnung (Saksa)
StrpL	Straffeprosessloven (Norja)
StV	Strafverteidiger (Saksa)
SvJT	Svensk juristtidning (Ruotsi)
Syyttäjäl	laki yleisistä syyttäjistä 11.3.1997/199
TO	Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (9.6.1972)
TulliL	tullilaki 29.12.1994/1466
VahL	vahingonkorvauslaki 31.5.1974/412
VJ	valtiopäiväjärjestys 13.1.1928/7
vp.	valtiopäivät
VVL	valtion virkamieslaki 19.8.1994/750
ZstrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Sveitsi)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Saksa)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Saksa)
ään.	äänestysratkaisu (KKO:ssa)

1 Johdanto

1.1 TUTKIMUSTEHTÄVÄ

1.1.1 Tutkimusaiheen valinnasta

Rikosasioita tuomioistuimessa käsittelevän lakimiehen tehtäväkentässä painottuu tosiseikkojen selvittämiseen ja todisteluun tähtäävä toiminta, ei niinkään oikeudellisten kysymysten käsittely. Erityisesti henkilötodistelun merkitys rikosprosessin ratkaisunmuodostukselle on suuri.¹ Keskeisen merkityksensä ja moniulotteisuutensa johdosta henkilötodistelu on myös tutkimusaiheena kiinnostava. Omaleimaisuutensa tutkimusaihe saa siitä, että todistajan- ja muiden henkilöiden kuulustelua oikeudessa suorittava ei saa tehtävälleen juurikaan apua lain säännöksistä tai muista oikeudellisista normeista. Oikeusnormit tarjoavat lähinnä vain yleisluonteiset puitteet, joiden varassa kuulustelun tulee edetä. Kuulusteluiden suorittamiseen apua on tarjolla enemmän mm. viestintätaidoista, todistajanpsykologisesta tuntemuksesta ja ennen kaikkea käytännöllisistä kuulustelukokemuksista. Toisaalta oikeustieteellinen tutkimus, jossa pyritään yhdistämään oikeudellisia kuulustelun taustatekijöitä käytännön kuulustelutoiminnassa huomioitaviin seikkoihin, voi osaltaan edesauttaa jäsentyneempien ja tarkoituksenmukaisempien kuulustelutulosten saavuttamista. Viimeksi mainitun voi sanoa olevan käsillä olevan tutkimuksen tavoite.

Tutkimuksellista mielenkiintoa aiheeseen antoi 1.10.1997 voimaan tullut rikosprosessiuudistus (ROL; 689/97), jonka yhteydessä myös todistelusta säättävää oikeudenkäymiskaaren 17 lukua muutettiin olennaisesti vastaamaan uuden rikosprosessuaalisen menettelyn muotoja. Keskeisin oikeudenkäymiskaareen tehty muutos tämän tutkimuksen kannalta oli OK 17 luvun 33 §:n uudistus. Uudistuksessa vanha tuomarivetoinen kuulustelujärjestelmä käytännössä lakkautettiin ja sen sijalle luotiin rikosprosessin asianosaisten suorittama kuulustelujärjestelmä, ns. *vuorokuulustelujärjestelmä*. Mainittu säännös ja sen tulkintaan ja soveltamiseen liittyvät lähi-ilmiöt ovat tämän tutkimuksen tutkimuskohteina. Tavoitteena on luoda kokonaiskuva menettelystä, jossa todistajankertomukset syntyvät rikosoikeudenkäynneissä.

Myös 1.5.1998 voimaan tullut hovioikeusuudistus korosti henkilötodistelun merkitystä: uudistuksen seurauksena suullisten käsittelyiden määrä hovi-

¹ Ks. mm. *Lie* 2002 s. 17–18.

oikeuksissa lisäänty, koska muutoksenhakujärjestelmässä korostettiin suullisen todistelun välitöntä todistusharkintaa myös hovioikeuksissa. Asianosaisella on nyt pääsääntöinen oikeus halutessaan saada suullinen pääkäsittely järjestettäväksi hovioikeudessa, minkä lisäksi OK 26 luvun 15 §:n 1 momentin mukaan hovioikeuden on toimitettava pääkäsittely sitä koskevasta vaatimuksesta riippumatta, jos asian ratkaiseminen riippuu kärjäoikeudessa vastaanotetun suullisen todistelun tai kärjäoikeuden katselmusta toimittaessaan tekemien havaintojen uskottavuudesta taikka hovioikeudessa vastaanotettavasta uudesta suullisesta todistelusta.² Säännös koskee sekä siviili- että rikosprosessia. Sääntelyn tarkoituksena on, että hovioikeudessa järjestettävä suullinen käsittely muodostaa itsenäisen oikeudenkäyntinsä, jonka ratkaisu perustuu siinä välittömästi esitettyyn näyttöön. Keskeinen painotus on välittömästi suoritettavalla näytön esittämisellä.³

Jonkin asteista välillistä vaikutusta tutkimusteemalle oli myös 1.6.1998 toteutetulla uudistuksella, jonka seurauksena syytetylle tuli oikeus julkiseen puolustajaan (107/98; ROL 2:1): oikeudenkäyntiavustajien käyttö rikosjutuissa lisääntyi, ja samalla entistä useamman rikosjutun henkilötodistelusta tuli vastamaan lakimieskoulutuksen saanut henkilö maallikon sijaan.⁴ Vastaavaa vaikutusta lienee myös 1.6.2002 voimaan tulleella uudella oikeusapulailla (257/02).⁵

1.1.2 Tehtävänasettelu ja aiheen raja

Kuulustelumenettely omaa tutkimuksellista mielenkiintoa, koska oikeudenkäymiskaaren uudistetutkaan säännökset todistajankuulustelusta eivät ole kaikin osin erityisen kattavia tai yksityiskohtaisia. Todistajankuulustelu täytyy suhteuttaa myös tuomioistuinkuulustelua edeltävän rikosprosessuaaliseen menettelykokonaisuuteen sekä rikosprosessiuudistuksen mukanaan tuomiin roolimuu-toksiin tuomioistuimen puheenjohtajan, virallisen syyttäjän ja puolustusasian-

² Ks. *Lappalainen* 1999a s. 181–194, *Jokela* 1998 s. 254 ss., *Virolainen* 2000c s. 253–264 ja *Pölönen* 2000 s. 26–29.

³ *HE 91/2002 vp.* s. 26–27 ehdotettu seurantajärjestelmä ja *HE 83/2001 vp.*:ssä (s. 14–15, 18–19 ja 30–34) esitetty mahdollisuus kärjäoikeudessa kertyneen ääni- tai kuvataallenteen käyttöön välittömän suullisen todistelun korvaavana näyttönä (ehdotettu OK 26:24a), eivät ilmeisesti tule heikentämään henkilötodistelun merkitystä hovioikeustasollakaan tapahtuvassa asian appellikäsittelyssä. Ehdotettu mahdollisuus tallenteiden käyttöön on tarkoitettu vain hovioikeusmenettelyä täydentäväksi ja se on rajattu yhtäältä tilanteisiin, joissa kertomuksen luotettavuutta ei ole syytä epäillä, sekä toisaalta tilanteisiin, joissa kertomuksen luotettavuutta voidaan asianmukaisesti arvioida ilman henkilökohtaista läsnäoloa, ja joissa asianosaiset menettelyyn suostuvat. Kriittisesti uudistusehdotuksesta ks. mm. *Vaitoja* 2002 s. 768 ss.

⁴ Prosessuaalisen lainsäädäntömme muutoshistoriasta kootusti ks. *Jokela* 2000a s. 2 ss. ja *Möller* 1999 s. 445–446. Ks. myös *Helminen ym.* 2002 s. 5 ss.

⁵ Yleisesti oikeusapulaista ks. *Jokela* 2002 s. 77–83 ja 88–91.

ajajan toiminnassa. Tutkimus pyrkii tarjoamaan apuvälineitä käytännössä esiintyvien ongelmatilanteiden normitulkintaan sekä erityisesti käytännöllisiin kuulustelua koskeviin kysymyksiin. Hahmoteltavan 'kuulusteluopin' tavoitteena on pyrkiä konkreettisesti määrittämään kuulustelua suorittavien tahojen toimintavapauden rajoja sekä kuulustelutaktisesti suotavia menettelytapoja.

Asianosaisten kuulustelussa erotetaan yhtäältä kuuleminen vaatimusten selvittämiseksi ja perustelemiseksi ja toisaalta kuuleminen todistelutarkoituksessa (OK 6:2.2 ja ROL 6:7.2).⁶ Tämä tutkimus keskittyy viimeksi mainittuun eli todistelutarkoituksessa tapahtuvaan kuulemiseen, rajoittumatta kuitenkaan asianosaisten kuulusteluun. Todistajankuulustelua käytetään tässä tutkimuksessa yhteisnimityksenä kaikelle henkilötodistelulle, eli käsite tarkoittaa varsinaisten todistajien kuulustelun lisäksi myös asianomistajan, rikoksesta epäillyn ja syytetyn⁷ sekä asiantuntijan kuulustelua. Laaja kattokäsite 'todistajankuulustelu' on tutkimustehtävän kannalta tarkoituksenmukainen, koska useassa yhteydessä yhden prosessisubjektin osalta sanottu soveltuu myös toisessa prosessuaalisessa asemassa olevaan henkilöön.⁸ Todistajankuulustelulla saatetaan edelleen viitata joko esitutkintavaiheessa tai tuomioistuimessa tapahtuvaan kuulusteluun. Terminologia vastaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) oikeuskäytännössään soveltamaa käsitteistöä.

Aiheesta riippuen prosessioikeudellisessa monografiatutkimuksessa on tarkoituksenmukaista keskittyä joko siviili- tai rikosprosessiin. Koska rikosprosessissa suoritettavat kuulustelut ovat sekä henkilötaholtaan että asiapiiriltään siviiliprosessia monipuolisempia, ja erityisesti koska rikosprosessissa tavoitellaan suuremmassa määrin aineellista totuutta kuulusteluiden tuloksena, on rikosprosessi kiinnostavampi tutkimuksen kohde: esimerkiksi rikoksesta epäillyn tai syytetyn henkilön kuulemista todistelutarkoituksessa tulee tarkastella sekä normatiivisesti että kuulustelutaktisesti eri tavoin kuin muiden henkilötahojen kuulemista.⁹ Kuulustelua ei tässä tarkastellakaan lähemmin siviiliproses-

⁶ Jo kanonisessa oikeudessa erotettiin ns. *interrogatio ad clarificandum*, jonka vaikutus näkyy edelleen selvästi erityisesti angloamerikkalaisessa oikeudessa pre trial discovery -menettelyiden muodossa, ks. *Coester-Waltjen* 2000 s. 284.

⁷ Tutkimuksessa on katsottu perustelluksi puhua 'syytetystä' eikä 'vastaajasta' (ROL:n terminologiasta poiketen): syytetty-termi tekee selväksi, että kyse ei ole siviili- vaan nimenomaan rikosprosessista. Syytetty-termiä käyttävät mm. *Jokela* 2002 s. 21–22 ja *Virolainen* 1998. Vrt. *Havansi* 2002 s. 53, joka pitää syytetty-termiä vanhahtavana. Ks. myös *Jokela* 2000a s. 65, joka toteaa perustellusti, ettei syytetty-termiä ole asianmukaista käyttää rikosasian vastaajana (RL 9 luvun perusteella) olevasta *oikeushenkilöstä*.

⁸ OK 17:33:n tarkoittamaa kuulustelujärjestelmää kutsutaan siis yleisesti todistajankuulusteluksi (tai vuorokuulusteluksi). Silloin kun kyse ei ole kuulustelujärjestelmästä yleisesti vaan nimenomaan tietyistä kuulusteltavasta henkilötahosta, puhutaan jatkossa joko kuulusteltavasta tai täsmällisemmin todistajasta, syytetystä, asianomistajasta tai asiantuntijasta.

⁹ Rikosprosessuaaliset todistajankuulustelut myös muodostavat huomattavan valtaosan kaikista tuomioistuimessa tapahtuvista kuulustelutilanteista.

suaalisen menettelyn nostattamien erityiskysymysten kautta. Tietetyt kuulustelu-
menettelystä esitettävät huomiot ovat kuitenkin asian luonteesta johtuen yleis-
tettävissä myös siviiliprosessin puolelle. Toisaalta tutkimus ei pyri olemaan
kattava kokonaisuus rikosprosessinkaan henkilötodistelusta siinä mielessä,
että kaikkia menettelysäännöksiä tai -tilanteita (kuten asiantuntijan tai lasten
kuulustelua tai todistajansuojelua) tai kaikkia kuulustelullisia näkökulmia (ku-
ten julkisen oikeusavustajan mahdollisesti asianajajasta poikkeavaa kuulustelu-
taktista näkökulmaa) käsiteltäisiin yksityiskohtaisesti.¹⁰ Pääpaino on todistajan,
syytetyn ja asianomistajan tuomioistuinkuulusteluissa. Esitutkintakuulusteluita
käsitellään vain suhteellisen suppeasti taustatekijänä tuomioistuinkuulusteluil-
le. Toisaalta esitutkintapöytäkirjan käyttöedellytyksiä pääkäsittelyssä käsitel-
lään kattavasti.

Todistajankuulustelu muutoksenhakutuomioistuimissa jää työekonomisista
syistä esityksen ulkopuolelle. Tutkimuksen piiriin eivät myöskään kuulu soti-
lasoikeudenkäyntilain järjestyksessä käsiteltävät asiat.¹¹ Poikkeuksellisenä me-
nettelymuotona myöskään valtakunnanoikeudessa käsiteltäviä rikosasioita ei
tarkastella tutkimuksessa. Koska hallintosanktiot eivät kuulu rikosprosessiin, ei
niiden määräämisessä sovellettavaa prosessia tutkita tässä väitöskirjassa.¹² Ali-
oikeusmenettelyyn keskittyvän tutkimuksen suurempi käytännöllinen merkitys
puoltaa mainittuja rajauksia: valtaosa suullisesta todistelusta tapahtuu yleisissä
alioikeuksissa eli sellaisissa tuomioistuimissa, joiden toimivaltaan rikosasioi-
den käsittely kuuluu.¹³

Todistajankuulustelua voidaan tarkastella sekä menettelyn ulkoiseen kul-
kuun että kuulustelussa esille tulevaan oikeudenkäyntiaineistoon eli sisältöön
huomiota kiinnittäen.¹⁴ Tuomioistuimen prosessijohto todistajankuulustelun
aikana avaa erityisen selvästi yhteyden kuulustelun ulkoisen kulun – muodollis-
menettelyllisen puolen – ja kuulustelun sisällön välille. Monet muutkin menet-
telyn kulkuun vaikuttavat tuomioistuimen ja asianosaisten päätökset ja toimen-
piteet liittyvät välittömästi kuulustelulla tavoiteltaviin tuloksiin eli kuulustelun
sisältöön. Kuulusteltavan kertomus muodostuu nimittäin paitsi tämän omasta

¹⁰ Hyvää asianajajatapaa koskevat tapaohjeet koskevat yhtäläisesti sekä asianajajia että julkisia
oikeusavustajia, mikä seikka vähentää tarvetta näiden puolustajatahojen erilliseen tarkasteluun.
Asemansa johdosta (yrittäjänä tai virkamiehenä) asianajajan ja julkisen oikeusavustajan roolit
syytetyn puolustaja eroavat kuitenkin luonnollisesti toisistaan. Kuten sanottu, tähän roolierotte-
luun ei lähemmin tämän tutkimuksen puitteissa mennä.

¹¹ Sotilas-oikeudenkäyntimenettelyä uudistettiin 1.5.2001 voimaan tulleella lainmuutoksella
(1115–1117/2001) mm. siten, että valtakunnansyyttäjän määräämät kihlakunnansyyttäjät korvas-
ivat erilliset sotilaslakimiehet. Ks. *HE 100/2000 vp.* ja *Jokela 2002 s. 6.*

¹² 'Hallinnollisesta rikosoikeudesta' ks. *Tolvanen 2002 s. 205 s.* ja EIT:n oikeuskäytännössä ks.
Clayton – Tomlinson 2001 s. 84–85.

¹³ Hovioikeuskuulusteluiden 'erityispiirteistä' ks. *Jokela 1998 s. 285–286.*

¹⁴ Ks. *Leppänen 1998 s. 3.*

vapaasta kerronnasta, myös niistä 'lisistä', joita eri prosessisubjektit¹⁵ kysymystensä ja prosessitoimiensa perusteella pyrkivät tuomaan esiin. Yksi tutkimuksen 'kantavista' (implisiittisistä) näkökulmista onkin kuulustelun 'materiaalisen' puolen ja ulkoisen kulun välisen kokonaisuuden hahmottamisessa. Tämän johdosta huomiota kiinnitetään suhteellisen paljon myös asianosaisten ja tuomioistuimen väliseen roolijakoon todistajankuulustelussa. Näkökulman voi siten sanoa olevan 'subjektiivinen' tai 'roolisuuntautunut'.

Edellä kuvatulla tavalla rajattuna tämän tutkimuksen kohteena on todistajan-kuulustelu (esitutkinnassa ja) erityisesti käräjäoikeudessa. Henkilötodistelun suorittamisen kannalta kysymys kuulustelun 'rajoista' on olennainen: rajoituksia henkilötodistelulle voi aiheutua siitä, *keitä henkilöitä ylipäättänsä voidaan kuulla* todistelutarkoituksessa sekä toisaalta siitä, *mitä seikkoja kuulustelussa on sallittua käsitellä*. Henkilöllisen rajautumisen ongelmia käsitellään mm. kontradiktorisuusvaatimusten sekä lähiomaissuojaa koskevien todistamiskieltojen kannalta. Asiallisesti henkilötodistelun rajoja etsitään paitsi yleisistä kuulustelutaktisista huomioista ja kuulustelun prosessinjohtollisista (asianmukaisuus)näkökohdista, erityisesti myös siltä kannalta, missä määrin henkilötodistelussa on mahdollista tukeutua kirjallisiin esitutkintakertomuksiin (OK 17:11:n ja 17:32.2:n merkityksessä).

Tutkimuksen toisena keskeisenä tehtävä on tutkia, *mitä oikeuksia ja velvollisuuksia kuuluu tuomioistuimelle ja eri prosessisubjekteille uudistetun rikosprosessin mukaisessa todistajankuulustelussa*. Koska todistajankuulustelun suorittavat pääsääntöisesti virallinen syyttäjä ja syytetyn puolustus,¹⁶ tulevat tutkimuksen kohteeksi tuomioistuimen näkökulman lisäksi nimenomaan myös asianosaisten eli syyttäjän ja puolustuksen suorittamassa kuulustelussa aktualisoituvat kysymykset.¹⁷ Kysymyksenasettelu kohdistuu erityisesti *asianosaisten roolinäkökulmiin* kuulustelussa, lähemmin *prosessistrategiaa* ja *kuulustelutaktiikka* koskeviin seikkoihin. Yhtenä asianosaisten todistelutehtäviä valottavana näkökulmana tarkastellaan lisäksi asianosaisten suorittaman todistelutoiminnan ja todistusharkinnan välistä yhteyttä (ns. hypoteesimetodin kautta).

¹⁵ Suppeassa merkityksessä prosessisubjekteja ovat oikeudenkäynnin asianosaiset, heidän edustajansa sekä tuomioistuin, ks. Jokela 2002 s. 2.

¹⁶ Käytettäessä termiä syytetyn 'puolustus' tarkoitetaan tutkimuksessa yhtäältä tilannetta, jossa syytetyn apuna toimii oikeudenkäyntiasiamies, -avustaja tai muu edustaja sekä myös tilannetta, jossa syytetty vastaa henkilökohtaisesti häntä vastaan nostettuihin syytteisiin ilman lakimies- tai muuta avustusta. Termi 'puolustus' on siis tässä yleinen ja prosessi-dynaaminen siten, että sillä tarkoitetaan tosiasiallisesta syytetyn puolustustilanteesta riippumatta kaikkia niitä intressejä ja näkökohtia, jotka asettuvat vastustamaan syytettä (kyse on eräänlaisesta hypoteettisen puolustusasianajajan prosessistrategisesta näkökulmasta). Yksinkertaisuuden vuoksi jatkossa puhutaan lisäksi tyypillisesti puolustusasianajajasta, vaikka asiallisesti useimmiten saatetaankin tarkoittaa yleisemmin kaikkia syytetyn puolustajia; asiayhteydestä tulisi ilmetä tai olla pääteltävissä, milloin puhe on nimenomaan Suomen asianajajaliiton jäsenenä olevasta asianajajasta.

¹⁷ Asianosaisia ovat ne, joiden nimissä oikeutta käydään, ks. mm. Jokela 2002 s. 1 ja 3.

Tutkimuksessa pyritään myös kehittämään yleisempää pätevyyttä omaavaa teoriaa ns. *perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkintametodin* soveltamisesta prosessuaalisten(kin) oikeuskysymysten ratkaisemisessa.

1.2 TUTKIMUKSEN TOTEUTTAMINEN

1.2.1 Oikeuslähteet

OK 1 luvun 11 §:n mukaan sitovat oikeuslähteet ovat laki ja maantapa.¹⁸ Muita oikeuslähteitä ovat lainvalmistelutyöt, tuomioistuinten ennakkoratkaisut, oikeus- ja moraaliperiaatteet, oikeustiede ja ns. käytännölliset eli reaaliset argumentit.¹⁹ Prosessioikeudessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut ovat nousseet merkittävään asemaan oikeuslähteenä. Myös perustuslain – ja sitä kautta perustuslakivaliokunnan – merkitys (prosessuaalisten) säännösten tulkinnassa on kasvanut.²⁰

Lainvalmisteluasiakirjojen merkitys on yleensä suurimmillaan uuden lainsäädännön tulkinnassa, koska esitöiden ja muiden valmisteludokumenttien voidaan sanoa kuvastavan lainsäätäjän tuoretta, objektiivista sääntelyn tarkoitusta. Monissa tapauksissa lainsäätäjät ei ole kuitenkaan kohtuudella voinut ennakoita koko käytännön soveltamisongelmien kirjoa, ja lainvalmistelussa voidaan muutenkin korostaa lainsäädännön yleisiä hyötynäkökohtia yksittäistapauksellisen analyysin kustannuksella.²¹ Todistajankuulustelua koskeva lainvalmisteludokumentaatio onkin aiheen tuoreudesta ja keskeisyydestä huolimatta varsin suppea eikä se tarjoa vastausta moneen käytännön soveltamisongelmaan. Muiden oikeuslähteiden rooli korostuu vastaavasti.

Tutkimuskohteeseen sisältyvässä säännöstulkinnassa merkittävä oikeuslähde on oikeuskäytäntö, jolla tuomioistuinlaitos ohjaa itse omaa toimintaansa. Oikeuskäytäntöä on kuitenkin voitu käyttää tässä tutkimuksessa vain rajoitetusti lainsäädännön uutuudesta ja asian luonteesta johtuen: todistajankuulustelu-

¹⁸ Voidaan tosin perustellusti argumentoida, että maantapaa (tai ns. tavanomaista oikeutta) ei tule enää nykyään välttämättä pitää itsenäisenä oikeuslähteenä, koska näissä lähteissä ilmaistut seikat on yleensä ”absorboitu” kirjalliseen muotoon oikeuskirjallisuudessa tai oikeuskäytännössä; näin mm. *Tuori* 2000 s. 175, ks. myös *Havansi* 2002 s. 14, *Helminen ym.* 2002 s. 10 ja 83 sekä *Hautamäki* 2002 s. 28–29. Tavanomaisen oikeuden epäselvästä oikeuslähdeopillisesta asemasta ks. lisäksi *Aarnio* 1971 s. 99, *Brusiin* 1938 s. 6 ja *Durkheim* 1990 s. 81. Ks. kuitenkin *Virolainen* 1998 s. 84 ne bis in idem -säännön, jutun palauttamisen ja reformatio in peius -kiellon tavanomaisoikeudellisesta statuksesta.

¹⁹ Ks. oikeuslähteistä ja niiden luokittelusta vahvasti ja heikosti velvoittaviin sekä sallittuihin oikeuslähteisiin lähemmin *Aarnio* 1982 s. 87–96. Reaalisten argumenttien käsitteestä ja merkityksestä ks. *Tolonen, J.* 1998 s. 327 ja *Frände* 1989 s. 59.

²⁰ Ihmisoikeusnäkökulma on tullut selvästi esiin myös uudemmassa prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa, ks. mm. *Jokela* 2000a s. 27 ss. ja *Virolainen* 1998 s. 19 ss.

²¹ *Leppänen* 1998 s. 18.

käytännöt ja oikeudenkäynnin aikana tehtävät prosessinjohtopäätökset eivät ole sen luonteista toimintaa, josta yleensä jäisi jälkikäteen tarkasteltavissa olevia kirjallisia dokumentointeja, joiden kautta relevanttien tutkimuslöydösten esiin saaminen olisi mahdollista.²² Todistajankuulustelun merkittävimmät ongelmakohdat liittyvät tavalla tai toisella tuomioistuimen puheenjohtajan prosessinjohtoon, josta korkein oikeus on sinänsä antanut prejudikatuuria kohtuullisissa määrin, mutta usein kuitenkin varsin yleisellä tasolla tai ainakin eri näkökulmasta kuin mihin tässä tutkimuksessa tähdätään. Monet tutkimuksessa esille tulevat erityiskysymykset eivät ole lainkaan tulleet esille KKO:n ennakkoratkaisuissa.²³

Oikeuskirjallisuudella on luonnollisesti keskeinen merkitys yleisen käsitteen- ja teorianmuodostuksen kannalta. Lainsäädännön uutuus on kuitenkin haitannut nimenomaan kuulusteluja koskevan oikeuskirjallisuuden hyödynnettävyyttä oikeuslähteenä. Aihetta ei ole aikaisemmin tutkittu väitöskirjatasolla, ja myös suomalaiset todistajankuulusteluun keskittyvät monografiaesitykset ovat harvalukuisia.

Suulliseen todisteluun keskittyvä kirjallisuus oli valtaosan kuluneesta vuosisadasta Paavo Aikion vuonna 1947 suomentaman Leche – Hagelbergin Kuulustelut rikosasioissa -kirjan varassa. Uudempaa oikeuskirjallisuutta saatiin odottaa pitkälle 1990-luvulle saakka, jolloin ilmestyivät rikoksen esitutkintaan keskittyvä Ellosen, Karstisen ja Nykäsen Kuulustelutaktiikka -kirja (1996) samoin kuin Eija Karstisen viestintätieteen alaan kuuluva väitöskirja Kuulustelusta pöytäkirjaksi (1998). Modernin todistajansykologian tutkimustuloksia uuden kuulustelujärjestelmän puitteissa käsittelevä Haapasalon, Kiesiläisen ja Niemi-Kiesiläisen Todistajansykologia ja todistajankuulustelu -kirja ilmestyi kesken tämän väitöskirjatutkimuksen valmistelua vuonna 2000. Kirjassa esitellään näytönarvioinnissa huomioitavia todistajansykologisia kokemussääntöjä sekä todistajankuulustelussa aktualisoituvia käytännöllisiä kysymyksiä kiitosta ansaitsevalla tavalla.²⁴ Parantuneesta tilanteesta huolimatta tutkimuksellista tiedonintressiä on edelleen runsaasti todistajankuulustelun alalla.

Edellä mainituista syistä ulkomaalaisen kirjallisuuden kautta esille nousevien argumenttien merkitys on de facto tässä tutkimuksessa kenties jossain määrin

²² Todistajankuulusteluiden nauhoitusten kuunteleminen samoin kuin oikeudenkäyntien havainnointi jää tutkimuksen lähdeaineiston ja metodiikan ulkopuolelle.

²³ KKO on antanut useita hovioikeuden suullista käsittelyvelvollisuutta koskevia ratkaisuita, mm. KKO 1999:82, 2000:2, 2000:5, 2000:57, 2000:62, 2001:16, 2001:116 ja 2002:15. Ratkaisuiden takana voi sanoa piilevän (henkilötodistelussa itsestään selvänä pidettävän) ajatuksen siitä, että suullisesti ja välittömästi esitettävä näyttö mahdollistaa luotettavampien tuomioperusteiden saamisen. Henkilötodistelullakaan hyvää näyttöä ei tosin 'itsestään' saa – kuulustelumennettelylliset valinnat vaikuttavat olennaisesti sen lopputuloksiin. KKO ei ole juurikaan puuttunut itse todistelumenettelyn käytännölliseen suorittamistapaan, joka on tämän tutkimuksen aiheena.

²⁴ Lähemmin kirjasta ks. Pölönen 2001 s. 154 ss. sekä Eskola – Paso 2001 s. 378–382.

'perinteistä' lainopillista tutkimusta korostuneempi.²⁵ Oikeusvertailevia argumentteja ei tosin useinkaan käytetä suoraan Suomessa voimassa olevan oikeuden tulkinnassa, paitsi kun oikeusjärjestelmien²⁶ läheisyys tämän sallii. *Oikeusvertailun keskeinen tehtävä on kysymyksenasettelun rikastuttamisessa ja eräänlaisena 'tarkistuslistana' toimimisessa.*²⁷ Tässä mielessä tutkimuksen oikeuslähteistä löytyy varsin runsaasti viittauksia myös angloamerikkalaiseen todistajankuulustelua koskevaan kirjallisuuteen. Esimerkiksi kuulustelutaktiikkaa koskevat common law -piiriä koskevat esitykset ovat pitkälti sovellettavissa meilläkin rikosoikeudenkäyntijärjestelmiämme yhdistävästä adversiaalisesta/akkusatorisesta luonteesta ja lautamieskokoonpanon käytöstä johtuen: Kuulustelutaktiikat perustuvat ihmisluonteeseen ja sen erilaisiin prosesseihin, ja ovat siten pitkälti sovellettavissa oikeusjärjestelmästä riippumatta. Useaa angloamerikkalaisen menettelysäännön tai -periaatteen ilmaisemaa oikeusajatusta on mahdollista soveltaa *tarkoituksenmukaisuusperusteisena menettelyohjeena* kuulustelua suorittavien asianosaisten näkökulmasta. Näiden kuulustelutaktinen näkökulma nimittäin varsinaisesti alkaa vasta siitä, missä todistelua koskeva lainsäädäntö "lakkaa".²⁸

USA:n ja Ison-Britannian rikosprosessi on asianosaisvetoista ja hyvin vahvasti käsittelyperiaatteen leimaamaa, mistä syystä monet niiden menettelymuodot eivät sovi Suomen yhdenmukaista menettelyä ja perinteisesti aineellista totuutta korostavaan rikosprosessiin. Esim. angloamerikkalainen plea bargaining -instituutio²⁹ ja pääsääntöinen kielto ilmaista mitään syytetyn mahdollisesta rikollisesta menneisyydestä syyllisyyskysymystä ratkaisevalle jurylle – muiden yksityiskohtaisten, oikeuskäytännössä kehittyneiden menettelysääntöjen ohella – aiheuttaa vertailulle Suomen kanssa omia vaikeuksia.³⁰ Nimenomaan kuulustelumenettelyissä erona on, että Suomessa syy-

²⁵ Oikeusvertailusta erityisesti rikosoikeustieteellisessä tutkimuksessa ks. *Hahto* 2001 s. 1290–1308 ja yleisemmin oikeusvertailun strategioista *Husa* 1998 s. 69 ss. (funktionaalinen-, struktuurallinen- ja systeemivertailu). Ks. myös *Palm* 2002 s. 8–10.

²⁶ Oikeusjärjestelmällä tarkoitetaan oikeustieteelliseen tai teoreettiseen ajatteluun perustuvaa oikeudellista systeemiä erotuksena oikeusjärjestyksestä, joka viittaa faktisiin, vakiintuneisiin valtasuhteisiin, ks. *Brusiin* 1938 s. 36 ja 195, *Aarnio* 2002a s. 46, *Hautamäki* 2002 s. 2–3 sekä kriittisesti *Tuori* 2000 s. 190–191; vrt. terminologiasta myös *Scheinin* 1991a s. 1.

²⁷ Ks. *Hahto* 2001 s. 1303, *Ebervall* 2002 s. 27 ja 37 ja *Palm* 2002 s. 10. Ks. myös *Tolvanen* 1999 s. 3, jonka mukaan "Angloamerikkalaisen aineiston hyväksikäyttö on sallitumpaa lainopillisessa ongelmanasettelussa ja uusien systemaattisten yhteyksien osoittamiseksi." *Husan* 1998 s. 73 s. luokittelun mukaisesti tässä kyse on ennen kaikkea ns. systeemivertailusta, joka mahdollistaa tietyn oikeudellisen ongelman tarkastelemisen "ulkoapäin".

²⁸ Angloamerikkalaisen kirjallisuuden hyödynnettävyydestä vastaavasti (Norjassa) ks. *Lie* 2002 s. 23.

²⁹ Plea bargaining -menettelyistä ks. *Virolainen* 1998 s. 42–43 ja *VKSV* 2001 s. 28–32. Ks. myös *Lindberg* 1997 s. 206 ja 215.

³⁰ Ks. *Weißmann* 1982 s. 64, *Honig* 1967 s. 9–10 ja *Ebervall* 2002 s. 34 sekä erityisen selvästi ns. prosessuaaliseen totuuteen tyytymisestä common law -prosesseissa *Evans* 1993 s. 7–8. Ks. myös *Lehtimäki* 1978b s. 262, jossa kirjoittaja tiivistää osuvasti rikosrekisteritietojen salassapidon

tettyä ei voida kuulla todistajan ominaisuudessa. Selvää on, ettei myöskään tarkkarajaisia todistamiskielto- ja todistelusääntöjä (rules of evidence) voi meillä sellaisenaan soveltaa. Olennainen ero on myös siinä, että angloamerikkalaisissa järjestelmissä tuomarit eivät etukäteen tutustu jutun tutkintaineistoon, vaan käsittely on korostetun suullista ja välitöntä.³¹ Kuulustelujärjestyksen kannalta huomattavin ero suomalaiseseen vuorokuulustelujärjestelmään verrattuna on, ettei angloamerikkalaisessa prosessissa todistajalle pääsääntöisesti anneta mahdollisuutta vapaaseen kerrontaan.³²

1.2.2 Tutkimusmetodi

Tutkimustyöhönkin pätee pitkälti sanonta ’työ tekijäänsä ohjaa’. Paitsi että kohde määrittää kulloinkin tarvittavaa lähdeaineistoa, tarkoittaa sanottu myös sitä, että tutkimuksen kohde vaikuttaa ratkaisevasti siihen, millaista metodia on tarkoituksenmukaista käyttää.³³ Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimuskohteenä pidetään yleensä voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämistä, jolloin tutkimuksen tehtävänä olisi väittää jotain normien merkityssisällöistä.³⁴ Oikeustieteellisen tutkimuksen valtavirtaa edustavan ns. oikeusdogmaattisen tutkimuksen tavoitteena on oikeussäännösten *tulkinnan* ohella myös säännösten *systematisointi* osaksi oikeudellista järjestelmää. Lisäksi lainopin tehtävänä voidaan nähdä myös *uusien kysymystenasetteluiden* pohtiminen.³⁵ Tämän tutkimuksen teema on todistajankuulustelumenettelyitä koskevan lainsäädännön sisällön ja sen normatiivisesti mahdollistamien käytäntöjen selvittäminen, joten tutkimuksessa voi sanoa käytetyn ns. oikeusjärjestelmän sisäistä tutkimusmetodia. Tutkimus on sikäli normatiivinen, että useissa yhteyksissä kysymyksenasetteluilla tähdätään tulkintasuositukseen siitä, miten positiivisen oikeuden mukaan *voi, ei voi, pitää tai ’kannattaa’* menetellä todistajankuulustelussa.

yhteydessä: ”Aineellisen totuuden intressi uhrataan prosessuaalisen puolueettomuuden turvaamiseksi. Ja miksi näin: jotta syyttäjän todistustaakalla olisi rikosprosessissa todellista eikä vain ohjelmallista merkitystä” sekä jatkaa: ”Angloamerikkalainen järjestelmä tavallaan myöntää, että aineellisen totuuden selvittäminen ja prosessuaalisen puolueettomuuden säilyttäminen ovat oikeuspoliittisina ihanteina vaihtoehtoisia.”

³¹ Ks. *Weißmann* 1982 s. 64–65 ja *Honig* 1967 s. 15–16. Kootusti angloamerikkalaisten ja mannereurooppalaisten oikeusjärjestelmien eroista ks. *Lehtimaja* 1978b s. 247–266.

³² *Weißmann* 1982 s. 66.

³³ Ks. *Paasilehto* 2002 s. 55–56 ja *Ebervall* 2002 s. 36. Toisaalta tutkimus ei aina heuristisena prosessina etene suoraviivaisesti, vaan suuntautuu ja muotoutuu välillä oman sisäisen logiikkansa ja tematiikkansa herättämien uusien kysymysten ohjaamana.

³⁴ Ks. *Aarnio* 1971 s. 67. *Fränden* 1989 s. 46–47 mukaan normilause koostuu tietyn asiaesityksen kuvauksesta sekä siihen liitetystä deonttisesta operaattorista, jonka mukaan kyseisen asiaesityksen tarkoitama asia on kielletty, käsketty, sallittu tai oikeudellisesti kvalifioitu.

³⁵ Ks. erilaisista tulkintalauseista ks. *Aarnio* 1982 s. 67 ss. ja 136–137 sekä systematisoinnin käsitteestä ja funktioista ks. *Aarnio* 1982 s. 138 ss. ja *Aarnio* 2002a s. 47. Ks. myös *Tolvanen* 1999 s. 154 ja 251.

Ehkä viimeksi mainittu (seitsemännen luvun) näkökulma poissulkien, käytettyä perusmetodologiaa voidaan pitää oikeusdogmaattisena.³⁶

Osana tutkimuskohteen määrittelyä voidaan pitää myös ontologista sitoutumista tiettyyn käsitykseen oikeuden luonteesta ja voimassaolosta.³⁷ Tämän osalta riittävät seuraavat huomiot. Käytännönläheisestä aihepiiristään huolimatta oikeutta tarkastellaan tässä tutkimuksessa ideaalisena ilmiönä siten, että voimassa olevaa oikeutta ei samaisteta oikeusrealistisen näkemyksen mukaan oikeuskäytännön tosiasiallisen toiminnan selittämiseen tai ennustamiseen.³⁸ Oikeus nähdään normitason ilmiönä.³⁹ Tutkimus ei ole empiirinen, vaikka kysymyksenasetteluissa onkin pyritty pitkälti käytännönläheisyyteen. Itse tutkimusaiheen luonne johtaa siihen, että suoraan todistajankuulustelua koskevaa ”teoriaa” ei ole pyritty hahmottamaan; esiin nousevat kysymykset ovat väistämättä usein konkreettisia menettelytapakysymyksiä. Todistajankuulustelunettelyn ’taustalla’ olevia tekijöitä pyritään toisaalta hahmottamaan (yleisessä osassa) tietystä enemmän abstraktisista lähestymiskulmista.

Tutkimuksessa ei ole sitouduttu jyrkkään oikeuspositivistiseen näkemykseen, jonka mukaan moraaliset näkökohdat ja muut ei-oikeudelliset normatiiviset järjestelmät tarkasti erotettaisiin voimassa olevasta oikeudesta, ja jossa oikeus nähtäisiin puhtaasti inhimilliseen päätöksentekojärjestelmään perustuvana ilmiönä.⁴⁰ Toisaalta tutkimuksen ontologinen asennoituminen ei ole myöskään puhtaan luonnonoikeudellinen, koska erilaisia arvovalintoja ja yhteiskuntapoliittisia näkemyksiä ei suoraan samaisteta oikeusjärjestelmään ja oikeussäännösten tulkintaan, eikä moraalikäsitystä toisaalta tarkoiteta kiinnittää joihinkin ’ikuisesti muuttumattomiin’ oikeusjärjestelmän ulkopuolisiin moraalisiin arvoihin.⁴¹ Arvovalinnoilla ja moraalilla kuitenkin nähdään selviä ja välittömiä liittymäkohtia oikeuteen, mistä syystä tutkimuksen voi sanoa olevan

³⁶ Tutkimus lienee sijoitettavissa lähinnä ns. teoreettisen lainopin kategoriaan: tutkimus ei (selvästikään) ole puhtaan oikeusteoreettinen, mutta ei toisaalta myöskään rajoitu pelkästään voimassa olevaan lainsäädäntöön kuuluvien normien systematisointiin tai tulkintaan.

³⁷ Vrt. kuitenkin Aarnio 1971 s. 68, jossa mainittua oikeuden voimassaolon käsitteen määrittelyä ei pidetä käytännössä relevanttina, vaan katsotaan tutkimuskäytännössä esiintyvien kysymyksenasetteluiden eli oikeustieteellisen tutkimuksen toimintaa koskevan tutkimuksen paremmin selvittävän lainopin luonnetta.

³⁸ Ks. oikeusjärjestyksen empiiristä voimassaoloa korostavasta oikeussosiologisesta näkemyksestä lähemmin Tuori 2000 s. 50 sekä oikeusrealismista mt. s. 285.

³⁹ Ks. Leppänen 1998 s. 14.

⁴⁰ Lakipositivistisen tarkastelutavan sopeutumisesta uuteen perusoikeusjärjestelmään kriittisesti ks. Lavapuro 2001 passim., erit. s. 134–137. Ks. myös jyrkkä sitaatti Paasilehdolla 2002 s. 85: ”According to Zygmunt Bauman the self-deception of modernity lies in the stubborn belief in the possibilities of positivism.”

⁴¹ Ks. ns. traditionaalista oikeuspositivismista ja luonnonoikeudellisesta näkemystavasta Tuori 2000 s. 5 ss. ja 8–15. Ks. myös Aarnio 1982 s. 54 ja moraalista argumenteista lähemmin Frände 1989 s. 65 ss.

painottunut ns. *kriittisen oikeuspositivistisen* tai – jos halutaan – ns. *rationaalisen luonnonoikeudellisen* näkemyksen mukaisesti.

Tässä omaksutulle ajattelutavalle on luonteenomaista, että oikeuden voimasaoloa tarkastellaan pitkälle arvosuuntautuneesti oikeuden sisällöllisen pätevyyden eli hyväksyttävyyden kautta. Oikeudellisella ”pitämisellä” nähdään näin ollen yhteys toisiin normatiivisiin järjestelmiin, erityisesti arvo- tai moraalijärjestelmien mukaiseen ”pitämiseen”. Sanottu ei kuitenkaan tarkoita, että oikeusjärjestelmä suoraan rinnastettaisiin arvo- tai moraalinäkökohtiin. Tässä suhteessa on hyödyllistä tehdä ero yksilö- tai ryhmäkohtaisen eettisen järjenkäytön ja toisaalta pragmaattisen tai moraalisen järjen välillä. Eettisessä ajattelussa pyritään refleksiivisesti selvittämään joidenkin yksilöllisen tai kollektiivisen identiteetin muodostavia perustavia arvoja siten, että mainittuja perusarvoja ei sinänsä aseteta kyseenalaiseksi. Moraalinen tai pragmaattinen ajattelu sen sijaan tähtää yhteiskuntapoliittisten ongelmien sekä erilaisten toimintaristiriitojen muotoilemiseen tai ratkaisemiseen. Oikeuden yhteys morali- ja arvonäkökohtiin liittyy lähinnä viimeksi mainittuun. Oikeuden ei tule perustua arvopluuralistisesti yksilöllisten tai ryhmäkohtaisten elämänmuotojen arvoperustalle, vaan yleisemmälle, kansallisen identiteetin eli koko oikeusyhteisön yhdessä jakamien vahvojen arvojen tasolle.⁴²

Lisätarkennuksena mainittakoon vielä, että minkä tahansa – hyväksyttävään – moraaliperiaatteen ei sellaisenaan katsota kuuluvan oikeudelliseen harkintaan. Moraaliperiaateilta tulee edellyttää tiettyä institutionaalista tukea oikeusjärjestelmässä, jotta ne voisivat olla oikeudellisesti relevantteja. Tällä tavalla ymmärrettävien perustavien – myös lainsäätäjän ja lainsoveltajan ’yläpuolella’ olevien – yhteiskunnassa vakiintuneiden arvojen nähdään kriittisessä oikeuspositivismissa muodostavan sellaisen pysyvän oikeuden ”syvärakenteen”, jonka tulee myös ohjata lähempänä oikeuden ”pintatasoa” olevien normien tulkintaa.⁴³ Tällaisia perustavia syvärakenteen arvoja voidaan kutsua *yleisiksi oikeusperiaateiksi*, jotka voidaan ymmärtää kulloisessakin yhteiskunnassa suhteellisen stabiilina kerrostumana ”oikeudellisten käytäntöjen luomassa oikeudellisessa traditiossa.”⁴⁴

⁴² Tuori 2000 s. 258–259. Vrt. Aarnion 1982 s. 186 elämänmuodon käsitteestä esittämään sekä etiikka/moraali –käsitejaotteluun: moraali tarkoittaa eron tekemistä hyvän ja pahan, oikean ja väärän välillä; etiikka on tieteellistä moraalien tutkimusta (näin Peltonen 2000 s. 581). Klammin luonnonoikeudelliseksi laskettavassa *finalistisessa tulkintaopissa* arvoille annetaan keskeinen merkitys jo pintatasolla tapahtuvassa laintulkinnassa. Kunkin säännön ja oikeuslähteen takana nähdään tavoite tai tarkoitus, joten kaikkien tulkinnassa käytettävien argumenttienkin voidaan nähdä olevan välineellisiä tämän (arvovalinnan sisältävän) tavoitteen toteuttamisessa. Ylipäätänensä näkemyksessä tulkinta-argumentti nähdään relevanttina vain silloin, kun sille voidaan antaa tavoitteellinen, järkevä perustelu. Ks. Klami 2001 s. 1312–1313.

⁴³ Ks. Ranta 2001 104–105.

⁴⁴ Ks. Tuori 2000 s. 81. Ks. myös Brusiin 1938 s. 6, joka ymmärtää yleiset oikeusperiaatteet ’oikeusjärjestelmän peruspylväinä’ ja katsoo, että ”normin kannattajana on yhteisössä vallitseva oikeusvakaumus.”

Viime kädessä arvo- ja moraalikäsitys mielletään ns. diskursiiviseksi tai proseduraaliseksi. Tämä tarkoittaa, että moraaliarvojen ja -periaatteiden katsotaan olevan jatkuvassa (tosin hitaassa) muutospaineessa yhteiskunnallisen ympäristön ja -diskurssin perustavien katsantokantojen mukaan. Demokraattisessa lainsäädäntöprosessissa – samoin kuin julkisuudessa ja kansalaisyhteiskunnassa – käytävät moraaliset diskurssit välittävät mahdollisesti muuttuvia moraalisia sisältöjä myös lainsäädäntöön. Toisaalta oikeusnormeilla on yhteys myös poliittiseen diskurssiin sisältyviin teleologisiin argumentteihin, joita on arvosteltava eri tavalla kuin moraalisisältöisiä argumentteja.⁴⁵ Erityisesti perustuslain tasoiset normit samoin kuin kansainvälisesti velvoittavat ihmisoikeusnormit⁴⁶ muodostavat sellaisen ”objektivoituneen” lähteen, josta oikeusperiaatteet kumpuavat ja jota oikeusperiaatteet ilmentävät.⁴⁷ Mainittujen tekijöiden huomioon ottaminen demokraattisessa lainsäädäntöprosessissa legitimoii oikeusjärjestelmää sisällöllisillä kriteereillä. Tämän lisäksi oikeuden legitimitetti edellyttää myös positiivisen oikeuden formaalia tukea eli itse lainsäädäntöprosessin legaalisuutta, ts. perustumista yhteisesti hyväksyttyihin menettelymuotoihin.

Itse näkisin Tuorin ns. kriittisen oikeuspositivismin olevan periaatteessa varsin lähellä rationaalisia luonnonoikeudellisia käsityksiä siinä suhteessa, että kummassakin painotetaan oikeusnormien sisällöllistä hyväksyttävyyttä normien legitimitetin takeena.⁴⁸ Kriittinen oikeuspositivismi antaa (muun ohella) tavaltaan uuden, pitkälle analysoidun viitekehyksen niille lainsäädännön taustalla vaikuttaville tekijöille ja periaatteille, joiden voidaan luonnonoikeudellisestikin katsoa vaikuttavan normien tulkintaan ja viime kädessä määrävän normien legitimitetistä. Olennaisinta eroa ja rajanvetoa nimenomaan positiivisuuden suuntaan Tuorin oikeusfilosofiassa merkitsee se, että kriittisessä oikeuspositivismissa myös oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteiden tasot ymmärretään positiivisiksi ns. sedimentaatiosuhteen johdosta: sedimentaatioprosessin katsotaan siirtävän positivismin oikeuden pinnalta edelleen pinnanalaisille oikeuden tasoille. Kriittisessä oikeuspositivismissa nähdään toisaalta myös yhteys oikeuden ja moraalien välillä erityisesti näiden oikeuden pinnanalaisten periaatteiden kautta (moraaliperiaatteiden tosin katsotaan tarvitsevan institutio-

⁴⁵ Ks. *Tuori* 2000 s. 103 ja 113.

⁴⁶ Ihmisoikeuksien ja ihmisoikeussopimusten käsitteistä lähemmin ks. *Scheinin* 1991a s. 5–12.

⁴⁷ Näin *Tuori* 1987 s. 30 s. Lisäksi puhutaan oikeuden tavoitteellistumiskehityksestä sekä refleksiivisestä tai responsiivisesta oikeudesta, ks. *Tolonen, H.* 1988 s. 194. Positiivisoikeudellisen ilmentymän saaneet perustuslakikodifikaatiot on kuitenkin teoreettisesti erotettava perusoikeuksista oikeuden syvärakenteen normatiivisina ideoina (yleisinä oikeusperiaatteina). Tuorin tulkin-
nassa Habermasin oikeusfilosofiasta perusoikeudet nähdään tavallaan ”tyydyttymättöminä” periaatteina, jotka tulee oikeusjärjestelmälle sen legitimiisyyden antavaa demokraatiaperiaatetta noudattaen konkretisoida kunkin maan valtiosääntötraditio ja kulloinenkin yhteiskunnallinen tilanne huomioon ottaen. Ks. *Tuori* 2000 s. 100, 106 ja 130.

⁴⁸ Tähän implisiittisesti viitaten myös *Tuori* 2000 s. 285, joka sijoittaa sekä luonnonoikeuden että kriittisen oikeuspositivismin normatiivisina teorioina samaan kriittis-normatiiviseen alaluokkaan.

naalista tukea ollakseen samalla myös oikeusjärjestelmään kuuluvia oikeusperiaatteita).⁴⁹

Ero rationaaliin luonnonoikeudelliseen näkemykseen ei ole lopulta järkevä, jos luonnonoikeudellisuudella ymmärretään – kuten tässä tutkimuksessa – yleisemmin viittausta historiallisten yhteiskunnallisten taustatekijöiden oikeusjärjestelmään vaikuttavina ja sitä justifioivina taustatekijöinä. Tällä tavoin ’liudennetulla’ luonnonoikeudellisella näkemyksellä voidaan nähdä monia yhtymäkohtia kriittiseen oikeuspositivismiin, joka nähdäkseni on itsekin ’liudennettu’ traditionaalisen oikeuspositivismin muunnos. Mainituista syistä olen nähnyt mahdolliseksi omaksua ja joissain yhteyksissä hyödyntää Tuorin hahmottamaa oikeuden tasomallia ajatuksellisena apukonstruktiona oikeusjärjestelmän hahmottamisessa.

Edellä mainittuun viitaten tutkimuksen voi sanoa olevan *periaatehakuinen*. Tällä tarkoitetaan sitä, että tutkimuksessa korostetaan oikeusperiaatteiden merkitystä normiston osana. Oikeusperiaatteiden soveltamisala on yleensä varsin laaja, mistä syystä tutkimustehtävä ei painotu oikeussääntöjen tai oikeusperiaatteiden soveltamisedellytysten, oikeusseurausten tai säännösten luokitteluun, vaan pikemminkin tyyppitilanteiden avulla esitettävien oikeusperiaatteiden punnintatilanteiden esittelyyn ja mahdollisten ratkaisuargumenttien kehittelyyn.⁵⁰ Periaatehakuinen tutkimus ei lähtökohtansa mukaisesti pyri välttämättä aina esittämään ehdottomia tulkintakannanottoja esille tuleviin ongelmiin. Periaatetyyppisten sääntöjen (ks. lähemmin jaksossa 2.3.2 esitettävää) ja oikeusperiaatteiden avulla ratkaistavissa tilanteissa tavoitteena on tuoda yleisellä tasolla esiin erilaisia harkintaan vaikuttavia argumentteja.⁵¹

⁴⁹ Ks. Tuori 2000 s. 325 ja 336. Ks. myös Aarnio 1971 s. 150, joka toteaa, etteivät ihmisten päämäärävalinnat (arvot) voi olla koskaan täysin subjektiivisia, koska sosiaalinen yhteisö ja sen luomat rooliodotukset vaikuttavat aina tavalla tai toisella yksilön arvostuksiin. Väistämätön kulttuurillinen yhteisöllisyys siis tekee ihmisten arvostuksista tiettyynajaan saakka intersubjektiivisia. Sanottu pätee myös suppeammassa oikeudellisessa asiantuntijakulttuurissa ja johtaa tiettyjen arvo- ja käsitevalintojen yhteisyyteen oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteiden tasolla.

⁵⁰ Ks. Pöyhönen 1988 s. 59–62 analyttisen oikeustieteen ’sääntöhakuisuudesta’ ja lainsäätäjän kunnioituksesta, minkä takia analyttinen oikeustiede ei tee lainsäätäjän antamiin ”systeemi-impulsseihin” sisällöllisiä lisäyksiä. Puhtaan sääntöhakuisessa analyysissä periaatteiden merkitys saattaakin supistua vain ns. reaalisten argumenttien tasolle. Ks. myös Palm 2002 s. 46 standardikeskeisestä ajattelusta erotuksena sääntökeskeisestä ajattelusta.

⁵¹ Ks. Pöyhönen 1988 s. 58 ja Ranta 2001 s. 22–23, 103 s. ja 130. Tutkimuksen metodi on väistämättä erilainen kuin esim. Frändén 1989 rikosoikeudellisessa väitöskirjatutkimuksessa, jossa oikeusperiaatteiden roolia korostetaan ennen kaikkea oikeussääntöjen konstruktiossa tai perustelussa; ks. mt. s. 49 i.f. ja 62: ”Jag hävdar m.a.o. att lagstiftaren inte skapar sina syftemål ad hoc utan de existerar som mer eller mindre givna inom ett givet samhällssystem.” Näkemys soveltuu hyvin rikosoikeudelliseen ajatteluun. Prosessioikeuden näen kuitenkin vähemmän sääntöorientoituneena, mistä syystä oikeusperiaatteiden yksittäistapauksellisella konkretisoinnilla voidaan nähdä itsenäistä tulkinnallista merkitystä.

Osittain – erityisesti seitsemännen luvun osalta – tutkimuksen voi sanoa olevan ”ymmärtävää” siinä merkityksessä, että huomiota pyritään kiinnittämään nimenomaan tutkittavan kohteen eli todistajankuulustelua suorittavien asianosaisten (syyttäjän ja puolustuksen) näkökulmaan ja päämääränsäteiluihin.⁵² Näkökulma viimeksi mainitussa suhteessa ei ole niinkään asianosaisten toiminnan selittämisessä, vaan pikemminkin heidän (hypoteettisesti tyypiteltyjen) toimintamahdollisuuksien ja asianosaisintresseistään nähden tarkoituksenmukaisten menettelymuotojen kuvaamisessa. Tutkimuksessa pyritään siis tarkastelemaan sellaisia menettelytapoja, jotka palvelisivat syyttäjän ja puolustuksen prosessistrategioita.

1.3 TUTKIMUKSEN RAKENNE

Tutkimus etenee yleisestä yksityiskohtiin päin.⁵³ Ensin pyritään hahmottamaan yleisempiä rikosprosessioikeuden ja todistusoikeuden kysymyksiä. Varsinaista todistajankuulustelumenettelyä käsitellään vasta tämän jälkeen. Toisen luvun aiheena ovat rikosprosessissa yleisesti aktualisoituvat kysymykset, jotka vaikuttavat näytön esittämiseen ja todisteiden harkintaan: rikosprosessia tarkastellaan kokonaisuutena sen tehtävien ja tavoitteiden kannalta ja selvitetään näitä päämääriä palvelevien rikosprosessuaalisten periaatteiden luonnetta ja käytännöllistä merkitystä lainsoveltamisessa. Luvussa perustellaan myös ns. perusoikeusmyönteistä laintulkintametodia ja sen soveltumista prosessuaalisten säännösten tulkintaan.

Kolmannessa luvussa käsitellään todistusoikeudellista järjestelmää yleisesti sekä joitain sen keskeisiä osatekijöitä kuten todistelun määrän ja laadun välistä suhdetta, todistustaakkaa, tuomitsemiskynnystä sekä todistusteorioita. Johdannon sekä toisen ja kolmannen luvun voi sanoa muodostavan tutkimuksen yleisen osan, jossa käsitellään *todistajankuulustelun taustalla vaikuttavia tekijöitä*.⁵⁴ Osan teoreettisen ja periaatteellisen esityksen tarkoituksena on palvella jatkon yksityiskohtaista esitystä todistajankuulustelun menettelystä ja sisällöstä.

Neljännessä luvusta alkaen voidaan puhua tutkimuksen erityisestä osasta. Yleisesti ottaen tutkimuksen erityisen osan tarkoituksena on osoittaa todista-

⁵² Erityisenkään osan tavoitteen ei toisaalta voi sanoa olevan ”ymmärtävän oikeusteorian” hahmottaminen siinä merkityksessä, jossa Aarnio 1971 s. 35 ja 43 sen kuvaa: suoranaisena tavoitteena ei siis ole esim. rikosasianajan käsitteiden tai ammatillisen todellisuuskäsityksen tarkka ymmärtäminen.

⁵³ Yleensä laajojen kokonaisuuksien oppiminen ja hallinta edellyttää uusien asioiden sijoittamista tiettyihin olemassa oleviin käsiterakennelmiin tai systeemeihin. Koska ihmisen ns. työmuistissa on mahdollista käsitellä vain 4–7 käsiterakennetta kerrallaan (ks. Saariluoma ym. 2001 s. 117), oppiminen edellyttää ennen kaikkea käsiterakenteiden kattavaa ja hienojakoista hallintaa. Mainitusta syystä peruskäsitteistön ja teorianmuodostuksen kehittelyn tulee edeltää yksityiskohtaista tutkimuskohteeseen kuuluvien kysymysten käsittelyä.

⁵⁴ Ks. myös Lappalainen 1996 s. 141: ”Tutkimuksen kannalta keskeisiä taustoja ei voida koskaan minkäänlaisen ”notorisuuden” varjolla jättää pois oikeustieteellisestä väitöskirjasta.”

jankuulustelumenettelyä koskevien normien 'jokapäiväisiä käyttöedellytyksiä' eli luoda mahdollisimman yksityiskohtaisia ja selviä yhteyksiä käytännön toimintojen ja menettelyä koskevien normien välille.⁵⁵ Kyse on yhtäältä henkilötodistelua rajoittavista, selittävistä ja selventävistä tekijöistä.

Neljännessä luvussa tarkastellaan oikeudellisia rajoituksia, joita todistamis- ja hyödyntämiskiellot asettavat näytön esittämiselle ja vastaanottamiselle yli-päättänsä sekä erityisesti todistajankuulustelumenettelylle. Rajoitukset kohdistuvat osittain suoraan henkilötodistelun suorittamiseen tuomioistuimessa, osittain esitutkintapöytäkirjan käyttöedellytyksiin pääkäsittelyssä. Todistamis- ja hyödyntämiskiellotilanteet osoittavat, että henkilötodistelun 'rajoja' ei voida aina tarkastella puhtaasti asian tuomioistuinkäsittelyvaiheeseen rajautuen, vaan että henkilötodistelun rajoitukset voivat perustua myös aikaisemmin suoritettuihin esitutkintakuulusteluihin.

Osittain yllä sanotusta syystä viidennessä luvussa esitutkintakuulusteluja tarkastellaankin yleisemmin, ja arvioidaan menettelyn merkitystä koko rikosprosessin kannalta. Esitutkintakuulustelujen ja niiden dokumentoinnin arviointi on joka tapauksessa perusteltua, koska kirjatut esitutkintakuulustelut vaikuttavat ratkaisevasti rikosprosessin etenemiseen syyteharkintaan ja syyttäjältä edelleen tuomioistuinkäsittelyyn. Viidennessä luvussa myös arvioidaan yleisesti käräjäoikeudessa tapahtuvan todistajankuulustelun teoreettista viitekehystä mm. tarkastelemalla vuorokuulustelujärjestelmän perusteita, sen etuja ja mahdollisia haittoja. Tarkoituksena on tutkia kuulustelumuodon tavoitteita sekä sitä, missä määrin lainsäädännössä valitun ratkaisun voi sanoa palvelevan tavoitteitaan. Tärkeä taustatekijä ovat myös kuulustelua suorittavien asianosaisien roolinäkökulmat kuulusteluun.

Kuudennessa luvussa tarkastellaan tuomioistuimen asemaa todistajankuulustelussa. Materiaalisen ja muodollisen prosessinjohtoon esittely selventää tuomioistuimen omaa 'tiedonintressiä' ja kuulustelullista roolia pääkäsittelyn kuulusteluissa. Prosessinjohtollisen esityksen tehtävänä on myös hahmottaa suuntaviivoja tuomioistuimen kuulustelua rajoittavalle toiminnalle (kielletty kysymykset ja niihin reagoiminen), ja toisaalta sille, mikä tuomioistuimen tulisi prosessinjohtossaan asianosaisille 'sallia'.

Seitsemännessä luvussa selvitetään todistajankuulustelun yksityiskohtaista ulkoista kulkua. Pää-, vasta- ja uudelleenkuulusteluvaiheisiin jakautuvan vuorokuulustelun lähempää kulkua tarkastellaan erityisesti syyttäjän ja puolustuksen asianosaisnäkökulmista. Keskeinen aihe on kuulustelussa esitettävien kysymysten analysointi asianosaisstrategisesta ja prosessinjohtollisesta näkökulmasta. Lopuksi kahdeksannessa luvussa tehdään lyhyt yhteenveto tutkimuksen keskeisistä tuloksista.

⁵⁵ Ks. Aarnio 1971 s. 46.

2 Rikosprosessin tehtävät ja rikosprosessuaaliset periaatteet

2.1 TARKASTELUN LÄHTÖKOHTIA

Rikosprosessi voidaan määritellä lailla järjestetyksi erityiseksi menettelyksi, jossa määrättyjä sääntöjä noudattaen tutkitaan, onko rikos tapahtunut ja kuka on siihen syyllinen, ja tämän mukaisesti langetetaan syylliselle rangaistus tai vaihtoehtoisesti vapautetaan syytön syytteestä.¹ Frände määrittelee rikosprosessin suppeasti tuomioistuinmenettelyksi, jonka tarkoitus on tuomita rikoksesta seuraava rangaistus ja muut seuraamukset; ja laajasti tarkoitukselliseksi, järjestelmälliseksi ja säännellyksi menettelyksi, jossa valtio määrää yksityisten henkilöiden oikeuksista tarkoituksessa toteuttaa aineellisen rikosoikeuden tavoitteita.²

Henkilötodistelu (henkilön kuuleminen todistelutarkoituksessa) muodostaa rikosoikeudenkäynnin ja usein myös koko rikosprosessin keskeisen osan. Henkilötodistelun tehtävien ja tavoitteiden paremmaksi hahmottamiseksi on tutkimuksessa tarpeen tarkastella lähemmin koko rikosprosessuaalista kokonaisuutta. Käsillä olevassa luvussa käsitellään rikosprosessin tehtäviä, tavoitteita, rikosprosessissa huomioitavia arvoja sekä rikosprosessuaalisia periaatteita, jotka välittävät tarkoitetut tavoitteet ja arvot lainsoveltamistasolle. Luvussa tarkastellaan myös ns. perusoikeusmyönteisen laintulkintametodin tulkinallista vaikutusta prosessuaalisiin kysymyksiin.

Välittömästi seuraavassa alajaksossa olevan esityksen tarkoituksena on pohjustaa vastausta kysymykselle siitä, missä määrin voidaan puhua yhtenäisesti eli koko menettelykokonaisuuden kattavasti rikosprosessin tehtävistä, ja missä määrin tällaisista yleisistä tehtävä- tai funktiokäsityksistä voidaan johtaa normatiivisia seuraamuksia tai konkreettisia menettelyohjeita ja -velvollisuuksia henkilötodistelun lähemmälle suorittamistavalle.

¹ Perinteisestä näkemyksestä ks. *Tirkkonen* 1969 s. 3 ja 14 ja *Tirkkonen* 1974 s. 1. Ks. myös *Jokela* 2000a s. 15, *Jääskeläinen* 1997 s. 143 ja *Helminen ym.* 2002 s. 20.

² Frände korostaa tosin myös rikosprosessin oikeusturvavaatimusta rinnastaessaan rikosprosessin rikoksesta epäillyn magna chartaan tarkoittaen tällä epäillyn suojajärjestelmää valtiovaltaa ja yksityiskostoa vastaan. Ks. *Frände* 1999 s. 2–3 ja 336 sekä *Frände* 1998b s. 222.

2.2 RIKOSPROSESSIN TEHTÄVÄT JA TAVOITTEET

2.2.1 Rikosprosessin tehtävät ja tuomarin rooli

I Rikosprosessin funktioista puhuminen liittyy prosessin laajempaan yhteiskunnalliseen kontekstiin. Ervasti on osoittanut, että 'rikosprosessin funktio' on käsitteenä epämääräinen, koska keskustelussa ei välttämättä vallitse selvyyttä edes siitä, mistä rikosprosessin osa-alueesta tai mistä näkökulmasta kulloinkin puhutaan. Funktioista puhumisella voidaan viitata mm. oikeussääntelyn, oikeusnormien tai tuomioistuimen (tosiasiallisen tai 'ideaalisen') toiminnan tasolle, ja itse funktio-termiä saatetaan käyttää erilaisissa merkityksissä (synonyyminä esim. tarkoitukselle, motiiville, intentiolle, päämäärälle tai seuraukselle).³ Rikosprosessin tai lainkäytön funktioita onkin mahdollista hahmottaa hieman eri tavoin tai ainakin eri painotuksin puhuttaessa lainkäytöstä yhtäältä yleisellä yhteiskuntapoliittisella tasolla ja toisaalta eri toimijoiden (esitutkintaviranomaisen, syyttäjän tai tuomioistuimen) näkökulmista ja/tai eri prosessin vaiheissa.

Oma lähtökohtani on, että '*rikosprosessin*' funktio yhteiskunnallisella tasolla tarkasteluna viittaa erilaiseen näkökulmaan kuin '*lainkäytön*' funktio. Ensiksi mainittu näkökulma on yleinen (yhteiskuntapoliittinen), viimeksi mainittu nimenomaan yhden prosessin keskeisen toimijan eli tuomioistuimen (subjektiivinen) roolinäkökulma. Rikosprosessin tai lainkäytön funktiot määräytyvät virkavastuulla toimivan tuomarin näkökulmasta nimenomaan tähän kohdistuvien konkreettisten virkavelvollisuuksien kautta. Yleisessä kriminaalipoliittisessa keskustelussa rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden funktioista voi vallita erilaisia näkemyksiä. Periaatteessa on mahdollista, että jokin yhteiskuntapoliittinen 'funktionäkemys' ei ole yhteensopiva konkreettista lainkäyttötehtävää suorittavan tuomarin sisäistämän 'funktionäkemys' kanssa.

Selvää lienee, ettei mitään 'matemaattista' funktio-käsitettä (tyyppiä $f(x)$) voida ylipäätään soveltaa rikosprosessin 'funktioista' puhuttaessa. Tällaisessa ajattelussa tulisi nimittäin olettaa olevan olemassa kaikenkattava rikosprosessin eri osa-alueet käsittävä "rikosprosessiteoria" (ikään kuin 'laskukaavana'), joka sisältäisi kannanoton mm. sovellettavasta rangaistusteoriasta⁴ sekä edellisen

³ Kootusti lainkäytön funktioista käydystä keskustelusta ks. *Ervasti* 2002 s. 47 ss.: pohjoismaisessa keskustelussa mainitaan useimmiten oikeussuojafunktio, käyttäytymistä ohjaava funktio, oikeutta luova funktio ja konfliktinratkaisufunktio. Ervasti korostaa perustellusti (s. 51–54 ja 63) lainkäytön funktioista käytävän keskustelun (siis nimenomaan tuomioistuintason näkökulmasta käytävän keskustelun) olevan vain yksi osa laajemmasta kysymyksestä oikeusjärjestyksen, oikeusjärjestelmän tai oikeuden funktioista.

⁴ *Lappi-Seppälän* 2000 s. 15 mukaan rangaistusteorialla tarkoitetaan teoriaa rikosoikeuden käytön perusteista eli siitä, missä tarkoituksessa ja millaisin edellytyksin rikoslain käyttö on oikeutettua.

tulkintavaikutuksesta rikosprosessuaalisten normien soveltamiselle eli vastauksen siihen, tuleeko aineellisen rikosoikeuden sääntelyn ja sen yhteiskuntapolitiittisten tavoitteiden vaikuttaa yksittäistapaukselliseen menettelysääntöjen tulkinnaan. ”Rikosprosessiteorian” tulisi vastata myös siihen, mitä mahdollisia ’itseenäisiä’ tulkintavaatimuksia tai -normeja rikosprosessiin sisältyy (kuten oikeusturva- tai perus- ja ihmisoikeusvaatimuksia) sekä yleisemminkin sisältää selvä näkemys erityisesti tuomarin ja tuomioistuimen ’roolista’ (millä tarkoitan lähinnä tuomioistuimen tehtävänasettelussa ja siten käytännön toiminnassa vaikuttavaa näkemystä siitä, missä määrin tuomioistuimen tulee huolehtia rikosasioiden selvittämisestä ’syyttäjän apuna’ ja missä määrin kyse on vain ’puolueettomana erotuomarina’ toimimisesta mm. oikeusturvaa ja käsittelyperiaatetta korostaen).

Vain jos yleinen ”rikosprosessiteoria” voisi vastata tyhjentävästi kaikkiin näihin (sekä useaan muuhun perustavaan) kysymykseen, voitaisiin rikosprosessin funktioilla ymmärtää niitä *seurauksia* tai *johtopäätöksiä* konkreettisten lainkäyttöongelmien ratkaisemisessa, jotka juontuisivat tulkintatilanteen ’muuttujien’ sovittamisesta yleisen ”rikosprosessiteorian” mukaiseen ’kaavaan’ tai ’malliin’ (esim. ratkaisu kysymykseen lähiomaisen esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä ”rikosprosessiteorian” funktiona). Itsestään selvää lienee, ettei tarkoitettulla tavalla yhtenäistä ja kattavaa kokonaisnäkemystä rikosprosessista (”rikosprosessiteoriaa”) ole voitu formuloida. Tällaisen teorian formulointiin ei liene edes mielekästä pyrkiä. Edellä mainittuihin kysymyksiin on haettava vastausta yksilöidymmin tunnistamalla kussakin ongelmatilanteessa relevantit prosessuaaliset säännöt ja tulkintaperiaatteet.

’Perinteinen’ rikosprosessin funktioista käyty keskustelu on nähdäkseni liittynyt ensisijaisesti oikeudenkäyntimenettelyn yhteiskunnallisten tehtävien (tavoitepäämäärien) hahmotteluun. Kun sivuutetaan keskustelun ’funktio-otiskoinnin’ epämääräisyydestä johtuvat ongelmat, havaitaan, että asiallisesti keskustelu on hyödyllistä edellä mainittujen kysymysten pohdinnassa ja että siitä on apua myös rikosprosessin ymmärtämiselle yhteiskunnallisena instituutiona. Tuomioistuimen roolinäkemyksestä esitetyillä yleisillä argumenteilla voi siis olla tiettyä menettelytapaa justifyoivaa merkitystä konkreettisemmassa ongelmanratkaisussa.

Edellä mainituista epätasällisyyssyistä johtuen itse en jatkossa omassa terminologiassani kuitenkaan käytä rikosprosessin funktio-käsitettä. Pidän havainnollisempana puhua rikosprosessille asetetuista yhteiskunnallisista *tehtävistä*, *tavoitteista* tai *tavoitepäämääristä*. En pidä tarkan erottelun tekemistä tehtävän ja tavoitteen välillä tarkoituksenmukaisena. Tutkimuksen kysymyksenasetteluiden kannalta näen olennaisempana keskittyä ennen kaikkea tuomioistuimen tai tuomarin *’roolikäsitykseen’*. Rooli-käsite ei sellaisenaan liity rikosprosessin yhteiskunnallisten tehtävien ja tavoitteiden justifyointiin (joskin viime kädessä sen voinee kuitenkin sanoa juontuvan niistä). Ensisijaisesti kyse

on konkreettista asiaa käsittelevän tuomioistuimen tai tuomarin 'aseman' ymmärtämisestä erityisesti materiaalisen prosessin johdon ja erilaisten rooliperiaatteiden soveltamisen näkökulmista (ts. prosessin 'työnjakonäkemyksistä').

II Yksi prosessifunktioista eli menettelyn yhteiskunnallisesta justifikaatiosta sekä tuomioistuimen 'roolista' oikeuskirjallisuudessa esitetty näkemys on ns. *ratkaisufunktioajattelu*. Tässä katsannossa keskeistä on tapahtuneen konfliktin käsittely rikosvastuun toteuttamisintressin ja rikoksen asianomistajalle annettavan oikeusturvan kautta. Esimerkiksi Jonkka ymmärtää rikosprosessin tehtävän mainitulla tavalla: kyse on aineellisen rikosoikeuden toteuttamisesta huolehtien samalla yksilön oikeusturvasta ja menettelyn oikeudenmukaisuudesta.⁵ Samoin mm. Jokela ja Ervo katsovat oikeudenkäynnin tehtävänä modernissa oikeusvaltiossa olevan aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääsemisen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellyttämällä tavalla ihmisoikeuksia ja yksilön itsemääräämis-oikeutta kunnioittaen.⁶ Pitkälti vastaavalla tavalla asia ymmärretään myös Helmisen ym. esitutkinta ja pakkokeinot -oppikirjassa.⁷

Oikeusturvalla tarkoitetaan yleisesti oikeusjärjestelmän tarjoamaa suojaa yksilöille ja heidän oikeuksille valtiovallan taholta tulevia oikeudenloukkauksia vastaan. Oikeusturvavaatimus perustuu viime kädessä ihmisarvon suojelunäkökohtiin, joita on luonnollisesti punnittava rikosvastuun toteuttamisintressin ilmaisemia arvoja ja tavoitteita vasten.⁸

⁵ Ks. *Jonkka* 1998 s. 1262 ja 1263–1266 ja *Jonkka* 1992c s. 50. Myös *Tolvasen* 1999 s. 163 (ks. myös *Tolvanen* 2000b s. 546–547) kannattama näkemys rikosprosessin *konfliktinratkaisufunktiosta* on nähdäkseni pitkälti yhdenmukainen ratkaisufunktioajattelun kanssa.

⁶ Ks. *Jokela* 1996 s. 40–41, *Jokela* 2000a s. 16, *Ervo* 2001a s. 408 i.f., *Ervo* 1998 s. 12 i.f., *Ervo* 1996 s. 43 ja *Ervo* 2001b s. 27. Ks. myös *Ervon* 1996 s. 153–176 esitystä oikeudenkäynnin piilofunktioista, joilla hän tarkoittaa yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden 'häiritsevää' vaikutusta oikeudenkäynnin tarkoituksenmukaisuus- ja oikeudenmukaisuusperiaatteille: Tällaisia piilotendenssejä voivat olla itse rikosoikeudenkäyntimenettelyn rankaiseva luonne tai ns. syntipukki-teorian mukaisesti kontrollikoneistona toimiminen kansalaisten aggressioiden kanavoitumekanismina. Lisäksi oikeudenkäyntimenettelylle voidaan asettaa yleisestävän (prosessijärjestelmän preventiivinen funktio; *handlingsdirigering*) funktion mukaisia tavoitteita, ks. mm. *Diesen* 1993 s. 36–38 ja *Dencker* 1977 s. 61.

⁷ Ks. *Helminen ym.* 2002 s. 13–14.

⁸ Ks. *Jonkka* 1992a s. 21 sekä *Hallberg* 1999b s. 652 s. *Ervo* 1996 s. 38 ymmärtää oikeusturvan edellistä laajemmin käsittämään yksilön suojaa kaikenlaisilta oikeudenloukkauksilta eikä siis vain valtiovallan taholta tulevilta oikeudenloukkauksilta. Tässä tutkimuksessa oikeusturvalla tarkoitetaan sen 'perinteistä', suppeampaa merkitystä. Vrt. tosin *Robberstadin* 1999 s. 360 ss. (josta myös *Tolvanen* 2000b s. 548) esittämään siitä, että 'klassisesti' oikeusturvalla on ymmärretty kansalaisille annettavaa (horisontaalista) suojaa toisten kansalaisten aiheuttamilta oikeudenloukkauksilta, ja että vasta 1900-luvulla oikeusturvan käsitteeseen on liitetty myös valtiovallan oikeudenloukkauksilta suojeleva elementti. Yleisempänä käsitteenä voidaan käyttää *oikeussuojaa*, joka kattaa suojan sekä valtiovallan että kanssaihminen tekemiltä loukkauksilta. Tämän käsitteen valossa voidaan sanoa, että rikosprosessioikeus huolehtii omien menettelynormiensä puitteissa oikeusturvasta välittömästi ja tarjoaa välillistä oikeussuojaa aineellisen rikosoikeuden tavoitteista huolehtimalla (ks. *Jonkka* 1992a s. 21–22 ja *Jonkka* 1992b s. 718).

Ratkaisufunktio edellyttää luonnollisesti, että prosessissa päästään *aineellisesti oikeaan lopputulokseen*. Aineellisen totuuden selvittämistä pidetäänkin yleisesti rikosprosessin perimmäisenä tavoitteena.⁹ Aineellisen totuuden tavoittelu on luonnollisesti hyväksyttävä pyrkimys, mistä syystä on perusteltua puhua ns. aineellisen totuuden periaatteesta tai aineellisen totuuden selvittämistäintressistä. Mielestäni väite aineellisen totuuden periaatteesta *johtavana* rikosprosessin tavoitteena on kuitenkin harhaanjohtava. Itse yhtyisinkin siihen näkemykseen, että (myös) rikosprosessissa on asianmukaisempaa puhua absoluuttisen aineellisen totuuden sijasta ns. *prosessuaalisesta totuudesta* sen perusteella, mitä akkusatorisessa oikeudenkäynnissä on tullut ilmi.¹⁰ Erityisesti rikosuhrien sekä rikoksesta epäillyn ja syytetyn perusoikeuksien *kunnioittaminen ja suojele* johtaa siihen, ettei aineellisen totuuden selvittämistä voida aina pitää ensisijaisena, muut rikoslainsäädännön ja rikosprosessuaalisen lainsäädännön intressit ohittavana tavoitteena.¹¹

Filosofiassa ja tieteenteoriassa – siinä määrin kuin oikeustieteessä aiheeseen on viitattu – totuutta on määrittely yleensä kolmen eri totuusteorian kautta. *Korrespondenssiteorian* mukaan totuus määrittyy proposition ja havainnon vertailun kautta. Teorian mukaan kyse on siis totuudesta, kun totuutta koskevat lausumat voidaan vahventaa havainnoin eli kun väite vastaa todellisuudessa tapahtuvaksi havaittua. Teorian mukainen totuuden määrittely ei kuitenkaan ole täydellinen. Esimerkiksi lause (X sanoo:) 'Nyt minä valehtelen' johtaa umpikujaan korrespondenssiteorian mukaisessa määrittelyssä: sikäli kun henkilö puhuu totta, hän valehtelee, ja sikäli kun henkilö valehtelee, puhuu hän totta.¹² *Koherenssiteorian* mukaan totuus määrittyy erilaisten yleisesti todeksi hyväksytyjen propositionien vertailun kautta. Teoria perustuu siihen, että koska havainnot joudutaan pukemaan kielelliseen asuun, on totuuttakin arvioitava havaintoja koskevien lauseiden ja aikaisemmin tehtyjä havaintoja koskevien lauseiden valossa. 'Toden' väitelauseen on siis sovittava loogisesti ja ristiriidattomasti yhteen muiden tosien lauseiden kanssa. Teorian heikkoutena on, että se edellyttää valmiina vertailuryhmänä toimivan 'tosien' väitteiden ryhmän olemassaoloa. Vaikka tällainen systeemi olisi-kin olemassa, tapahtuisi koherenssin arviointi tällöinkin puhtaasti loogisen ristiriidattomuuden tarkastelun kautta, eikä siten kaikin osin täydellisesti.¹³

⁹ Ks. mm. *Viljanen, P.* 1993 s. 1014, *Schellenberg* 2000 s. 56 ja *Eisenberg* 1999 s. 59.

¹⁰ Näin asian esittää mm. *Tolvanen* 2000b s. 546 s., joka ymmärtää sanotun siltä kannalta, että "prosessissa ei siten haeta totuutta, vaan siinä määritellään ensin se konflikti, joka on ratkaistavana. Sen jälkeen kukin osapuoli pyrkii näyttämään käsityksensä oikeaksi." Ks. myös *Diesen* 1997 s. 17, joka katsoo rikosprosessissa tulevan esiin vain ns. funktionaalisen totuuden (funktionell sanning).

¹¹ Ks. mm. *Tolvanen* 2001 s. 409.

¹² Ks. *Hilgendorf* 1993 s. 549 ja 551, jonka mielestä korrespondenssiteoria puutteineenkin silti vastaa parhaiten oikeudenkäynnissä arvioitavan 'totuuden' määrittelyyn ja kriteereihin. Ks. myös *Aarnio* 1971 s. 166 ja *Käßer* 1974 s. 9.

¹³ Ks. *Aarnio* 1971 s. 166–167 ja *Hilgendorf* 1993 s. 551–552.

Konsensususteorian mukaan totuus löytyy vertaamalla tiettyjä olettamuksia määrättyssä auditoriossa yleisesti todeksi hyväksyttyihin oletuksiin. Konsensususteoriassa havaintojen pukeminen kielelliseen asuun ja erilaisten lausumien suhteuttaminen edellyttää tulkintaa, ja nämä tulkitut väitteet on suhteutettava tiettyyn auditorioon, joka joko hyväksyy ne sellaisenaan tai hylkää ne.¹⁴

Virolainen katsoo edellisistä näkemyksistä hieman poikkeavasti, että rikoksesta epäillyn oikeusturvaintressi ei käsitteellisesti ole rikosprosessin tehtävä, vaan rikosprosessille asetettava *laatuvaatimus* (tavoite). Tällä tavoin asiaa lähestyvän näkemyksen mukaisesti rikosprosessin ensisijaisena tehtävänä ei ole esim. syyttömän suojaaminen tai ihmisoikeuksien turvaaminen.¹⁵ Myös Frände katsoo vastaavasti, että rikosprosessin ainoa varsinainen tehtävä tai tavoite (mål) on rikosvastuun toteuttamisfunktio (förverkligandeprincip).¹⁶ Viimeksi mainitut näkemykset ovat sinänsä perusteltuja: *varsinainen syy ja tehtävä, jota varten rikosoikeudenkäyntejä järjestetään, on konfliktien ratkaiseminen aineellisen rikoslainsäädännön edellyttämällä tavalla ja sen mukaisesti seuraamuksen langettaminen henkilöille, joiden katsotaan syyllistyneen rikoksiin*.¹⁷ Rikosprosessi on olemassa aineellisen rikosoikeuden ”eläväksi tekemistä” varten.¹⁸ Tässä katsannossa korostuu rikosoikeudellisen oikeudenmukaisuuden toteuttaminen reagoitina aiheutuneeseen rikokseen, samoin kuin mahdollisesti loukatuksi tulleen rikosuhrin oikeuksien (horisontaalinen) suoja.¹⁹ Näkökulma on pitkälti taakse päin katsova, *retrospektiivinen*.

¹⁴ Ks. *Klami* 1986 s. 20–21 ja *Hilgendorf* 1993 s. 553 s. Ks. myös *Klami* 1995 s. 9 sekä ns. sosiaalisen konstruktionismin mukaisesta totuuskäsitteestä *Eskola – Paso* 2001 s. 379. Muista totuusteoreettisista näkemyksistä mainittakoon mm. ns. *pragmaattinen totuusteoria*, jonka mukaan lause on totta, jos sen avulla käsillä olevat ongelmat voi ratkaista muita vaihtoehtoja paremmin. Totuuden redundanssiteorian mukaan käsitteillä ’tosi’ ja ’epätosi’ ei ole mitään informaatioarvoa, mistä syystä käsitteet on hylättävä turhina. Ks. *Hilgendorf* 1993 s. 552 s. ja *Aarnio* 1971 s. 167.

¹⁵ *Virolainen* 1998 s. 10 s.

¹⁶ *Frände* 1999 s. 8. Näkemykseen yhtyy myös *Tolvanen* 2000a s. 301–302 sekä *Dalakouras* 1988 s. 113, jonka mukaan rikosprosessin varsinaisena tehtävänä on suojella yhteisöllisiä, sosiaallieettisiä normeja eikä niinkään yksilöllisiä eettisiä arvoja.

¹⁷ Ks. *Mm. Ekelöf – Boman* 1992 s. 114 ja *Lappi-Seppälä* 2000 s. 41: ”Rikosprosessin perustehtävä on rikosvastuun toteuttaminen lain edellyttämällä tavalla.”; ks. myös *Koriath* 1994 s. 59 ja 60–61. Rikosprosessilla ei voi sanoa olevan ensisijaista *reparatiivista funktiota*; asianomistajan yksityisoikeudellinen vaatimus voidaan toki käsitellä rikosprosessin yhteydessä, mutta se ei ole välttämätöntä rikosprosessin ensisijaisen tehtävän tai tarkoituksen kannalta. Ks. yleisemmin hyvityksestä rikosoikeudellisen järjestelmän osana *Tolvanen* 1999 s. 85–86.

¹⁸ Ks. *Havansi* 2002 s. 5: aineellinen oikeus on ensisijaista prosessioikeuteen nähden. Ks. myös mt. s. 4: ”...siinä missä aineellinen oikeus on yhtä kuin yhteiskunnan pelisäännöt (mitä ei saa tehdä? mitä saa tai jopa tulee tehdä?), prosessioikeus on yhtä kuin pelisääntöjen käytösäännöt.” Myös *Engisch* 1977 s. 80 korostaa prosessioikeuden finaalis-akessorista luonnetta materiaalliseen rikosoikeuteen nähden.

¹⁹ Ks. myös *Jokela* 2000a s. 16–17, joka korostaa rangaistusvastuun horisontaalisten vaikutusten johtavan siihen, etteivät rikosvastuun toteuttaminen ja yksilön oikeusturvasta huolehtiminen ole välttämättä ristiriitaisia tavoitteita.

Sanottu ei toki tarkoita oikeusturvaintressien huolehtimisen tärkeyden aliarvioimista. Päinvastoin, rikosprosessin *keskeisenä laadullisena tavoitteena tulee pitää aineellista rikosoikeutta palvelevien ratkaisuiden tuottamista sellaisella tavalla, joka täyttää oikeusturvalle, perusoikeussuojalle ja yleisemmin oikeudenmukaiselle prosessille asetettavat vaatimukset*.²⁰ Näiden laadullisten tavoitteiden tai edellytysten täyttäminen voi *rajoittaa* rikosprosessin 'varsinaisten' tehtävien toteutumista. Toisaalta rikosprosessilta edellytettävät laadulliset ominaisuudet omaavat myös itseisarvoa siinä merkityksessä, että oikeudenmukaiseksi koettu prosessi on omiaan legitimoimaan koko rikosoikeudellista järjestelmää (ks. tästä lähemmin jaksossa 2.2.3).

Näen kuitenkin pitkälti 'makuasiana' sen, mielletäänkö rikosprosessin varsinaisen tehtävä ja laadulliset tavoitteet esim. juuri viimeksi mainitulla vai jollain toisella tavalla. Esimerkiksi Virolaisen näkemyksen ero edellä mainittuun ratkaisufunktioajattelun versioon – jossa rikosvastuun toteuttamisintressi ja oikeusturvaintressi asetetaan rinnakkaisiksi rikosprosessin tehtäviksi – ei lopulta-kaan liene juuri muuta kuin terminologinen. Käytännössä en näe ratkaisevana sitä, ymmärretäänkö esim. oikeusturvaintressi rikosprosessin varsinaisena 'tehtävänä' vai 'laatuvaatimuksena'. Olennaista on, että (myös) tämä näkökohta tulee tehokkaalla tavalla otetuksi huomioon käytännön oikeuselämässä.

Tässä valitulle tarkastelukulmalle 'oikeampana' lähestymistapana pidänkin itse sitä, että tunnustetaan sekä rikosten selvittämisentressin että oikeusturvaintressin (johon lasken kuuluvan myös perus- ja ihmisoikeuksien suojelutehtävän) tosiasiallisesti vaikuttavan tuomioistuinten ratkaisutoimintaan sekä yleisemmin prosessinjohtoon. Tässä suhteessa painotuserot ovat mahdollisia. Se, mikä lähdekohtainen ja toisaalta konkreettisesti punnittava painoarvo mainituille intresseille prosessissa annetaan, vaikuttaa merkittävimällä tavalla prosessin muotoutumiseen ja etenemiseen. Eri tilanteissa voidaan po. punninnassa päätyä erilaisiin lopputuloksiin. Tällöin ei kuitenkaan ole otettu kantaa siihen, minkä on katsottava olevan rikosprosessin 'kokonaisfunktio', ensisijainen tehtävä tai (laadullinen) tavoite.²¹ Prosessitodellisuudessa huomioitavat näkökohdat ja intressit näen sikäli monimuotoisina, etten ylipäättänsäkään pidä keskeisenä sitoutumista johonkin tiettyyn 'prosessin funktiokäsitykseen'. Keskeistä on havaita juuri näkökulmien moninaisuus.

²⁰ Ks. *Jonkka* 1992a s. 132 ja *Jääskeläinen* 1997 s. 147, jossa kirjoittajat toteavat oikeusturvasta huolehtimisen olevan "rikosprosessin "oma" tavoite". Myös *Havansi* 2002 s. 4 ja 5 rinnastaa prosessioikeuden nimenomaan 'oikeusturvamenettelyn sääntöihin', ts. aineellisesta oikeudesta ja sen tavoitteista erilliseksi sääntelyalueeksi; s. 9 kirjoittaja toteaa sanotun vielä yksiselitteisemmin: "prosessioikeus on se oikeudena, jossa säännellään viralliset *oikeusturvamenettelyt*."

²¹ Omaksumani näkökulma on enemmän *rikosprosessin toimijoiden rooleihin* kuin rikosprosessin yhteiskunnallista justifikaatiota koskevaan (funktio)keskusteluun orientoitunut.

III Näkökulma on pidettävä mielessä myös tarkasteltaessa seuraavaa – yleisemmältä yhteiskunnalliselta tasolta lähtevää – ’funktio teoriaa’ eli *ohjausfunktio-ajattelua* koskevaa esitystä. Ohjausfunktioilla viitataan yleensä lainkäytön ns. sanktiomekanismiin, joka vahvistaa aineellisoikeudellisten normien noudattamista sekä ylläpitää yhteiskuntamoraalia ja -järjestystä. Näkemyksen mukaan rikosprosessin tehtävänä pidetään ihmisten käyttäytymisen ohjaamista aineellisen oikeuden tavoitteita palvelevilla ratkaisuilla.²² Tässä kyse on rikosoikeuden *prospektiiviseksi* luettavista tehtävistä. Preventiiviseen rangaistusteoriaan perustuva ohjausfunktio-ajattelu ilmentää lainkäytön ja rangaistusten yleisestävää tehtävää. Kriminaalipolitiikassa painotettu yleisestävyys tarkoittaa oikeusrauhan turvaamista yhteiskunnassa joko kansalaisten käyttäytymisasenteisiin vaikuttamalla lakien kunnioittamiseen ohjaten (rangaistusten moraalia tai tapoja luova vaikutus), tai välittömämmin luomalla rikosten tekemistä lannistavaa pelotevaikutusta sanktiouhin ja/tai muun sosiaalisen paheksunnan osoittamisen avulla.²³ Ohjausfunktio-ajattelu kytketään pohjoismaisessa oikeuskulttuurissa vahvasti Ekelöfin näkemyksiin prosessioikeuden ns. sanktiomekanismista.

Ekelöfin alunperin sosiaaliantropologisista tutkimuksista juontaneen käsityksen mukaan lainkäyttö on moderni *sosiaalisen kontrollin* muoto. Tätä kontrollijärjestelmää Ekelöf kutsuu lainkäytön *sanktiomekanismiksi*. Ekelöfin mielestä nykyinen moderni oikeusjärjestys on ”vain” institutionalisoitunut muoto alkukantaisesta heimoyhteisön sosiaalisesta kontrollista, jonka tarkoituksena edelleenkin on yhteiskuntamoraalin luominen ja järjestyksen ylläpitäminen.²⁴ Sanktiomekanismi-ajatuksen taustalla on tietty käsitys prosessioikeuden ja oikeusprosessin yhteiskunnallisesta funktiosta, ja näiden funktioiden toteutumiseksi Ekelöf kehitti erityisen laintulkintaopin, ns. teologisen metodin. Kantavana tausta-ajatuksena on prosessi, jossa aineellisen oikeuden sääntöjä sovelletaan tavalla, jolla niiden tarkoitus mahdollisimman hyvin toteutuu yhteiskunnassa. Rikoslain säännösten tarkoituksena on mm. ohjata kansalaisten käyttäytymistä siten, että rikoksia tehtäisiin mah-

²² Yleis- ja erityisprevention vaikutusmekanismeista ks. lähemmin *Lappi-Seppälä* 2000 s. 19–30 ja 50–70 ja *Jääskeläinen* 1997 s. 75–76, sekä niitä koskevista pohjoismaisista kriminaalipoliittisista muutoksista ja tulevaisuudennäköistä *Lahti* 2000 s. 141–155. Ks. myös *Nuutila* 1998 s. 169.

²³ Ks. *Lappi-Seppälä* 2000 s. 19–21, 27 ss., 39 ja 50–70 (korostaen normiston sisäistämistä ja hyväksymistä pelotevaikutuksen kustannuksella), *Tolvanen* 1999 s. 55–74, *Virolainen* 1998 s. 9–10, *Frände* 2001 s. 32 s. ja 38 ss., *Lappalainen* 1995 s. 19, *Jonkka* 1992a s. 15, *Jääskeläinen* 1997 s. 145 ja *Ervo* 1996 s. 163 ss. *Schild* 1982 s. 41–42 korostaa yleisestävyyden tehokkaan toiminnan edellyttävän kattavaa ja objektiivista tiedonvälitystä oikeudenkäynneistä, mistä syystä hän näkee rikosasioiden pääkäsitelyillä olevan myös jonkinlaisen ’teatraalisen’ tehtävän. Ks. julkisuuden merkityksestä rikosprosessin legitimoititehtävän kannalta myös *KM* 2002:1 s. 8 ja 20, *Jonkka* 1992a s. 25, *Frände* 2001 s. 39 i.f. ja 30–31 ja *Jääskeläinen* 1997 s. 160. Vrt. liiallisen oikeudenkäyntijulkisuuden haittapuolista yksilönsuojan kannalta *Robberstad* 1999 s. 34; ks. myös *HE* 30/1998 vp. s. 114 OikJulkL 5b §:stä.

²⁴ *Ekelöf – Boman* 1994 s. 10–12.

dollisimman vähän, sekä yleisesti turvallisuuden ja hyvinvoinnin turvaamisen.²⁵

Olennaista sanktiomekanismi-ajattelussa on, että siinä rikoslainsäädännön ja rikosprosessin funktiot tavallaan yhdistetään. Esimerkiksi todistustaakka ja tuomitsemiskynnsynormien abstrakteilla muotoiluilla vaikutetaan näkemyksen mukaan siihen, että väärän päätöksen tilastollista riskitasoa sopeuttamalla voidaan optimaalisesti toteuttaa aineellisen oikeuden arvoja.²⁶ Sanktiomekanismi-mallin mukaisessa teleologisessa metodissa tuomari onkin lakeihin ja niiden 'tarkoitukseen' sidottu.²⁷ Rikoslaki sitoo tuomaria siinä, millaisten tekojen voidaan katsoa täyttävän rikoksen tunnusmerkistön. Lainsoveltamisen tulee yleisemminkin toimia siten, että aineellisen oikeuden tavoitteet "lyövät itsensä läpi" yhteiskunnassa (esimerkiksi kehittämällä kansalaisten velvollisuudentunnetta ja yhteiskuntamoraalia eli aikaansaamalla rikoksia yleisestävää vaikutusta).²⁸

Kuten sanottu, Ekelöfin näkemys oikeusprosessin tehtävistä liittyy yhteen hänen laintulkintateoriaansa. Tämän teleologisen metodin mukaan lakien tarkoitusta selvitettyä lähdetään liikkeelle lain esitöistä. Johtoa saa myös ennakkotapauksista ja lain yleislausekkeista. Monesti säännöksen soveltaminen jää kuitenkin epäselväksi. Laissa voi olla aukkoja. Tällöin tulkinnassa täytyy turvautua semantiikkaan eli oppiin sanojen ja lauseiden merkityksistä. Semantiikan oppien mukaan sanoilla on tietty "ydinalue" sekä "heikko alue" edellisen ympärillä. Ydinalueella on selvää, että sanamuoto kattaa tietyn tilanteen; heikolla alueella tulkinta on epävarmempi. Koska sanamuodot voivat olla kuvatulla tavoilla epämääräisiä, tulee laintulkintakannanotossa tukeutua semantiikan ohella myös normatiivisiin tekijöihin.²⁹

Teleologisen tulkintametodin mukaan ns. *selvissä tapauksissa* on täysi varmuus siitä, että tilanne kokonaisuudessaan mahtuu säännöksen sanamuodon piiriin. Selvissä tapauksissa säännöksen tulkinta lähtee sanamuodosta ja kontekstista, joka on "todiste" säännöksen merkityksestä tai tarkoituksesta.³⁰

²⁵ Ks. Ekelöf – Boman 1994 s. 7. Myös Nuutila 1998 s. 168 katsoo rikoslain tehtävänä olevan ei-toivottavan käyttäytymisen vähentämisen. Rikosoikeuden tai -prosessin tavoitteena ei sen sijaan voida pitää rikollisen käyttäytymisen täydellistä kitkemistä yhteiskunnasta. Jokaiseen järjestäytyneeseen yhteiskuntaan kuuluu tietty määrä rikollisuutta. Tämän suuntaisesti on muotoutunut myös suomalainen kriminaalipolitiikka, jonka tavoitteiksi voidaan täsmentää rikollisuudesta ja sen kontrolloimisesta aiheutuvien haittojen minimointi (ei siis täydellinen poistaminen) sekä näiden haittojen oikeudenmukainen jakautuminen (ks. Tolvanen 1999 s. 34 ss. ja 38 ss.). Laine 1991 s. 52–53 ymmärtää rikollisuuden välttämättömänä ja normaalina, ja löytää rikollisuudelle myös positiivisen funktion yhteiskunnassa (yhteiskunnan normijärjestelmän vahvistaminen). Ks. myös Ervo 1996 s. 160 sekä Anttila – Törnudd 1983 s. 73–76 rikollisuuden sosiaalisista funktioista (yhteenkuuluvuuden tunteen lisääminen, normien rajojen havainnollistaminen, kontrolloitu aggressioiden kanavointi rikosentekijään ja yhteiskunnallisten uudistustarpeiden esille nouseminen rikosten johdosta).

²⁶ Jonkka 1992b s. 702.

²⁷ Ks. Ekelöf – Boman 1994 s. 69 ja Aarnio 1982 s. 158.

²⁸ Ekelöf – Boman 1994 s. 7–8 ja 14 ja Laukkanen 1999 s. 621. Erityisestävistä vaikutuksesta (kriittisesti) ks. Dencker 1977 s. 59.

²⁹ Ekelöf – Boman 1994 s. 70–71. Kriittisistä näkökannoista metodia vastaan ks. mm. Laukkanen 1999 s. 623 s.

³⁰ Ekelöf – Boman 1994 s. 72.

Ns. *erityistapauksissa* on sen sijaan epäselvää, kattaako sanamuoto tilanteen. Näissä harkintavalta on jätetty tuomioistuimille. Harkinnan mittapuuna on tällöinkin pidettävä säännöksen tarkoitusta selvissä tapauksissa (säännöksen konstruointi). Ns. erityisten tapausten sääntelyn tulee siis myötävaikuttaa saman kokonaislopputuloksen toteutumiseen kuin selvien tapaustenkin sääntelyn. Viime kädessä tavoitteena on kaikissa tilanteissa tarkoituksenmukaisen lopputuloksen saavuttaminen. Näin ollen lainsoveltaajat eivät voi tulkita lakia omien oikeuspoliittisten näkemystensä tai arvojensa perusteella erityisissä tapauksissa, vaan tuomarin on suhtauduttava täysin ”solidaarisesti” voimassa olevaan oikeuteen.³¹

Edellä sanotun mukaisesti heikolla alueella, ts. erityisissä tai vaikeissa tapauksissa, on arvioitava, tuleeko säännöstä tulkita *laajentavasti* tai *supistavasti* sen mukaisesti, johtaisiko säännöksen soveltaminen normin tarkoituksen toteutumiseen. Samalla perustella on myös mahdollista, että säännöstä tulkitaan *ex analogia* tai *e contrario* silloinkin, kun säännös sinänsä ei kuulu selvän sanamuodon rajojen piiriin. Koska lait on kirjoitettu yleispätevään muotoon, voi käydä myös niin, että selvän sanamuodon alueelle voi tulla sääntelytarkoituksen kannalta ”liikaa”, jolloin selvissä tapauksissa täytyy joskus jättää sääntö soveltamatta. Tällöin puhutaan *reduktiosta*.³²

Leppänen kritisoi Ekelöfin teleologista metodologiaa mm. siitä, että dikotominen jako selviin tapauksiin ja erityistapauksiin perustuu epävarmoihin kriteereihin. Leppänen pitää ongelmallisena sitä, miten lainsäädännön tarkoitus selvissä tapauksissa voidaan luotettavasti selvittää ja miten tämän tavoitteen toteutuminen voidaan taata erityistapauksissa. Samansuuntaista kritiikkiä esittää myös Aarnio.³³ Erityisen ongelmallisena mallissa voidaan pitää sitä, että teleologinen malli johtaa ajattelun helposti lainsäädännön (hypoteettisesti arvioitaviin) yhdenmukaisiin tavoitteisiin, vaikka prosessilainsäädäntö päinvastoin useimmiten perustuu usean eri suuntaan puhuvan intressin optimaaliselle yhteensovittamiselle.³⁴

Kritiikki on monin osin perusteltua. Yleisemminkin ongelmallinen kysymys on, missä määrin aineellisen (rikos)oikeuden tehtävät tai tavoitteet voivat vaikuttaa prosessuaalisten säännösten tulkinnassa. Itse katson, että rikosprosessuaalisen säännös- ja periaatetulkinnan tulee pitkälti irrottautua yllä kuvatun kaltaisesta teleologisesta metodista, koska muutoin vaarannetaan nimenomaan oikeusturvaa korostavan prosessuaalisen säännöstulkinnan ”autonomisuus” rikosvastuun selvittämistä korostavan aineellisen rikosoikeuden mahdollisesti noustessa määrääväään asemaan tulkinnassa. Näin ollen en voi sellaisenaan yhtyä Ekelöfin teleologiseen tulkintametodiin, enkä varauksettomasti myöskään sanktiomekanismiajattelun mukaiseen rikosprosessin funktioiden hah-

³¹ Ekelöf – Boman 1994 s. 74–75, 77 ja 85.

³² Ks. Ekelöf – Boman 1994 s. 71, Alexy 1995 s. 52 ss., 85–86 ja 91 sekä Huovila 1999 s. 1161.

³³ Ks. Aarnio 1982 s. 159–160.

³⁴ Leppänen 1998 s. 20–22. Samansuuntaisesti myös Ilveskivi 2000 s. 155.

mottamiseen – sanktiomekanismiajattelu korostaa nähdäkseni liiaksi rikoksen selvittämisentressiä oikeusturva- sekä perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien kustannuksella.³⁵ Erityisesti ns. perusoikeusmyönteinen laintulkinta voi joissain tapauksissa velvoittaa lainkäyttäjän irtautumaan aineellisen rikosoikeuden (otaksutun) kriminaalipoliittisen tarkoituksen toteuttamispyrkimyksestä, ja 'vapauttaa' lainkäyttäjän tekemään yksittäistapauksessa aktualisoituvia perusoikeusnäkökohtia parhaiten optimoivan tulkintaratkaisun.³⁶

On tietysti niin, että yllä tarkoitetut retrospektiiviset ja prospektiiviset rikosoikeuden tai rikosprosessin tehtävät eivät pääty tuomioistuinkäsittelyssä. Itsetään selvästi tehokkaassa rikosprosessissa mainitut rikoksen selvittämisentressiä lähemmin kuvaavat (osa)elementit täytyy ottaa huomioon ja toteuttaa viime kädessä juuri rikosasian pääkäsittelyssä. Sanotun toteaminen on kuitenkin mielestäni eri asia kuin se virallisen syyttäjän ja tuomioistuimen keskinäiseen työnjakoon tai rooliasemaan kuuluva kysymys siitä, *missä määrin rikoksen selvittämisentressistä huolehtiminen on yksinomaan, pääosin vai vain osittain syyttäjän (ja osittain tuomioistuimen kanssa yhteinen) tehtävä*. Tähän kysymykseen otettavasta kannasta voi johtua olennaisiakin näkökulma- tai painotuseroja, jotka saattavat muovata esim. näkemyksiä tuomarin roolista pääkäsittelystä juuri siitä keskeisestä näkökulmasta, missä määrin totuuden selvittämisen ja aineellisen rikosoikeuden tavoitteista huolehtimisen katsotaan kuuluvan tuomioistuimen 'työnkuvaan'.

Tässä tutkimuksessa pyritään eri yhteyksissä argumentoimaan syyttäjän ja tuomioistuimen tehtävien erillään pitämisen puolesta, ja irrottautumaan rikosprosessin tehtäviä 'kokonaisuutena' tarkastelevasta näkökulmasta. Rikosprosessin tehtäviä koskeviin kysymyksiin pyritään sen sijaan vastaamaan erittelevästi tuomioistuimen ja prosessin asianosaisten näkökulmista. Syyttäjän roolia korostanut rikosprosessin menettelyuudistus on nähdäkseni johtanut siihen, että rikosvastuun toteuttamisintressiä tukeva 'tiedonintressi' ja todistelutarve kuuluu nimenomaan syyttäjätaholle, ei niinkään (enää) tuomioistuimelle. Karkeahkosti yleistäen voinee sanoa, että *aineellisen rikosoikeuden tavoitteiden toteuttamisesta huolehtii ensisijaisesti syyttäjä, ja menettelyn oikeusturva-*

³⁵ Ks. myös jaksoissa 2.4.1 ja 6.1.1 esitettävää.

³⁶ Ylipäättensä oikeudellisen tulkinnan tavoitteista voidaan puhua ns. subjektiivisessa (lainsäätäjän historiallinen [*ex tunc*] tavoite) tai objektiivisessa mielessä (lain ratio vallitsevissa oloissa [*ex nunc*] tulkittuna). Lopullista (ehdotonta) valintaa mainittujen tavoitteiden välillä ei liene tehtävissä, vaan on 'tydyttävä' jonkinlaiseen välittävään ratkaisuun. Ks. keskustelusta esim. Alexy 1995 s. 82–83, Engisch 1977 s. 88 ss. ja 96 ja Hautamäki 2002 s. 64–65. Varovaisesti kannattaisiin kuitenkin objektiivista tulkintanäkemyä, koska näkemys huomioi paremmin lain ration joustavat muutosmahdollisuudet ympäröivän yhteiskuntatodellisuuden muuttuessa (ja sopii siten paremmin mm. perusoikeusmyönteiseen laintulkintaoppiin; ks. jakso 4.2.3). Vastaavalla kannalla on mm. Tolvanen 1999 s. 244.

*takeista ja perusoikeussuojasta ensisijaisesti tuomioistuin.*³⁷ Näin rikosprosessi voi kokonaisuutena toteuttaa molempia, osittain vastakkaisia yhteiskunnallisia tehtäviään.

IV Toisinaan rikosprosessilla katsotaan olevan vielä kolmas tehtävä eli *oikeutta luova (kehittävä) funktio*. Tehtävä ei ole kuitenkaan ainakaan vielä täysin riidattomasti tunnustettu, joskin se on saanut enemmän kannatusta juuri uudemmassa oikeuskirjallisuudessa.³⁸ Odotettavissa on, että EY-oikeuden ja erityisesti ihmisoikeussopimusten mukanaan tuoma arvoperusteinen argumentointi- ja laintulkintametodi tulee jatkossa korostamaan tuomioistuinten ratkaisuiden oikeutta kehittävää tehtävää.³⁹ Ylipäättänsä uudempi lainsäädäntö on entistä enemmän periaatepainotteista, mistä on johdonmukaisena seurauksena tuomioistuinten oikeutta kehittävän roolin ja sitä kautta vallan vähittäinen kasvaminen.⁴⁰ Itse pidän tuomioistuinten oikeusjärjestelmää (ja oikeusjärjestystä⁴¹) kehittävää tehtävää tärkeänä rikosprosessin alalla. Erityisesti tämä tuomioistuinten oikeutta kehittävä rooli rikosprosessissa korostuu ns. perusoikeusmyönteisessä lainsoveltamisessa ja sen eri sovelluksissa.⁴²

2.2.2 Rikosprosessin tavoitteet: tarkoituksenmukainen rikosvastuun toteutuminen

Rikosprosessin 'funktiot' tai tehtävät ja toisaalta rikosprosessin tavoitteet voidaan siis tarkastelukulmasta riippuen mieltää hieman eri tavoin. Eri lähestymistavat yhdistäen voitaneen sanoa, että rikosprosessin tavoitteena on täyttää sille asetettuja yhteiskunnallisia tehtäviä, eli mm. edistää konfliktinratkaisua, ohjata käyttäytymistä, tarjota oikeussuojaa ja -turvaa ja kehittää oikeutta edelleen

³⁷ Ks. mm. VKSV 2001 s. 27: "Syyttäjän tehtävänä on kuitenkin toteuttaa sellaista rikosoikeuspolitiikkaa, jota lainsäätäjä on pitänyt oikeana." ja mt. s. 38: "Syytteen nostamisen jälkeen syyttäjän ensisijaiseksi velvollisuudeksi onkin katsottava syytteen ajaminen. Tässä vaiheessa vastaajan oikeusturvasta vastaavat ensisijaisesti syytettyä käsittelevä tuomioistuin sekä vastaajan oikeudenkäyntiavustaja." Ks. myös *Melander, S.* 2002 s. 944.

³⁸ Oikeutta kehittävää/luovaa funktiota kannattavat mm. *Virolainen* 1998 s. 11 ss. ja *Ervasti* 2002 s. 62. Kriittisesti tuomarista normin asettajana mm. *Hormia* 1978 s. 49. Ks. prejudikaattien merkityksestä myös *Brusiin* 1938 s. 172.

³⁹ Näin mm. *Virolainen* 1998 s. 11–12.

⁴⁰ Näin *Tolonen, J.* 1998 s. 328. Ks. myös *Aarnio* 2002a s. 46 s.

⁴¹ Oikeusjärjestelmän ja -järjestyksen käsite-erottelusta ks. s. 8 av. 26 esitettyä.

⁴² Esim. ratkaisussa KKO 2002:85 korkein oikeus katsoi *oikeudellisen sääntelyn puuttumisesta huolimatta*, että takavarikon voimassa pitämistä koskevan asian asianosaisilla oli oikeus oikeudenkäyntikulujen korvaukseen valtion varoista. Ratkaisussa KKO:n voidaan sanoa ellei luoneen, niin ainakin edelleen kehittäneen, uutta normiaineistoa. Huomattavaa ratkaisussa on myös, että se perustettiin asiallisten syiden ohella nimenomaisesti myös *oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin* (PL 21 §) vaatimuksiin. Ks. *Pölönen* 2002b passim.

siellä, missä se tarpeen on. Kuten sanottu, itse en kuitenkaan pidä tällaista terminologista jaottelua välttämättömänä. Näkökulmasta riippuen myös rikosprosessilta edellytettävä oikeusturva on mahdollista ymmärtää joko prosessin tehtävänä tai menettelylle asetettavana laadullisena tavoitteena. Loppujen lopuksi keskeistä ei ole oikeusturvan luokittelu tehtäväksi tai tavoitteeksi, vaan oikeusturvan ja oikeudenmukaisuuden tosiasiallinen turvaaminen ja toteuttaminen.

Prosessin tavoitteet voidaan yleisemmin ymmärtää ns. *tavoitepäämäärinä*, eli yhteiskunnalliselle toiminnalle (lainkäytölle) asetettuina poliittisina, sosiaalisina tai taloudellisina arvoina. Rikosprosessin tavoitteet perustuvat viime kädessä aina yhteiskunnallisiin *arvoihin* eli abstrakteihin käsityksiin hyvästä ja huonosta, tavoiteltavasta ja torjuttavasta. Tästä syystä arvot ohjaavat toimintaa ja käyttäytymistä sellaiseen suuntaan ja sellaisiin muotoihin, joiden nähdään johtavan tavoiteltavaan päämäärään. Arvot voivat siis toimia myös tavoitteina tiettyyn (hyväksi miellettyyn) päämäärään tähtäävälle toiminnalle.⁴³ Lainkäytön tavoitteena voi olla useita erilaisia ja toisinaan keskenään ristiriitaisia arvoja, kuten menettelyn oikeudenmukaisuus, aineellisen totuuden löytäminen, oikeusrauhan säilyttäminen, ihmisten käyttäytymisen ohjaus tai yhteiskuntamoraalin- ja rauhan ylläpito. Osa tavoiteltavista arvoista on väistämättä keskinäisessä kollisiossa.

Oikeusteorian ja -filosofian alalla on käyty pitkään keskustelua siitä, voivatko arvot olla yleisiä eli objektiivisia. Alkuperäisen skandinaavisen realismin lähtökohta oli arvonihilismi, jonka mukaan arvostuksia ei pidetty tosina vaan kokemusmaailmaan kuulumattomana metafysiikkana.⁴⁴ Useista arvostuksenvaraisista oikeudellisista käsitteistä puhuminen oli arvonihilismin mukaan hyödytöntä. Myöhemmässä skandinaavisessa realismissa arvoihin suhtauduttiin maltillisemmin. Näkemys muuttui arvorelativismiksi, jossa arvoja pidettiin edelleen luonteeltaan metafysisinä. Arvoista puhuminen ja arvostustenvaraisen oikeudellisten käsitteiden käyttö ratkaisutoiminnassa oli kuitenkin mahdollista, jos arvoista puhuminen liitettiin puhujan subjektiivisiin arvostuksiin ja hyväksyttiin se, ettei arvon totuus näin ollen ole todistettavissa. Arvoilla ei voinut olla objektiivista sisältöä. Arvorelativistisen näkemyksen mukaan ajatus yhdestä oikeasta ratkaisusta monimutkaisessa juridisessä ongelmassa onkin mahdottomuus, koska tietyn ratkaisun pohjalla olevan arvoasetelman ei sellaisenaan voi katsoa olevan totta tai epätotta.⁴⁵ Jonkin arvostelman totena pitäminen edellyttää itse totuuden kriteereiden selviämistä jostain aksiologisesta (arvovalintaa koskevasta) järjestelmästä.⁴⁶ Tällaista

⁴³ Laukkanen 1995 s. 14 ss.

⁴⁴ Ks. Tolvanen 1999 s. 172 s. ja Ebervall 2002 s. 36.

⁴⁵ Ks. Laukkanen 1995 s. 15 s. ja 152. Ks. ns. arvorelativismista myös Aarnio 1982 s. 177 sekä Aarnio 1971 s. 164 ja 148 ss.

⁴⁶ Ks. Aarnio 1982 s. 180: ”Arvostus voidaan ymmärtää objektiiviseksi *suhteessa johonkin arvosysteemiin*.” Itse arvosysteemiä ei sen sijaan voi perustella objektiivisesti, ja viime kädessä tietyn arvon kriteerit jäävät avoimiksi. Aarnio löytää arvosysteemien perusnormit wittgensteinilaisittain ns. elämänmuodon käsitteestä eli tekojen ja toiminnan määrittämisestä ei-rationaalista,

perustavia arvoja koskevaa systemaattista, kiinteää järjestystä en pidä mahdollisena, vaan näen oikeana katsoa oikeuden ns. syvärakenteissa ilmenevien arvojen olevan hitaassa historiallisessa, kulttuurisessa ja alueellisessa muutostilassa. Sanottu puhuu varovaisen arvorelativismiin hyväksymisen puolesta. Katson kuitenkin, että oikeudelliset tulkinnat voivat olla arvorelativistisesta näkemyksestä huolimatta sillä tavoin intersubjektiiivisia, että tulkintoista ei muodostu mielivaltaisia. Yhteinen nimittäjä arvostuksille muodostuu nimittäin oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteiden kautta, joihin hitaasti kerrostuu yhteiskunnassa kunakin hetkenä vallitsevia arvostuksia erilaisissa institutionalisoituneissa muodoissa.⁴⁷

Keskeinen rikosprosessin tehtävien toteuttamiseksi asetettu tavoitepäämäärä on, että annettavat tuomiot olisivat mahdollisimman pitkälle aineellista totuutta vastaavia (tuomio-oikeellisuus tai aineellisen totuuden periaate). Syyttömien tuomitsemista tulee välttää mahdollisimman pitkälle. Tästä syystä menettely on järjestettävä sellaiseksi, että se takaa mahdollisimman hyvin oikeaan ratkaisuun pääsemisen eli syyllisten tuomitsemisen ja syyttömien vapauttamisen syytteesestä. Tätä kutsutaan rikosprosessin *varmuustavoitteeksi*.⁴⁸ Syyttäjä kantaa vastuun siitä, että rikos ja sen tekijä pystytään oikeaan osuen näyttämään toteen. Toisaalta syyttäjän objektiivisuusperiaate velvoittaa syyttäjää huolehtimaan varmuustavoitteen toteutumisesta toisestakin suunnasta eli siitä, että syyttömiä ei syytetä eikä tuomita. Tuomioistuimen näkökulmassa korostuu nimenomaan tämä varmuustavoitteen jälkimmäinen komponentti.

Prosessiekonomiatavoite on osittain varmuustavoitteelle (-periaatteelle) vastakkainen, koska taloudellisuustavoitteen mukaan prosessin pitäisi myös olla nopeaa ja halpaa. Oikeudenkäynnin kustannustehokkuutta koskevat argumentit johtavat siihen, ettei totuutta voi etsiä millä keinoilla ja kustannuksilla tahansa.⁴⁹

sinänsä perustelemattomasta toiminnasta, *elämästä*. Eri elämänmuotojen välinen riittävä samankaltaisuus kuitenkin mahdollistaa toisten ymmärtämisen ja jopa toisten näkemysten hyväksymisen. Ks. mt. s. 181 ss. ja 186. Ks. myös *Viljanen, V-P.* 2001 s. 218.

⁴⁷ *Aarnio* 1982 s. 188 perustaa arvostusten intersubjektiiivisuuden nähdäkseni pitkälti samaa tarkoittaen yhteisen elämänmuodon käsitteeseen. Ks. myös *Aarnio* 2001 s. 25–26.

⁴⁸ Ks. *Leppänen* 1998 s. 47 s., *Virolainen* 1998 s. 14, *Ervo* 1999 s. 568, *Viljanen, P.* 2001a s. 1004 ja 1021 (av. 2) sekä *Köhler* 1979 s. 77. Vaikka Virolainenkin pitää aineellista totuutta keskeisenä rikosprosessin tavoitteena, suhtautuu hän kriittisesti aineellisen totuuden käsitteen käyttämiseen prosessuaalisen lainsäädännön tulkinnassa. Virolainen katsoo myös, ”ettei tuomioistuimen tehtävänä ole tavoitella sen enempää aineellista kuin muodollistakaan totuutta, vaan ratkaista juttu sekä todistusharkinnan että lainsoveltamisen osalta oikein yksinomaan sen aineiston perusteella, joka sille pääkäsitellyssä esitetään.” Ks. *Virolainen* 2000a s. 677. Samaa kantaa on puoltanut myös *Lehtimaja* 1981 s. 174. Myös *Lindblom* 1999 s. 624 ss. kyseenalaistaa aineellisen totuuden ensisijaisen tavoittelun rikosprosessissa. Kuten sanottu, näkemyksiin yhdytään tässä tutkimuksessa (ks. s. 21).

⁴⁹ Ks. *Hormia* 1978 s. 130, *Virolainen* 1998 s. 15 ja *Leppänen* 1998 s. 47. Liian pitkälle viedyt ponnistukset totuuden esille saamiseksi voivat johtaa kustannusten kasvun ohella myös anomaaliseen lopputulemaan, koska esille voi tulla jokin vääristelty tulos, jos rikoksen selvittämisessä ja oikeusprosessissa pyritään ”ulkoa käsin” asetetun tavoitteen eli langettavan tuomion saamiseen millä keinolla tahansa.

Prosessikustannukset eivät ole yksinomaan taloudellisia (asianosaisille ja valtiolle aiheutuvia menoja), vaan voidaan puhua myös rikosprosessin moraalisis-
ta kustannuksista.⁵⁰ Oikeudenkäynnin kustannukset jaetaan 1) taloudellisiin
kustannuksiin, 2) asianosaisille aiheutuviin haittoihin ja vaivoihin, 3) oikeuden-
käynnin aiheuttamaan ajanhukkaan ja 4) perusoikeuksien rajoituksiin/louk-
kauksiin.⁵¹ Rikosprosessissa aineellisen totuuden selvittämiseen uhrattavien
resurssien tulee olla järkevässä suhteessa aineellisen totuuden selvittämisen
tärkeyteen kussakin tapauksessa. ”Riidattomien” bagatellirikosten selvittämi-
sen vaatimia kustannuksia ei ole tarkoituksenmukaista pitää vakavien rikosten
selvittämiseen käytettävien voimavarojen tasolla. Rikoksen tyyppi vaikuttaa
erityisen vahvasti jo esitutkintavaiheessa siten, että lievien rikosten tutkintaan
käytetään vähemmän aikaa ja rahaa, joiden osalta rikoksen ns. selvittämisen-
standardi on alemmalla tasolla kuin ”keskivakavan” tai vakavan rikollisuuden
kohdalla. Esitutkintavaiheen jälkeen prosessiekonomiasta vastaavat sekä syyt-
tämä että tuomioistuimien. Oikeudenkäynnin aikana viimekätinen vastuu peri-
aatteen toteuttamisesta on kuitenkin tuomioistuimella.

Kustannustehokkuusargumentteja joudutaan jatkuvasti punnitsemaan var-
muusperiaatteen toteutumista vastaan. Esimerkiksi kohtuuton prosessin pit-
kittyminen voi johtaa siihen, ettei oikeudenkäynnin lopputuloksella ole enää
merkitystä asianosaisille. Ratkaisun viipyminen voi myös haitata asianosais-
ten täysipainoista elämää ja tulevaisuuden suunnittelua (justice delayed is
justice denied). Pahimmat prosessuaaliset virheet voivat tulla arvosteltavana
henkilön perus- tai ihmisoikeuksien loukkauksena, mistä todistaa runsas
ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö.

Kokoavana yhteisnimityksenä varmuusperiaatteelle ja prosessiekonomiaperi-
aatteelle käytetään *tarkoituksenmukaisuusperiaatetta* tai *tehokkuusperiaatetta*.
Tarkoituksenmukaisuusperiaate kuvastaa prosessi-instrumentalistista ajattelu-
mallia, jonka mukaan oikeudenkäyntiä arvioidaan välineenä ja kustannustekijä-
nä tuotettaessa oikeudellisia ratkaisuja mahdollisimman tehokkaasti.⁵² Käsit-
teen haittapuolena on sen yleisyys. Käsite ei erottele prosessin eri toimijoiden
tehtäviä ja vastuita, ja voi erisuuntaisia tavoitepäämääriä yhdistäessään johtaa
epäselvyyksiin tuomioistuimen ja syyttäjän roolien lähemmässä analyysissä.

⁵⁰ Ervo 1999 s. 568.

⁵¹ Huovila 1999 s. 1168.

⁵² Ks. Leppänen 1998 s. 42 ss., Virolainen 1998 s. 15, Ervo 1999 s. 568 ja Ervo 1996 s. 48. Myös
Tirkkosen 1974 s. 72 ss. (samoin Tirkkonen 1969 s. 81 ss.) mukaan tarkoituksenmukaisuus on
ylin oikeudellinen periaate.

2.2.3 Rikosprosessin tavoitteet: oikeudenmukaisuus

Vaikka oikeusprosessin olemassaolo, tehtävät ja tavoitteet perustuvat pitkälti aineellisen elämänalueen tarpeisiin, ei rikosprosessia tule tarkastella puhtaasti prosessi-instrumentaalisesti aineellisen rikosoikeuden tarpeita palvelevana systeiminä. Tällöin ehkä ylikorostettaisiin aineellisen totuuden periaatetta. Jo tarkoituksenmukaisuusperiaate, joka edellyttää keskenään ristiriitaisten tavoitteiden yhteensovittamista (varmuus vs. nopeus ja halpuus) johtaa siihen, että aineellisen totuuden periaatteen liiallinen korostaminen tekee prosessista määritelmällisesti 'epätarkoituksenmukaisen'. Keskeisempää kuitenkin on, että *oikeudenmukaisella prosessilla on oma itseisarvonsa*, ja sitä koskee tietyt arvo-vaatimukset. Tarkoitus ei ts. aina pyhitä keinoja.⁵³ Sekä syyttäjän että tuomioistuimen tulee pyrkiä oikeudenmukaiseen menettelyyn. Koska tuomioistuin on puolueeton konfliktinratkaisija, jolla ei saa olla asianosaisintressejä asiassa, on luonnollista, että prosessin oikeudenmukaisuuteen vaikuttavista päätöksistä ja muista vastaavista kysymyksistä korostuneen vastuun kantaa nimenomaan tuomioistuin.

Oikeudenmukaisen ja moitteettoman menettelyn itseisarvo viittaa yhtäältä siihen, että mahdollisesti oikeastakin lopputuloksesta riippumatta epäasianmukainen menettely voi kuitenkin herättää epäluuloja myös ratkaisun oikeellisuutta kohtaan.⁵⁴ Oikeudenmukaisuus ei voi toteutua täysimääräisesti, jos asianosainen *ei koe* oikeuden tapahtuvan; seikka, jolla on merkitystä myös rikosprosessin käyttäytymistä ohjaavan argumentin toteutumisen kannalta.⁵⁵ Toisaalta oikeudenmukaisen menettelyn katsotaan sellaisenaan olevan omiaan

⁵³ Ks. *Ervo* 2001a s. 408, *Jonkka* 1992a s. 23–26 ja 128, *Leppänen* 1998 s. 73 s. ja 56 s., *Jonkka* 1998 s. 1266, *Huovila* 1999 s. 1173 ja *Lahti* 2000 s. 149. Vastaavasti oikeudenkäyntimenettelyn hyväksyttävyyden ja legitimiisyyden merkityksestä ks. *Jääskeläinen* 1997 s. 110 ja 112–120 ja *Köhler* 1979 s. 41 ss. sekä yleisemmällä tasolla *Tuori* 2000 s. 300. Oikeusprosessiin liitettyjen ulkoprosessuaalisten arvokategorioiden historiallisuudesta ks. *Hormia* 1978 s. 243 s. ja 273–274. Vrt. *Norrgård* 2000 s. 91 ja 102 ja *Norrgård* 2002 s. 39–40 av. 122; kirjoittaja redusoi prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden luonnolliseksi osaksi perinteistä instrumentaalista prosessinäkemystä ja katsoo, että prosessuaalisella oikeudenmukaisuudella ei sellaisenaan ole itseisarvoa, vaan ainoastaan välinearvoa tuomio-oikeellisuuden ja (vähemmässä määrin) prosessiekonomian palvelemiseksi. Pääasiallisena perusteena näkemykselleen *Norrgård* esittää siviiliprosessuaaliset turvaamistoimenpiteet, joiden osalta kontradiktorisen menettelyn puuttumisen mahdollisuus kirjoittajan mukaan tarkoittaa sitä, ettei kontradiktorisuus ole *jokaisella* prosessin osa-alueella prosessuaalisen arvon asemassa, ja siten ei myöskään *yleisesti* voitaisi sanoa kontradiktorisuuden olevan prosessuaalinen arvo. Tämä *siviiliprosessuaalinen* näkemys tuo esille vain yhden poikkeaman selvästä prosessuaalisesta pääsäännöstä eikä riitä ainakaan rikosprosessin puolella horjuttamaan käsitystä prosessuaalisten arvojen tai oikeudenmukaisen menettelyn itsetarkoituksesta.

⁵⁴ Ks. mm. *Leppänen* 2001 s. 138.

⁵⁵ Ks. *Lappi-Seppälä* 2000 s. 67–69 epäoikeudenmukaiseksi koetun kohtelun lainrikkomisalttiutta lisäävän vaikutuksen osoittaneista tutkimuksista.

tuottamaan myös aineellisesti oikeita lopputuloksia. 'Itseisarvoinen hyvä' voi siten toimia myös 'prosessi-instrumentalistisena hyvänä'.⁵⁶

Myös *empiirisissä tutkimuksissa* on havaittu, että prosessiin osallistuvien henkilöiden tunne tai käsitys siitä, että oikeudenkäynti ja sen lopputulos on ollut heitä kohtaan oikeudenmukainen ja reilu, riippuu ennen kaikkea tuomioon johtaneen menettelyn kulusta (proseduraalisesta oikeudenmukaisuudesta).⁵⁷ On järkeenkäyvää, että asianmukaisesti ja oikeudenmukaisesti kohdelluksi itsensä tunteva asianosainen voi sitoutua helpommin myös itselleen vastaiseen tuomioistuinratkaisuun kuin esimerkiksi sellainen rikosasian syytetty, joka kokee puhe- tai muuta oikeuttaan rajoitetun epäasiallisesti. Myös puolustusasianajajan tehokkuus ja taitavuus, käsittelyn perusteellisuus sekä tuomion hyvä perustelu edesauttaa yleisellä tasolla muutoksenhakukynnyksen ylittymättä jäämistä. Oikeudenkäynnissä on normaalisti kysymys asiantuntijoiden (syyttäjä, asianajaja, tuomari) ja maallikoiden välisestä kommunikaatiosuhteesta, jolloin maallikon eli syytetyn tai asianomistajan on vaikea kriittisesti arvioida häntä itseään koskevaa erityistietoa.⁵⁸ Tällöin ratkaisevaa on maallikon subjektiivinen tulkinta itsensä ja asiansa saamasta kohtelusta. Oikeudenmukainen prosessi vahvistaa ihmisten yleistä luottamusta siihen, että lojaalisuus oikeudenkäyntijärjestelmää kohtaan kannattaa pitkällä aikavälillä, vaikka yksittäiset ratkaisut lyhyellä tähtäimellä saattaisivatkin olla asianosaisen näkemysten vastaisia.⁵⁹ Oikeudenmukainen menettely voi siis itsessään legitimoida asian lopputulosta.

⁵⁶ Vrt. *Norrgård* 2002 s. 241, jossa kirjoittaja katsoo PL 21 §:n ensisijaiseksi tarkoitukseksi aineellisen totuuden selvittämisen turvaamisen ("...kravet på rättvis rättegång som sitt primära syfte har att tillse att sanningen i målet blir utredd..."). Olkoonkin, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus saattaa luonnostaan korostaa aineellisen totuuden periaatetta, ei näin jyrkkään ja rajattuun näkemukseen voi yhtyä. Menettelyn oikeudenmukaisuuden arvioinnissa saattaa päinvastoin tulla arvioitavaksi sellaisia oikeusturva- ym. perusoikeustekijöitä, jotka itse asiassa *rajoittavat* mahdollisuuksia aineellisen totuuden selvittämiseen.

⁵⁷ Merkittävistä Tylerin empiirisistä tutkimustuloksista ks. *Jääskeläinen* 1997 s. 115 ss. ja *Tala* 2002 s. 21–22. Ks. myös *Välikosken* 1996 s. 4 ja 32, *Portinin* 1998 s. 1359 sekä *Karstisen* 1998 s. 112 viittaama kirjallisuus sekä *Virolainen* 1998 s. 21 ja *Tolvanen* 1999 s. 79–80. Ks. lisäksi *Tala* 2002 s. 5–6 tuomioistuihin kohdistuvassa luottamustutkimuksessa havaitusta seikasta, jonka mukaan noin viidesosa vastaajista uskoi tuomarin erilaisten ystävyyss- tai tuttavuussuhteiden voivan vaikuttaa paljonkin ratkaisutoimintaan.

⁵⁸ Ks. *Frände* 1989 s. 43, *Tala* 2002 s. 12–13 sekä *Tuori* 2000 s. 178, joka toteaa, että maallikoiden arkielämän ongelmat käännetään heille tuntemattomalle juridiselle kielelle, jolloin niiden ratkaisu myös pitkälti riistetään heiltä. Ks. myös *Robberstad* 1999 s. 168: "Våpnene i en rettsak er ordene, og bare den profesjonelle aktør behersker disse. Duellen kan derfor ikke utkjempes mellom to parter, bare mellom to advokater."

⁵⁹ Ks. *Välikoski* 1996 s. 32, *Jääskeläinen* 1997 s. 119 ja 256 ja *Hyytiäinen* 2002 s. 22. Ks. myös *Lappi-Seppälä* 2000 s. 45: "Suurta yleisöä koskevat yleispreventiiviset vaikutukset syntyvät järjestelmästä ja sen soveltamisen kokonaisuudesta."

2.3 RIKOSPROSESSUAALISET OIKEUSPERIAATTEET

Käytännössä rikosprosessin yleisiä tehtäviä heijastelevia tavoitteita toteutetaan tuomarin yksittäistapauksissa suorittamalla laintulkinnalla sekä erilaisten oikeudellisten periaatteiden tulkinnalla.⁶⁰ Rikosprosessissa huomioitavia oikeusperiaatteita ovat oikeudenkäynnin ulkoista kulkua sääntelevät suullisuus-, välittömyys- ja keskityspaneet, oikeudenkäyntiin osallistuvien tahojen roolia määrittävät virallisperiaate, määräämisperiaate, tutkintaperiaate ja käsittelyperiaate sekä tuomiota tai päätöstä tehtäessä huomioitavat ratkaisuperiaatteet. Näiden lisäksi puhutaan vähemmän instrumentaalisista ja enemmän itseisarvoisista ns. arvoperiaatteista.

2.3.1 Oikeusperiaatteiden luokittelu

Prosessuaalisten oikeusperiaatteiden luokittelu ei välttämättä ole tarpeen rikosprosessin ymmärtämiseksi normatiivisena ilmiönä.⁶¹ Rikosprosessioikeudesta ei olekaan riidattomasti löydetävissä yhtä ainoaa johtavaa periaatetta, jonka alapuolelle muut periaatteet asettuisivat hierarkkisesti, vaan käytännössä eri periaatteiden ilmaisemia näkökantoja on punnittava keskenään ja pyrittävä niiden välillä optimaaliseen kompromissiin.⁶² Tästä huolimatta prosessioikeudellisia periaatteita on kirjallisuudessa luokiteltu ahkerasti. Lainopissa perinteisenä metodina oleva ns. analyttinen oikeustiede systematisoi ja luokittelee erilaisia oikeudellisia periaatteita sekä pedagogisiin tarpeisiin että lainsovelta-

⁶⁰ Termiä 'periaate' voidaan itessään käyttää useassa merkityksessä. *Aarnio* 1998 s. 86 s. mainitsee ainakin seuraavat merkityssisällöt: periaate osana ideologista arvoperustaa (esim. lainalaisuusperiaate tai yksityisomistuksen periaate) sekä oikeusnormeissa ilmaistut positiivis-oikeudelliset periaatteet, jotka voivat edelleen ilmetä mm. laissa nimenomaisesti mainittuina periaatteina (esim. PL:n perusoikeudet), yleistyksinä positiivisen oikeuden säännöistä (esim. ETL:n 'periaatteet'), päätöksentekoperiaatteina (esim. rikosoikeuden legaliteettiperiaate) ja muodollisesti oikeusjärjestelmän ulkoisina moraaliperiaatteina. Ks. myös *Jonkka* 1992b s. 700 ns. johtavista periaatteista, jotka hän näkee lähinnä kokoavina termeinä tietyille oikeusjärjestelmän keskeisille piirteille, ja joilla on siten lähinnä vain systematisoiva tai jäsentävä merkitys.

⁶¹ *Frände* 1999 s. 10.

⁶² Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 26–27. Oikeusperiaatteiden tausta-arvoja ilmentäviä perusoikeuksia-kaan ei mm. *Tuorin* 2001 s. 931 mukaan voida asettaa abstraktilla tasolla minkäänlaiseen prima facie -järjestykseen. Vrt. *Ervo* 1996 s. 39, jossa kirjoittaja mieltää ja kokoaa kaikki prosessuaaliset periaatteet yksilönsuojaperiaatteelle alisteisiksi alaperiaateiksi. Yläperiaatteen Ervo johtaa kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista ja perustuslain prosessuaalisista perusoikeuksista. Yläkäsitteenä yksilönsuojaperiaatteella on Ervon mukaan korkein prima facie -painoarvo. Toisaalta yksilönsuojaperiaate ei koskaan esiinny sellaisenaan, vaan aina yhteydessä joidenkin alaperiaatteiden (kuten tarkoituksenmukaisuusperiaatteen, aineellisen totuuden periaatteen tai kontradiktorisen periaatteen) kanssa. Yksilönsuojaperiaatteella ei siten voi olla itsenäistä tai välitöntä tulkintavaikutusta.

misen avuksi.⁶³ Systemaattinen näkökulma oikeudellisiin ongelmiin redusoi käsitteitä yhä tarkkarajaisemmiksi yksiköiksi ja periaatteessa koko ajan lähen-tyen reaali maailman tai konkretian tasoa. Tässä tarkoituksessa myös oikeus-periaatteiden luokittelulla voi olla ainakin pedagogista merkitystä.

Leppänen ilmaisee oikeusperiaatteiden hyödyllisen roolin oikeustieteellisessä tutkimuksessa osuvasti: ”(P)rosessioikeudellisessa lainopissa periaatteiden merkitys on... siinä, että niiden avulla voidaan tarkastella ja jäsentää yleisellä tasolla, rationaalisti sellaisia tavoite- ja arvonäkökohtia, jotka muu-toin jäisivät vasta kussakin yksittäiskysymyksessä esitettäväksi ns. reaalisiksi argumenteiksi tai vastaaviksi näkökohdiksi.”⁶⁴ Vastaavasti Ranta katsoo, että oikeustiede ”kokoaa, järjestää ja perustelee oikeudellisia periaatteita niiden saaman institutionaalisen tuen pohjalta sekä määrittää periaatteiden yhteis-kunnallisen ja arvosuuntautuneen merkityksen”.⁶⁵ Myös Laukkasen mielestä prosessioikeudellisen oikeustieteen keskeisenä tehtävänä on legitiimejä men-nettelyperiaatteita kehittämällä eritellä ne prosessioikeudelliset arvot ja ta-voitteet, jota oikeussääntöjen mukaisella toiminnalla tulee konkretisoida.⁶⁶ Oikeustieteen tulisi näkemyksen mukaan kyetä nousemaan yksittäistapauk-sellista tilannearviota ’korkeammalle’ ja abstrahoida yleisesti sovellettavia näkökohtia – tarkkarajaisemmin kuin mitä lainsäätäjällä on lakia säätäessään tehnyt – joiden kokonaisuuden muodostama ’teoria’ palvelisi käytännön ratkaisutoimintaa.⁶⁷ Yleisemmin ilmaisten lainoppi tulkitsee normeja hypo-teettisten tosiseikastojen muodostamien tyypittelyiden kautta tarjoten siten lainkäyttäjälle tietynlaisen esiymmärryksen normien ja faktojen välisestä suhteesta konkreettisiin tapauksiin sovellettavaksi.⁶⁸

Useat prosessioikeudelliset periaatteet voidaan toisaalta mieltää myös siten, että ne eivät itse asiassa olisikaan periaatteita lainkaan, vaan lähinnä käsitteitä, jotka ilmentävät tiettyjen laajempien sääntökokonaisuuksien sisällön (esim. dispositiivinen periaate siviiliprosessissa).⁶⁹ Oikeusperiaatteet voidaankin näh-dä myös *positiivioikeudellisten sääntöjen samankaltaisuutta kuvaavina käsit-teinä*. Kun eri säännöt ohjaavat käyttäytymistä yhtenäisesti tietyllä tavalla, voidaan sääntökokonaisuuden ilmentävää ohjausajatusta kutsua periaatteenksi.

⁶³ Ks. Leppänen 1998 s. 25–26 ja Ranta 2001 s. 148 ns. deskriptiivisistä ja normatiivisista periaatteista.

⁶⁴ Leppänen 1998 s. 30.

⁶⁵ Ranta 2001 s. 128.

⁶⁶ Laukkanen 1995 s. 31 ja 32.

⁶⁷ Ks. Jonkka 1992a s. 4.

⁶⁸ Ks. Tuori 2000 s. 321 ja Tolvanen 1999 s. 237.

⁶⁹ Frände 1999 s. 9. Myös Ekelöf ymmärsi periaatteet kuvatulla tavalla ja piti niitä lähinnä oikeustieteessä käytettävänä teknisinä apuvälineinä, ks. Ekelöf 1956 s. 210–213. Samoin Jonkka 1992a s. 8–9. Yleisesti oikeusperiaate-käsitettä kritisoivista näkökohdista ks. Tähti 1987 erit. s. 89–101. Dworkinin laajan käsityksen mukaan oikeusperiaatteita ovat (sääntöjä lukuun otta-matta) kaikki normit, jotka voivat toimia argumentteina individuaalisille oikeuksille, ks. Alexy 1995 s. 180.

Näin esimerkiksi virallisperiaate voidaan ymmärtää yleistetyksi kuvaukseksi niistä säännöistä, jotka osoittavat tuomioistuimen ja muiden oikeudenhuollon organien määäämisvallan alaa oikeudenkäynnissä. Käsityksen mukaan oikeusperiaatteiden ei nähdä kytkevän prosessiin tiettyjä järjestelmän 'ulkopuolisia' arvoja, vaan periaatteet ainoastaan kuvaavat lainsäädännön 'sisällä' tai taustalla olevia arvoja. Lainmuutokset luonnollisesti voivat muuttaa (menettely)periaatteita eli säännösten ilmentämiä arvoja ja tavoitteita.⁷⁰ Mm. menettelykokonaisuuden sääntelyn itsessään voidaan siis sanoa sisältävän 'latentina' lainsäätäjän valinnoillaan suorittamia arvovalintoja. Systematisoiva oikeustiede samoin kuin analyttinen, pintasääntelyn taustoihin pureutuva lainsoveltaja voi 'paljastaa' kyseisiä arvovalintoja, ollen pääsääntöisesti näin esille tulevaan lainsäätäjän tarkoitukseen myös lainsoveltamisessaan sidottu.

Useissa tapauksissa tilanne ei tosin ole niin selkeä, että se olisi lainsäädännön (tai lainsäätäjän) tarkoitusta analysoimalla ratkaistavissa. Viime kädessä monien käytännössä esille tulevien oikeudellisten tulkintaongelmien ratkaisu edellyttää lainsoveltajalta in casu moraalien tai arvojen tasolle siirtymistä – joko tietoisesti tai tiedostamatta. Oikeudellisessa päätöksenteossa erilaisia oikeusjärjestelmän ulkopuolisia arvoja ja moraalinäkömkyksiä ei kuitenkaan voi sellaisenaan soveltaa ratkaisutilanteessa, koska tällöin ratkaisuperusta jäisi riippuvaiseksi kulloisenkin tuomioistuimen jäsenten subjektiivisista näkömkyksistä. Arvo- ja moraalinäkökohdat voivat kuitenkin tulla huomioituksi ratkaisutilanteessa välillisesti *oikeusperiaatteiden* ilmentäminä – vasta viimeksi mainitut kuuluvat oikeusjärjestelmän normistoon. Tällaiset oikeusperiaatteet välittävät "objektivoituneita" arvoja oikeusjärjestelmään.⁷¹

Jotta oikeudellinen periaate olisi lainsoveltajaa sitova, tulee periaatteella olla oikeusjärjestelmän sisällä riittävästi *institutionaalista tukea*. Pätevällä periaatteella tulee siis olla reaalista merkitystä tietyn oikeudenalan normisyste-

⁷⁰ Laukkanen 1995 s. 26.

⁷¹ Oikeusperiaatteista oikeuspolitiikan, moraalien ja arvojen välittäjinä juridiikkaan ja oikeudelliseen argumentaatioon ks. mm. Leppänen 1998 s. 25 ja 29 s., Ilveskivi 2000 s. 93, Ranta 2001 s. 109, Scheinin 1991a s. 3, Lavapuro 2001 s. 142 s. ja Jonkka 1991 s. 164. Dworkin erottaa moraalien kytkeytyvät periaatteet ja kollektiivisiin sosiaalsiin tavoitteisiin liittyvät politiikat. Hänen mukaansa yksilölliset (distributiiviset) oikeudet perustuvat periaatteille eivätkä kollektiivisia, jakamattomia (ei-distributiivisia) tavoitteita tarkoittaville politiikoille (ks. tästä mm. Alexy 1995 s. 180 ja 239–240 ja Tuori 1999a s. 920). Sen sijaan Alexy 1995 s. 241, 260 s. ja 277 ulottaa periaate-käsitteen koskemaan sekä yksilöllisiä oikeuksia että kollektiivisia hyviä käsitteleväksi normiksi ja katsoo molempien olevan viime kädessä optimointikäskyjä – sillä (Dworkiniin yhtyvällä) täsmennyksellä, että ensiksi mainituilla hän näkee olevan prima facie -etusijan kolli-siotilanteessa. Suomessa esim. Leppänen 2001 s. 138 on korostanut prosessuaalisten perus-oikeuksien tarkoittavan ajattelua, jossa yksilön oikeuksilla nähdään lähtökohtaisesti olevan etu-sija yleisiin (yhteiskunnallisiin) hyötynäkökohtiin verrattuna. Ks. myös Viljanen, V-P. 1999b s. 160, jossa perusoikeuksien soveltamisalan tulkinnallisena lähtökohtana pidetään niiden laajen-tavaa tulkintaa epäselvissä tapauksissa.

missä.⁷² Periaate on saatettu ilmaista nimenomaisesti laissa tai muussa kirjoitetussa normissa, tai periaate voi olla johdettavissa muista velvoittavista oikeuslähteistä kuten tavanomaisesta oikeudesta, lainvalmisteluasiakirjoista tai oikeuskäytännöstä. Periaate voi siis institutionalisoitua myös käytännön kautta, kun tietyt vakiintuneet ja yleisesti käytettävät ratkaisutavat saavat normin luonteen (praktinen tai heuristinen periaate).⁷³ Lain säännökseen verrattuna jossain mielessä epävarmemman oikeusperustansa takia periaatteen tulee kuitenkin olla riittävän vakiintunut käytännössä, jotta se olisi lainsoveltajaa velvoittava. Laukkanen toteaa, että menettelyperiaatteet ovat Suomessa olleet historiallisesti nimenomaan praktisia ja heuristisia periaatteita: Menettelyperiaatteet ovat olleet epätäsmällisiä ja vaikeasti tunnistettavia eikä niihin ole liittynyt yksityiskohtaisia käyttäytymissääntövelvoitteita. Prosessuaaliset säännöt ovat kehittyneet tavanomaisoikeudellisesti tuomareiden koulutuksen myötä. Esimerkiksi siviilioikeudelliseen traditioon on jälkikäteen liitetty käsittelymenetelmän ja määräämisperiaatteiden selittävät käsitteet.⁷⁴

Mielestäni praktisten periaatteiden olemassaolo justifioi näkemyksen siitä, että (rikos)prosessilla voi edelleenkin olla myös oikeutta luova tai kehittävä tehtävä. Erityisesti henkilötodistelun kohdalla tuomioistuimet voivat aktiivisesti pyrkiä luomaan ”oikean” kuulustelun normeja oikeuskäytännöllään ja materiaalisella prosessinjohdollaan.

Oikeusperiaatteita voidaan luokitella joko horisontaalisesti tai vertikaalisesti. *Vertikaalinen jaottelu* perustuu siihen, miten suuressa määrin periaatteiden katsotaan olevan arvosidonnaisia, ts. mitkä ovat tärkeimpiä, johtavia periaatteita. Tässä mielessä Frände jakaa rikosprosessioikeuden ”omat” periaatteet kahtia rikosvastuun toteuttamisperiaatteeseen (förverkligandepricip) ja suojeluperiaatteeseen (skyddsprincip). Näiden kahden ainoan varsinaisen periaatteen

⁷² Ks. Tolonen, H. 1988 s. 188, Laukkanen 1995 s. 201 ja Ervo 1996 s. 22 ss. Ks. myös Tuori 2000 s. 293, jonka mukaan institutionaalisen tuen vaatimus on välttämätön ehto sille, että voitaisiin tunnustaa ne moraaliperiaatteet, jotka ovat samalla oikeusperiaatteita. Samoin Ilveskivi 2000 s. 90–91 katsoo, että oikeudelliset periaatteet on mahdollista erottaa moraalista oikeuden pintatasolla tukeutumalla oikeudellisten periaatteiden saamaan institutionaaliseen tukeen. Syvemmillä oikeuden tasoilla eli oikeuskulttuurin tasolla ja oikeuden syvätasolla ero oikeusperiaatteiden ja yleisemmän yhteiskuntamoraalin välillä sen sijaan ”liudentuu”. Esimerkiksi perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden moraaliset ja oikeudelliset puolet ovat integroituneet erottamattomaksi kokonaisuudeksi.

⁷³ Ks. Jonkka 1992a s. 8, Jonkka 1992b s. 706–707, Leppänen 1998 s. 31 ja Laukkanen 1995 s. 28. Oikeudellinen periaate saattaa ’kristallisoitua’ siten, että lainsäätäjä säättää sitä nimenomaisesti tarkoittavan säännön (esim. suullisesta pääkäsittelystä määräävä ROL 6:6), tai säännökseen saatetaan suoraan kirjata punnintaa edellyttävä periaate (esim. ETL 8 §:n vähimmän haitan periaate). Kolmanneksi oikeusperiaatteet saattavat olla laissa näkymättömiä, mutta silti ratkaisutoiminnassa huomioitavia. Ks. myös Hautamäki 2002 s. 61 ns. negatiivisesta lainsäätämisestä (valtiösääntönormien tulkintakäytännössä muotoutuva normi).

⁷⁴ Laukkanen 1995 s. 29.

lisäksi rikosprosessissa on joukko hierarkkisesti alempia ja konkreettisemmalla tasolla olevia sääntöjä ja periaatteita. Usein nämä säännöt ja periaatteet voidaan nähdä lähinnä suojeluperiaatetta konkretisoivina, yleisesti muotoiltuina sääntöinä.⁷⁵ *Horisontaalisesti jaoteltuna* rikosprosessuaaliset periaatteet jaetaan ns. menettelyperiaatteisiin, ratkaisuperiaatteisiin ja arvoperiaatteisiin (jäljessä 2.3.3–2.3.4). Jaotteluperusteena ei ole periaatteiden keskinäinen tärkeysjärjestys vaan se, mihin periaatteet kohdistuvat oikeusprosessissa.

Oikeusperiaatteita on jaoteltu myös *arvoperiaatteisiin* ja *tavoiteperiaatteisiin*. Arvoperiaatteet palvelevat rikosprosessille asetettuja arvopäämääriä. Arvoperiaatteiksi voi lukea mm. *yhdenmukaisuuden*, *oikeudenkäynnin julkisuuden* ja *kontradiktorisen periaatteen*. Arvoperiaatteiden katsotaan juontuvat suoraan jostain yhteiskunnassa vakiintuneesta arvosta, jolloin ne joutuvat ratkaisutoimintaa kytkeväksi tehdyn ratkaisun oikeudenmukaisuksi miellettyihin arvoihin.⁷⁶ Arvoperiaatteiden näkökulmasta oikeudenkäyntiä arvioidaan retrospektiivisesti ja oikeusjärjestelmän sisäisesti. Tavoiteperiaatteet puolestaan ilmentävät jotain yhteisön asettamaa *tavoitepäämäärää* edistävää toimintatapaa.⁷⁷ Tavoiteperiaatteet eivät sellaisenaan arvota oikeudellisia ratkaisuja jälkikäteen katsottuna oikeiksi tai vääriksi, vaan osoittavat ja arvottavat sellaisia tavoitepäämääriä, jotka ratkaisuiden tulee toteuttaa. Tavoiteperiaatteiden näkökulmasta oikeutta tarkastellaan tulevaan päin, prospektiivisesti oikeuden kehittämistä joutuvina periaatteina. Tavoiteperiaatteiden takana olevat tavoitepäämäärät ovat luonteeltaan yleisiä tai yhteiskunnallisia siinä kun arvoperiaatteiden taustalla on tietty yksilöllinen tai yhteisöllinen oikeus tai intressi. Usea edellä rikosprosessin tehtävistä lausuttu intressi on luettavissa tavoiteperiaatteiksi.

Eri kirjoittajat kytkevät tavoiteperiaatteet oikeusjärjestelmän ulkopuolelle yhteiskunnan taloudellisiin, poliittisiin tai sosiaalisiin tavoitepäämääriin, siinä kun toiset laskevat tavoiteperusteet oikeusjärjestelmään kuuluviksi.⁷⁸ Arvo- ja

⁷⁵ Ks. *Frände* 1999 s. 9 ja 10, joka katsoo tällaisia ”periaatteita” olevan mm. in dubio pro reo -sääntö sekä vaatimukset välittömyydestä ja suullisuudesta, kontradiktorisesta käsittelystä, suhteellisuudesta ja käsittelyn julkisuudesta. Mainitut säännöt eivät ole poikkeuksettomia vaan lainsäädännössä on useita poikkeuksia normeista. Vrt. *Robberstad* 1999 s. 46–48, joka jakaa periaatteet kahtia vahvoihin ja heikkoihin. Vahvoilla oikeusperiaatteilla kirjoittaja tarkoittaa ns. perusperiaatteita, jotka voivat jopa syrjäyttää lain (s. 47: ”Til grunnprinsippene kan vi regne verdier som er gjennomgående høyt prioritert i loven”): tällaisiksi hän lukee mm. aineellisen totuuden tavoittelun periaatteen, oikeuden avustajaan ja kontradiktorisen periaatteen sekä ylipääntänsä EIS:n sisältämät velvoittavat normit. Heikkoja periaatteita sitä vastoin olisivat mm. julkisuus, suullisuus ja välittömyys.

⁷⁶ Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 54.

⁷⁷ Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 54 s. ja *Ranta* 2001 s. 113.

⁷⁸ Tähän keskusteluun ei tässä yhteydessä lähemmin mennä. Todettakoon kuitenkin, että esim. Laukkanen katsoo, että tavoitteita tai arvoja koskeva argumentaatio on osa oikeusperiaatteita ja sääntöjä ja että nämä muodostavat yhdessä johdonmukaisen erottamattoman kokonaisuuden. Säännöt hän ymmärtää tarkkarajaisiksi normeiksi ja tavoitteet sekä periaatteet väljiksi, suuntaa

tavoiteperiaateluokittelulla ei mielestäni ole suurtakaan käytännöllistä merkitystä, erityisesti siitä syystä, että arvot voidaan helposti ilmaista myös tavoitteina, ja toisaalta tavoitteen taustalta on aina löydettävissä jokin tai joitakin arvoja (koska tavoitteeseen pyrkiminen tarkoittaa, että yhteiskunta tai henkilö arvostaa kyseistä asiantilaa). Tavoitteilla ja arvoilla voidaan näin ollen tarkoittaa samaa asiaa. Kyse ei ole kuitenkaan ekvivalenttisesta suhteesta, koska tietyn asiantilan arvostaminen ei vielä sinällään tarkoita, että henkilö tavoittelisi sitä.⁷⁹

2.3.2 Sääntöjen ja periaatteiden välinen suhde

Sääntöjen ja periaatteiden erottelua on tutkittu oikeustieteellisessä kirjallisuudessa kattavasti. Tässä aiheesta riittää yleisluonteinen esittely.⁸⁰ Lähtökohtaisesti on pidettävä mielessä se Aarnion huomautus, että säännön *formulointi* ja sääntö *normina* on perusteltua erottaa toisistaan: jatkossa säännön ja periaatteen erottavista tekijöistä sanottu tarkoittaa pitkälti nimenomaan niiden normiluonteissa olevia eroja. Sen sijaan tulkinnanvaraisempaa erottelu on silloin, kun huomiota kiinnitetään sääntöjen ja periaatteiden formulointeihin, koska sääntö on saatettu ilmaista niin tulkinnanvaraisesti, ettei tule täysin selväksi, minkä säännön formuloinnista on kyse. Tällöin säännön ja periaatteen välillä voi olla vain aste-ero (kategoriaeron sijasta), ja periaatettakin voidaan tarkastella vain yhtenä tapana formuloida sääntöä.⁸¹

Toinen reunahuomautus sääntöjen ja periaatteiden erottelun tarkastelulle on se, että kulloinkin valittu tarkastelukulma myös määrittää pitkälti sen, millainen merkitys oikeusperiaatteilla nähdään oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.

näyttäväksi optimointikäskyiksi. Tavoitteet eroavat periaatteista siinä, että ensiksi mainitut liittyvät ensisijaisesti yhteiskuntapoliittisiin päämääriin, kun taas periaatteet liittyvät oikeudelliseen viitekehykseen, josta oikeusperiaatteiden hyväksyttävyyttä koskevat kriteerit myös täytyy löytyä. Ks. *Laukkanen* 1995 s. 15–18.

⁷⁹ Kriittisesti arvo- ja tavoiteperiaateluokittelusta ks. *Aarnio* 1971 s. 107 ja *Ervo* 1996 s. 9 s. ja 12–14. Ks. myös *Ranta* 2001 s. 114 ja *Pöyhönen* 1988 s. 56 av. 136, jonka mukaan tavoitepäämääristä ei voi keskustella ilman arvoihin tukeutumista, joskin arvoista keskustelu käy päänsä ilman nimenomaisten tavoitteiden määrittelyä. Samansuuntaisesti myös *Aarnio* 1982 s. 105.

⁸⁰ Oikeusperiaatteiden optimointiluonteen korostaminen erotuksena 'joko-tai -luonteisista' oikeussäännöistä on kuitenkin tiettyssä laajuudessa tarpeen jäljempänä puheeksi tulevan ns. perusoikeusmyönteisen laintulkinnan (ks. 2.4.2) 'alustamiseksi'. Perusoikeusnormit voidaan nimittäin ymmärtää optimointikäskyinä, mikä on relevanttia punninnan mahdollistavien joustavien prosessuaalisten normien tulkinnassa (kuten todisteen hyödyntämisen sallimista tai kieltämistä koskevia kysymyksiä ratkaistaessa, ks. luku neljä).

⁸¹ Ks. *Aarnio* 1982 s. 100 ja kokoavasti eri lähestymistavoista oikeusperiaatteisiin ks. *Aarnio* 1998 s. 83–86 ja 88 ss. Ks. myös *Scheinin* 1991a s. 32 ss. Oikeusperiaatteen ja säännön välillä ei kuitenkaan voida sanoa olevan 'vain' aste-eroa ensiksi mainitussa tarkastelutilanteessa eli tarkasteltaessa oikeusperiaatteen normiluonnetta: pikemminkin tällöin kyse on kategoriaerosta, koska sääntö- ja periaatenormit noudattelevat erilaisia loogisia ajattelurakenteita (näin *Alexy* 1995 s. 184).

”Perinteisen” ns. subsumptiologisen (deduktiivisen) näkemyksen mukaan tapahtuva ratkaisun johtaminen yksiselitteisistä oikeussäännöistä ja selvitetystä tosiseikoista ei anna vastausta moneen ns. kiperään tulkintatilanteeseen.⁸² Viimeksi mainituissa tilanteissa ratkaisuun liittyy väistämättä myös arvosidonnainen elementti, jolloin puhdas looginen dedusointi ei voi enää tulla yksinomaan ratkaisumallina kyseeseen. Oikeuspositivistisessa tai oikeusformaalissa tarkastelutavassa – jossa oikeus ymmärretään tietoisena inhimillisenä toimintana – onkin tunnustettua, ettei ratkaisua voida välttämättä loogisesti johtaa pelkästään oikeussäännöistä: tästä ’myönnytyksestä’ huolimatta näen tiukan oikeuspositivistisen oikeusnäkemyksen olevan silti omiaan marginalisoimaan sellaisia ratkaisuun vaikuttavia tekijöitä, joiden ei katsota kuuluvan oikeusjärjestelmän sisälle oikeusnormeina.⁸³ Tarkastelun rinnalle onkin perusteltua omaksua myös oikeuden sisällöllinen näkökulma, koska tällöin oikeutta pystytään lähestymään muuttuvana yhteiskunnallisena ilmiönä.⁸⁴ Sisällöllisessä katsannossa oikeusperiaatteilla nähdään *välitön yhteys moraali- ja arvonäkökohtiin* – tätä kautta oikeusperiaatteet tuovat oikeusjärjestelmään arvosidonnaista koherenssia ja tekevät oikeusjärjestelmästä yhtenäisen systeemin. Sisällöllisestä näkökulmasta katsottuna oikeusjärjestelmä näyttäytyy luonnostaan ristiriitaisena, mutta toisaalta samalla johdonmukaisuuteen pyrkivänä omaa ristiriitaisuuttaan poistavana systeeminä.⁸⁵

Jos nyt näiden täsmennysten jälkeen tarkastellaan lähemmin sääntöjen ja periaatteiden eroja *normeina*, voidaan sanoa, että teoreettisesti oikeusperiaatteet eroavat oikeussäännöistä useassa suhteessa. Ensinnäkään periaatteet eivät ole muodollisesti pätevällä tavalla voimassa (kuten oikeussäännöt), vaan niiden merkityksen tulee aina, tavalla tai toisella, perustua niiden yhteiskunnassa nauttimaan institutionaaliseen tukeen tai sisällölliseen hyväksyntä-

⁸² Subsumptiologisesta mallista lähemmin ks. *Tuori* 2000 s. 52–53 ja 157 sekä *Alexy* 1995 s. 80 ss.

⁸³ Oikeusformaalista ajattelutavasta lähemmin ks. *Tolonen, H.* 1988 s. 183 ss., *Aarnio* 2002a s. 56 ss., *Pöyhönen* 2000b s. 22 ja *Tuori* 1987 s. 8–20: Yhtenä merkittävänä tunnuspiirteenä formaalis-loogisessa katsantokannassa on, että siinä oikeus nähdään oikeusnormien muodostamana systeeminä, jonka yhtenäisyys perustuu oikeudellisille periaatteille. Periaatteita ei kuitenkaan nähdä luonnonoikeudellisesti moraalisisina vaan nimenomaan oikeudellisina periaatteina – siksi myös oikeusjärjestelmän legitimitietin katsotaan perustuvan oikeuden asettamisenmenettelyn laealisuuteen eikä oikeusperiaatteisiin. Modernin oikeuden oikeusperiaatteet voivat ilmentää moraaliarvoja ja yhteiskuntapoliittisia tavoitteita vain välillisesti, koska mainitut arvot ja tavoitteet ”suodattuvat” oikeutta asettavan päätöksentekomenettelyn lävitse. Tällöin arvoja ja/tai tavoitteita ilmentävät oikeusperiaatteet asettuvat oikeusjärjestelmän sisäisen logiikan määrättäviksi ja ”itsenäistyvät” osaksi normijärjestelmää. Ks. myös *Aarnio* 1982 s. 99: ”Substantiaaliset moraaliperusteet ”legalisoituvat” tullessaan sisään oikeudelliseen kontekstiin...”

⁸⁴ Ks. *Tuori* 1987 s. 25–26, *Aarnio* 1982 s. 19 ja *Ranta* 2001 s. 106–107 ja 117: ”Sisällöllisestä näkökulmasta oikeus näyttäytyy formaalia näkökulmaa laajempänä oikeusperiaatteiden hallitsemana järjestelmänä, jossa periaatteet ilmaisevat oikeusjärjestyksen *tärkeimmän ajatussisällön*”. Ks. myös *Tolonen, H.* 1988 s. 187.

⁸⁵ Ks. mm. *Tuori* 2000 s. 337.

vyYTEEN.⁸⁶ Hyväksyttävyyssarviointi edellyttää kannanottoa siihen, miten periaatenormi suhteutuu oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteisiin kuuluviin argumentteihin. Tämä on kenties merkittävin teoreettinen ero oikeussäännösten ja oikeusperiaatteiden välillä: oikeusperiaatteet edellyttävät välttämättä sisällöllistä voimassaoloa eli viime kädessä arvoperusteista hyväksyttävyyttä (toki institutionaalisen tuen ohella), kun taas oikeussäännösten olemassaolo voi olla puhtaasti formaalista. Oikeusperiaatteiden arvosidonnaisuus antaa niille myös suhteellisen pysyvän luonteen, ja samalla ne ilmentävät kulloisenakin aikana oikeusjärjestyksessä hallitsevia ideologisia arvostuksia.⁸⁷

Toiseksi, oikeusperiaatteiden systeemi mahdollistaa kahden tai useamman keskenään ristiriitaisen periaatteen olemassaolon ja päällekkäisen soveltumisen ratkaisutilanteessa. Tällaista periaatekollisiota⁸⁸ ei voida ratkaista minkään formaalin eli sisällöstä riippumattoman kriteerin avulla oikeussääntöjen tavoin. Oikeusperiaatteet ilmentävätkin ns. sumeaa moniarvologiikkaa oikeussääntöjen on/off- tai joko/tai -logiikan sijaan: oikeusperiaatteita toisin sanoen voidaan soveltaa enemmän tai vähemmän yhtäältä periaatteiden sääntöjä jäsentymättömämmän tunnusmerkistön ja toisaalta heikomman velvoittavuuden johdosta.⁸⁹

⁸⁶ Ks. sääntöjen ja periaatteiden voimassaolokriteereistä Aarnio 1982 s. 43–45 ja 59, Pöyhönen 1988 s. 29 s. ja Tuori 2000 s. 285–301: voimassaolokriteereinä pidetään yleisesti normin pätevyyttä, tehokkuutta ja hyväksyttävyyttä. Oikeusperiaatteiden voimassaolokriteereistä ks. mm. Laukkanen 1995 s. 31–32, Frände 1989 s. 63 ss. ja Ervo 1996 s. 12. Vrt. Ranta 2001 s. 126 s., joka katsoo, että myös pätevyyskriteeri soveltuu oikeusperiaatteisiin, joskin painottuen hyväksyttävyysskriteeriä vähäisemmässä määrin. Joka tapauksessa normin yleinen hyväksyttävyys ja ratkaisijan hyväksyntä normille voidaan erottaa toisistaan – ratkaisijan todellisuudessa sisäistämä arvo voi olla prosessioikeudessa käytettävän arvoperustan kanssa ristiriidassa. Klassinen esimerkki natsi-Saksan lainsäädännöstä kuvaa hyvin sitä, että normi voi olla formaalisti voimassa oleva eli pätevä ja tehokas, vaikka normin sisäinen pätevyys eli hyväksyttävyys olisikin olematon (ks. mm. Aarnio 1982 s. 49 ja 55).

⁸⁷ Ks. Ervo 1996, 12, 15 ss. ja 31 ss. ja Ranta 2001 s. 109–110. Hyväksyttävyysspohtintoja on koetettu ”integroida” oikeuden voimassaolokysymykseen mm. diskurssiteorioiden ja auditorioiteorioiden pohjalta, ks. Nuotio 1998 s. 139–145.

⁸⁸ Ks. Eser 1992 s. 362. Olisi virheellistä puhua arvojen tai oikeusperiaatteiden keskinäisestä ristiriidasta tai konfliktista, koska periaatteiden sovellusalue on enemmän tai vähemmän epämääräinen ja niillä on lähinnä vain prima facie -luonne; oikeampaa on puhua arvojen tai oikeusperiaatteiden kollisiosta. Ks. Tuori 1987 s. 3, Ervo 1996 s. 8 ja Scheinin 1991a s. 200.

⁸⁹ Ks. Alexy 1995 s. 182 s., 193–194 ja 216 ss., Frände 1989 s. 49–50, Ranta 2001 s. 136 ja 138, Tähti 1987 s. 84–85 sekä Laukkanen 1995 s. 33. Ks. myös Siltala 1999 s. 685 s., jonka mukaan oikeusperiaatteet ovat ”heikosti formalisoituja oikeusnormeja, jotka kykenevät perustamaan vain heikon eli ulkoisesti kvalifioitun, osin ei-oikeudelliseista tekijöistä riippuvan imputaatio-suhteen tietyn oikeustositseikaston ja tietyn oikeusseuraamuksen välillä.” Säännön ja periaatteen erottelua ei kuitenkaan voitane perustaa yksinomaan joko/tai -soveltamiskriteerin varaan. Säännön yksiselitteinen joko/tai -soveltaminen edellyttäisi nimittäin, että kaikki säännön soveltumiskriteerit ja poikkeustilanteet olisi mahdollista täsmällisesti eksplikoida. Koska kuitenkin periaatteet voivat muodostaa poikkeuksia säännön soveltamiselle ja koska periaatteen soveltumiskriteerit eivät ole täsmällisesti ’lueteltavissa’, ei säännönkään identifioimiskriteerinä voida aukottomasti pitää sen joko/tai – luonnetta (ks. Alexy 1995 s. 188–192). Tähän liittyen ks. pian jäljessä ns. sääntöluonteista ja periaateluonteisista normeista esitettävää.

Oikeusperiaatteet voivat lisäksi vain johtaa harkintaa tiettyyn suuntaan, eivätkä ne yksin välttämättä ratkaise lopputulosta.⁹⁰ Mainittu tarkoittaa toisin sanottuna sitä, että periaatteisiin perustuvaa ratkaisua ei voida osoittaa ainoaksi oikeaksi (mahdolliseksi) ratkaisuksi. Periaatepohjainen argumentaatio voi kuitenkin tehdä ratkaisun hyväksyttäväksi osoittamalla, että ratkaisu perustuu puolueettoomaan valintaan oikeiden tosiseikkojen perusteella.⁹¹

Oikeusperiaatteet luovat koherenssia ja johdonmukaisuutta oikeusjärjestelmään, koska ne mahdollistavat lähtökohtaisesti vastakohtaisten argumenttien samanaikaisen huomioimisen.⁹² Erona oikeussääntöihin on, että oikeusperiaatteiden kollisiot ratkaistaan edellisiä ”korkeammalla” ja yleisemmällä oikeusteorian tasolla. Periaatepunninta myös mahdollistaa oikeuden edelleen kehittämisen ja joustavan muuttumisen yhteiskunnallisten muutosten mukana.⁹³ Ns. yleiset opit ja erityisesti siinä suoritettut oikeusperiaatteiden jäsennykset muodostavat sisällöllisen oikeussysteemin ytimen. Oikeusperiaatteet ilmentävät oikeusjärjestelmän keskeistä sisältöä, joka mm. ohjaa normien ristiriita- ja kollisiotilanteiden ratkaisemista.⁹⁴ Oikeusperiaatteet itsessään voivat olla joko materiaalisia (oikeudenmukaisuus) tai formaalisia (esim. *lex special derogat legi generali*), mutta abstrakti teorian taso on aina materiaalista eli sisältöä koskevaa. Teorian tehtävänä onkin ennen kaikkea esittää sellainen kokonaiskäsitys, jonka mukaan on mahdollista johdonmukaistaa oikeusperiaatteiden soveltamista.⁹⁵ Tässä tutkimuksessa tällaiseksi ylätasen teoreettiseksi kehikoksi ymmärretään ns. perusoikeusmyönteisen laintulkinnan teoria (ks. lähemmin jakso 2.4.1–2.4.2).

Periaatteiden soveltamisessa yhden periaatteen toteutuminen tulee optimoida toisia periaatteita ja niiden ilmaisemia arvoja ja tavoitteita vastaan siten, että periaate tulee mahdollisimman pitkälti noudatettavaksi.⁹⁶ Kuten sanottu, peri-

⁹⁰ Ks. Pöyhönen 1988 s. 22 ja Alexy 1995 s. 182–183.

⁹¹ Ks. Tuori 2000 s. 290 ja Pölönen 1996 s. 416.

⁹² Terminologisesti *koherenssilla* tarkoitetaan oikeusjärjestelmän sisäistä – sisällöllistä – johdonmukaisuutta. Oikeusjärjestelmän *konsistenssilla* puolestaan viitataan oikeusjärjestelmään kuuluvien yksittäisten normien väliseen loogiseen ristiriidattomuuteen – yhdessä konsistenssi ja koherenssi takaavat oikeusjärjestelmän systemaattisuuden. Ks. Tuori 2000 s. 188 ja Lavapuro 2001 s. 143.

⁹³ *Brusiin* 1938 s. 160 korostaa yleisten oikeusprinsiippien riippuvuutta muuttuvista yhteiskunnallisista tosiasioista.

⁹⁴ Ks. mm. Heinonen 2002 s. 621: ”Esimerkiksi tuomioistuimelle uskotun harkintavallan käyttö pitäisi pystyä mahdollisimman hyvin kiinnittämään yleisten oppien takana oleviin oikeusperiaatteisiin”. Kirjoittaja ei soisikaan prejudikaattien saavan ylikorostunutta oikeuslähdeopillista asemaa yleisten oppien kustannuksella.

⁹⁵ Oikeustieteen yleisillä opeilla voidaan tarkoittaa oikeussäännöksistä muodostettuja yleisiä käsitteitä ja niistä muodostettua käsitteiden ominaisuuksia ja keskinäisiä suhteita koskevaa yhte-näistä järjestelmää tai systeemiä, ks. Aarnio 1971 s. 50. Ks. myös Tolonen, H. 1988 s. 190–192 ja Ilveskivi 2000 s. 156.

⁹⁶ Ks. Aarnio 1998 s. 93: ”The weighing concerns only the ideal state of affairs, and thus, in the weighing and balancing procedure, the question concerns the logic of preference.”

aate ei suoraan määrää ratkaisun lopputulosta vaan vain määrää sen suuntaa. *Alexyn 'punnintalain'* mukaan: mitä enemmän jokin periaate jätetään täyttämättä tai sitä loukataan, sitä tärkeämpää täytyy toisen periaatteen toteutumisen olla.⁹⁷ Erotuksena säännöistä, oikeusperiaate ei normiteoreettisesti syrjäydy tai jää kokonaan soveltumatta toisen periaatteen aiheuttaman normikollision takia, vaikka erilaiset oikeudelliset ja tosiasialliset rajoitukset aiheuttaisivatkin sen, että periaatteen soveltamislaajuus jää yksittäistapauksessa hyvin suppeaksi tai ulospäin nähden jopa olemattomaksi. Viimeksi mainittua seikkaa tavataan nimittää oikeusperiaatteiden 'painoulottuvuudeksi'.⁹⁸

Pöyhönen erottaa oikeusperiaatteiden painoulottuvuudessa (periaatteiden vastakkaisuustilanteissa) yhtäältä periaatteen *painoarvon*, joka kuvaa sitä, millaisen painoulottuvuuden oikeusperiaate saa in casu sovellettuna sekä toisaalta ns. *systeemi-arvon*, joka viittaa periaatteen yleiseen merkitykseen oikeusjärjestelmässä. Formaalisti voimassa olevilla oikeussäännöillä sen sijaan ei ole kuvattua kaltaista painoulottuvuutta (paino- tai systeemi-arvoa), koska säännösten *ristiriititilanteessa sääntö joko soveltuu kokonaisuudessaan tai jää vaihtoehtoisesti kokonaan soveltumatta*. Soveltamistilanteessa ratkaistaan, kuuluuko säännös oikeusjärjestelmän sisälle vai jääkö normi *kyseisessä tilanteessa* oikeusjärjestelmän ulkopuolelle.⁹⁹ Oikeusperiaatteet sen sijaan "sijoittuvat" ja jäävät tavalla tai toisella vaikuttamaan kollisiotilanteessakin aina oikeusjärjestelmän sisälle.¹⁰⁰

Yllä oleva on koskenut yhtäältä oikeussääntöjen välistä ristiriitaa ja toisaalta oikeusperiaatteiden välistä kollisiotilannetta. Miten on sitten arvosteltava tilannetta, jossa sääntö ja periaate ovat joiltain osin toisilleen vastakkaisia? Tästä

⁹⁷ Ks. *Alexy* 1995 s. 226, 259 ja 269, *Ervo* 1996 s. 27, *Viljanen, V-P.* 2001 s. 215, *Jonkka* 1991 s. 249 s. ja *Pölönen* 1996 s. 416. *Pöyhönen* 1988 s. 26 ja *Frände* 1989 s. 51–56 puhuvat punnintamaksiimista ja prima facie -periaatteesta: Kun yhden periaatteen soveltaminen merkitsee sitä, etteivät toisen periaatteen sisältämät arvot toteudu, täytyy ensimmäisen periaatteen toteutumisen olla sitä tärkeämpää, mitä enemmän se estää toisen periaatteen tavoitteiden toteutumista. Prima facie (ensi näkemältä) -periaate tarkoittaa, että yhdelle periaatteelle annetaan (hierarkkisesti) tärkeämpi merkitys kuin muille periaatteille.

⁹⁸ Ks. mm. *Alexy* 1995 s. 183, 196 ss. ja 218, *Tuori* 1987 s. 2, *Tuori* 2000 s. 197, *Scheinin* 1991a s. 30, *Ranta* 2001 s. 140, *Viljanen, V-P.* 2001 s. 214 s., *Ervo* 1996 s. 8 ja 22, *Tolonen, H.* 1988 s. 188, *Iivesski* 2000 s. 89 ja *Huovila* 1999 s. 1160 s.

⁹⁹ Ilmaisui "oikeusjärjestelmän sisä- tai ulkopuolella" on kylläkin problemaattinen. Jos esim. oikeussäännön "eräntynyt velka on maksettava" perusteella velkaa ei yksittäistapauksessa tuomita maksettavaksi sen johdosta, että velka ei ole eräntynyt, on oikeussääntöä kuitenkin sovellettu tapauksessa. Sääntö ei sellaisenaan "jää oikeusjärjestelmän ulkopuolelle", jos kaikkien sen oikeusseuraamuksien edellyttämien kriteereiden ei katsota olevan käsillä. Ilmaisui "oikeusjärjestelmän sisä- tai ulkopuolella" tuleekin ymmärtää siten, että kyse on säännön oikeusseuraamusten aktualisoitumisesta (säännön 'täydestä' soveltamisesta).

¹⁰⁰ Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 23 s. ja 180. Ks. myös *Tuori* 1987 s. 3, *Alexy* 1995 s. 183, *Aarnio* 1998 s. 83 sekä *Ranta* 2001 s. 130 ja 142. Koska oikeusperiaatteet kuuluvat oikeusjärjestelmän sisälle periaatteessa kaikissa tapauksissa, ei oikeusperiaatteisiin voi soveltaa de lege lata / de lege ferenda -argumentointia (*Pöyhönen* 1988 s. 31).

Pöyhönen kirjoittaa seuraavasti: ”Peruserottelun, sääntö – periaate, valossa säännön ja periaatteen jännite ei voi olla varsinainen konflikti. Sääntö sivuuttaa aina vastassaan olevan periaatteen, koska säännön voimassaolo *merkitsee* juuri sen edellyttämän ratkaisun ehdottomuutta. Oikeusvaikutuksiksi tulevat täsmälleen säännön määräämät oikeusvaikutukset. Toiseen suuntaan osoittavan periaatteen optimointi tulee mahdottomaksi ja se väistyy täysin.”¹⁰¹ Käytännössä säännön ja oikeusperiaatteen välinen soveltamiskonflikti ei kuitenkaan ole näin suoraviivainen. Säännön voimassaolo voi nimittäin olla enemmän *sääntötyypistä* tai *periaatetyypistä*. Periaatetyyppinen sääntö ei ole voimassa poikkeuksetta, vaan säännön soveltamisessa voidaan ottaa huomioon myös säännön taustalla vaikuttavat tavoitepäämäärät ja arvonäkökohdat. Tällöin kyse ei ole suorasta säännön ja oikeusperiaatteen välisestä punninnasta, vaan ”säännön ylläpitoa edellyttävien periaatteiden kokonaisuuden ja tapaukseen soveltuvien periaatteiden välillä” tapahtuvasta punninnasta.¹⁰²

Pöyhönen puhuu ’askeleesta säännön taakse’ tarkoittaen tällä juuri sitä, että ratkaisutilanteessa väliaikaisesti palautetaan ’näkyviin’ säännön tausta-argumentit. Teoreettisesti tätä ’askelta’ voidaan kuvata nelivaiheisena prosessina. Ensimmäinen vaihe on *lähtökohtainen näkemys* siitä, että säännöillä ei ole painoulottuvuutta, mistä syystä suora punnintamalli ei tule kyseeseen. Toisessa vaiheessa säännön ja oikeusperiaatteen välistä jännitettä lähdetään purkamaan niistä periaatteista, jotka perustelevat säännön voimassaoloa, erityisesti säännön hyväksyttävyyttä koskevista näkökohdista käsin. Analyysissä pyritään hahmottamaan *lain ratio* eli tietyn arvon edistämistavoite tai tietyn tavoitepäämäärän mukainen pyrkimys.¹⁰³ Kolmannen vaiheen ratkaisukriteerinä pidetään sitä, onko kyseessä ns. vahva eli sääntötyyppinen sääntö vai edellä tarkoitettu periaatetyyppinen (heikko) sääntö. Viimeksi mainittu sääntötyyppi mahdollistaa *punninnan* siten, että verrataan säännön voimassaoloa edellyttäviä arvoja ja tavoitteita ”oikeusperiaatteiden painoarvoiksi muunnettuna” tapaukseen suoraan soveltuviin oikeusperiaatteisiin. Sääntötyyppinen sääntö ei mahdollista poikkeamia sääntönormin voimassaolosta, jolloin sääntö tulee joka tapauksessa sovellettavaksi.¹⁰⁴

Esimerkiksi todistajankuulustelusta säätävän OK 17:33:n soveltamisessa lainsäätäjä on avoimesti mahdollistanut tarkoituksenmukaisuusharkinnan perusteella tapahtuvan joustavan menettelymuodosta päättämisen. Lainsäätäjä ei ole tarkan sisällöllisesti rajannut sitä, millä perusteilla pääsääntöisestä

¹⁰¹ Pöyhönen 1988 s. 37.

¹⁰² Ks. Pöyhönen 1988 s. 40–41 ja Aarnio 1998 s. 88 ss. Ks. myös Jääskeläinen 1997 s. 64–65.

¹⁰³ Lain ratiosta (*ratio legis*) ks. esim. *Brusiin* 1938 s. 151: *ratio legis*ksen huomioiminen merkitsee ratkaistavan oikeustapauksen tarkastelua koko oikeusjärjestelmän tarkoitukskomplekseista käsin. Ks. myös *Engisch* 1977 s. 80: ”Der Begriff des Zweckes ist elastisch und vieldeutig.”

¹⁰⁴ Pöyhönen 1988 s. 42–43.

menettelymuodosta voidaan poiketa. Kyse on siten selvästi periaatetyypistä säännöstä. Kuvatualla tavalla avoimen normin soveltaminen tapahtuu muodollisesti säännön, mutta käytännössä ja sisällöllisesti oikeusperiaatteen tavoin.¹⁰⁵ Periaatetyypisen säännön soveltamistoiminta rakentuu pitkälti erilaisten näkökohtien *punnintamalla* varaan.

Koska oikeusperiaatteet välittävät arvoja oikeusjärjestelmään, tekevät ne oikeusjärjestelmästä dynaamisen ja osittain avoimen järjestelmän. Periaatekolli-sioissa tai yleisemmin erilaisissa intressivertailuissa on aina läsnä arvottava elementti, prosessioikeuden kontekstissa viime kädessä näkemyksemme siitä, mikä kulloisessakin tilanteessa on tarkoituksenmukaisin ja oikeudenmukaisin menettelytapa tai tulkinta.¹⁰⁶ Arvojen ja yhteiskuntapoliittisten näkemysten muuttuminen ulottaa juuri oikeusperiaatteiden kautta vaikutuksensa myös oikeussysteemiin. Erityisesti arvo- ja moraalinäkökulmat saavat ilmaisunsa perustuslain ja nimenomaan perusoikeussäännösten kautta. Kuvatun oikeusperiaatteiden vaikutuksen johdosta oikeutta ei voidakaan jyrkästi erottaa moraalista ja poliittisista näkemyksistä.¹⁰⁷

Oikeusperiaatteiden soveltamiselle on myös tyypillistä, että eri suuntaan puhuvien intressien tai tavoitteiden väliset kollisiotilanteet lisääntyvät sitä mukaan, mitä kauemmaksi siirrytään abstrakteista periaatteista kohti konkreettista soveltamistilannetta.¹⁰⁸ Tämä on luonnollista, koska käytännön prosessitodellisuudessa yleensä aktivoituu niin moninaisia erilaisia tilanteita ja intressejä, ettei tilannetta enää voi jäsentää vain muutamien yleisten 'periaatteiden' valossa.

On selvää, ettei oikeusperiaateille tule myöskään antaa liian suurta painoarvoa sääntöjen kustannuksella: oikeusjärjestelmä edellyttää yhteiskunnallista ja oikeudellista stabiilitettä luovia oikeussääntöjä.¹⁰⁹ Oikeusperiaatteiden oikeus-

¹⁰⁵ Ks. Pöyhönen 1988 s. 69.

¹⁰⁶ Ks. mm. Alexy 1995 s. 270: "Prinzipien sagen, was prima facie gesollt, Werte, was prima facie gut ist."

¹⁰⁷ Ks. Tolonen, H. 1988 s. 194, Aarnio 1971 s. 141, Aarnio 1982 s. 16, Alexy 1995 s. 227 ja Pöyhönen 1988 s. 35–36, joka puhuu oikeusjärjestelmästä moraalien suhteen osittain avoimena systeeminä.

¹⁰⁸ Alexy 1995 s. 202–205 selittää periaatteiden yleistä sovellettavuutta ja optimointikäsky-luonnetta analogia yhteydellä ns. ideaaliseen pitämiseen. Viimeksi mainittuun käsitteeseen kuuluu nimenomaan, että ideaalisesti tavoiteltava ei välttämättä ole kaikissa tapauksissa oikeudellisten tai reaalisten mahdollisuuksien puitteissa. Sanotusta syystä ideaalinen pitäminen, ts. periaatteen optimointikäskyluonne, on kylläkin yleisesti sovellettavissa, mutta lähempänä konkreettista soveltamista (ts. reaalisen pitämisen aluetta) entistä monisyisempää ja komplisoidumpaa.

¹⁰⁹ Ks. Aarnio 1982 s. 19–20: "lainsäädäntö on – puutteineenkin – ainoa käyttökelpoiseksi osoittautunut keino ohjata *yleisellä* tasolla käyttäytymistä. Muilla oikeudellisilla perusteilla ei ole samaa virallisuutta eikä samaa yleispätevyyttä. Laille ominainen arvovalta puuttuu esimerkiksi arvostuksilta ja tavoiteharkinnoilta, jotka sinänsä ovat tärkeitä oikeudellisissa ratkaisutoiminnaissa. Ei ole yleispätevää keinoa *kontrolloida* sanokaamme sellaista perustetta kuin ratkaisun kohtuullisuutta. Stabiilitettä vaarantamatta ei *oikeudellista* ratkaisua sen vuoksi voida tehdä tai perustella laista piittaamatta, vedoten pelkästään kohtuullisuuteen, oikeudenmukaisuuteen tai joihinkin arvokkaiksi katsottuihin tavoitteisiin."

lähdeopillinen asema on silti erityisesti viime vuosikymmenen aikana muuttunut siten, että ne hahmotetaan entistä enemmän sitovina normeina. Oikeusperiaatteita käytetään avoimemmin argumentoiden ja sellaisenaan oikeudellisen ratkaisun normiperustana. Joissain ääritapauksissa oikeusperiaatteet voivat jopa syrjäyttää tulkitun lainsäädännön.¹¹⁰ Prosessioikeuden alaan kuuluvat oikeusperiaatteet ovat luonnollisesti oikeussääntöjen ohella lainsoveltajaa eli prosessuaalisen normin tulkitsijaa ohjaavia normeja. Oikeudenkäynnin kulkua ja sisältöä koskevat regulatiiviset prosessiperiaatteet laajentavat prosessioikeudellisen sääntelyn alaa rajoittamalla ja sitomalla tuomarin 'vapaan harkinnan' alaa.¹¹¹

2.3.3 Menettelyperiaatteet

Oikeusperiaatteet on siis otettava huomioon henkilötodistelua vastaanotettaessa. Säännöstasolla menettelynormit pääsääntöisesti jättävät tuomioistuimelle runsaasti harkintavaltaa mm. menettelymuodoista päättämisen ja prosessinjohton alueella. Lain säännöksistä ei useinkaan ilmene yksiselitteistä sääntöä, joka määräisi kuulustelussa noudatettavan menettelytavan. Sääntelyn puutteellisuuksista huolimatta tuomarilla tai asianosailla ei voi olla täyttä menettelyvapautta henkilötodistelun suorittamisessa. Yhtenä tämän tutkimuksen 'implisiittisenä ideana' onkin, että todistajankuulustelua ei tule nähdä puhtaasti asianosaisten dispositiivisena toiminta-alueena tai tuomarin "vapaaseen harkintaan" kuuluvana fakultatiivisena menettelyvaiheena, vaan kuulustelumenettelyn tulee ohjautua erityisesti ns. rooliperiaatteiden kautta.¹¹² Muidenkin oikeusperiaatteiden ilmaisemat (arvo)näkökohdat saattavat myös ohjata tuomioistuimen prosessinjohtoa ja siten rajoittaa asianosaisten menettelyvapautta. Erityisesti kuulusteluiden ulkoisen kulun tulee ohjautua paitsi oikeussäännösten, myös relevanttien oikeusperiaatteiden (ml. perus- ja ihmisoikeusnormien) ilmaisemien optimointikäskyjen punninnan perusteella.¹¹³

Edellä suoritetussa horisontaalisessa jaottelussa prosessioikeuden oikeusperiaatteet jaettiin menettelyperiaatteisiin, ratkaisuperiaatteisiin ja arvoperi-

¹¹⁰ Huovila 1999 s. 1160. Alexy 1995 s. 201 tosin huomauttaa, että 'argumentaatiotaakan' tulee olla sääntöön nähden poikkeusta tarkoittavaan periaatteeseen vetoavalla (näin siis sääntö-periaatekonfliktissa; sanottu ei päde periaatteiden väliseen kollisiotilanteeseen).

¹¹¹ Leppänen 1998 s. 29. Regulatiivisilla normeilla tarkoitetaan erilaisten oikeuskäytäntöjen subjektien (esim. tuomarin) toimintaa ohjaavia normeja erotuksena konstitutiivisista normeista, joilla jokin yhteiskunnallinen käytäntö määritellään oikeudelliseksi käytännöksi (kuten lainsoveltamiseksi), ks. Tuori 2000 s. 138 ja Aarnio 1982 s. 75–76.

¹¹² Dispositiivisista ja fakultatiivisista prosessioikeudellisista normeista ks. Lappalainen 1995 s. 25–28 ja Lappalainen 1986a s. 38.

¹¹³ Ks. myös Scheinin 1991a s. 37: "Silti sellaisetkin ratkaisut, joita perinteisesti on luonnehdittu "vapaaksi harkinnaksi", ovat perusoikeus- ja ihmisoikeusnormien oikeudellisesti ohjaamia."

aatteisiin. Jaottelun perusteella oikeusperiaatteiden merkitystä voidaan tarkastella täsmällisemmin. Erityisesti menettelyperiaatteiden analysointi on hedelmällistä. Menettelyperiaatteet ohjaavat rikosprosessin ulkoista kulkua sekä prosessiaineiston esittämistapaa ja -aikaa. Menettelyperiaatteisiin luetaan tuomarin prosessinjohtoon vaikuttavien näkökohtien ohella suullisuus-, välittömyys- ja keskitysperiaate sekä yleisemmin kontradiktorinen periaate.

Laukkanen erottaa tuomarin toiminnan näkökulmasta menettelyperiaatteet kahteen ryhmään. Suullisuus-, välittömyys- ja keskitysperiaatteet vaikuttavat oikeudenkäynnin *ulkoiseen kulkuun* ja muodostavat ensimmäisen menettelyperiaateryhmän. Muut menettelyperiaatteet vaikuttavat tuomarin materiaaliseen prosessinjohtoon sekä asianosaisten prosessitoimiin liittyvään vastuun- ja tehtävänjakoon.¹¹⁴ Uudessa prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa viimeksi mainittuja menettelyperiaatteita on kutsuttu *rooliperiaateiksi*.¹¹⁵ Rikosprosessin rooliperiaateiksi on luettavissa virallisperiaate, tutkinta- ja käsittelyperiaatteet sekä jura novit curia -periaate. Rooliperiaatteet määräävät eri asianosaisten ja tuomarin työnjaosta prosessissa ja antavat suuntaviivoja sille, miten asianosaisten ja heidän edustajiensa tulee vaikuttaa prosessin etenemiseen.¹¹⁶

Prosessin ulkoista kulkua koskevat menettelyperiaatteet palvelevat konkreettisesti prosessi-instrumentaalisen tarkoituksenmukaisuusperiaatteen ilmaismia tavoitteita. Suullisuuden, välittömyyden ja keskityksen katsotaan edistävän oikeudenkäynnin nopeutta, halpuutta ja tuomio-oikeellisuutta. Menettelyperiaatteet ovat siten osa instrumentaalista ajattelumallia, keinoja prosessille asetettujen tehtävien saavuttamisessa.

Arvoperiaatteet ovat keinoja prosessin *arvopäämäärien* toteuttamisessa ja siinä mielessä ne ovat välillisesti luettavissa myös menettelyyn vaikuttaviksi periaateiksi. Virolainen katsoo, että arvoperiaatteiden kuten julkisuusperiaatteen, prosessiekonomian periaatteen ja kontradiktorisen periaatteen voidaan laajasti ottaen katsoa olevan samalla myös menettelyperiaatteita.¹¹⁷ Arvoperiaatteet kuitenkin eroavat menettelyperiaatteista siinä, että oikeudenkäynnin julkisuus ja kontradiktorisuus palvelevat ensi sijassa prosessin oikeudenmukaisuutta ja itse menettelystä saatavaa kuvaa (perustava oikeudenmukaisuuskäsitys),¹¹⁸ kun taas instrumentaalisesti arvioitavat suullisuus, välittömyys ja keskitys liittyvät välittömästi prosessin tavoitteisiin eli enemmän itse lopputulokseen ja tasapainotteluun nopeuden, halpuuden ja tuomio-oikeellisuuden välillä.

¹¹⁴ Laukkanen 1995 s. 22 s.

¹¹⁵ Virolainen 1995 s. 259 ss. Ks. myös Välikoski 1996 s. 12. Vrt. Jääskeläinen 1997 s. 151, joka erottaa rooliperiaatteet itsenäiseksi ryhmäkseen ratkaisuperiaatteiden (päättöksentekoa koskevat periaatteet) ja menettelyperiaatteiden rinnalle. Tällä jaottelu-erolla en näe juurikaan käytännöllistä merkitystä.

¹¹⁶ Ks. Turunen 1999 s. 490.

¹¹⁷ Virolainen 1998 s. 37.

¹¹⁸ Näin julkisuuden osalta mm. Havansi 2002 s. 23.

Toisaalta myös menettelyperiaatteilla on vaikutusta prosessin oikeudenmukaisuudelle ja voidaan jopa sanoa, että suullisuus, välittömyys ja keskitys ovat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin välttämättömiä edellytyksiä.¹¹⁹ Kuten sanottua, itse en pitäisi erityistä arvoperiaatteiden 'luokkaa' välttämättömänä, koska kaikki periaatteet joka tapauksessa ilmaisevat joitain arvoja, joko lain sääntelyllä ilmaistavia tai oikeuskäytännössä syntyneiden periaatteiden tapauksessa, yhteiskunnan ja prosessioikeudellisen järjestelmän sisäisiä arvoja ja näkemyksiä asioiden välisestä 'tärkeysjärjestyksestä'.¹²⁰

2.3.3.1 Oikeudenkäynnin ulkoinen kulku: suullisuus-, välittömyys- ja keskitysperiaate

Gloaalissa katsannossa suullinen, välitön ja keskitetty oikeudenkäynti on pääpiirteissään saanut muotonsa jo 1800-luvulla. Alkuperäisenä lähtökohtana mainitulle prosessimuodolle voidaan pitää Ranskan vallankumousta, jolloin rikoksesta epäilty myös tunnustettiin oikeudenkäynnin subjektiksi eikä siis vain enää tutkinnan objektiksi.¹²¹ Oikeudenkäyntimenettelyuudistusten taustalla 1990-luvulla pyrittiin keskeisesti siihen, että oikeudenkäynti olisi suullista, välitöntä ja keskitettyä. *Välittömyysperiaate* on näistä periaateista tavallaan tärkein, koska vain se mahdollistaa sen, että koko prosessiaineisto pysyy oikeuden jäsenten mielessä ja siten näytönarvioinnin apuna. Suullisuus ja keskitys lähinnä palvelevat välittömyyden toteutumista. Toisaalta, suullisuudella on muitakin tarkoituksia: mm. käsittelyn varmuus, nopeus ja julkisuus hyötyvät suullisuudesta.¹²² Suullisuus- ja välittömyysperiaatteilla on merkitystä paitsi paremman aineellisen selvityksen saamiseksi, myös oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta turvaavina legitimoivina tekijöinä.¹²³ Silloin kun kaikki relevantti oikeudenkäyntiaineisto esitetään välittömästi – eli ilman välikäsiä – tuomitsevalle tuomioistuimelle, vähennetään sellaisten väärinkäsitysten todennäköisyyttä, joka väistämättä liittyy aina kirjalliseen muotoon puettuihin pöytäkirjoihin tai muihin välillisiin esityksiin. Välittömällä ja suullisella henkilötodistelulla voidaan myös saada esiin enemmän kertomuksen luotettavuusarviolle relevantteja konkreettisia aputositseikkoja kuin kirjallisella todistelulla. Erilaiset yleistykset ja ennakkokäsitykset eivät ehkä tällöin myöskään pääse vaikuttamaan todistus-

¹¹⁹ Näin Virolainen 1998 s. 37.

¹²⁰ Ks. edellä jakson 2.3.1 lopussa arvoperiaate-kategorisoinnin kyseenalaisuudesta esittämäni.

¹²¹ Ks. Jonka 1992a s. 45 ja 67 ja Noronen 1991 s. 748. Ks. myös Robberstad 1999 s. 297 ja 288 rikosprosessin subjekteista ja objekteista: "Et subjekt ivaretar aktivt sine egne intresser... Et objekt lar seg manipulere av andre."

¹²² Suullisuus- ja välittömyysperiaatteiden toteutumista korostettiin jo vuoden 1949 todistuslain-säädännön uudistuksessa, ks. HE 137/1945 vp. s. 2. Ks. myös Jokela 2000a s. 19 ja 22–23.

¹²³ Näin Jokela 2000a s. 20 ja 22.

harkintaan yhtä suuressa määrin. Pääsääntöisesti välitön todistelumenettely myös mahdollistaa tuomioistuimelle tarvittavien selvittävien ja täydentävien kysymysten esittämisen eli kaiken kaikkiaan luotettavamman ja kattavamman tosiasia-aineiston kuin välillisesti esitettävä todistelu.¹²⁴

Välittömyydestä voidaan puhua kahdessa merkityksessä siten, että prosessin välittömyys ja todistelun välittömyys erotetaan toisistaan. Menettelyn tai *prosessin välittömyys* (pääkäsittelyn välittömyys) tarkoittaa oikeudenkäyntiaineiston antamista ilman välikäsiä suoraan tuomitsevalle tuomioistuimelle. Näin välittömyysperiaate on määritelty mm. 1990-luvun oikeudenkäyntiuidustusten esitoissa. Ns. *sisäinen välittömyys* tarkoittaa lähinnä todisteiden esittämistä alkuperäisessä muodossaan (esim. siten, ettei todistajan kuulemista korvata tämän aikaisemmin kirjatun lausuman lukemisella).¹²⁵

Myös ns. kuulopuhetodistelu liittyy (sisäiseen, ts. todistelun) välittömyyteen. *Kuulopuhetodistelulla* tarkoitetaan, että prosessiin osallistumattomalta henkilöltä kuultua (tai muuten toisesta havaittua) käytetään todisteena tämän toisen henkilön lausumassa väitettyjen tai viitattujen seikkojen olemassaolon todennäköisyydestä. Kuulusteltava toisin sanoen kertoo siitä, mitä hän on kuullut toisen henkilön sanovan, ja tällöin todistusteemana on nimenomaan selvittää tämän ulkopuolisen henkilön havaintojen paikkansa pitävyys.¹²⁶ Kuulopuhetodistelu tarkoittaa tavallaan 'todistelua toisen henkilön todistamisesta'. Voidaan sanoa, että kuulopuhetodistelua suorittava henkilö omaksuu tuomarin roolin kertomustaan antaessaan sikäli kun hänen kertomuksensa sisältää arvoskelmia esimerkiksi alkuperäisen kertomuksen antaneen henkilön lausunnon luotettavuudesta tai tämän henkilön lausuman sisällön todenperäisyydestä tai todennäköisyydestä.¹²⁷

Angloamerikkalainen hearsay rule perustuu – erityisesti Englannissa – todistelun a priori-tasolla arvioituun yleiseen luotettavuuteen. Kuulopuhetodistelu katsotaan yleisesti epäluotettavaksi ja siksi toiselta henkilöltä kuultua (tai muuten havaittua) ei pääsääntöisesti saa käyttää todisteena kuulopuhekertomuksessa väitettyjen tai viitattujen seikkojen olemassaolon todennäköisyy-

¹²⁴ Ks. *Jonkka* 1992b s. 703 ss. Säännöstasolla välittömyyttä toteuttavat mm. OK 17:11.1 ja 17:32.2.

¹²⁵ *Ekelöf – Boman* 1992 s. 21 ss. ('omedelbarhetsprincip' ja 'bevisomedelbarhet'). Saksassa puhutaan samaa tarkoittaen materiaalisesta tai aineellisesta välittömyydestä (erotuksena formaalista välittömyydestä, jolla viitataan siihen, että todistelu esitetään kokoonpanoltaan muuttumattomalle tuomioistuimelle), ks. *Eisenberg* 1999 s. 80. Kriittisesti todistelun ja prosessin välittömyyden jaottelusta mm. *Jonkka* 1992b s. 702 av. 17, joka pitää todistelun välittömyyttä vain yhtenä välittömyysperiaatteen konkreettisena ilmentymänä.

¹²⁶ Kuulopuhetodistelua ei sen sijaan ole se, jos kuulusteltava kertoo "henkilö X:n kertoneen seikan Y", jos todistusteemana on se, että X ylipäätensä on puhunut tahi tästä puheesta tehtävät johtopäätökset (eikä X:n esittämien väitteiden (Y) oikeaksi tai vääräksi todistaminen sinänsä).

¹²⁷ Näin *Peters* 1966 s. 138.

destä. Säännöstä on olemassa lukuisia poikkeuksia, jotka eivät tosin välttämättä ole kaikin osin perusteluiltaan ristiriidattomia. Hearsay-kieltoa perustellaan todistelun epäluotettavuuden ohella myös sillä, ettei sillä asianosaisella, jota vastaan kuulopuhetta näyttonä käytetään, ole välitöntä vastakuulustelumahdollisuutta tähän todistelun osaan. Hearsay rule palvelee siis myös menettelyn kontradiktorisuutta.

Välittömyysperiaatetta ei tule nähdä ja soveltaa ehdottomana sääntönä, vaan nimensä mukaisesti oikeusperiaatteena. Näin ollen periaate tulee tapauskohtaisen punninnan perusteella enemmän tai vähemmän sovellettavaksi mm. sen mukaan, miten tärkeänä välittömyyden toteutumista muihin prosessuaalisiin arvoihin nähden kulloinkin pidetään. Punninnassa keskeisenä argumenttina tulee käyttää välittömyyden tärkeyttä eli sitä, missä määrin todistelun välittömyyden nähtäisiin edistävän asiallisesti oikeaan lopputulokseen pääsemistä, ja mikä merkitys välittömyydellä olisi menettelyn oikeudenmukaisuuden kannalta. Välittömyys (ja sen merkitys) vaihtelee todistuskappalekohtaisesti ja samoin se, miten perusteellisesti vastapuoli voi suorittaa kontradiktorista vastatodisteluja kustakin todisteesta.¹²⁸

Laillisesta oikeudenkäyntiaineistosta säättävän ROL 11:2.1:n mukaan tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä. Normi on sääntöluonteinen. Vastaavasti OK 17:32.2:ssa säädetään varsin yksiselitteisesti kriteereistä, jotka oikeuttavat esitutkintapöytäkirjan lukemisen pääkäsittelyssä. Sallitun todistelun alaa koskevista normeista esim. OK 17:11 on kuitenkin osin fakultatiivinen ja siten avoimen punninnan mahdollistava. Riippumatta menettelynormien luokittelusta sääntö- tai periaatetyyppisiksi, välittömyysperiaatteen tulkinnassa on joka tapauksessa otettava huomioon EIT:n ja KKO:n *kontradiktorisuutta* koskeva oikeuskäytäntö. Kontradiktorista periaatetta koskeva oikeuskäytäntö voi rajoittaa esim. OK 17:32.2:n soveltamista siten, että syyksilukevaa tuomioita ei voida perustaa ei-välittömästi vastaanotettuun – esitutkintapöytäkirjasta luetuun – todisteeseen, jos po. todiste on ainoa, so. ratkaiseva näyttö syytteen tueksi, eikä syytetyllä ole aikaisemminkaan ollut vastakuulustelu-oikeutta. Lakitasoisesti 'lex specialiksena' velvoittava EIT:n oikeuskäytäntö korostaa välittömyyden ja kyselyoikeuden merkitystä nimenomaan syytetytyn näkökulmasta, tämän saaman oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kautta. OK 17:11 ja 32.2 eivät sellaisenaan huomioi näitä näkökohtia. Tuomioistuimella on siis velvollisuus turvata menettelyn oikeudenmukaisuus, mikä saattaa johtaa yksiselitteistenkin prosessuaalisten normien soveltamisalan kaventumiseen.¹²⁹ Pitkälti säännöstasolla ilmenevä pääkäsittelyn ja todistelun sisäi-

¹²⁸ Lähemmin välittömyysperiaatteen painoarvoon vaikuttavista tekijöistä ks. *Huovila* 1999 s. 1169 s. ja 1174 sekä *Jonkka* 1992b s. 702–706. Ks. myös *Ervo* 1998 s. 50.

¹²⁹ EIS 6 artiklan perusteella syytetytyn henkilökohtaisella kuulemisella on suurempi merkitys alioikeustasolla kuin muutoksenhakutuomioistuimessa, ts. syytetyllä ei ole aina ehdotonta oikeutta saada suullista käsittelyä hovioikeudessa. Näin ratkaisussa EIT *Belziuk* 25.3.1998, josta *Ervo* 1999 s. 570 sekä EIT *Tierce* 25.7.2000, *Helmers* 29.10.1991 ja *Fejde* 29.10.1991.

sen välittömyyden sääntely ei olekaan identtinen todistelun kontradiktorisuusvaatimusten kanssa.¹³⁰

2.3.3.2 Rooliperiaatteet: virallis-, määräämis-, tutkinta- ja käsittelyperiaate

I Tuomarijohtoisella totuuden etsimisellä on ollut tärkeä sija ns. *inkvisitorisessa* prosessissa (tutkimismenetelmä). Leimallista inkvisitoriselle prosessille on, että tuomioistuimen on itsensä huolehdittava rikosvastuun toteuttamisintressin (tai aineellista totuutta vastaavan konfliktinratkaisun) toteutumisesta. Puhtaak-sivilijellyssä inkvisitorisessa prosessissa – jollaista kylläkään ei käytännössä missään esiinny – ei oikeastaan ole varsinaisia asianosaisia, ainoastaan tutkin-nan kohteena oleva syytetty ja eri tavalla prosessin etenemiseen vaikuttavia ’sivuhenkilöitä’.¹³¹ *Akkusatorisessa* prosessissa totuuden katsotaan tulevan par-haiten esille puolustautumalla toisen asianosaisen hyökkäyksiä vastaan, eikä tuomioistuimen tehtävänä ole siksi puuttua asiaan esimerkiksi tuomalla ulko-puolisia todistajia prosessiin. Kaksiasianosaissuhde eli se, että syytetty ajaa tuomioistuimesta erillinen syyttäjäviranomainen, on akkusatorisen menetelmän olennaisimpia piirteitä. Akkusatorinenkaan prosessi ei käytännössä esiinny täy-sin puhdaspiirteisenä.¹³²

Akkusatorisessa menettelyssä aloite oikeudenkäyntiin tulee tuomioistuimen ulkopuolelta. Tuomioistuin ei myöskään huolehdi oikeudenkäynnin eteenpäin-viemisestä tai siitä, että tarpeellinen oikeudenkäyntiaineisto tulee hankituksi. Akkusatorisessa systeemissä tuomioistuin on myöskin juttua ratkaistessaan sidottu asianosaisten vaatimuksiin eli syytesidonnaisuus rajoittaa sitä, mistä saa tuomita.¹³³ Koska tuomioistuin on oikeudenkäyntiaineiston hankkimisen suh-teen passiivinen, edellyttää systeemi valtion syyttäjälaitosta, jolloin menette-lyssä toteutuu kaksiasianosaissuhde syyttäjä – syytetty. Akkusatorinen järjes-telmä helpottaa syytetyn puolustusta sikäli, että siinä hän saa rikossyytteet etu-käteen tietoonsa ja voi puolustautua syytteitä vastaan inkvisitorista järjestelmää

¹³⁰ Lähemmin kontradiktorisesta periaatteesta jaksossa 2.4.3.

¹³¹ Olennainen piirre Keski-Euroopassa n. 150–200 vuotta sitten sovelletussa kanonisessa inkvi-sitorisessa prosessissa oli, ettei prosessissa esiintynyt erillistä kantajatahoa, vaan oikeudenkäyn-nissä oli mukana ainoastaan tuomioistuin – joka hoiti myös syyttäjän tehtäviä – ja syytetty (mahdollisesti puolustajineen). Ks. lähemmin mm. *Robberstad* 1999 s. 63 ss., 103 ja 111, *Ekelöf – Boman* 1994 s. 59 ja 62–63, *Virolainen* 1988 s. 346–347, *Roxin* 1998 s. 82 ja 98 s., *Lappalainen* 1986a s. 24, *Jokela* 1996 s. 128, *Jokela* 2000a s. 24 ja *Jääskeläinen* 1997 s. 153 av. 195. Inkvisitorisen ja akkusatorisen prosessin historiasta ks. *Ignatius* 1900 s. 44 ss. ja *Jääskeläinen* 1997 s. 4 s. ja 156 s.

¹³² Ks. lähemmin akkusatorisesta menetelmästä *Roxin* 1998 s. 82 s., *Robberstad* 1999 s. 103–104 ja 126, *Haward* 1982 s. 60, *Jonkka* 1992a s. 66–67, *Virolainen* 1988 s. 347 ja *Jääskeläinen* 1997 s. 154. Ks. myös *Aalto* 1967 s. 11–12 av. 14 ja s. 16 ss. ja *Helminen ym.* 2002 s. 16–17.

¹³³ Ks. *Jokela* 1996 s. 128–129 ja *Jokela* 1998 s. 212.

’vapaammin’, koska syytteet on nostanut eri taho kuin asian lopullisesti ratkaiseva tuomioistuin. Inkvisitorisessa järjestelmässä tuomari saattaa tulkita asianosaisen aktiivisen kyselyn kritiikiksi tuomioistuimen suorittamaa kuulustelua kohtaan, mikä saattaa haitata asian objektiivista tarkastelua.

Nykyään rikosprosessuaalisen järjestelmän luonnehdinta inkvisitoriseksi tai akkusatoriseksi tarkoittaa puhtaasti kantajatahon olemassaolon tai ei-olemassaolon toteamisen sijasta laaja-alaisempaa kokonaistarkastelua.¹³⁴ Yleensä oikeusjärjestelmää ei myöskään sellaisenaan voi tarkasti kuvata vain jommankumman käsitteen avulla: esimerkiksi suomalaisessa rikosprosessissa on piirteitä sekä inkvisitorisesta että akkusatorisesta prosessista.¹³⁵ Suomen järjestelmässä inkvisitorista piirrettä edustaa lähinnä tuomioistuimen oikeus – joskin asianosaisiin nähden selvästi toissijainen ja todella vain oikeus (eikä nähdäkseni velvollisuus) – huolehtia aineellisen totuuden asianmukaisesta selvittämisestä (OK 17:8 ja ROL 6:5.2).

*Uuden rikosoikeudenkäynnin luonne kallistuu selvästi enemmän akkusatorisuuden puolelle*¹³⁶: Tätä ilmentää useassa yhteydessä korostettu tuomioistuimen passiivinen ja puolueeton rooli yleisesti ja erityisesti syytetyn vastaisen näytön hankkimisen suhteen, syytesidonnaisuus ja se, että tuomioistuimella ei ole valtaa rikosasian vireille panemiseen. Nykyinen rikosprosessi myös rakentuu pitkälti vastaavalla tavalla kaksiasianosaissuhteelle kuin siviiliprosessikin.¹³⁷ Tuomioistuin on toisaalta materiaalisen prosessin johdon kautta oikeutettu ja osin velvoitettu puuttumaan aktiivisestikin mm. asianosaisten suorittamaan henkilötodisteluun. Tätä tuomioistuimen kyselyoikeuden käyttöä ei kuitenkaan ole nähtävä ilmaisuna menettelyn inkvisitorisuudesta.¹³⁸

Käytännössä juuri tuomioistuimen prosessin johdolliset tehtävät aiheuttavat sen, ettei oikeudenkäynnin voi sanoa olevan joko ’puhtaan’ akkusatorinen tai inkvisitorinen. Rikosprosessuaalista järjestelmää onkin perusteltua tarkastella puheena olevan dikotomian lisäksi myös erilaisten rooliperiaatteiden kuten viralliset- tai määräämisperiaatteiden sekä tutkinta- tai käsittelyperiaatteiden kautta. Rooliperiaatteet tuovat tarpeellisen lisän kokonaiskuvan muodostumiseen.

¹³⁴ Esimerkiksi järjestelmän luonnehdinta akkusatoriseksi on lähinnä yleiskuvaus prosessin luonteesta sellaisena kuin se välittyy oikeussäännösten, tulkintaperiaatteiden ja yleisten tausta-arvojen valossa.

¹³⁵ Ks. mm. Lahti 1999 s. 603.

¹³⁶ Näin mm. Virolainen 1998 s. 46–47. OK 17:8:n ja ROL 6:5.2:n sanamuodot sellaisinaan voivat antaa rikosprosessistamme huomattavasti inkvisitorisemman kuvan kuin mitä itse asiassa on asian laita.

¹³⁷ Ks. Niemi-Kiesiläinen 1997 s. 446, Havansi 2002 s. 118 s. ja 125 ja Tolvanen 2000b s. 545. Useat inkvisitoriseen järjestykseen aikaisemmin viitanneet piirteet – kuten mahdollisuus suullisen haastamiseen ja rangaistusvaatimuksen esittämiseen oikeudessa läsnäolevalle henkilölle sekä julkisen puolustajajärjestelmän puuttuminen – ovat oikeudenkäyntiuidistusten myötä hävinneet. Käsiteparilla inkvisitorinen/akkusatorinen rikosprosessi ei käytännössä olekaan enää juurikaan konkreettista merkitystä.

¹³⁸ Näin Jokela 1996 s. 129 ja Jokela 2000a s. 24.

Tässä oman rikosprosessuaalisen järjestelmämme lähempi analysointi sen inkvisitoristen ja akkusatoristen piirteiden kannalta on jätettävä syrjään. Mainitussa käsitteistössä näen akkusatoriset piirteet kuitenkin hallitsevina järjestelmämme materiaalisessa prosessinjohtossa sekä suullisen todistelun vastaanottamismenettelyssä siinä määrin, että pitäisin rikosprosessimme varsinaisena luonteena akkusatorisuutta (tai kaksiasianosaisprosessia). Inkvisitorisilla piirteillä on (enää) vain täydentävää ja itse asiassa hyvin marginaalista merkitystä.

II Aineellisen totuuden selvittämisen tärkeydestä johtuen rikosprosessissa on aina läsnä enemmän tai vähemmän vahva julkinen intressi. Tästä syystä asianosaiset eivät voi määrätä prosessin kohteesta tai menettelyllisistä kysymyksistä rikosprosessissa läheskään yhtä paljon kuin siviiliprosessissa, jossa lähtökohtana on asianosaisautonomia ja ns. määräämis- ja käsittelyperiaatteet. Käsiteparit *määräämisperiaate* (*dispositiivinen periaate*) ja *virallisperiaate* (*offisiaaliperiaate*) sekä *käsittelyperiaate* ja *tutkintaperiaate* kuvastavat pelkistetyllä tavalla siviili- ja rikosprosessin välisiä eroja. Yleensä näiden käsitteiden käyttö tosin rajataan yksinomaan siviiliprosessin piiriin.¹³⁹ Käsitteiden tarkastelu myös rikosprosessin asiayhteydessä voi toisaalta olla valaisevaa.

Määräämisperiaate tai dispositiivinen periaate tarkoittaa asianosaisten päättäväisyyttä prosessin kohteesta ja etenemisestä. Dispositiivisen periaatteen mukaisesti etenevässä siviiliprosessissa asianosainen voikin itsenäisesti ratkaista mm. sen, haluaako hän ylipääntensä viedä asian oikeuteen, mitä vaatimuksia hän esittää ja minkälaisia kannelajia hän käyttää.¹⁴⁰ Asianosaiset voivat disponoida prosessin kohteesta mm. kanteen myöntämisellä samoin kuin kanteesta luopumisella – jotka siis sitovat tuomioistuinta. Määräämisperiaatteen katsotaan tarkoittavan myös sitä, että riidattomat ja tunnustetut tosiseikat tulevat automaattisesti tuomion perusteeksi. Säännösten tasolla määräämisperiaate ilmenee siviiliprosessissa esim. sitovasta tosiseikkojen tunnustamisesta (OK 17:4) ja siinä, että asianosainen voi passiivisuudellaan tehdä tosiseikan riidattomaksi (OK 12:12–13). Yllä sanottu koskee lähinnä siviiliprosessia. Rikosprosessissa syytesidonnaisuus voidaan silti nähdä määräämisperiaatteen ilmentymänä. Oikeustositseikkojen tasolla tehtävä prosessin kohteen määrittely (vetoamistaakka) ilmentääkin määräämisperiaatetta paitsi siviili-, myös rikosprosessissa.¹⁴¹

¹³⁹ Virolainen 1998 s. 41. Yleisesti mainittujen käsiteparien määrittelyongelmista ks. Lappalainen 1986a s. 389–390 (av. 14) ja 394 av. 24. Dispositiivisten ja indispositiivisten asioiden eroista ja vaikutuksista prosessinjohtolle ks. SOU 1982:26 s. 111 ss.

¹⁴⁰ Ks. Virolainen 1998 s. 41 ja Lappalainen 1986a s. 55–56.

¹⁴¹ Ks. Lappalainen 1996 s. 143, Lappalainen 1986a s. 389–390 (erit. av. 18) ja 394 (av. 24), Jokela 1998 s. 209 ja Lappalainen 1993 s. 36: ”Däremot har parterna rätt att disponera över... vilket brott, som bringas inför domstolen för avgörande. I detta avseende gäller den sk. dispositionsprincipen.” – Vrt. Virolainen 1998 s. 41, joka katsoo vetoamistaakan kuuluvan käsittelyperiaatteeseen.

Rikosprosessin virallisperiaate tarkoittaa päinvastoin, että yksityishenkilöt eivät voi määrätä prosessin aloittamisesta, laajuudesta, kohteesta tai suorittamistavasta.¹⁴² Rikoksia selvittävät esitutkinnassa poliisi ja syyteharkinnassa syyttäjä ennen kuin asia mahdollisesti kulkeutuu käräjäoikeuteen. Virallisperiaate merkitsee näin sitä, että oikeussuojaa annetaan yksityishenkilöiden (asianomistajan ja luonnollisesti rikoksesta epäillyn tai syytetyn) tahdosta riippumatta.¹⁴³ Yksityinen ihminen ei voi määrätä sitä, tahtooko hän ylipääntensä nauttia oikeussuojaa eli viedäänkö asia alkujaankaan oikeuteen, missä laajuudessa hän tahtoo nauttia oikeussuojaa ja mitä oikeussuojan mahdollisista eri muodoista hänen asiaansa sovelletaan. Määräämisvalta kaikissa mainituissa suhteissa on valtion orgaaneilla, lähinnä virallisella syyttäjällä.¹⁴⁴ Valtiolla on yksinoikeus rikosten tutkintaan ja rankaisuun, ns. ”väkivaltaamonomoli”. Virallisperiaatetta ilmentää myös se, että rangaistusvaatimuksen myöntäminen tai tosiseikan tunnustaminen eivät sido tuomioistuinta. Asia tulee pyrkiä ratkaisemaan ’aineellisen totuuden’ mukaisesti.¹⁴⁵

Virallisperiaatetta voidaan perustella rangaistusten yleisestäävyysnäkökohdilla samoin kuin yhdenvertaisuusargumenteilla: sanktiotodennäköisyyden pysyminen riittävän korkealla tasolla (ja samalla rikosoikeuden preventiiviset vaikutukset) voidaan parhaiten turvata siten, että julkinen valta vastaa pääosin rikosten tutkinnasta ja syytteeseen panosta. Toisaalta virallisperiaate estää sen, että rikosten tutkinta olisi sattumanvaraisesti ja epäyhtenäisesti – ja siten mahdollisesti epäoikeudenmukaisesti – yksityishenkilöiden aktiivisuudesta riippuvaista.¹⁴⁶

Käsittelyperiaate viittaa ensisijaisesti eri prosessisubjektien työnjaollisiin näkökohtiin ”informaationsuhteessa”: periaatteen mukaan tuomioistuin ei voi tutkia asiaa omatoimisesti todisteita hankkimalla. Käsittelyperiaate ilmeneekin erityisesti siinä, että todistelun esittäminen on nimenomaan asianosaisten tehtävä (OK 17:8).¹⁴⁷ Käsitteellisenä vastaparina käsittelyperiaatteelle myös *tutkinta*-

¹⁴² Ks. *Hormia* 1978 s. 230 s., *Roxin* 1998 s. 79 ss. ja *Lappalainen* 1986a s. 389.

¹⁴³ *Lappalainen* 1986a s. 56.

¹⁴⁴ Ks. *Jokela* 1996 s. 128. Asianomistajan toissijaisesta syyteoikeudesta johtuen virallisperiaate ei ole aukottomasti voimassa rikosprosessissa – tältä osin asianomistajalle on jätetty määräämisvaltaa. Prosessin sisäisiin ”työnjakokysymyksiin” liittyvien käsittely- ja tutkintaperiaatteiden näkökulmista (joista heti jäljessä) on kuitenkin periaatteessa samantekevää, onko syyte virallisen syyttäjän vai asianomistajan yksin nostama.

¹⁴⁵ Ks. *Virolainen* 1998 s. 41–43 ja *Virolainen* 1988 s. 351. Ks. myös *Laukkanen* 1995 s. 53. Kuten sanottu, tuomioistuimen näkökulmasta rikosprosessissakin on dispositiivisen (määräämis)periaatteen mukaisia piirteitä – erityisesti syytesidonnaisuus sekä asianomistajarikosjutuissa että virallisen syyttäjän ajamissa rikosasioissa määrittää prosessin kohteen ja sitoo tuomioistuinta siinä, mitä tekoa voidaan käsitellä (ks. *Lappalainen* 1986a s. 65 ja 390).

¹⁴⁶ Ks. *Jonkka* 1992a s. 59 s. ja *Jääskeläinen* 1997 s. 152 s.

¹⁴⁷ Vrt. *Jokela* 1996 s. 125, joka puhuu asianosaisten esiintuomisoikeudesta (ja -velvollisuudesta) käsittelymenetelmän sijasta.

periaate liittyy asianosaisten ja tuomioistuimen väliseen työnjakoon. Perinteisen käsityksen mukaan tutkintaperiaatteeseen kuuluu, että tuomioistuin huolehtii tai että sillä on ainakin valta huolehtia ratkaisulle relevanttien tosiseikkojen selvittämisestä. Periaatteeseen kuuluu myös, että tuomioistuin ei ole sidottu asianosaisten vaatimuksiin.¹⁴⁸

Tutkintaperiaatetta voidaan perustella sillä, että erityisesti rikoksesta syytetyn omiin käsiin jätetty puolustautumisaktiviteetti voisi johtaa lisääntyneisiin väärin langettaviin tuomioihin. Rikosvastuun toteutumatta jääminen yksittäistapauksissa ei nimittäin ole koko rikosoikeudellisen järjestelmän kannalta suurikaan asia, mutta sitä vastoin väärin langetettu rangaistus syyttömälle ihmiselle – joka kenties ei ole osannut tai rojhennut puolustautua oikealla tavalla – aiheuttaisi merkittäviä haittoja niin rikoksesta tuomitulle yksilölle kuin koko järjestelmällekin.¹⁴⁹ Erityisesti tässä suunnassa tutkintaperiaatetta korostetaankin – ja tuleekin korostaa – uudistetussa rikosprosessissamme. Tutkintaperiaatetta tulee siis soveltaa (yhdessä muiden syytetyn oikeusturva-instrumenttien kanssa) myös syytetyn intressejä palvelevalla tavalla.¹⁵⁰

Oikeudenkäynnin puolueettomuusvaatimuksiin liittyessään tutkintaperiaate kuvaa keskeisellä tavalla tuomarin roolia rikosprosessissa. Tämä 'rooli' kuvastaa tuomarin lähtökohtaista asennoitumistapaa oikeudenkäynnissä tarvittavaan ja esitettävään näyttöön. Sen voi sanoa olevan arvovalinta siitä, ettei syytettyä ja rikoksen asianomistajaa tule jättää yksinomaan syyttäjän ja asianajajan "advoseerauksen" varaan, vaan että tuomioistuimen tulee tarvittaessa osaltaan huolehtia (julkisen intressin tai) aineellisen totuuden toteutumisesta – puolueettomuusvaatimusten johdosta kuitenkin pitkälti lähinnä syytetyn oikeusturva-intresseihin rajoittuvalla tavalla.

Uudessa rikosprosessissa *tutkintaperiaate onkin saanut useilta osin väistyä käsittelyperiaatteen tieltä*.¹⁵¹ Prosessinjohtoa koskevasta (luvussa kuusi) samoin kuin ns. hypoteesimetodia koskevasta esityksestä (jakso 3.5) selviää, että tuomioistuimen oikeus – ja erityisesti velvollisuus – tosiseikaston aktiiviseen selvittämiseen syytetylle haitallisella tavalla on erittäin marginaalinen. Raken-

¹⁴⁸ Ks. mm. Virolainen 1988 s. 27, Roxin 1998 s. 94 ss. ja Schellenberg 2000 s. 56. Ks. myös Lappalainen 1986a s. 404 av. 53 siitä, ettei käsittely- ja määräämisperiaatteiden välillä vallitse sellaista loogista yhteyttä, että käsittelymenetelmä olisi määräämisperiaatteen seuraus. Vrt. Joke-la 2000a s. 26, joka katsoo tuomioistuimen aloiteoikeuden todisteiden hankkimiseen (OK 17:8) ilmentävän virallisperiaatetta (eikä tutkintaperiaatetta).

¹⁴⁹ Ks. Lappi-Seppälä 2000 s. 45–46, joka muistuttaa siitä, ettei yksittäistapauksiin annettavilla ratkaisuilla pääsääntöisesti ole kaikkiin (oikeusyhteisön jäseniin) ulottuvaa preventiivistä vaikutusta, ja että yksittäisillä ratkaisuilla voidaan parhaiten tukea koko oikeusjärjestelmän preventio-vaikutusta menettelemällä siten, että vahvistetaan järjestelmää kohtaan tunnettavaa luottamusta – mikä puolestaan edellyttää oikeudenmukaista ja tasapuolista menettelyä.

¹⁵⁰ Ks. Ekelöf – Boman 1994 s. 65.

¹⁵¹ Ks. mm. SOU 1982:26 s. 108, 131 ja 248.

teellisesti alioikeuksien pääkäsittely rakentuu lähes puhtaasti käsittelyperiaatteen mukaisesti: tutkintaperiaatteen mukainen aktiivinen tosiseikastoa rikastuttava prosessinjohto tulee kyseeseen lähinnä vain silloin, kun menettely koi-
tuu syytetylle edulliseksi.¹⁵²

Korostan, että en tarkoita rikosprosessuaalisen menettelyn kokonaisuudessaan, kaikin osin olevan käsittelyperiaatteen mukaista. Näin ei voida väittää, koska kaikki käsittelyperiaatteen kriteerit eivät täyty (tuomioistuim ei ole esim. kaikin osin sidottu asianosaisten vaatimuksiin, ja tuomioistuimella on periaatteessa mahdollisuus myös omatoimisiin tosiseikastoselvityksiin). Pidän tuomioistuimen itsenäistä aloiteoikeutta todistelun hankkimiseen järjestelmämme yleisluonnehoidinnan kannalta kuitenkin ratkaisevana: se, että tuomioistuim ei vahvan pääsääntöisesti saa ex officio hankkia selvitystä syytetylle vastaisesti, rajoittaa olennaisesti kaikkea tuomioistuimen materiaalista prosessinjohtoa, ja mielestäni oikeuttaa käsittelyperiaatteen nostamisen ensisijaiseksi rooliperiaatteeksi tutkintaperiaatteen edelle. Katson myös, että pääkäsittelyn rakenne eli henkilötodistelun tapahtuminen asianosaisten toimesta (ns. vuorokuulustelujärjestelmässä), tarjoaa vähintäänkin yhtä hyvät – ja pikemminkin paremmat – edellytykset prosessuaalisen totuuden selvittämiseen kuin entinen puheenjohtajavetoinen menettely.¹⁵³ Jo sellaisenaan kuulustelujärjestys mahdollistaa siten tutkintaperiaatteen taustalla vaikuttavien tavoitteiden toteutumisen riittävässä määrin.

2.3.4 Ratkaisuperiaatteen

Tuomion tekemiseen liittyviä ratkaisuperiaatteita ovat syyttömän suojaaminen (favor defensionis; in dubio pro reo ja in dubio mitius), jura novit curia sekä syytesidonnaisuuden periaate.¹⁵⁴ Mainitut ratkaisuperiaatteen korostavat ensisijaisesti syytetyn oikeusturvanäkökohtia tuomion harkinta- ja perusteluvaiheessa. Oikeusturvanäkökohdilla onkin rikosprosessissa korostetun tärkeä merkitys. Lähtökohtana pidetään yleensä, että on parempi vapauttaa kymmenen syyllistä kuin tuomita yksi syytön.¹⁵⁵ Teoriassa ja käytännössäkin syylliset saattavatkin päästä rangaistuksesta – tai oikeammin ilman syyksilukevaa

¹⁵² Ns. hypoteesimetodi todistusteorian (ks. luku 3.5.1–3.5.2) korostaa tuomioistuimen aktiivista asennoitumista todisteluun sekä tuomioistuimen omatutkintaisuutta. Metodi on kuitenkin yhdenmukainen käsittelyperiaatteeseen nähden, koska se ”sallii” pääsääntöisesti vain syytetyn eduksi tapahtuvan aktiivisuuden ja oma-aloitteellisuuden. – Tuomioistuimen kyselyoikeuden käyttö ei sellaisenaan vielä merkitsekään menettelyn inkvisitorisuutta.

¹⁵³ Samoin *Tackenberg* 1960 s. 97.

¹⁵⁴ Ks. *Virolainen* 1998 s. 47 s. ja *Jääskeläinen* 1997 s. 151 ja *Lappalainen* 1993 s. 37: ”Jura novit curia – principen,... konkretiseras i egentlig mening först när domstolen skall ge sitt avgörande i saken.”

¹⁵⁵ Tästä muistuttavat mm. *Havansi* 2002 s. 6 ja *Halila* 1975 s. 290.

tuomiota – näytön puutteen johdosta.¹⁵⁶ Valtaosa rikosasioista on kuitenkin ns. rutiinijuttuja, selviä tapauksia, joissa prosessin pääpaino on utiliteettinäkökohdissa ja tehokkuudessa eikä niinkään menettelyn asianmukaisuuden ja varmuuden korostamisessa.¹⁵⁷ Tällaisissakin tapauksissa on luonnollisesti meneteltävä prosessuaalisen lainsäädännön mukaisesti ja kunnioitettava syytetyn oikeuksia, mutta esim. näytön arviointiin ei tuolloin liity sellaisia riskitekijöitä kuin esim. kiistetyssä pahoinpitelyjutussa, jossa todistajat puhuvat ristiin eikä tapahtumien kulusta saada muutamaa kautta kovin luotettavaa selvitystä. Luonnollisesti syyttäjällä on merkittävä rooli sen suhteen, että kukin juttu selvitetään jo ennen oikeudenkäyntiä asianmukaisesti riittävällä perusteellisuudella.

Rikosprosessissa todistustaakka on koko ajan syyttäjällä (OK 17:1.2).¹⁵⁸ Todistustaakan jakautumista täsmentää in dubio pro reo -periaate siten, että faktoiltaan epäselvissä tapauksissa asia ratkaistaan syytetyn eduksi ilman, että syytetyn tarvitsisi esittää näyttöä syyttömyydestään.¹⁵⁹ In dubio pro reo -periaate ei varsinaisesti toimi konkreettisena ratkaisunormina, koska rikostuomiota rasittaa lähes aina jonkintasoinen epävarmuus. Periaate kuitenkin ohjaa lainkäyttäjää lähtökohtaisen menettelytavan valinnassa tosiseikastoltaan epäselvissä tilanteissa.¹⁶⁰ Lisäksi rikosoikeudenkäynnissä voi tulla huomioitavaksi (kyläkin varsin harvinaisesti) ns. in dubio mitius -periaate. Periaatteen mukaan laintulkintatilanteessa lakia on sovellettava sen tulkinnan mukaisesti, joka joutaa syytetyn kannalta lievempään lopputulokseen.¹⁶¹ Lähemmin täsmentymätön favor defensionis -periaate eli puolustuksen suosimisen periaate kuvaa kootusti mm. yllä mainittujen 'in dubio -periaatteiden ideoita'.

¹⁵⁶ Robberstad 1999 s. 365 s. tosin muistuttaa siitä, ettei oikeusturva sellaisenaan tarkoita epäiltyjen tai syytettyjen 'pehmeää' kohtelua tai sitä, että näille tulisi tehdä hyvin helpoksi rikosepäilyistä tai syytteestä vapautumista.

¹⁵⁷ Virolainen 1999 s. 127.

¹⁵⁸ Lainsäädännössä todistustaakassa on joitain harvinaisia poikkeuksia: painovapauslain 32 §:n mukaan syytettyinä olevalla päätoimittajalla on käännetty todistustaakka tuottamuksensa puuttumisesta; myös alkoholilain (26.7.1968/459) 83 §:ssä säädetään alkoholipitoisen aineen salakuljesta tarkoittavasta presumptiosta. Ks. myös Halilan 1955 s. 84 viittaama kirjallisuus sekä Clayton – Tomlinson 2001 s. 114 EIT-ratkaisukäytännöstä, jonka valossa käännetty todistustaakka herjausrikoksesta syytetyille ei ole oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten vastaista.

¹⁵⁹ In dubio pro reo -periaate koskee vain lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon kuuluvia tosiseikkoja, niin sisäisiä kuin ulkoisiakin (in dubio pro reo -periaate ei koske oikeusnormeja, joiden tulkintaa tosin koskee ns. in dubio mitius -periaate). Ks. Eisenberg 1999 s. 98 ss. ja Roxin 1998 s. 106 ss.

¹⁶⁰ Ks. Halila 1975 s. 288–289 ja Jonkka 1992a s. 107. Esim. äänestysnormeissa in dubio pro reo -periaate on ilmaistu sääntömuodossa; ks. ROL 10:2.

¹⁶¹ Ks. Lahti 1996 s. 935 in dubio mitius -periaatteen erilaisesta asemasta aineellisen rikosoikeuden puolella. On huomattava, ettei in dubio mitius -periaate ohita tulkintalähteenä esim. lain esitöitä, oikeuskäytäntöä tai muita normaalisti velvoittavia oikeuslähteitä. Varsinaisesti in dubio mitius -periaate voinee tulla rikosprosessuaalisen menettelysäännön tulkinnassa sovellettavaksi vain sellaisissa – hyvin epätodennäköisissä – tilanteissa, jossa normaalin 'tulkinta-apparaatin' soveltamisen jälkeen jäljelle on jäänyt kaksi kilpailevaa, tasavahvaa ratkaisuvaihtoehtoa. Tällaisessa tilanteessa in dubio mitius -periaate ohjaa valitsemaan syytetylle edullisemman laintulkintavaihtoehdon. Ks. esim. Tolvanen 1999 s. 239–240, Lappalainen 1986a s. 62 ja Halila 1975 s. 292.

In dubio pro reo -periaate voidaan nähdä myös ilmentymänä *syyttömyysolettamasta*, johon Suomi valtiona on sitoutunut perustuslakitasolla sekä kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa.¹⁶² Syyttömyysolettama tulee nähdä osana PL 21 §:n tarkoittamaa perusoikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Lisäksi EIS 6 artiklan 2 kappaleen mukaan ”jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on *laillisesti näytetty toteen*”.¹⁶³

2.4 OIKEUDENKÄYNNIN OIKEUDENMUKAISUUS

Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta voidaan puhua proseduraalisessa ja substantiaalisessa suhteessa. Proseduraalinen oikeudenmukaisuus viittaa tapaan, jolla oikeudenkäynti ulkoisesti järjestetään, eli menettelyn asianmukaisuuteen. Puhtaasti käsitteellisesti merkitystä ei tällöin ole oikeudenkäynnin sisällöllisillä tuloksilla. Substantiaalinen oikeudenmukaisuus puolestaan tarkoittaa kontekstuaalista oikeudenmukaisuutta eli sitä, miten hyvin aineellisen (rikos)oikeuden sääntöjen sisältö tai tarkoitus toteutuu.¹⁶⁴

Mainittujen käsitteiden tarkka erottaminen ei ole mahdollista eikä tarpeellistakaan. Käytännössä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus koetaan nimittäin aina subjektiivisena arvostuksena, jota ei voi konkreettisesti kytkeä mihinkään tiettyihin määrättyihin elementteihin. Oikeudenkäynti ja sen oikeudenmukaisuus muodostuu koko menettelystä – mukaan lukien jo esitutkintamenettelyt – ja sen lopputulosten *kokonaisuudesta*. Yhteinen nimittäjä tälle eri lähteisiin perustuvalla oikeudenmukaisuusvelvoitteelle on, että kyse on sekä substantiaalisesta yksilön oikeusturvasta että menettelyllisen oikeudenmukaisuuden takamisesta.¹⁶⁵ Oikeudenmukaista menettelykokonaisuutta ei voi kuitenkaan aukottomasti taata ehdottomilla tai tarkkarajaisilla säännöillä oikeudenmukaisuuden käsitteen ollessa laaja ja arvostuksenvarainen. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen vaikuttavissa ratkaisuisa joudutaan tyypillisesti punnitsemaan eri suuntaan puhuvia perusoikeus- ja muita intressinäkökohtia keskenään.¹⁶⁶

¹⁶² Ks. *Jokela* 2000a s. 33.

¹⁶³ Vastaavasti syyttömyysolettamasta säädetään EU:n perusoikeuskirjan 48 artiklassa.

¹⁶⁴ *Ervo* 1996 s. 36.

¹⁶⁵ Ks. *Ervo* 1996 s. 38–39, *Jokela* 1998 s. 28 ja *Jokela* 2000a s. 31 ja 64.

¹⁶⁶ Ks. *Clayton – Tomlinson* 2001 s. vi: ”...whereas the right to a fair trial under Article 6 is absolute, the subsidiary rights are not: so that it is always necessary to consider all the facts and the whole history in a particular case...”

2.4.1 Prosessuaaliset perus- ja ihmisoikeudet

Lainkäytön on sanottu perustuslaillistuneen kahdella tavalla: prosessuaalinen lainsäädäntö on yhtäältä lähestynyt sisällöllisesti perustuslain taustalla olevia arvoja, ja toisaalta itse perusoikeusjärjestelmään on sisällytetty prosessuaalisia perusoikeuksia. Kehitys on johtanut siihen, että konkreettisella lainsoveltamisen tasolla joudutaan ottamaan entistä enemmän huomioon (perustus)lainsäädännön taustalla vaikuttavia arvoja.¹⁶⁷ Rikosprosessiimme on toisaalta pitkään kuulunut erityisesti epäillyn ja syytetyn suojaksi vaikuttavia periaatenormeja ja sääntöjä, joiden välityksellä lainsoveltaja on toteuttanut mm. epäillyn perusoikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.¹⁶⁸ Nimenomaisena *perusoikeutena* tämä oikeus on kuitenkin ollut voimassa vasta 1.8.1995 voimaan tulleen hallitusmuodon perusoikeusuudistuksen (969/95) myötä.¹⁶⁹ Myös EIT:n kannanotot oikeusjärjestelmän toimivuudesta ihmisoikeustuomioistuimeen tehtyjen valitusten perusteella, joita otetaan nykyään Suomenkin osalta tutkittavasti tasaisesti useita vuosittain, korostavat perus- ja ihmisoikeusnäkökulmaa prosessioikeudessa. Edellä sanotut tekijät ovat johtaneet siihen, että perus- ja ihmisoikeudet on alettu voimakkaammin mieltää lainkäyttöön konkreettisesti vaikuttaviksi oikeusnormeiksi, ja että eduskunnan ja erityisesti sen perustuslakivaliokunnan perusoikeussäännösten tulkinta- ja soveltamismonopolin on tarkoitettu päättyvän ja väistyvän perusoikeuksien suoran soveltamisen tieltä.¹⁷⁰

Perusoikeudet miellettiin ensisijaisesti lainsäätäjää ja valtion toimivaltaa rajoittaviksi julkisoikeudellisiksi normeiksi ns. ”perinteisessä” perusoikeusajattelussa.¹⁷¹ Perusoikeussuojan ei yleensä myöskään nähty ulottuvan kansalaisten välisiin horisontaalisiin keskinäissuhteisiin.¹⁷² Uudessa perusoikeusajattelussa lähdetään kuitenkin päinvastoin siitä, että pelkkä valtiovallan passiivisuus tai perusoikeuksiin puuttumattomuus ei enää riitä perusoikeuksien turvaamiseksi. Valtion velvollisuudeksi katsotaan kuuluvan aktiivisin toimenpitein huolehtia

¹⁶⁷ Ks. *Jonkka* 1998 s. 1255, *Viljanen, V-P.* 1999a s. 144, *Jokela* 2000a s. 28 ja *Nuotio* 1998 s. 144.

¹⁶⁸ Ks. esim. *Lappalainen* 1986a s. 59: ”Syytetyn asemaa koskevissa sääntelyissä on otettava huomioon kansalaisille perustuslaissa turvatut perusoikeudet, eli *rikosprosessioikeus on läheisessä yhteydessä valtiosääntöoikeuteen.*” Vastaavasti myös *Halila* 1975 s. 291: ”rikosprosessioikeus on... sovellettua valtiosääntöoikeutta.” Ks. myös 31. ja 40. tuomarinohjeet.

¹⁶⁹ EU:n perusoikeuskirjassa (7.-9.12.2000 Nizzan Eurooppaneuvostossa annettuna ”juhlallisena julistuksena”) oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin mainitaan 47 artiklassa. Perusoikeuskirja on suosituksen luonteinen, ks. *Helminen ym.* 2002 s. 11–12 ja 99–100.

¹⁷⁰ Ks. *Hidén* 1996 s. 763 s., *Jonkka* 1998 s. 1256, *Saraviita* 1999b s. 238, *Hallberg* 1996 s. 833 s., *Hautamäki* 2002 s. 134–135, *Nuutila* 1996 s. 63 ss., *Lahti* 1999 s. 596 ja *Scheinin* 1991a s. 291 s. ja 303.

¹⁷¹ Ks. *PeVM* 25/1994 vp. s. 3, *Viljanen, V-P.* 1990 s. 203, *Hallberg* 1999a s. 34 ss., *Ilveskivi* 2000 s. 13–14 ja 48 ja *Leppänen* 1996 s. 244.

¹⁷² Perusoikeuksien horisontaalisesta ja vertikaalisesta vaikutuksesta ks. mm. *Pöyhönen* 1998 s. 51 ja yleisemmin perusoikeuksien normatiivisesta rakenteesta ks. *Scheinin* 1998 s. 60–62.

siitä, että perusoikeudet pääsevät mahdollisimman suuressa määrin toteutumaan yhteiskunnassa. Valtion ts. edellytetään aktiivisesti luovan perusoikeusmyönteistä lainsäädäntöä.¹⁷³ Perustuslain 22 §:ssä säädetäänkin tätä tarkoittaen, että *julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen*. PL 22 §:n merkitys ei tosin rajoitu yksinomaan mainittuun lainsäädännölliseen toimeksiantoon, vaan perusoikeussäännös tulee nähdä laajemmin konkreettiseen lainsoveltamiseen vaikuttavana tulkintaheuristisena periaatenormina.¹⁷⁴ Koska esitutkintaviranomaiset, syyttäjät ja tuomioistuimet ovat osa julkista valtaa,¹⁷⁵ on näillä tahoilla nimenomainen perustuslaintasoinen velvollisuus perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän tehokkaaksi tekemisessä.¹⁷⁶

Rikosoikeudellisen rangaistusnormin taustalla on aina jonkin perusoikeuden suojelutarkoitus, ja koko rikosoikeudellisen järjestelmän oikeutus voidaankin nähdä perustuvan sen kykyyn suojella yleisesti tärkeinä pidettyjä intressejä (oikeushyviä) yhteiskunnassa.¹⁷⁷ Aikaisemmin oikeuskirjallisuudessamme ja lainsäädäntökäytännössämme kriminalisointeihin suhtauduttiin varsin 'mutkattomasti' siinä mielessä, että rangaistussäännösten säätämistä ei yleensä nähty perusoikeuskysymyksiä nostattavana asiana. Pitkään katsottiin 'ongelmattomasti', että kanssaihminen perusoikeuksia loukkaaviin tekoihin voidaan vapaasti puuttua rikoslainsäädännöllä ja vahingonkorvauslainsäädännöllä, sekä edelliset normistot tehoisaksi tekevällä prosessioikeudellisella järjestelmällä.¹⁷⁸ Uudemmassa ajattelussa kriminalisoinnit kuitenkin rinnastetaan pitkälti yleisiin perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin sikäli, että lainsäätäjän oikeus rangaistusnormin säätämiseen nähdään perusoikeuksien rajoitusedellytysten sitomana.¹⁷⁹

¹⁷³ Ks. *PeVM 25/1994 vp.* s. 3 ja 6, *Jonkka* 1998 s. 1257, *Ilveskivi* 2000 s. 14 ja 49, *Leppänen* 1996 s. 245, *Hidén* 1996 s. 763, *Viljanen, V-P.* 1996 s. 807 s., *Nuutila* 1996 s. 66, *Jääskeläinen* 1997 s. 184 ja *Lahti* 1999 s. 604.

¹⁷⁴ Ks. PL 22 §:stä lähemmin *Tuori* 1999b s. 667 ss.

¹⁷⁵ 1.10.2002 voimaan tullessa RL 40 luvun 11 §:n 5 kohdassa (12.7.2002/604) julkista valtaa käyttävä henkilö on määritelty henkilöksi, jonka tehtäviin lain tai asetuksen nojalla kuuluu antaa toista velvoittava määräys tai päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta taikka joka lain tai asetuksen nojalla tehtävässään tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen.

¹⁷⁶ Ks. *Saraviita* 1999a s. 888 ja *Tuori* 1999b s. 667. Ks. myös VKSV 2001 s. 8 syyttäjistä perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen edistäjänä: "Ihmisoikeussopimukset ja etenkin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö sekä Suomen perusoikeus- ja perustuslakimuutokset ovat muuttaneet koko oikeudellisen ajattelun Suomessa. Tämä muutos näkyy erityisen selvästi rikosprosessissa ja siten myös syyttäjän roolissa rikosprosessin keskeisenä viranomaisena." ja mt. s. 56: "Perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen takaaminen omalta osaltaan on siten syyttäjänkin perusvelvollisuus."

¹⁷⁷ Ks. *Robberstad* 1999 s. 195, *Lappi-Seppälä* 2000 s. 36, *Tolvanen* 1999 s. 177 ja 179 ss. (joka s. 182 rinnastaa perusoikeudet oikeushyviin) sekä *Frände* 2001 s. 32: "Det är tillåtet, och i vissa sammanhang till och med påbjudet, att hota med något ont för att uppnå något gott." Vastaavasti rikosoikeuden tasapainoilusta perusoikeusherkällä alueella ks. *Hahto* 2001 s. 1298. – Oikeushyvän käsitteestä ks. *Melander, S.* 2002 s. 946 ss.

¹⁷⁸ Ks. *Nuotio* 1998 s. 148 ja 151, *Viljanen, V-P.* 1998 s. 277 ss. ja *Viljanen, V-P.* 2001 s. 305 ss.

¹⁷⁹ Ks. *Viljanen, V-P.* 2001 s. 6–7 ja 310–311, *Viljanen, V-P.* 1998 s. 281 ss. ja *Melander, S.* 2002 s. 938.

Oikeushyvien nimenomaan kriminalisoinneilla toteutettava suoja edellyttääkin, että *kriminalisointi on välttämätön* suojelutavoitteen saavuttamiseksi, ja että kriminalisointi on laajuudeltaan *hyväksyttävässä suhteessa* kriminalisoinnilla suojeltavaan oikeushyvään ja tämän suojelutavoitteen yhteiskunnalliseen painoarvoon nähden (ns. valtiosääntöoikeudellinen suhteellisuusperiaate¹⁸⁰). Edellä tarkoitettu 'välttämättömyys' tarkoittaa käytännössä, että kyseessä täytyy olla jonkin perusoikeuden (tai merkittävän yhteisöllisen oikeushyvän kuten vastuun ympäristöstä tai virkatoiminnan puolueettomuuden) suojelutavoite: esimerkiksi RL 21:1:n tappo-kriminalisoinnilla suojellaan PL 7 §:ssä (EIS 2–3 art.) turvattua oikeutta elämään ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja turvallisuuteen, ja RL 28:1:n varkaus-kriminalisoinnilla toteutetaan PL 15 §:n (EIS:n 1. lisäpöytäkirjan 1 art.) omaisuuden suojaa.¹⁸¹

Aineellisen rikosoikeuden suojelutavoitteet johtavat perusoikeusvelvoitteita myös rikosprosessioikeuden puolelle. Perusoikeusjärjestelmämme edellyttää tehokasta rikosprosessia: kun joidenkin perusoikeuksien viimekätiseksi tehosteeksi on säädetty kriminalisointi, tulee kriminalisoinnin käytännöllisen toimeenpanon tapahtua vastaavasti toimivassa ja tehokkaassa menettelyssä.¹⁸² Sanktionormi, jota ei voida panna tehokkaasti täytäntöön, jäisi pitkälti symboliseksi tai illusoriseksi. Toisaalta, uudistettu perusoikeusjärjestelmämme edellyttää nykyään nimenomaisesti myös menettelyn oikeudenmukaisuutta (PL 21 §). *Oikeudenmukaisuusaspekti tuo näkyviin (rikos)prosessioikeuden omat, sisäiset vaatimukset, jotka on huomioitava lähinnä rajoittavina tekijöinä rikosprosessin selvittämisvastuuta korostavaan näkökulmaan.* Perustuslain 21 §:ssä on asetettu (rikos)oikeudenkäyntejä koskevat omat tavoitteet ja annettu lainsäädännöllinen toimeksianto oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevien perusoikeuksien turvaamiseksi.

PL 21 §:n 1 momentissa säädetään, että jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa ja että jokaisella on oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Perusoikeussäännöksen 2 momentin mukaan käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea

¹⁸⁰ Ks. PeVM 25/1994 vp. s. 5.

¹⁸¹ Ks. Nuutila 1998 s. 171, Lappi-Seppälä 2000 s. 36–39 ja Frände 2001 s. 34 ss. Rikoslainsäädännössä suojellaan ensisijaisesti tekstin esimerkkien tavoin välittömiä perusoikeuksien loukkauksia, mutta kriminalisointiperusteena voi olla myös suojattujen etujen konkreettinen tai abstrakti (on omiaan) tai presumoitu vaarantaminen. Tässä ei lähemmin käsitellä erilaisia rangaistussäännösten laatimisessa huomioitavia kriminaalipoliittisia ja oikeudellisia näkökohtia.

¹⁸² Jonkka 1998 s. 1262 s. Ks. perusoikeuksia suojelevan järjestelmän 'tehokkuusvaatimuksesta' kuitenkin jäljessä s. 66–69 (horisontaalisen ja vertikaalisen perusoikeussuojan yhdistävän ajattelun sisäisestä ristiriitaisuudesta).

muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.¹⁸³

Kuten jo todettu, prosessuaalista oikeudenmukaisuutta turvataan ja edellytetään myös *ihmisoikeustasolla*. Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus (EIS¹⁸⁴) ja YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus (KP-sopimus¹⁸⁵) asettavat suomalaiselle(kin) rikosprosessille tietyt minimivaatimukset ja ovat samalla ilmaisu keskeisimmistä lainkäytössä sovellettavista arvoperiaatteista.

EIS tuli kansainvälisesti voimaan jo 3.9.1953, mutta Suomessa EIS-sopimus tuli voimaan 18.5.1990. Ihmisoikeustuomioistuimen valvontajärjestelmä pystyy takaamaan, että oikeudenloukkauksiin puututaan tehokkaasti. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä onkin huomattava ennaltaehkäisevä merkitys. Ihmisoikeussopimuksen säännökset on Suomessa ratifioitu laintasoisella säännöksellä, mistä syystä sopimusartiklat ja niistä muodostunut oikeuskäytäntö velvoittavat tuomioistuimia ja muita viranomaisia kuten mikä tahansa eduskuntalaki, jonka tuomari on edelleen jura novit curia -säännön mukaisesti velvollinen tuntemaan.¹⁸⁶

EIS 6 art. ihmisoikeus ja PL 21 §:n perusoikeus ovat tulkinnallisesti hyvin lähellä toisiaan, mikä seikka todettiin nimenomaisesti perusoikeusuudistuksessa.¹⁸⁷ Perustuslaissa taattu prosessuaalinen perusoikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin (PL 21 §) voi silti periaatteessa vielä tiukentaa rikosprosessille asetettuja kansainvälisiä *vähimmäisvaatimuksia*.¹⁸⁸ Se, tapahtuuko näin käytännössä, riippuu ensi kädessä oikeuskäytännössä omaksuttavista tulkinta- ja argumentaatiolinjoista.

¹⁸³ Teoriassa virallisella syyttäjällä ei ole perusoikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, koska hänen asianosaisasemansa perustuu suoraan virkavelvollisuuksiin: eri asia on, että tosiasiassa oikeudenkäynnin tulee olla sikäli oikeuden- ja asianmukainen myös – yleistä etua edustavan – syyttäjän kannalta, että menettely on puolueetonta ja muutenkin oikeussääntöjen ja -periaatteiden mukaista. Ks. *Lundqvist* 1998 s. 235 sekä (kriittisesti) myös *Jokela* 1998 s. 248.

¹⁸⁴ EIS:n valvontajärjestelmästä yksityiskohtaisesti ks. *Pellonpää* 2000 s. 81–182. EIS:n vaikutuksesta perusoikeusuudistukseen (HM 16 §:n/PL 21 §:n valmisteluun) ks. *Viljanen, V-P* 2001 s. 275–276.

¹⁸⁵ KP-sopimuksen valvontajärjestelmästä ks. *Jääskeläinen* 1997 s. 174.

¹⁸⁶ Ks. *PeVL 2/1990 vp.* s. 2. Ihmisoikeussopimusten ”läpimurtoratkaisussa” KKO 1991:84 (näin ratkaisusta mm. *Scheinin* 1991a s. 224 s. ja *Virolainen* 1998 s. 76) ja useissa tämän jälkeisissäkin ratkaisuissa korkein oikeus on viitannut ihmisoikeussopimuksista ”ilmeneviin periaatteisiin” ratkaisun perusteena ilman vetoamista esim. EIS:n voimaansaattamislakiin tms. valtiosisäiseen säännöslähteeseen. Ratkaisu 1991:84 perustui ihmisoikeussopimusten periaatteisiin siitä huolimatta, että EIS oli tullut Suomea velvoittavaksi vasta kyseisessä tapauksessa käsiteltävien alempien tuomioistuinten ratkaisuiden jälkeen. Ks. *Scheinin* 1991b s. 1104.

¹⁸⁷ Ks. *Viljanen, V-P* 2001 s. 292–293, *Hautamäki* 2002 s. 44 av. 85 ja *Melander, S.* 2002 s. 945.

¹⁸⁸ Ks. *Scheinin* 1991a s. 41.

Tietyissä muodollisessa mielessä ihmisoikeussopimuksen takaama oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on kuitenkin perustuslain vastaavaa oikeutta ehdottomampi: Perustuslain perusoikeuksia on periaatteessa mahdollista rajoittaa lainsäätämisvaiheessa poikkeuslakimenettelyllä. Kansainvälisoikeudellisesti sitovat ihmisoikeussopimukset kuitenkin estävät perusoikeuksien 'kiertämisen' kuvatulla menettelyllä: esim. EIS 6 artikla estää rajoittamasta myös ihmisoikeutena taattua oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin poikkeuslakimenettelyllä.¹⁸⁹ Koska PL 21 §:n ja EIS 6 artikla ovat sisällöllisesti ja tulkinnallisesti hyvin lähellä toisiaan, ei lainsäätäjällä enää voi tehdä poikkeuslain rajoituksia oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen vaikuttavissa suhteissa. Lainsäädännön tai tietyn käytännön ristiriita kansainvälisen sopimuksen kanssa merkitsee aina kansainvälisen velvoitteen rikkomista lain säätämisyjärjestyksestä riippumatta. Perustuslakivaliokunnan rooli on muutenkin muuttunut entistä enemmän perusoikeuksien aineellisen valvonnan suuntaan siten, että ensisijaisena keinona poistaa tai korjata perusoikeuksien kannalta ongelmalliset lakiehdotukset on ehdotetun lainsäädännön sisällöllinen tarkistaminen eikä muodolliseen menettelyyn eli poikkeuslakimenettelyyn turvautuminen.¹⁹⁰

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö muotoutuu ns. evolutiivis-dynaamisen metodin kautta. Sopimuksen käsitteet ja tulkinnat pyrkivät noudattelemaan eurooppalaisten demokratioiden kulloisiakin näkemyksiä, ja voivat siten hitaasti muuttua ja muovautua.¹⁹¹ Jo suhteellisen pitkään muuttumaton oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin elementti on lainkäytön ulkoinen uskottavuus: toteamus: "justice must not only be done, it must also undoubtedly and manifestly be seen to be done" on muodostunut jo jonkinasteiseksi iskulauseeksi.¹⁹² Tämä materiaalista oikeudenmukaisuutta (tai oikeusturvaa) korostava painotus johtaa siihen, että usein *oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden toteutuminen edellyttää tuomarin aktiivista prosessinjohtoa*. Tämä on jotain muuta kuin perinteiset "passiiviset" klassiset vapausoikeudet.¹⁹³ Laukkanen rinnastaa uuden hallitusmuodon (sittemmin perustuslain) prosessuaaliset perusoikeussäännökset ihmisoikeuksiin sikäli, että hän katsoo prosessin asianosaisilla

¹⁸⁹ Ks. mm. *Lehtimaja* 1978a s. 430 av. 6, *Scheinin* 1991a s. 13, *Viljanen, V-P.* 2001 s. 266, *Hautamäki* 2002 s. 116, *Helminen ym.* 2002 s. 87–88 ja *Lahti* 1999 s. 604. Ks. myös *Nuutila* 1998 s. 170.

¹⁹⁰ Ks. *PeVL* 2/1990 vp. s. 2, *Viljanen, V-P.* 1996 s. 792–793, 795 ss. ja 801, *Viljanen, V-P.* 1999b s. 180, *Viljanen, V-P.* 1999d s. 692 s., *Viljanen, V-P.* 2001 s. 7 s., 17, 62–64 ja 282, *Tuori* 1999b s. 668 s., *Ilveskivi* 2000 s. 26, *Saraviita* 1999a s. 890 ja *Tuori* 2001 s. 923.

¹⁹¹ Ks. *Möller* 1990 s. 581 ja *Virolainen* 1998 s. 74. Esim. kontradiktorinen periaate on muovautunut entistä tarkkarajaisemmaksi ja tiukemmin sitovaksi pitkälti juuri EIT:n oikeuskäytännön kautta, ks. siitä mm. *Liljenfeldt* 1995 s. 30 ss.

¹⁹² Ks. esim. tapaus *Delcourt* 17.1.1970 (31 §). Ks. myös *Trechsel* 2000 s. 1–18 ja *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 30.

¹⁹³ Kuten sanottu, ennen perusoikeusuudistusta perusoikeusnormit miellettiin lähinnä vain sääntötyyppisiksi normeiksi, jotka rajoittivat (negatiivisesti) lainsäätäjän toimintavapautta, ks. mm. *Scheinin* 1991a s. 290.

olevan perusoikeusuudistuksen myötä ”oikeus odottaa, että tuomioistuimien takaa hänelle aktiivisella toiminnallaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin”.¹⁹⁴ Näkemys on perusteltu. Pelkääntään muodollisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen ei välttämättä riitä siihen, että oikeudenkäynti näyttäytyisi ulospäin kaikin puolin oikeuden- ja asianmukaiselta. PL 21 §:ää ei tulisikaan mieltää klassisena vapausoikeutena,¹⁹⁵ koska tällainen näkemys olisi omiaan vähentämään perusoikeussäännöksen suoraa sovellettavuutta erilaisten arvo- tai perusoikeusnäkökohtien kollisiotilanteissa.¹⁹⁶

Sisällöllisesti ihmisoikeusvelvoitteet oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin järjestämiseksi ovat laajat. EIS 6 artiklan ja KP-sopimuksen 14 artiklan mukaan jokaisella tulee olla oikeus saada asiansa käsiteltyksi ainakin seuraavat edellytykset täyttävässä tuomioistuimessa (*access to justice*): 1) tuomioistuimen tulee olla laillisesti perustettu ja toimivaltainen (laillinen tuomioistuimien),¹⁹⁷ 2) tuomioistuimen on oltava riippumaton ja puolueeton ja 3) oikeudenkäynnin tulee olla oikeudenmukainen ja asianmukaisesti järjestetty (*oikeudenmukainen oikeudenkäynti; fair trial*).

Viimeksi mainittu eli oikeudenmukainen oikeudenkäynti edellyttää ainakin seuraavia elementtejä: 1) käsittelyn suullisuus ja julkisuus, 2) oikeudenkäynnin tapahtuminen kohtuullisessa ajassa, 3) syyttömyysoletama, 4) oikeus saada viipymättä yksityiskohtainen tieto syytteiden sisällöstä ja perusteista, 5) oikeus saada riittävästi aikaa ja edellytykset puolustuksen valmisteluun, 6) oikeus puolustautua henkilökohtaisesti tai valitseman oikeudenkäyntiavustajan välityksellä,¹⁹⁸ 7) jokaisen asianosaisen oikeus tulla yhdenmukaisesti kuulluksi (kontradiktorinen periaate ja equality of arms -periaate¹⁹⁹), 8) oikeus saada maksutta tulkin apua, 9) ne bis in idem -sääntö, 10) muutoksenhakuoikeus ratkaisuun sekä 11) asianosaisen oikeus saada perusteltu päätös. Lisäksi oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin voidaan katsoa kuulu-

¹⁹⁴ Laukkanen 1995 s. 98. Ks. myös Aarnio 2001 s. 32.

¹⁹⁵ Vrt. Laukkanen 1995 s. 98 ja Hidén 1996 s. 761.

¹⁹⁶ Vrt. Lappalainen 1996 s. 144, jossa kirjoittaja korostaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin mieltämistä ”asianosaiselle annettavana mahdollisuutena osoittaa itse puolueettomalla forumilla asiansa oikeutus.” Lappalainen tähdentää sitä, että menettely voi olla täysin oikeudenmukainen tuomioistuimen passiivisuudesta huolimatta, jos asianosaiset itse toimivat asianmukaisesti ja ammattitaitoisesti. Sinänsä näkemys on perusteltu – erityisesti puolueettomuussyistä tuomioistuimen ei tule olla aktiivinen asian selvittäjä. Nimenomaan rikosprosessissa tuomioistuimen aktiivinen kontrollointitehtävä kuitenkin korostuu. Perusoikeuksien turvaamistehtävänsä tuomioistuin ei voi aina toteuttaa passiivisena pysyttelemällä.

¹⁹⁷ Tuomioistuimen laillisesta perustamisesta EIS:n käsitteistössä (”established by law”) ks. Pitkänen 2002 s. 387 ss.

¹⁹⁸ Virolainen 1998 s. 166–167 puhuu tätä tarkoittaen ns. omavalintaperiaatteesta.

¹⁹⁹ Robberstad 1999 s. 154 ja 161 korostaa equality of arms -periaatteen tarkoittavan asianosaisten yhtäläistä kohtelua tietyissä prosessuaalisissa suhteissa (kuten todistajankuulustelussa), ei sen sijaan tosiasiallisen tasa-arvoisuuden (voimasuhteissa) toteuttamista. Ks. equality of arms -käsitteistä myöskin Pellonpää 2000 s. 320 s., Jokela 2000a s. 33 ja Clayton – Tomlinson 2001 s. 100 sekä EIT ratkaisut Brandstetter 28.8.1991 (66 §), Ruiz- Mateos 23.6.1993 (63 §) ja Delcourt 17.1.1970 (28 §).

van myös läsnäolo-oikeus akkusatorisessa käsittelyssä, oikeus asianmukaiseen ja oikeudenmukaiseen todistelun esittämiseen sekä vastakuulustelu-oikeus.²⁰⁰

Rikosoikeudessa kyse on yksityishenkilöiden perusoikeuksien aktiivisesta suojelemisesta toisten henkilöiden näitä oikeuksia loukkaavilta rikollisilta teoilta. Mainitusta syystä rikosoikeuden rankaiseva ja kärsimyksiä aiheuttava luonne nähdään oikeudenmukaisena seurauksena siitä, että henkilö on teoillaan asettunut säädännäisen oikeuden ja moraalin ulkopuolelle. Joidenkin tekojen (kuten raiskauksen) dekriminalisointi olisi jopa itsessään perusoikeusjärjestelmämme vastaista, koska näin poistettaisiin rangaistussäännöksellä taattu välillinen suoja henkilökohtaiselle koskemattomuudelle.²⁰¹ Kriminalisointisäännöksiin rajoitetut rikosentekijän perusoikeudet voivatkin tulla eri asteisesti syrjäytetyiksi rikosoikeudellisessa järjestelmässä rangaistussäännösten myötä.²⁰² Toisaalta myös rikoksiin syyllistymättömät ulkopuoliset henkilöt saattavat joutua alistumaan jonkinasteisiin perusoikeusrajoituksiin²⁰³ 'hintana' siitä, että rikosoikeuden keinoin turvataan yhteisöllisiä intressejä.

Rikosoikeuden reagointitavoista Nuutila on erottanut yhtäältä yksityisten perusoikeuksien *kunnioittamisen* sekä toisaalta perusoikeuksien *suojelemisen*.²⁰⁴ Perusoikeuksien kunnioittamisella tarkoitetaan rikosoikeuden asiayhteydessä, että ihmisten toimintavapauksia ei tarpeettomasti tai liiallisesti rajoiteta, ja että valtio pidättäytyy itse loukkaamasta perusoikeuksia. Perusoikeuksien suojeleminen puolestaan tarkoittaa kriminalisoituun tekoon rangaistusuhkin puuttumista, jolloin voidaan samalla vaikuttaa yleisestävasti ihmisten tulevaan käyttäytymiseen. Suojelunäkökohta viittaa yksityisten välisiin suhteisiin.²⁰⁵

Rikosprosessuaalisessa asiayhteydessä *perusoikeuksien kunnioittamisella voidaan ymmärtää mm. sitä, että oikeudenkäyntimenettelyn itsessään täytyy olla oikeudenmukainen, ja että tuomioistuimien pidättäytyy toimenpiteistä, joiden voitaisiin katsoa tekevän oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen. Perusoikeuksia voidaan suojella prosessissa erityisesti tuomioistuimen aktiivisella*

²⁰⁰ Ks. Virolainen 1998 s. 24–25 ja Clayton – Tomlinson 2001 s. 32, 41 ss., 88 ss. ja 99 ss.

²⁰¹ Ks. Viljanen, V-P. 2001 s. 341–342. Ks. myös Melander, S. 2002 s. 951.

²⁰² Ks. Viljanen, V-P. 2001 s. 42 ss.: paitsi nimenomaisesti ns. lakivaroituksella rajoitetut (esim. PL 10.3 §) perusoikeudet, useimmat muutkaan perusoikeudet eivät ole voimassa aukottomina tai absoluuttisina.

²⁰³ Perusoikeusrajoitus voidaan Viljasen, V-P. 1999b s. 159 (samoin Viljanen, V-P. 2001 s. 14) tavoin määritellä yleisesti seuraavasti: ”Perusoikeuden rajoittaminen tarkoittaa perusoikeussäännöksen soveltamisalan piirissä olevan oikeuden kaventamista tai perusoikeussäännöksen suojaamaan yksilön oikeusasemaan puuttumista julkisen vallan toimenpitein.” Jatkossa perusoikeusloukkauksella viitataan tilanteeseen, jossa perusoikeusrajoitus on aiheutettu viranomaisen laittomien toimenpitein.

²⁰⁴ Jaotteluun yhtyy myös Tolvanen 1999 s. 48.

²⁰⁵ Ks. Nuutila 1996 s. 62 ja 65 ss. ja vastaavasti Pöyhönen 2000a s. 70. Ks. myös Viljanen, V-P. 2001 s. 11 ja Tolvanen 2002 s. 209.

prosessinjohdolla. Perusoikeuksien suojelutoimenpiteillä tuomioistuin voi ta-
soittaa oikeudenkäynnin asianosaisten välisiä (epätasapainoisia) suhteita.

Kriminalisointisäännösten turvaamat klassiset vapausoikeudet (kuten esi-
merkiksi PL 7 §:n oikeus elämään ja henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemat-
tomuuteen sekä PL 15 §:n omaisuuden suoja) tulevat siten rikoslainsäädännös-
sä turvatuksi paitsi siten, että julkinen valta itse ei saa näitä perusoikeuksia
ilman laillista perustetta loukata, myös yksilöiden välisissä suhteissa sanktiou-
han perusteella. Näin valtio sitoutuu kokonaisuutena sekä passiivisuuteen että
aktiivisuuteen perusoikeuksia turvatessaan rikos- ja rikosprosessioikeuden kei-
noin.²⁰⁶ Viime kädessä perusoikeuden turvaaminen palautuu rikosprosessissa
suhteellisuusperiaatteen nojalla tapahtuvaan punnintaan siitä, millä tavoin
kulloinkin suojattavan ja rajoitetun/loukatun perusoikeuden asema tulee joko
vahvistettua tai heikennettyä lainsäädännössä.²⁰⁷

Yleisesti ottaen yhteiskunnan rikosoikeudellisesta normista saama hyöty
vähenee, jos rangaistus vahingoittaa suhteettomasti sen kohteeksi joutunutta.
Vastaavasti aineelliseen totuuteen tähtäävien prosessuaalisten toimenpiteiden
tulee olla oikeasuhtaisia niillä mahdollisesti saatavaan hyötyyn nähden, jotta
tällaiset toimenpiteet olisivat ylipäättänsä yhteiskunnalle hyödyllisiä.²⁰⁸ Rikos-
oikeutta sovellettaessa ja rikosprosessuaalisista menettelyistä päätettäessä on
lisäksi aina otettava huomioon mahdollisuus siitä, että syytteessä saattaa olla
myös rikokseen syytön ihminen (seikka, jonka tulisi EIS 6 art. 2 kappaleessakin
ilmaistun syyttömyysolettaman valossa olla itsestään selvä). Oikeudenmukai-
sen oikeudenkäynnin on pystyttävä toimimaan sikäli tehokkaasti aineellisen
totuuden selville saamiseksi, että kaikkien syytettynä olevien henkilöiden –
niin syyllisten kuin syyttömienkin – perusoikeuksia kunnioitetaan ja suojataan
riittävässä määrin. Tämä edellyttää jatkuvaa intressipunnintaa yksilön oikeus-
turvaintressien ja rikoksen selvittämisentressin välillä prosessuaalisten säännös-
ten tulkinnassa.

Teoriassa (’dworkinilaisittain’) voidaan problematisoida se, voidaanko rik-
osvastuun toteuttamisintressi sellaisenaan *yhteiskunnallisena tavoitepää-
määränä* (policy) rinnastaa suhteellisuusperiaatteen nojalla tapahtuvassa
punninnassa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä edellyttävään *individuaali-
seen prosessuaaliseen perusoikeuteen*. Perusoikeuksilla on nimittäin nimen-
omainen oikeusvaltiollinen (rajoittava) turvafunktio julkisen vallan policy-

²⁰⁶ Perusoikeuksien kahtalaisesta merkityksestä lainsäätäjälle ks. *Viljanen, V-P.* 1999d s. 685–
687.

²⁰⁷ Ks. *Nuutila* 1996 s. 67 ja samaan liittyen *Nuutila* 1998 s. 169 i.f. sekä *Lahti* 1999 s. 601: ”there
must be a considerable social need and acceptable reasons, also from the basic rights point of
view, for a criminalisation, in order that it restrict fundamental freedoms in an acceptable way.”

²⁰⁸ Ks. *Jokela* 2000a s. 17, *Ervo* 1996 s. 40–41, *Tolvanen* 1999 s. 200 ja *Viljanen, V-P.* 2001 s. 210
ss. Suhteellisuusperiaatteesta perusoikeuksien rajoitusedellytyksenä ks. *PeVM* 25/1994 vp. s. 5.

perusteisia toimenpiteitä vastaan.²⁰⁹ Ongelmallista tässä punninnassa on, että oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on voimassa yksilöllisenä subjektiivisena perusoikeutena,²¹⁰ kun taas rikosvastuun toteuttamisintressi perustuu paitsi välillisesti (horisontaalisesti) toisten ihmisten perusoikeuksien suojeluun, myös – edellisistä suojelunäkökohdista juontuviin – yleisempiin yhteiskunnallisiin ohjailunäkökohtiin. Erityisesti rangaistusnormien hahmottaminen yleispreventiivisesti kriminaalipoliitikassa sekä näkemys rikosprosessioikeuden ns. sanktiojärjestelmästä pohjautuu yhteiskunnallisiin tavoitepäämääriin, nimittäin tarkoitukseen ohjata ihmisten käyttäytymistä ja muokata ihmisten moraalikäsitteitä. Näkemyksessä jokaisen rangaistusnormin taustalla on siis paitsi jonkin oikeushyvän tai perusoikeuden retributiivinen (horisontaalinen) suojelufunktio, myös tähän suojelufunktion liittyvä preventiivinen tavoite estää vastaavien tekojen tapahtumista tulevaisuudessa (saman rikoksentehtäjän tai toisten mahdollisten rikoksentehtäjien toimesta).

Rikosoikeudellisten kriminalisointiperusteiden eli tarkemmin kriminalisoinnin taustalla olevien yhteiskuntapoliittisten ohjailunäkemysten ei kuitenkaan tulisi antaa ainakaan määrävästi vaikuttaa rikosprosessuaalisen säännöksen tulkintaan yksittäistapauksessa (ks. näkemyksestä myös s. 394–395). Yksittäistapauksellisessa kollisiotilanteessa yksilöllisiä perus- ja vapausoikeuksia korostavat argumentit tulisi siis erottaa yleisistä kriminaalipoliittisista argumenteista,²¹¹ ja viimeksi mainittujen näkökohtien tulisi *prima facie* väistyä mm. syytetyn oikeusturvanäkökohtien tieltä.²¹² Tämän mukaisesti rikosprosessin ”peruspunnintatilanteessa” arvioitavaksi jäävät lähinnä rangaistusäännöksen välillisesti (horisontaalisesti) suojelujen oikeushyvien suojeluintressit syytetyn oikeusturvaintressejä vastaan (oikeusturvaintressit puolestaan vaikuttavat valtion ja syytetyn välisessä vertikaalisuhteessa).²¹³ Tämänkin ’punnintatilanne’ voidaan tosin ainakin osittain problematisoida.

²⁰⁹ Näin Tuori 2001 s. 930. ’Politiikalla’ tarkoitetaan tässä yhteisöllisiä (taloudellisia, poliittisia tai sosiaalisia) tavoitepäämääriä Dworkinin erottelun mukaisesti (erotuksena yksilöllisiä oikeuksia tai moraalikäsitteitä ilmaisevista periaatteista). Rikosoikeuden (ja erityisesti ohjaustehtävää korostavasti rikosprosessin) ’funktio’ ovat nähdäkseni ymmärrettävissä tässä käsitteistössä nimenomaan ’politiikoiksi’, ja ne ovat siten luonteeltaan jotain muuta kuin PL 21 §:n mukainen individuaalinen subjektiivinen oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

²¹⁰ Subjektiivisen oikeuden käsitteestä ks. mm. Alexy 1995 s. 267 ss., jonka mukaan subjektiivinen oikeus edellyttää kolmidimensioista vastaavuussuhdetta oikeuden haltijan, adressaatin ja oikeuden sisällön (kohteen) välillä: ”Genau dann, wenn der Träger gegenüber der Adressaten ein Recht auf eine bestimmte Handlung hat, ist der Adressat gegenüber dem Träger verpflichtet, diese Handlung vorzunehmen”.

²¹¹ Kriminaalipoliitikasta osana kontrolli- ja yhteiskuntapoliittikkaa ks. Tolvanen 1999 s. 19–22; ks. myös s. 157 s.

²¹² Ks. mm. Viljasen, V-P. 2001 s. 169–170 esittämä sekä Jokela 2000a s. 17.

²¹³ Luonnollisesti punnintatilanteissa on huomioitava rikoksen asianomistajan oikeuksien puolesta puhuvat argumentit. Rikosuhurin perusoikeuksien suojeleminen tapahtuu tosin pääasiallisesti yhdessä kriminalisoinnin yleispreventiivisen funktion kanssa (samansuuntaisesti ks. Robberstad 1999 s. 195–196), mutta tämän lisäksi huomiota on kiinnitettävä erityisesti asianomistajan yksityisoikeudellisten vaatimusten tosiasialliseen toteutumiseen. Viimeksi mainitussa suhteessa tulkintatilanne tosin eroaa rangaistusvaatimuksen tulkintaan nähden siinä, että vahingonkorvauskysymyksissä ei esim. tarvitse soveltaa rikosoikeudellista legaliteettiperiaatetta tiukasti syytetyn eduksi, vaan myös asianomistajan intressien suuntainen laajentava tulkinta on mahdollista. Ks. Nuutila 1998 s. 176.

Jos perusoikeuksien suojaamista horisontaalisesti yksilöiden välisissä suhteissa pidetään itsessään perusoikeutena (ts. jos rikoslainkäytön tehokkuus rinnastettaisiin (individuaaliseksi) perusoikeuskysymykseksi), tarkoittaa se itse asiassa sitä, että ”rikosoikeuden valtiosääntöoikeudellinen justifiikaatio on muotoiltu perusoikeusjärjestelmän sisäisen punninnan kysymyksenä: vastakkaisissa vaakakupeissa ovat yhtäältä rikosten mahdollisten uhrien perusoikeuksien suojaaminen mahdollisilta loukkauksilta horisontaalisuhteissa ja toisaalta rikoksen tekijöiden vapauteen tai omaisuuteen puuttuminen julkisen vallan ja yksityisten välisessä vertikaalisuhteessa.”²¹⁴ Erityisesti jos PL 7.1 §:n perusoikeutta *turvallisuuteen* tulkitaan kuvatulla tavalla, voidaan päätyä paradoksaaliseen tilanteeseen: julkisen vallan (vertikaalisesti) suorittamien yksilöllisten perusoikeusrajoitusten oikeuttaminen horisontaalisella perusoikeuksien suojelulla voisi äärimmilleen tulkittuna tavallaan johtaa jopa poliisin ’yleistoimivallan’ uuteen justifiointiin.²¹⁵ *Tuorin* kritiikkiin siitä, että yleinen järjestys ja turvallisuus kollektiivisina hyvinä tulisi valtiosääntöteoreettisesti palauttaa perusoikeusjärjestelmän ulkopuolelle, jota kritiikkiä *Veli-Pekka Viljanen* on edelleen kehitellyt,²¹⁶ onkin esitetyillä perusteilla aiheellista yhtyä.²¹⁷

Näkemys ei tarkoita, että ”peruspunnintatilanteesta” – rikosvastuun toteuttamisintressi vs. oikeusturvaintressi – voisi tai tulisi luopua. Rikosten selvittämisentressillä ja perusoikeudella turvallisuuteen yhtenä sen osana – samoin kuin rikoksen asianomistajan (perus)oikeuksien suojeluintresseillä – voidaan perustella muiden perusoikeuksien rajoituksia. Keskeistä on kuitenkin, että *yksistään* PL 7.1 §:ään ei perusoikeusrajoituksia voi perustaa, vaan perusoikeus rajoituksilta edellytetään aina kaikkien rajoitusedellytysten täyttymistä (niistä heti jäljessä). PL 7.1 §:n perusoikeutta turvallisuuteen ei siten tulisi ensisijaisesti ymmärtää rikosten selvittämisentressiä laajentavana tekijänä, vaan päinvastoin yksilöllisenä perusoikeutena, jonka rajoituksilta mm.

²¹⁴ Sitaatti *Tuorilta* 1999a s. 929. Ks. myös *Tuori* 1999a s. 920–921 Mausia siteeraten: ”vain julistamalla rikosoikeudellisen lainkäytön tehokkuuden ’kollektiivinen hyvä’ valtiosääntöperiaatteeksi... se voidaan esittää sellaisena tasa-arvoisena näkökohtana valtiosääntöisessä ’punninnassa’, joka voidaan asettaa vastakkain esimerkiksi rikoksesta syytetyn, mutta oikeudenkäyntiin terveydellisistä syistä kykenemättömän henkilön elämän ja fyysisen koskemattomuuden perusoikeuksien kanssa.”

²¹⁵ Perusoikeus henkilökohtaiseen turvallisuuteen näytetään ymmärretyn juuri kuvatulla tavalla aktiivisiin (horisontaalisiin) suojelutoimenpiteisiin velvoittavana, ks. *Tuori* 1999a s. 925 ss. ja 929 i.f. Ks. myös *Hautamäki* 2002 s. 183, *Helminen ym.* 2002 s. 93 ja *VKSV* 2001 s. 11.

²¹⁶ Ks. seikkaperäisesti problematiikasta *Viljanen, V-P.* 2001 s. 130 ss. ja 159–184: Kirjoittaja korostaa henkilökohtaisen turvallisuuden voivan tulevan huomioitavaksi nimenomaan ”rajoitusperusteen hyväksyttävyydestin osana, ei minään perusoikeusrajoituksen viimekätisenä legitimaationa.” (s. 176). Yhden perusoikeuden edistäminen sellaisenaan ei siis voi perustella toisen perusoikeuden rajoittamista, mutta voi merkitä *yhden* (ts. ’hyväksyttävyy’) rajoitusedellytyksen täyttymistä (lainsäädännön tulee tällöin täyttää myös muut kuusi yleistä rajoitusedellytystä, ks. näistä heti jäljessä s. 69). Ks. myös *Pellonpää* 1999 s. 267, *Tolvanen* 1999 s. 180 s., *Tolvanen* 2002 s. 209 ja EOA:n kertomus toiminnastaan vuonna 1999 s. 51.

²¹⁷ Samansuuntaisesti myös *Niemi-Kiesiläinen* 1999 s. 152 s., jonka mukaan perusoikeuksista ei voi johtaa valtiolle yleistä velvollisuutta suojella yhteiskunnan jäseniä rikoksilta; perusoikeuksien keskeisin merkitys rikosprosessissa on sitä vastoin epäillylle, syytetylle ja tuomitulle annettava suoja valtiovaltaa vastaan.

rikosten selvittämisen intressissä tulee edellyttää yleisten perusoikeuksien rajoitusehtojen täyttymistä.

Rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden piirissä tapahtuva perusoikeuspunninta on mahdollista vain tiettyjen rajojen sisällä.²¹⁸ Lainsäätäjää ja lainkäyttäjää velvoittavat absoluuttiset kiellot estävät suhteellisuusperiaatteen nojalla tapahtuvan punninnan, koska sellaisen kiellon nähdään olevan voimassa poikkeuksetta. Absoluuttista kieltoa merkitsee esimerkiksi sellainen rikoslainsäädäntö ja rikosprosessi, jotka loukkaavat epäillyn tai muiden asiaan osallisten ihmisten ihmisarvoa tai keskeisiä perus- ja ihmisoikeuksia. Esimerkiksi kuolemanrangaistuksen, kidutuksen ja ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kieltö (PL 7.2 §) sekä rikosoikeudellinen laillisuusperiaate (PL 8 §) ilmentävät tällaisia ylittämättömiä rikosoikeudellisen järjestelmän rajoja.²¹⁹

Muissa tapauksissa lainsäätäjää ja lainsoveltajaa sitovat *perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset*. Perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä koskevan opin mukaan perusoikeuksien rajoitusten tulee olla lakiin perustuvia,²²⁰ ja tällaisen rajoittavan lainsäädännön tulee olla sisällöllisesti tarkkarajaista ja täsmällistä. Perusoikeusrajoitusten tulee lisäksi perustua merkittävään yhteiskunnalliseen tarpeeseen eli rajoitusten tulee olla demokraattisessa yhteiskunnassa välttämättömiä ja hyväksyttäviä. Rajoitusten tulee joka tapauksessa vielä olla suhteellisia po. perusoikeuden ja suojeltavan intressin välisen punninnan perusteella, eikä perusoikeuden 'ydinalueelle' ulottuvista rajoituksista saa säätää tavallisella lailla. Lisäksi edellytetään, että perusoikeuden rajoittamistilanteissa on mahdollisuus riittäviin oikeusturvajärjestelyihin, ja että rajoitukset ovat sopusoinnussa kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.²²¹ Perusoikeusrajoituksilta edellytetään kaikkien näiden vaatimusten täyttymistä – yhdenkin perusteen täyttymättä jääminen estää perusoikeuksia rajoittavan lain säätämisen (tai ääritilanteissa: soveltamisen).

²¹⁸ Ks. Nuuttila 1997 s. 68, Jonkka 1998 s. 1260 ja Ervo 1996 s. 78.

²¹⁹ On myös huomattava PL 1.2 §:ssä absoluuttisesti suojeltava ihmisarvo. Ehdottomasti veloitettavista perusoikeuksista (joita ei siis saa rajoittaa sen enempää tavallisella lailla kuin poikkeuslaillakaan) ks. Viljanen, V-P. 1999b s. 158, 165 ja 178 ja Viljanen, V-P. 2001 s. 56 ss. ja 331 ss.

²²⁰ Tästä oli kyse ratkaisussa KKO 1999:50, jossa HM 6.1 §:n (PL 7.1 §) takaaman henkilökohdaisen vapauden katsottiin estävän veritutkimuksen suorittamisen isyyden selvittämistä koskevassa asiassa vastoin isäksi väitetyn (kuolleen) henkilön oikeudenomistajien suostumusta, koska tällaisesta perusoikeusrajoituksen sallivasta menettelystä ei ollut säädetty laissa. Ks. ratkaisusta Pellonpää 1999 s. 271 ja Viljanen, V-P. 2001 s. 98 ss.

²²¹ Ks. perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä PeVM 25/1994 vp. s. 5, PeVM 23/1997 vp. s. 2 ja seikkaperäisesti Viljanen, V-P. 2001 s. 37 ss. (ja passim.), Viljanen, V-P. 1999b s. 159 s. ja 163–180, Viljanen, V-P. 1996 s. 804, Viljanen, V-P. 1998 s. 292 ss., Nuuttila 1996 s. 68–69, Tolvanen 1999 s. 49, Nuotio 1998 s. 152 ja Pölonen 1997a s. 20–21. Ks. myös Pitkäsen 2002 s. 383 sitaatti: ”... ihmisoikeudet on yleisesti hyväksytty modernin kansainvälisen lainsäädännön kulmakiveksi ja ettei mikään maa maailmassa voi enää uskottavasti väittää ihmisoikeuksien toteutumisen olevan vain kansallisen lainsäädännön asia.”

2.4.2 Menettelysäännösten perusoikeusmyönteinen tulkinta

I Perusoikeusuudistus ja ihmisoikeusajattelun syvempi juurtuminen suomalaiseen oikeusyhteisöön on johtanut myös perusoikeusnormien suoran sovellettavuuden lisääntymiseen lainkäytön tasolla. Perustuslakivaliokunta painotti hallitusmuodon uudistamisen yhteydessä tarvetta lisätä ns. *perusoikeusmyönteistä laintulkintaa*.²²² Perusoikeusmyönteinen tulkinta pohjautuu PL 106 §:ään perustuslain etusijasta, PL 22 §:n säännökseen perus- ja ihmisoikeuksien aktiivisesta turvaamisvelvollisuudesta sekä myös perustuslakiin sisältyvään *lainalaisuusperiaatteeseen* (PL 2.3 §), jonka mukaan kaikessa virkatoiminnassa on tarkoin noudatettava lakia. Lainalaisuusperiaate takaa jokaiselle perustellun syyn odottaa, että viranomaiset ja tuomioistuimet kunnioittavat ja suojelevat paitsi tavanomaista lainsäädäntöä, myös perusoikeuslainsäädäntöä.

Jos asiaa lähestytään yleisestä oikeuden legitiimisyyden näkökulmasta, voidaan lainalaisuusperiaate ymmärtää oikeusjärjestelmämme syvärakenteisiin kuuluvan ja perustavaa laatua olevan ns. *demokratiaperiaatteen* ilmaisumuotona: demokratiaperiaatetta toteuttavalla lainsäädäntömenettelyllä taataan paitsi lakien muodollinen pätevyys, myös luodaan ja perustellaan oletama lakien sisällöllisestä pätevydestä tai legitiimisyydestä. Perusoikeusmyönteisellä tulkinnalla oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa voidaan silti kyseenalaistaa tämä oletus lainsäädännön sisällöllisestä pätevydestä. Perusoikeusmyönteinen konkreettinen laintulkinta toimii siis eräänlaisena oikeuden legitiimisyyttä varmistavana varoventtiilinä.²²³

Perusoikeusmyönteisellä laintulkinnalla ymmärretään sitä, että ”tuomioistuinten tulee valita perusteltavissa olevista lain tulkintavaihtoehdoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot”.²²⁴ Käytännössä perusoikeusmyönteinen tulkintavaikutus voi näkyä joko sovellettavan normin valinnassa tai normin yksittäistapauksellisessa soveltamistavassa. Ensiksi

²²² Ks. *PeVM* 25/1994 vp. s. 4 ja *HE* 1/1998 vp. s. 164. Perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta on tosin puhuttu jo ennen perusoikeusuudistusta (ks. keskustelusta *Viljanen*, V-P. 1990 s. 204–206), samoin kuin ihmisoikeusmyönteisestä laintulkinnasta (ks. *PeVL* 2/1990 vp. s. 3, *Pellonpää* 2000 s. 57 ss. ja *Scheinin* 1991a s. 28, 164 ss. ja 196). Perusoikeuksien tulkintavaikutusta voidaan kutsua joko perustuslainmukaiseksi laintulkinnaksi tai (hieman suppeammin) perusoikeusmyönteiseksi laintulkinnaksi. Tässä tutkimuksessa käytetään viimeksi mainittua nimitystä, koska se kiinnittää huomion konkreettisessa tulkintatilanteessa yleisimmin aktualisoituviin perusoikeussäännöksiin eli perusoikeusnormeihin. Ks. *Lavapuro* 1998 s. 88, erit. av. 16.

²²³ Ks. *Tuori* 2000 s. 295 ja *Scheinin* 1991a s. 342. Perusoikeusmyönteinen laintulkinta on korostunut oikeusasiamiehen valvontatoiminnassa, mitä kautta tulkintamalli voi yleistyä laajemminkin viranomaiskäytännöissä; näin *Husa* 2002 s. 372.

²²⁴ Ks. *PeVM* 25/1994 vp. s. 4 ja esim. *Hallberg* 1999c s. 712 ja *Jokela* 2000a s. 29. Vrt. *Tähti* 1987 s. 78 PL 2.3 §:ää vastanneesta vanhasta HM 92.1 §:stä: kirjoittaja katsoo, että kyseistä normia ei tule ymmärtää periaatetyypisesti, vaan että kyseessä on selvästi oikeussäännös.

mainittu ns. *vaihtoehtojen rajausvaikutus* on luonteeltaan enemmän säännön kaltainen.²²⁵ Perusoikeusnormilla sanotaan olevan ns. abrogaatiovaikutus eli tavallisen lain syrjäyttävä vaikutus silloin, kun perusoikeusnormi syrjäyttää tavallisen eduskuntalain *lex superior*, *lex specialis* tai *lex posterior* -tulkintäsääntöjen nojalla.²²⁶ Perusoikeusnormilla on luonnollisesti sääntöluonne myös sellaisessa harvinaisessa tilanteessa, että perustuslain säännöstä voidaan käyttää suoraan ratkaisun perustana. Näin voidaan menetellä esim. lainsäädännön aukkotilanteissa.²²⁷

Kannanottoon sisältyvä *perusoikeuksien optimointivaikutus* on puolestaan ymmärrettävä periaatetyyppisesti. Tilanne, jossa perusoikeusnormi vaikuttaa oikeusperiaatteen tavoin – yhtenä ratkaisutilanteessa huomioitavana punninta-argumenttina muiden joukossa – lieenee käytännössä yleisin.²²⁸ Näkemyksen mukaan mm. prosessuaalisten normien tulkinnassa ei tulisi lähteä ensisijaisesti siitä, että kyse on 'puhtaasti' prosessuaalisten normien tulkinnasta (ja mahdollisesti vasta tämän jälkeen huomioitavista perusoikeuksista), vaan perusoikeusmyönteinen ongelmien hahmotus johtaa siihen, että kutakin tulkinnanvaraista (prosessuaalista) lainsoveltamistilannetta voidaan alun perinkin pitää myös perusoikeuksien käyttötilanteena.²²⁹

²²⁵ Perusteellisesti tällaisen tulkintaratkaisun 'rakenteesta' ks. *Viljanen, V-P.* 1990 s. 214 ss. Esim. ratkaisussa KKO 1984 II 95 HM 5 §:n yhdenvertaisuusperiaatteelle annettiin tavallisen lain syrjäyttävä sääntövaikutus, ks. ratkaisusta *Scheinin* 1991a s. 219–220 ja *Lavapuro* 2001 s. 128. Kriittisesti PL 106 §:n soveltamisesta ks. *Lavapuro* 2001 s. 125 ss. ja 137–139.

²²⁶ Ks. *Ilveskivi* 2000 s. 112–113 ja *Scheinin* 1991a s. 29. Lähemmin mainituista – ns. oikeuskulttuurin tasolle sijoittuvista – normiristiriitojen ratkaisustandardeista ks. *Tuori* 2000 s. 184. *Lavapuro* 1998 s. 93–97 kritisoi puhdasta tulkintavaihtoehtomallia siitä, että siinä edellytetään perusoikeuksien tulkinnan olevan erotettavissa muusta säännösmateriaalin tulkinnasta. Mallissa ei hänen mukaansa oteta huomioon laintulkintatilanteen kompleksia vuorovaikusta fakta- ja normiaineiston välillä, joka tekee mahdottomaksi erottaa oikeus – ja sitä vähemmän juuri perusoikeus – kysymykset faktakysymyksistä. Pääasiallinen Lavapuron kritiikki kohdistuu kuitenkin siihen, että tulkintavaihtoehtojen rajausmalli perustuu tapauksessa sovellettavan lain perustuslainmukaisuuden abstraktiin pohdintaan, jolloin perusoikeuksien tulkintatilanne "neutralisoidaan" liian abstraktille laintulkintatasolle sen sijaan, että pyritäisiin konkreettiseen, yksittäistapaukselliseen perusoikeusargumenttien punnintaan.

²²⁷ Ks. *Ilveskivi* 2000 s. 92 ja 112 ja *Leppänen* 1996 s. 246 s.

²²⁸ Ks. *Jonkka* 1998 s. 1258, *Viljanen, V-P.* 1999a s. 146 s., *Viljanen, V-P.* 1990 s. 216, *Viljanen, V-P.* 2001 s. 12 ja *Tolvanen* 1999 s. 241. Perusoikeuksien periaateluonteesta ks. *Alexy* 1995 s. 278, johon myös *Leppänen* 2001 s. 134 viittaa. Ks. myös *Scheinin* 1991a s. 34, 39 ja 43 ns. *normifragmentin* käsitteestä: Sovellettava oikeusnormi saattaa koostua useammasta eri normilauseesta (säännöstä tai periaatteesta) kerättävistä fragmenteista. Esim. ihmisoikeussopimuksesta voidaan johtaa normifragmenteja, jotka vaikuttavat toisten oikeusjärjestelmään kuuluvien normien tulkintaan siten, että ne ovat "fragmentteina mukana yksittäisessä tapauksessa sovellettavan, lakitekstin lauseita täsmällisemmän konkreettisen oikeusnormin muodostamisessa." (s. 39).

²²⁹ Ks. *Pöyhönen* 1998 s. 52, *Viljanen, V-P.* 1999b s. 157, *Hautamäki* 2002 s. 196 ja *Leppänen* 2001 s. 137: "De grundläggande processrättigheterna utgör således ofta tungt vägande argument då vanlig processlagstiftning tolkas."

II Esitettyyn perusoikeuksien optimointi-näkemykseen on tosin heti esitettävä merkittävä *prosessioikeutta koskeva raja*: prosessuaaliset menettelysäännöt ovat usein varsin täsmällisiä sääntöjä, jotka saattavat oikeusturvataroituksensa (erityisesti menettelyn ennakoitavuuden varmistamistarkoituksen) edellyttämän sääntöluonteen johdosta sallia vain 'yksiselitteisen' joko/tai -soveltamisen. Perusoikeusmyönteinen tulkinta saattaa näissä tapauksissa juuri oikeusturvataroituksen vuoksi edellyttää pitäytymistä yksiselitteisessä joko/tai -soveltamisessa.²³⁰ Jotkin menettelynormit kuitenkin ovat sikäli avoimia (kuten juuri OK 17:33 ja todistelun vastaanottamiseen liittyvät ratkaisutilanteet ja yleisemminkin periaatetyypiset prosessuaaliset normit), että ne mahdollistavat joustavamman ja siten myös perusoikeusystävällisen tulkinnan.²³¹

Optimointiin perustuva tulkintamalli on nähdäkseni käytännössä merkityksellisempi kuin tulkintavaihtoehtomalli. Yhteistä näille molemmille perusoikeusmyönteisen laintulkintametodin käsitystavoille on, ettei konkreettisen yksittäistapauksen perusoikeustulkinnan katsota omaavan *välitöntä* yksittäistapauksen ulkopuolelle ulottuvaa vaikutusta. Näkemyksen mukaan esimerkiksi tuomioistuimen niinkin äärimmäinen tulkinta kuin *contra legem* -kannanotto ei siten tarkoita, että tuomioistuin katsoisi lainsäädännön sellaisenaan in abstracto olevan perustuslain vastainen, vaan että normitulkinta on vain tietyn yksittäistapauksen olosuhteissa perusoikeusnäkökulmasta soveltumaton.²³² Lavapuro on kuvannut abstraktin ja konkreettisen perustuslainmukaisuuden kontrolloinnin suhdetta mielestäni osuvasti. Hän näkee lakien perustuslainmukaisuuden kontrolloinnin parhaiten toteutuvan ns. *valtiosääntöoikeudellisena kumppanuutena* ymmärrettynä. Kirjoittaja korostaa Pöyhösen perusoikeus-

²³⁰ Prosessuaalisen normin soveltamatta jättämistä PL 106 §:n perusteella perustuslainvastaisena tullee pitää käytännössä varsin harvinaisena, joskin kyllä sinänsä mahdollisena tulkintana (ks. jäljessä *contra legem* – mahdollisuudesta esitettävää). Yleensä täsmällinen menettelysääntö luo sellaisenaan oikeusturvaa, mistä syystä säännöksen soveltamisen mahdollinen epäoikeudenmukaiseksi koettava vaikutus ei liene todennäköinen. – Kuten edellä jaksossa 2.3.2 todettiin, säännön voimassaolo *merkitsee* sen edellyttämän ratkaisun ehdottomuutta, jolloin punninta-ratkaisu ei tule kyseeseen.

²³¹ Ks. *Lappalainen* 1995 s. 26–27 absoluuttisista ja fakultatiivista prosessinormeista. Neljännessä luvussa pyritään hahmottelemaan perusoikeusmyönteistä laintulkintamenetelmää nimenomaan sallitun todistelun alaa koskevia ratkaisuita tehtäessä.

²³² Ks. *Viljanen, V-P.* 1990 s. 208, 210 ss. ja 225. Viljasen mainitussa yhteydessä korostama toimivallanjako-ajatteluun perustuva näkemys tulee nähdä silloisen hallitusmuodon taustaa vasten; perusoikeusmyönteisen laintulkinnan rajat ovat perustuslakiuudistuksen myötä huomattavasti avartuneet (aikanaan Viljasen näkemystä kritisoi tältä osin mm. *Scheinin* 1991a s. 208). Perusoikeudet-teoksessa (*Viljanen, V-P.* 1999a s. 148) kirjoittaja esittääkin nykyään vallitsevana pidettävän kannan siitä, että PL 106 §:n mukainen ja perusoikeusmyönteinen tulkinta eivät tarkoita lain perustuslainmukaisuuden arviointia in abstracto. Abstraktin ja konkreettisen jälkikätes- (perustuslainmukaisuus)arviointin erottamisesta yleisesti ks. *Lavapuro* 1998 s. 99, *Tuori* 2000 s. 247, *Jokela* 1998 s. 26, *Jokela* 2000a s. 29 ja *Hautamäki* 2002 s. 76 s. ja 139: tässä tarkoitettu tuomioistuimen toiminta tarkoittaa siten konkreettista perusoikeuskontrollia. Lainsäädännön abstraktisuudesta ks. myös *Aarnio* 1982 s. 156–157.

ajattelun 'hengessä', että kyse ei ole yksittäisestä (pistemäisestä) perusoikeuskysymysten tarkastelusta, vaan merkittävien institutionaalisten käytäntöjen täsmentymisestä *projektina*. Projektiluonne ilmenee erityisesti siinä, että kyse ei ole vain yhdelle instituutiolle (kuten lainsäätäjälle tai perustuslakivaliokunnalle) varatusta yksinoikeudesta, vaan perusoikeusmyönteisen ajattelun tavoittelemiin yhteisiin päämääriin tulee useiden eri tahojen pyrkiä yhdessä.²³³

Perusoikeusmyönteisen laintulkinnan näkökulmasta perusoikeuksia voi pitää subjektiivisen oikeuden kaltaisina oikeuksina siinä mielessä, että jokainen Suomen lainkäyttövallan alainen ihminen voi esim. oikeudenkäynnissä vedota perusoikeuksiinsa suoraan riippumatta siitä, millainen hierarkkisesti perustuslakia alempiasteinen lainsäädäntö on.²³⁴ Perusoikeusnormi voi laajentaa tai supistaa muiden ratkaisuun vaikuttavien alemmantasoisempien normien soveltamisalaa siitä, mikä niiden merkitys olisi muuten ollut.²³⁵ Tehokkaalla perusoikeuksia suojelevalla prosessinjohtolla tuomioistuimien voi lisäksi huolehtia siitä, että perusoikeusrajoituksilta tai -loukkauksilta välttytään myös silloin, kun esim. syytetty ei itse tee asiasta väitettä. Näin tuomioistuimien voi menetellä mm. todisteiden tarpeellisuutta arvioiessaan.

Perusoikeusmyönteinen laintulkinta tarkoittaa perusoikeusnormille laintulkintatilanteessa annettavaa merkitystä. Perus- ja ihmisoikeusnormit saattavat esim. EIS 6 artiklan asiayhteydessä olla jo siinä määrin selviä ja tarkkarajaisia runsaan tulkintakäytännön johdosta, että niitä voidaan sellaisenaan käyttää ratkaisuarargumentteina konkreettisesti lainkäyttötilanteissa.²³⁶ Muissa tilanteissa – eli kun oikeuskäytäntö ei (vielä) ole täsmentänyt perus- tai ihmisoikeuden tulkintaa – perusoikeusmyönteinen laintulkinta tarkoittaa, että *perusoikeusnormia konkretisoidaan tarkkarajaisemmaksi ratkaisunormiksi oikeudellisessa tulkintatilanteessa*, jossa pyritään kaikkia tapaukseen soveltuvia normeja soveltaen optimoimaan perusoikeuksien toteutuminen.²³⁷ Perusoikeusmyönteinen laintulkintametodi voidaan ymmärtää metatason ylimpänä optimointikäskynä

²³³ Lavapuro 2001 s. 145–146: "... on selvää, että PL 106 §:n soveltamistilanteet samoin kuin muutkin oikeudelliset ratkaisut ovat lähtökohtaisesti yksittäistapauksia – niissä ei ratkaista yksittäisen sovellettavaksi tulevan säännöksen pätevyyttä yleisesti. Mutta sovellettavaksi tuleva, ja ratkaisun myötä itseään uusintava (yleinen) oikeusnormisto on osa sitä kontekstia, jossa kontekstisidonnaiset ratkaisut tehdään. Sen vuoksi mikään oikeudellinen ratkaisu ei voi koskaan olla puhtaan yksittäistapauksellinen."

²³⁴ Ks. Ilveskivi 2000 s. 52.

²³⁵ Ilveskivi 2000 s. 145 i.f.

²³⁶ Ks. yleisesti perusoikeuksien suorasta sovellettavuudesta Hallberg 1999a s. 57, Hallberg 1999c s. 717 ja Viljanen, V-P. 1999a s. 147.

²³⁷ Ks. Ilveskivi 2000 s. 140 sekä Helminen ym. 2002 s. 90: "useimmat perusoikeudet ovat sinällään yleisluonteisia, abstrakteja oikeuksia, jotka käytännön tilanteissa edellyttävät täsmentämistä ja rajankäyntiä."

lainkäyttäjälle: perusoikeusnormi asettaa mittapuun, jonka mukaan alemmanasteisia normeja tulee tulkita.²³⁸

Samoin kuin muissakin tilanteissa, joissa lainsoveltaja käsittelee ratkaisusaan oikeusperiaatteita tai perusoikeuksia, on yksittäistapauksellinen perusoikeuksien punnintakannanotto *institutionaalinen arvostelma*. Tällainen arvostelma voi nojautua aikaisempiin samaa aihepiiriä käsitelleisiin institutionaalisiin arvostelmiin, ja voi arvostuksenvaraisen sisältönsä puolesta itsessään olla edelleen perusteena toisten lainsoveltajien punnintaratkaisuille.²³⁹ Tuori korostaakin oikeuden historiallisuutta painottavan kriittisen oikeuspositivismin ohjelmassaan, että ”modernin oikeuden oikeusperiaatteet tai niitä perustelevat arvot ja moraaliperiaatteet eivät ole jäykkiä ja kiinteäsältöisiä, vaan edellyttävät jatkuvaa tulkittamista ja uudelleen muotoilua.” Yleisiä oikeusperiaatteita muotoillessaan ja soveltaessaan oikeustiede samoin kuin konkreettisia ratkaisuita tuottava tuomioistuinlaitos välittävät oikeuteen yhteiskunnassa yleisemmin vallitsevia moraalikäsitteitä ja siten kunakin ajanjaksona ”ajantasaistavat” mm. perusoikeusmyönteisen laintulkinnan lähempää sisältöä.²⁴⁰ Tätä taustaa vasten – ja koska perus- ja ihmisoikeuksilla nähdään nyky-yhteiskunnassa olennaisesti aikaisempaa suurempi laintulkinnallinen merkitys – näen perus- ja ihmisoikeusargumentit merkittävänä ”motivaattorina” erityisesti hyödyntämiskielto-doktriinin ja sitä koskevan oikeuskäytännön kehittämiselle aikaisempaa enemmän materiaalista oikeuden mukaisuutta korostavaan suuntaan.

Kuten jo todettu, prosessuaalisten menettelysääntöjen tulkinnassa korostuu oikeusvarmuuden saavuttaminen. Menettelysääntöjen tulkinnassa on siten pyrittävä ennakoitaviin lopputuloksiin, ja mm. analogista ja laajentavaa tulkintaa on vältettävä.²⁴¹ Oikeusvarmuus ei kuitenkaan ole ainoa menettelysäännösten tulkinnassa huomioitava näkökohta. PL 21 §:ssä turvatut prosessuaaliset perusoikeudet ja erityisesti *oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus* on se

²³⁸ Ks. *Ilveskivi* 2000 s. 145 s. Perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta rikosoikeudessa ks. *Nuotio* 1998 s. 156 ss. Esimerkkinä perusoikeuksia suojelevasta prosessuaalisesta laintulkinnasta ks. ratkaisu KKO 1995:113, jossa korkein oikeus menettelysääntöjen tulkinnassaan nimenomaisesti huomioi sen, että syytetyn nouto puuttuu tämän perusoikeuksiin vakavammin kuin uhkasakon tuomitseminen, mistä syystä tuomioistuimella katsottiin olevan oikeus käyttää sakon uhkaa silloinkin, kun tuomioistuimella ei ole riittävästi tietoa siitä, onko syytetyllä poissaololleen laillinen este vai ei.

Vrt. *Pöyhönen* 1998 s. 53, joka puhuu – varallisuus-oikeuden puitteissa – perusoikeusajattelun mahdollistamasta ’takaisinluennasta’ tarkoittaen sitä, että olemassa olevasta lainsäädännöstä voitaisiin päätellä ”kirjoittamattoman perusoikeuden” olemassaolo. Ajatus on sinänsä hedelmällinen, mutta nähdäkseni se ei kuitenkaan sovi rikosprosessioikeuteen, jossa aktualisoituvat perusoikeusaspektit ovat yleensä siksi selvästi täsmentyneitä, etteivät ’kirjoittamattomat perusoikeudet’ voine tulla kyseeseen. Sen sijaan myös rikosprosessioikeudessa on tarvetta konkretisoida tai ’pilkkoa’ perusoikeuksia analyttisemmin yksittäistapauksissa sovellettaviksi normeiksi.

²³⁹ Ks. *Tolonen, H.* 1988 s. 189–190.

²⁴⁰ Ks. *Tuori* 2000 s. 245 ja 218 sekä myös *Engisch* 1977 s. 90 ”Gegenwartsnahe, zeitgemäße Interpretation ist die Aufgabe des Juristen.”

²⁴¹ Ks. mm. *Aarnio* 1982 s. 107, *Brusiin* 1938 s. 98 ja *Robberstad* 1999 s. 359 s.

viimekätinen perusnormi, jota täytyy suojella kaikkien sellaisten periaatetyyppisten rikosprosessuaalisten menettelysäännösten tulkinnassa, jotka tällaisen (avoimen tai fakultatiivisen) punninnan mahdollistavat. Yhtäältä PL 21 § voidaan nähdä lainsäätäjälle asetettuna perustuslaillisenä toimeksiantona, jonka mukaan perustuslain takaama perusoikeutta konkretisoidaan tavallisella lailla toteutettavalla (prosessioikeudellisella) sääntelyllä.²⁴² Toisaalta säännös kohdistuu myös lainsoveltajiin, joiden on PL 22 §:n johdosta aktiivisesti turvattava oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten täyttyminen menettelysäännösten tulkinnassa.²⁴³

PL 21 § on pitkälti (2 momentin osalta) 'vain' ns. lainsäätäjään kohdistuva *perustuslaillinen toimeksianto*, miltä osin säännös ei ole suoraan sovellettavissa tuomioistuimessa tai muissa viranomaisessa (toisin kuin 1 momentti, jossa on kyse subjektiivisesta perusoikeudesta).²⁴⁴ Ei liene kuitenkaan oikein katsoa, että mainittu prosessuaalinen perusoikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin olisi 'itsessään tyhjä', ts. ainoastaan tavallisella lainsäädännöllä (mahdollisesti) merkityksensä saava tai pelkästään laintasoisessa sääntelyssä konkretisoituva. Ensinnäkin on selvää, että PL 22 §:n 'kautta' EIS:n oikeudenmukaisista oikeudenkäyntiä koskevat vaatimukset saavat joka tapauksessa perustuslaillisen vahvistuksen. Näiltä osin EIS:n tulkintakäytännössä vahvistuneet oikeusohjeet ja prosessuaaliset ihmisoikeudet velvoittavat lainsäätäjän aktiivisuuteen, eli huolehtimaan siitä, että kansallinen prosessilainsäädäntö täyttää nämä vaatimukset.²⁴⁵ Vastaavasti *lainkäyttäjän* on aktiivisesti tulkintatoiminnassaan suojeltava näitä prosessuaalisia ihmisoikeuksia. Olisi keinotekoista ja turhan "vieraskoreaa" vetää raja tarkasti tähän esim. siten, että EIS:n aukkotapauksissa mahdollisesti täsmentymättömäksi jäävä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin elementti ei voisi tulla täsmennettäväksi – tai pikemminkin, ettei sitä tulisi täsmentää – omassa prosessuaalisessa lainsäädännössämme tai tulkintakäytännössä.²⁴⁶ Päinvastoin, PL 21 §:n 2 momentissa tarkoitetuista 'oikeudenmukai-

²⁴² Ks. *Ilveskivi* 2000 s. 147 ja *Viljanen, V-P.* 2001 s. 10. Ks. myös *Viljanen, V-P.* 1999d s. 697 siitä, että julkisella vallalla on lähtökohtaisesti vapaus valita ne keinot, joilla perustuslaillinen toimeksianto täytetään. Vastaavasti *Alexy* 1995 s. 278–279.

²⁴³ Ks. mm. *Jokela* 2000b s. 529–530 ja *Leppänen* 2001 s. 135.

²⁴⁴ Perustuslaillisen toimeksiannon tästä puolesta ks. *Viljanen, V-P.* 1999d s. 686. Ks. vastaavasti PL 21 §:stä hyvän hallinnon kannalta *Husa* 2002 s. 361–362. Ks. myös *HE 72/2002 vp.* s. 4: "Nykyisin perustuslain 21 §:ään sisältyvät säännökset ilmentävät vaatimuksia viivytyksettömästä ja asianmukaisesta viranomaistoiminnasta sekä hallinnollisessa päätöksenteossa noudatettavista keskeisistä menettelyllisistä oikeusturvateksteistä. Pykälä sisältää myös lainsäätäjään kohdistuvan toimeksiannon hyvän hallinnon takeiden turvaamisesta lailla." Edelleen *HE 72/2002 vp.* s. 43 todetaan perustuslaissa tarkoitetun hyvän hallinnon käsitteen saaneen "enenevässä määrin merkitystä viranomaisten toimintaa yleisesti ohjaavana periaatteena."

²⁴⁵ *Scheinin* 1991a s. 29 puhuu ihmisoikeusnormien ohjelmallisesta vaikutuksesta. Ks. myös *Viljanen, V-P.* 1999d s. 688–689: "Perusoikeudet suuntaavat yleisesti lainsäädännön sisältöratkaisuja ja voivat toimia virikkeinä lainsäädäntötoimenpiteisiin ryhtymiseen silloinkin, kun ei ole kysymys varsinaisesti normiiritojen purkamisesta tai perustuslaillisen toimeksiannon täyttämisestä." Tällaisena lainsäätäjää yleisesti ohjaavana 'ideana' Viljanen korostaa nimenomaan PL 21 §:n 1 momentin vaatimuksia.

²⁴⁶ Ks. *Jokela* 1998 s. 24.

sen oikeudenkäynnin takeista' säätämisvelvollisuus edellyttää paitsi havaittujen epäkohtien korjaamista lainsäädäntötasolla, myös epäoikeudenmukaiseksi katsottavien oikeudellisten ratkaisuiden välttämistä tai korjaamista perusoikeusystävällisellä laintulkinnalla lainkäyttötasolla.²⁴⁷

Oikeudenmukaisuutta edellyttävä menettelykokonaisuus muodostuu rikosprosessioikeudessa perusoikeusnormien ja rikos- ja rikosprosessuaalisten säännösten tulkinnan muodostamasta kokonaisuudesta. Joissain tapauksissa oikeudenmukaisen menettelyn takaaminen voi merkitä, että prosessuaalisen menettelyn normin sinänsä lainmukaista soveltamisalaa supistetaan, jos menettely johtaisi konkreettisessa yksittäistapauksessa oikeudenmukaisen menettelyn loukkaamiseen tai vaarantumiseen. Äärimmillään perusoikeusmyönteinen tulkinta voi johtaa jopa lain sanamuodon sivuuttavaan *contra legem* -tulkintaan.²⁴⁸ Perusoikeusmyönteistä laintulkintaa ei kuitenkaan voida nähdä oikeusturvaa heikentävänä. Toisesta tarkastelukulmasta kyse on itse asiassa juuri päinvastaisesta eli oikeusturvaa vahvistavasta vaikutuksesta. Perusoikeusmyönteinen laintulkinta johtaa usein ns. systeemiargumentointiin perusoikeuslähtökohdist, mitä kautta ohjautuva tulkinta on omiaan johtamaan pitkälti koherenttiin – ja pidemmän päälle ennustettavaan – oikeusjärjestelmän tulkintaan.²⁴⁹

Perusoikeuksien mahdollinen lain sanamuodon ohittava tulkintavaikutus tulee mielestäni hyväksyä jo siksikin, että tällaisiin tulkintoihin voidaan peri-

²⁴⁷ Samansuuntaisesti *Husa* 2002 s. 361–362: ”Hyvään hallintoon liittyvän perusoikeuden voittaneen perustellusti katsoa asettavan hallinnolle kokonaisuutena myös yleisluontoisen vaatimuksen hyvän hallinnon suuntaan kehittämisestä...”

²⁴⁸ Ks. mm. *Nuutila* 1998 s. 176 ja *Tuori* 1999b s. 670. Perusoikeusmyönteisen laintulkintaperiaatteen *contra legem* -vaikutuksesta käydystä keskustelusta ks. *Viljanen, V-P.* 1990 s. 221 ss., *Ilveskivi* 2000 s. 160 ss. ja *Lavapuro* 1998 s. 90 ss. *Contra legem* -tulkintamahdollisuutta on vastustettu lähinnä vallan kolmijako-oppiin (PL 3 §) ja demokratiaperiaatteeseen vedoten: lain sanamuodon sivuuttamisen katsotaan rapauttavan demokraattisen valtiojärjestyksen perusteita. Näkemyksen mukaan tuomioistuinten ei tulisi tehdä perusoikeusarvoihin perustuvia moraalipoliittisia ratkaisuita, koska tuomioistuimilla ei ole tällaisia päätöksiä koskevaa poliittista vastuuta. Ks. vastakkaisesta argumentaatiosta *Tuori* 2000 s. 251 ss., jonka mukaan tuomioistuinten harjoittama, eettisiin periaatteisiin pohjautuva normatiivinen sensuuri ei ole demokratiaperiaatteen vastaista. *Tuori* katsoo päinvastoin, että tällainen oikeuden itserajoitus on välttämätön demokratian tae: demokratian edellytysten turvaaminen (lainsäätäjän ’yltiöinstrumentalistisesti’ tekemiltä päätöksiltä) ei ole demokratian kaventamista. *Lavapuron* 1998 s. 92 esittämä näkemys on myös huomionarvoinen: perusoikeusnormien soveltamatta jättäminen konkreettisessa yksittäistapauksessa (demokratiaperiaatteen perusteella) olisi ratkaisuna myös pitkälti poliittismoraalinen ja jopa niin perustavanlaatuinen, että se edellyttäisi tuekseen nimenomaista perustuslaintaisoista lainsäätäjän kannanottoa. Demokratiaperiaate toteuttaakin parhaiten perusoikeuksien toteutumista siten tulkittuna, että sekä lainsäätäjä (perustuslakivaliokunta) että lainkäyttäjät kantavat vastuunsa normien ja ratkaisuiden perusoikeusmyönteisyydestä. Ks. myös *Lavapuro* 2001 s. 130 ss., *Scheinin* 1991a s. 70–72, 274 ja 339 sekä *Dalakouras* 1988 s. 134. Vrt. *Norrgård* 2002 s. 23–24, joka tuntuu pitävän *contra legem* -tulkintavaihtoehtoa poissuljettuna: ylemmän normin ensisijaisuutta voi kirjoittajan mukaan toteuttaa alemman normin konfliktin poistavalla tulkinnalla ”endast in den mån den lägre normen ger utrymme för en dylik tolkning.”

²⁴⁹ Tämänsuuntaisesti ks. *Engisch* 1977 s. 83–84 ja s. 238–241 sekä *Viljanen, V-P.* 1990 s. 216 s.

aatteessa päätyä myös ilman perusoikeuskytkentöjä (esim. lainsäädännön konsistenssin säilyttämiseksi tai muuten 'perinteisten' tulkintasääntöjen perusteella). Tältä osin yhdyin Scheinin argumentointiin: "Kun perusoikeussäännökset kuuluvat oikeusjärjestykseen, niiden vaikutusta ei voida sulkea pois tilanteissa, joissa yksittäisen lainkohdan tulkinnassa on tukeuduttava oikeusjärjestyksen kokonaisuuteen. Pidän kestävämmänä kantaa, jonka mukaan lain sanamuodosta voidaan kyllä joskus poiketa, mutta ei tapauksissa, joilla on perusoikeusulottuvuus. Kun sanamuodosta poikkeamista ei perustella perustuslain normihierarkkisella ylemmänasteisuudella vaan perusoikeussäännösten sisällöllä ja lainsäätämisasiakirjoista ilmenevällä lainsäätäjän tarkoituksella, perusoikeussäännösten käyttö lain sanamuodosta poikkeamisen perusteena on mielestäni hyväksyttävää."²⁵⁰

III Perustuslakivaliokunnan asettama perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan velvoittava lausuma on lakivaliokunnan näkemyksen mukaan saavuttanut jo lähes lain tasoisen normin statuksen. Merkittävää on, että lakivaliokunta pitää perusoikeusmyönteistä laintulkintaperiaatetta *ensisijaisena laintulkintaperiaatteena*.²⁵¹ Tämä nostattaa aiheellisen kysymyksen siitä, voiko lainsäädäntövaltaa käyttävä eduskunnan valiokunta asettaa tuomioistuinten laintulkintaa ohjaavan ja tuomioistuimia velvoittavan laintulkintasäännön ilman, että lainsäätäjä näin menisi luvatta itsenäistä tuomiovaltaa käyttävien tuomioistuinten valta-alueeseen?²⁵² Kyse ei kuitenkaan ole siitä, että perusoikeusmyönteinen laintulkintaperiaate *syRJäyttäisi* tai tekisi tyhjäksi muut, vakiintuneet laintulkintaperiaatteet kuten sanamuodon mukaisen tulkinnan, lainsäädännön ration perustuvan tulkinnan, *lex posterior* - ja *lex specialis* -säännöt tai ennakkotapausten luomiin oikeusnormeihin perustuvan laintulkinnan.²⁵³ Lähtökohtana tulee pitää, että perusoikeusmyönteisen laintulkinnan periaate ensisijaisesti *ohjaa* laintul-

²⁵⁰ Scheinin 1991a s. 208.

²⁵¹ Ks. *LaVL* 9/1998 vp. Ks. myös *Saraviita* 1999b s. 240 s.

²⁵² Kysymyksen on esittänyt *Saraviita* 1999a s. 893 (ks. myös *Aarnio* 2002b s. 532–533). Ks. myös *Ilveskivi* 2000 s. 149, jonka mielestä hallintovaltaa edustavan perustuslakivaliokunnan 'asettaman' perusoikeusmyönteisen laintulkintaperiaatteen ei voi katsoa loukkaavan tuomioistuinten riippumattomuutta ja loukkaavan vallan kolmijako-oppia. Tuomioistuinten riippumattomuuden tarkoituksena on juuri oikeussuojan antamisen mahdollistaminen, ja koska oikeussuojan antaminen tarkoittaa mm. kansalaisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta huolehtimista, ei ristiriitaa synny siitä, että tuomioistuinten tulee käyttää ohjaavana laintulkintametodina perusoikeusmyönteistä laintulkintaa.

²⁵³ Eri tulkintametoodeista ks. *Tolvanen* 1999 s. 236 ss. ja seikkaperäisesti *Hautamäki* 2002 s. 64–71: yleisimmällä tasolla jaottelun voi tehdä objektiiviseen ja subjektiiviseen tulkintaan (ks. edellä jakso 2.2.1 s. 27 av. 36). Objektiivisen eli tulkintahetkellä vallitsevan 'oikean' tulkinnan piirissä voidaan erottaa sanamuodonmukainen tulkinta, systemaattinen tulkinta ja teleologinen tulkinta. Lisäksi puhutaan ns. doktrinaalisesta tulkinnasta, laajentavasta ja supistavasta tulkinnasta (ns. tulkintastandardeina) sekä *lex superior*, *lex posterior* ja *lex specialis* -tulkintaperiaatteista tai -säännöistä. Tulkinnan perustelu eli argumentaatio ei voine noudattaa tarkasti em. tulkintamethodiluokitusta, vaikka metodilla luonnollisesti on ohjaavaa vaikutusta käytettävälle argumentille (jotka MacCormickin pääluokittelussa ovat lingvistiset argumentit, systeemiset argumentit, teleologiset argumentit ja intentionaaliset argumentit – ks. lähemmin *Hautamäki* 2002 s. 72–75).

kintaa ja siinä käytettävää tulkintametodia.²⁵⁴ Contra legem -tulkintavaihtoehto sen sijaan voi tarkoittaa nimenomaan muiden tulkintasääntöjen syrjäyttämistä (yleensä reaalisiin argumentein).

Tyypillisesti kyse voi olla esim. siitä, että tietyn perusoikeusongelman nous- tessa esille harkinnanvaraisessa (fakultatiivisessa) tilanteessa – tai ’tahattoman’ oikeusaukon tilanteessa –, kysymyksen *ratkaisuarargumentit ohjautuvat, valikoi- tuvat tai painottuvat* tavalla, jolla perusoikeusproblematiikkaan voidaan kiin- nittää asianmukaista huomiota. Tulkinnanvaraisissa tilanteissa lainsoveltaja voi siten hyödyntää ’vapaasti’ erityyppisiä tulkintamenetelmiä ja argumentteja.²⁵⁵ Erityisesti reaalisten argumenttien muodossa esille voidaan tuoda argumen- teja, jotka itse asiassa voidaan lukea perusoikeuksien ja/tai prosessioikeuden yleisiin oppeihin – mahdollisesti oikeuden syvärakenteisiin – kuuluviksi.²⁵⁶

Jotta perusoikeusmyönteisellä laintulkinnalla olisi ylipäättään jotain itsenäis- tä käsitteellistä ja käytännöllistä merkitystä prosessioikeuden alalla, tulee tul- kintaratkaisuilta edellyttää sikäli teleologisuutta (tai finalistisuutta²⁵⁷), että huo- mioon otetaan reaalisia argumentteja eli se, mihin perusoikeusseurauksiin tietty tulkintametsodi tai tulkintavaihtoehto johtaisi.²⁵⁸ Voitaneen sanoa, että perus- ja ihmisoikeusmyönteisessä tulkinnassa kyse on ’yleisemmän tason’ teleologi- sesta tulkinnasta kuin Ekelöfin sanktiomekanismimallia korostavassa teleologi- sessa tulkinnassa (jossa näkemykseni mukaan normien ’tarkoitusta’ saatetaan hakea liian korostuneesti aineellisen rikosoikeuden tavoitteista).²⁵⁹ Silloin kun lain sanamuodon mukaisen tulkinnan havaitaan potentiaalisesti johtavan perus- oikeuden rajoittamiseen, tulee lähempää johtoa lainsäätäjän tarkoituksesta pyr- kiä hakemaan lain esitöistä. Jos lain tausta-aineistosta ei nimenomaisesti käy ilmi tarkoitusta rajoittaa perusoikeuksia, on tilanne presumoitava sellaiseksi, jota lainsäätaja ei in abstracto lakia säätäessään ole tullut pohtineeksi. Tällöin kyseisen säännöksen tulkinnassa on päädyttävä perusoikeusmyönteisen tulkin- ta-ajattelun ohjaamana sellaiseen vaihtoehtoon, joka estää perusoikeusrajoituk- sen aktualisoitumisen.²⁶⁰

²⁵⁴ Näin mm. *Ilveskivi* 2000 s. 148 ja *Hautamäki* 2002 s. 68–70 ja 83.

²⁵⁵ Johtoa perusoikeusargumentaatioon lainkäyttäjät voinevat periaatteessa hakea myös perustus- lakivaliokunnan käyttämästä argumentaatiosta, jota esim. *Hautamäki* 2002 (s. 138–198) on tutkinut. Argumentaatioeroja voi toki johtua siitä, että perustuslakivaliokunnan argumentaatio on väistämättä lainsoveltajaa abstraktimpaa.

²⁵⁶ Ks. myös *Palm* 2002 s. 43 av. 110: ”Sekä oikeuskäytännössä että tutkijan työssä reaalisten argumenttien merkitys korostuu silloin, kun hahmotetaan sitä, millainen ennakkopäätöksen luon- teinen linjanveto tehdään jonkin säännöksen tulkinnassa.”

²⁵⁷ Finalistisesta tulkinnasta puhutaan erityisesti hyödyntämiskieltojen yhteydessä (ks. jaks0 4.2.3).

²⁵⁸ Yleisemmin oikeusperiaatteiden tehtävästä kontrolloida seuraamusnäkökohtien eli reaalisten argumenttien toteutumista ks. *Ranta* 2001 s. 156.

²⁵⁹ Ks. kritiikistäni edellä jaksossa 2.2.1.

²⁶⁰ Ks. esim. *Pellonpää* 2000 s. 57–58 ja *Ilveskivi* 2000 s. 161–162.

IV Tuomioistuimella on nähdäkseni nykyisin rikosprosessissa velvollisuus *viran puolesta* suojella perusoikeuksien toteutumista. Tuomioistuimen tulee siis suojella ja toteuttaa sellaisetkin syytetyille (ja mahdollisuuksien mukaan asianomistajalle tai muulle kuulusteltavalle) kuuluvat perusoikeudet, joihin nämä eivät itse osaa rikosoikeudenkäynnissä vedota.²⁶¹ Kysymys tuomioistuimen aktiivisesta materiaalisesta prosessinjohtosta voi tulla esimerkiksi esiin tilanteessa, jossa esitutkintamenettelyn asian- tai lainmukaisuutta kohtaan on herännyt epäilyjä – tällöin tuomioistuimen puheenjohtaja voi kysymyksen pyrkii selvittämään mahdollisten virheiden laatua ja merkitystä prosessin oikeudenmukaiselle etenemiselle. Usealla muullakin tuomioistuimen selventävällä tai kontrolloivalla prosessinjohtotoimella voidaan nähdä olevan paitsi prosessin 'sisäisiä' tarkoituksia, myös asianosaisten tai todistajien perusoikeuksien turvaa edistäviä vaikutuksia.

Tuomioistuimen suorittamassa perusoikeusvalvonnassa on luonnollisesti omat ongelmansa. Erityisesti koska perusoikeusmyönteinen tulkinta saattaa johtaa erilaiseen lopputulokseen kuin esim. lain esityöt antaisivat ymmärtää, voi tulkintametsodi johtaa yllätyksellisesti esim. rikoksen asianomistajalle epäedulliseen lopputulokseen. Oikeudenkäynnin tulee olla kokonaisuutena oikeudenmukainen, joten myös asianomistajan oikeudet tulee ottaa huomioon. Favor defensionis -maksimista johtuen *viimekätisenä oikeudenmukaisuuden 'mittapuuna' tulee kuitenkin pitää rikoksesta syytettyä henkilöä*.²⁶²

Aktiivista materiaalista prosessinjohtoa tulee tosin tietyissä rajoissa soveltaa myös asianomistajan perusoikeussuojan toteuttamiseksi, vaikka tämänsuuntainen toiminta yleensä koituukin syytetyn haitaksi. Joissain tapauksissa asianomistajan (perus)oikeuksien tehokas turvaaminen – esim. lapsiin kohdistuneiden törkeiden rikosten kohdalla – saattaa nimittäin olla suhteessa syytetyn oikeusturvaan niin keskeisen tärkeää, että punnintaratkaisussa voidaan päätyä myös favor defensionis -maksimiin pääsäännöstä poikkeavaan

²⁶¹ Näin Saraviita 1999a s. 894. Ks. myös Ilveskivi 2000 s. 75 ja Kleinknecht 1966 s. 1544.

²⁶² Ks. Brusiin 1938 s. 128–129, joka valottaa asianomistajan intressien huomioimisvelvollisuutta oikeushistoriallisesta näkökulmasta: valtiollisen oikeusyhteisön on taattava asianomistajille oikeuden saavutettavuus, koska asianomistajalla itsellään ei (enää) ole omankädenoikeutta häntä kohdanneen asiantilan korjaamiseksi. Ks. myös Robberstadin 1999 väitöskirjassaan useassa asiayhteydessä (kuten s. 369) esittämää kritiikkiä siitä, että rikosprosessissa tulisi suojella ja kunnioittaa myös rikoksen asianomistajan oikeuksia nykyistä enemmän. Kirjoittajan mukaan valtiovalta ei saisi vain 'käyttää' asianomistajaa rikosprosessin yleispreventiivisestä tehtävästä huolta kantaessaan, vaan asianomistajalle tulisi varata myös mahdollisuus aktiiviseen toimimiseen oikeudenkäyntisubjektina (ks. myös Lindgren ym. 2001 s. 41 ss.). Sanottuun voi yhtyä, mutta se ei kuitenkaan muuta sitä tosiasiaa, että viime kädessä, ts. syyllisyyskysymystä koskevaa epävarmuutta arvioitaessa tai sen arviointiin vaikuttavia prosessinjohtollisia toimenpiteitä pohdittaessa, tulee painopisteen lähtökohtaisesti olla syytetyn eduksi 'viritetty'. On kuitenkin korostettava, että perusoikeusmyönteisen punnintatilanteen tulee olla sikäli 'avoin', että myös *asianomistajan* intressit ja perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat tulevat huomioiduksi muiden punnintaargumenttien joukossa.

lopputulokseen.²⁶³ Ääritapauksissa punnintaratkaisu voi johtaa jopa viran puolesta tapahtuvaan oikeudenkäyntiaineiston rikastuttamiseen syytettä tukevasti syyttäjän selvän laiminlyönnin 'paikkaamiseksi'.²⁶⁴ Kuitenkin erityisesti kun menettelyn kontradiktorisuusvaatimuksista joustetaan asianomistajan intressien suojelemiseksi, tulee tuomioistuimen kiinnittää näytön kriittiseen analysointiin ja muihin syytetyn oikeusturvatakeisiin korostunutta huomiota.²⁶⁵

V Perusoikeusmyönteinen *laintulkinta* viittaa nimenomaisesti vain oikeusnormien tulkintaan, siis oikeuskysymysten käsittelyyn. Periaatteessa perusoikeusmyönteinen tulkintavaikutus saattaa kuitenkin vaikuttaa myös tosiseikkojen vahvistamisprosessiin eli todistusharkintaan kuuluviin kysymyksiin.²⁶⁶ Näin erityisesti siksi, koska useassa juridisessa ratkaisussa oikeus- ja tosiseikastokysymykset kietoutuvat yhteen erottamattomaksi kokonaisuudeksi (ks. erit. jaksossa 3.4.2 esitettävää). Todistusharkinnan osalta perusoikeusmyönteisen tulkintavaikutuksen merkitys riippuu siitä, mistä todistelutoiminnan osaluueesta puhutaan. Esimerkiksi todistusaineiston valikoituminen ja rajaaminen ovat oikeuskysymyksiä. Niinpä lainkäyttäjällä on perusoikeusmyönteinen tulkintavelvollisuus mm. todistajan vaitiolo-oikeutta koskevia kysymyksiä ratkoessaan. Harkinnan lähtökohdaksi tulee nähdäkseni näissä tilanteissa omak-sua nimenomaan vaitioloon mahdollisesti oikeutetun henkilön suojelutavoite eli vaitiololla suojattavaksi tarkoitetut intressit. Tuomarin tulee arvioida myös todistamiskieltojen aktualisoitumista sekä hyödyntämiskieltojen asettamista (finalistisesti) siltä kannalta, mikä tulkintavaihtoehto parhaiten eliminoisi perusoikeusrajoitukset, ja mikä laintulkinta parhaiten edistäisi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta ja yleisemminkin perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista.²⁶⁷ Taustalla ja 'vastapunnuksena' tällaisissa punninnissa on luonnollisesti aina rikosvastuun selvittämisen intressi.

²⁶³ Ks. esim. ratkaisu EIT *S. N.* 2.7.2002 (47 §) asianomistajan intressien korostuneesta huomiointi- ja suojelutarpeesta seksuaalirikosasioissa: "In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim."

²⁶⁴ Ks. tästä lähemmin jaksossa 6.2.2 (s. 420) esitettävää. Korostettakoon kuitenkin jo tässä, että tällainen syytetyn vastaiseksi koitava materiaallinen prosessinjohto voi tulla kyseeseen vain poikkeustapauksissa.

²⁶⁵ Näin mm. EIT *Doorson* 26.3.1996 (72 §).

²⁶⁶ Tässä tutkimuksessa on omaksuttu näyttöproblematiikan suhteen Jonkan kannattama jäsen-nys, jossa näyttöproblematiikka jaetaan 1) kysymykseen käytettävissä olevasta todistusaineistosta, 2) kysymykseen todistusaineiston näyttöarvon arvioinnista (todistusharkinta) ja 3) kysymykseen näytön riittävydestä. Todistusharkinta (2) on luonteeltaan sekä normatiivista (oikeudellista) että empiiristä tai loogista, kysymykset käytettävissä olevasta todistusaineistosta (1) ja näytön riittävydestä (3) sen sijaan ovat normatiivisia; viimeksi mainitut ovat siten luettavissa oikeuskysymyksiksi. Ks. *Jonkka* 1993 s. 20 s., ks. myös *Diesen* 1997 s. 15.

²⁶⁷ Ks. *Jonkka* 1998 s. 1259.

Toisaalta varsinainen todisteen näytönarviointi eli näyttöarvon määrittäminen todisteelle on asia- tai näyttökysymys, jonka ratkaisun tulee tapahtua vapaan todistusharkinnan periaatteen mukaisesti, periaatteessa 'perusoikeus-aspektien huomioimisesta vapaasti'. Esimerkiksi kertomuksen luotettavuuden tai kuulusteltavan uskottavuuden arviointi ei edellytä (perus)oikeudellista pohdintaa, vaan yleiseen elämäkokemukseen ja mahdollisesti erityisasiantunteemukseen perustuvien kokemussääntöjen, tai yleisemmin ratkaisijan erilaisten ajatteluskeemojen soveltamista. Perusoikeusmyönteistä ajattelua ei voi soveltaa tässä harkinnassa, joka muutenkaan ei tapahdu oikeudellisin kriteerein.

Jonkan mielestä perusoikeusmyönteinen vaikutus ulottuisi myös *näytön riittävyyden arviointiin* eli konkreettisen tuomitsemis- tai näyttökynnyksen asettamiseen, koska todistustaakka ja näyttökynnys ovat oikeudellisia normeja.²⁶⁸ Mielestäni ei kuitenkaan voida lähteä siitä, että näytöllisessä rajatapauksessa konkreettisen näyttökynnyksen korkeuden asettamisessa tai 'riman ylittymisen' arvioinnissa voitaisiin yhtenä kriteerinä pitää sitä, miten vakavasta rikoksesta on kyse tai miten prosessi on kokonaisuutena toteuttanut syytetyn perusoikeuksia, mihin Jonkka ymmärtääkseni implisiittisesti viittaa. Tällainen näkemys voisi johtaa yllätykselliseen ja epä johdonmukaiseen oikeuskäytäntöön ja olla siten itsessään oikeusvarmuutta vaarantavaa. Näyttökynnyksen, joka myös ilmentää lainsäätäjän omaksumaa oikeuspoliittista näkemystä, tulee pääsääntöisesti olla muuttumaton vakio kaikkien rikosasioiden käsittelyssä (ks. lähemmin jaksossa 3.3.3).

Vastaavalla tavalla kuin näyttökynnyksen kohdalla, perusoikeusmyönteistä tulkintaa ei mielestäni voida soveltaa myöskään ns. *selvittämiskynnyksen* ylittymisen harkinnassa. Selvittämiskynnyksellä tarkoitetaan sitä, että tuomioistuim voi edellyttää *kattavampaa* selvitystä rikosasiaan oikeusturvaintressin korkeasta painoarvosta johtuen, jos oikeudenkäyntiaineisto herättää kysymyksiä vaihtoehtoisista tapahtumainkulkumahdollisuuksista. Kyse on nimenomaan näytön kattavuudesta (laajuudesta) eikä niinkään näytön vahvuudesta tai 'korkeudesta' näyttökynnysasteikolla.²⁶⁹ Selvittämiskynnyksen 'leveyden' rikostyyppikohtainen vaihtelu perustuu ennen kaikkea rikosprosessuaalisiin oikeusturvavaatimuksiin eikä niinkään perusoikeusmyönteiseen laintulkintametodiin (vaikka vakavan rikoksen tutkinnassa epäillyn ja syytetyn oikeusturvatakeiden korostuneen aseman 'takana' luonnollisesti voidaan nähdä myös perusoikeuksien suojelua argumentteja). Oikeusturvaystistä selvittämiskynnyksenkin siis tulisi olla vakioinen siten, ettei tästäkään 'kynnyksestä' joustettaisi esim. prosessin oikeudenmukaisuuteen vaikuttavien tekijöiden perusteella.

²⁶⁸ Ks. Jonkka 1998 s. 1260.

²⁶⁹ Selvittämiskynnyksestä lähemmin ks. jaksossa 3.2.2.

Vaikka edellä on viitattu tuomioistuimen tehtävään suojella ensisijaisesti syytetyn oikeuksia, tulee lopuksi vielä korostaa sitä, ettei perusoikeusharkinta voi kuitenkaan olla yksisuuntaista siten, että huomioon otettaisiin vain syytetyn perusoikeuksien suojelunäkökohtia. Rikosprosessin lähtökohtainen perusjännite yhtäältä yhteisöllisen rikosvastuun toteuttamisintressin sekä asianomistajan intressien ja toisaalta rikoksesta epäillyn tai syytetyn yksilön oikeusturvaintressien välillä johtaa siihen, että rikosprosessin perusoikeusmyönteisyyttä tulee harkita aina kahden tai useamman vastakkaisen intressin näkökulmasta. Perusoikeudet voivat vaikuttaa kummankin mainitun näkökulman painoarvoon yksittäistapauksellisessa punninnassa: törkeän rikoksen selvittämistäintressi on painava juuri siksi, että rikos on loukannut tärkeää perusoikeutta vakavalla tavalla. Oikeusturvaintressien merkitys ja painoarvo taas nousee sitä merkittävämmäksi, mitä voimakkaammin aiottu tai jo suoritettu toimenpide rajoittaa epäillyn tai syytetyn perusoikeuksia. Rikosprosessin asiayhteydessä on kuitenkin aina viime kädessä pidettävä mielessä, että nimenomaan epäillyn tai syytetyn oikeusturvaintressillä on *prima facie* korkein painoarvo.²⁷⁰ Epäillyn oikeusturvaintresseillä ollessa lähtökohtaisesti suurin painoarvo, on perustelutaakka intressipunninnassa sillä, joka vetoaa näille intresseille vastakkaisiin näkökohtiin – käytännössä poliisilla, virallisella syyttäjällä tai asianomistajalla.²⁷¹ Luonnollisesti myös tuomioistuimen tulee viran puolesta suorittamissaan prosessijohtotoimenpiteissään pitää mainittu seikka mielessään.

2.4.3 Erityisesti kontradiktorisuudesta

I Laajasti määritellen kontradiktorisen periaatteen (tai kuulemisperiaatteen tahi audiatur et altera pars -periaatteen) mukaan asianosaisen on saatava oikeudenkäynnissä tilaisuus esittää omat näkemyksensä sekä väitteidensä tueksi tarvittavat todisteet. Kontradiktorinen menettely tarkoittaa myös sitä, että prosessin asianosaisen täytyy saada tietoonsa kaikki ratkaisulle relevantit todisteet ja yleisesti kaikki todisteet, jotka on esitetty tuomioistuimelle tarkoituksessa vaikuttaa todistusharkintaan, sekä taattava *mahdollisuus* kommentoida tätä todistusaineistoa.²⁷² Periaatteen mukaan tuomioistuin ei siis voi antaa toiselle

²⁷⁰ Ks. mm. *Jonkka* 1998 s. 1261 ja *Leppänen* 1996 s. 247.

²⁷¹ *Ervo* 1996 s. 27 ss. ja *Ervo* 2002 s. 824–825; puolustuksen oikeuksien rajoittaminen joltain osalta edellyttää vastaavasti jonkinasteista kompensatiota puolustuksen muiden oikeuksien osalta.

²⁷² Ks. EIT *Mantovanelli* 18.3.1997 (33 §) sekä EIT *Borgers* 30.10.1991 (28 §), jonka mukaan toinen oikeudenkäynnin asianosainen ei saa saada ”an additional opportunity to promote, without fear of contradiction by the applicant, his submissions to the effect that the appeal should be dismissed”. Ks. myös *Liljenfeldt* 1995 s. 29–30 sekä *Vaitoja* 2002 s. 768.

osapuolelle tämän vaatimaa oikeussuojaa ennen kuin toista osapuolta on kuultu.²⁷³ Juuri kontradiktorinen kuulemismenettely tekee oikeudenkäynnistä sellaisen, mitä sillä yleisesti oikeusvaltiossa ymmärretään – kukin asianosainen esittää oman kantansa ja omat todisteensa ja ajaa itsenäisesti asiaansa. Kontradiktorisuus onkin välttämätöntä aineellisen totuuden selvittämiseksi, koska jos oikeudenkäynnissä kuultaisiin vain toista asianosaista, ei todennäköisyys ’oikean’ totuuden esille saamiseen olisi suurikaan.²⁷⁴

Erityisesti rikosprosessissa kontradiktorisen periaatteen merkitys on korostunut. Syyttäjän on esimerkiksi aina oltava viran puolesta oikeudessa²⁷⁵ ja pääsääntöisesti syytetyn on myös itse oltava henkilökohtaisesti läsnä oikeudenkäynnissä. Muissa kuin ROL 8 luvun 11 ja 12 §:ssä tarkoitetuissa lievissä rikoksissa (syytetyn suostumuksen perusteella) vankeuteen ei voi tuomita henkilöä, jota ei ole kuultu oikeudessa.²⁷⁶ Lisäksi esitutkinta-asiakirjojen kattava asianosaisjulkisuus on yksi kontradiktorisuuden toteutumisen tae.²⁷⁷ Kontradiktorisuus vaikuttaa yksittäistä oikeudenkäyntiä laajemminkin vahvistaen koko oikeusjärjestelmän nauttimaa yleistä luottamusta. Kontradiktorinen periaate on tärkeä myös tuomioistuimen itsensä kannalta, koska kommunikatiivisessa oikeudenkäynnissä ja todistelutilanteessa tuomioistuimelle voidaan esittää kattava ja monipuolinen tosiseikastoselvitys, mikä luonnollisesti edesauttaa perusteltuun ratkaisuun päättymistä (ja perusteluiden kirjoittamista) aineellista totuutta tavoitellen.²⁷⁸

²⁷³ Ks. esim. *Halijoki* 2002 s. 27 i.f. ja *Hallberg* 1999b s. 662 s. Kontradiktorinen menettely on ollut aiheena useassa KKO:n viime aikojen ratkaisussa sekä siviili- että rikosjutuissa; ks. mm. KKO 1995:5, 1997:20, 1997:74, 1997:90, 1997:139, 1997:159, 1997:190, 1998:62, 1998:95, 1999:107 ja 2000:11. Kontradiktorista periaatetta koskevasta kirjallisuudesta ks. mm. *Jokela* 2000a s. 33 ss., *Ervo* 1996 s. 81 ss., *Pellonpää* 2000 s. 369 ss. ja *Lappalainen* 1995 s. 61 ss.

²⁷⁴ *Ervo* 1996 s. 81 ja 83: kontradiktorisen menettelyn vastakohtana olevaa yksipuolista menettelyä kutsutaan kontumasiaalimenettelyksi.

²⁷⁵ Poikkeuksena syyttäjän läsnäolovelvollisuutta (yleisen edun valvojana) ovat oikeudenkäynnit, joissa asianomistaja vaatii rangaistusta rikoksesta, joka ei ole yleisen syytteen alainen.

²⁷⁶ *de Godzinskyn* 2000 s. 32 tutkimustulosten mukaan n. 22 % rikosasioista ratkaistaan syytetyn poissaolosta huolimatta. Selvästi yleisempää on, että menettely perustuu ROL 8:11:ään kuin 12 §:ään.

²⁷⁷ Ks. *Niemi-Kiesiläinen* 1997 s. 453 ja *Robberstad* 1999 s. 155 i.f. Yleisesti esitutkintamenettely eroaa kontradiktorisuutensa puolesta merkittävästi oikeudenkäynnistä: tutkinnan tavoitteena on rikoksen selvittäminen tarvittaessa pakkokeinoin, mistä syystä ei voida puhua kahdesta tasavahvasta osapuolesta, joiden välillä käytäisiin yhdenvertaista vuoropuhelua. Toisaalta EIT:n ratkaisukäytännössä on vahvistettu, että myös esitutkintamenettelyn täytyy olla riittävissä määrin akkusatorista, erityisesti vapaudenriistosta päätettäessä. Ratkaisussa EIT *Lamy* 30.3.1989 (29 §) ihmisoikeustuomioistuin totesi sen johdosta, että rikoksesta epäillyllä tai tämän avustajalla ei ollut oikeutta riittävästi tutustua esitutkintamateriaaliin ennen vangitsemisoikeudenkäyntiä, että ”Since it failed to ensure equality of arms, the procedure was not truly adversarial...”, ja katsoi menettelyllä rikotun EIS 5 artiklaa vastaan. Ks. myös EIT:n ratkaisu *Brandstetter* 28.8.1991 (67 §) sekä yleisemmin EIS 5 art. tulkinnasta *Halijoki* 2002 s. 21 ss. viitattuine EIT-ratkaisuihin.

²⁷⁸ Ks. *Ervo* 1996 s. 136–137 ja *Jääskeläinen* 1997 s. 158–159.

Kontradiktorinen periaate ohjaa paitsi oikeudenkäyntiaineiston vastaanottoa ja käsittelyä, myös oikeudellisten kysymysten käsittelyä prosessissa. Virolaisen mukaan periaatteeseen kuuluvat seuraavat elementit: 1) asianosaisella on tosiasiallinen tilaisuus esittää omat vaatimuksensa, niiden perusteet ja todisteet, 2) asianosaisen on saatava tietoonsa vastapuolen vastaava aineisto, 3) asianosaiselle on varattava tosiasiallinen mahdollisuus antaa vastineensa vastapuolen vaatimuksista, niiden perusteista ja niitä tukevista todisteista, 4) asianosaiselle on varattava tosiasiallinen tilaisuus vastapuolen nimeämien todistajien ja muiden kuulusteltavien vastakuulusteluun, 5) asianosaisen on saatava tilaisuus lausua käsityksensä tuomioistuimen viran puolesta hankkimasta selvityksestä,²⁷⁹ 6) asianosaisen on saatava tilaisuus lausua käsityksensä oikeudenkäyntiaineiston juridisesta arvioinnista²⁸⁰ ja 7) asianosaisen on saatava tilaisuus lausua mielipiteensä prosessinedellytyksistä ja muista oikeudenkäyntiä koskevista kysymyksistä.²⁸¹

Kontradiktorista periaatetta koskevassa runsaassa oikeuskäytännössä periaatteen tunnusmerkistö sekä oikeusseuraamukset virheellisestä menettelystä on määritelty varsin tarkkarajaisesti, mikä korostaa kontradiktorisuuden vaatimuksen poikkeuksellista luonnetta.²⁸² Lappalainen huomauttaa aiheellisesti, että kontradiktorinen periaate on – perustuslaista ja ihmisoikeussopimuksista oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta johdettavan – *prosessuaalisen perusoikeuden* asemassa.²⁸³

Edeltävä luettelomainen esitys kontradiktorisen periaatteen käsitteisällöstä tuo ilmi, että kontradiktorisuus on välittömyysperiaatetta laajempi käsite (ks. tästä myös edellä jaksossa 2.3.3.1 i.f.). Erityisesti luettelon kohdat kolme ja neljä korostavat asianosaisen laajaa vastakuulusteluoikeutta nimenomaan menettelyn oikeudenmukaisuustakeena.²⁸⁴ Yleistäen ilmaisten kontradiktorisuu-

²⁷⁹ Ks. *Ervo* 1996 88 s. tuomioistuimen viran puolesta hankkimasta aineistosta EIT:n oikeuskäytännössä.

²⁸⁰ Ks. *Lappalainen* 1993 s. 38: ”är det... viktigt, att även målets rättsfråga under förfarandets gång till alla delar blir föremål för diskussion mellan parterna, dvs att den kontradiktoriska principen förverkligas även vid behandling av rättsfrågan.”

²⁸¹ *Virolainen* 1998 s. 35–36. Ks. myös *Ervo* 1996 s. 87 ja *Jokela* 2000a s. 34.

²⁸² Kontradiktorinen periaate voidaan nähdä olevan oikeusperiaatteena erikoisasemassa useisiin muihin prosessuaalisiin periaatteisiin nähden juuri sen tarkasti sitovaan vaikutukseen viittaamalla. Pidän kuitenkin virheellisenä puhua kontradiktorisesta säännöstä: kyse on nimenomaan *oikeusperiaatteesta*, koska normi ei edellytä täysin poikkeuksetonta soveltamista (määritelmällisesti oikeusperiaate ei voi olla ehdoton). Vrt. esim. *Tirkkonen* 1974 s. 75 s., *Tirkkonen* 1969 s. 81–82, *Ervo* 1996 s. 50, *Jokela* 2000a s. 33 ja *Virolainen* 1988 s. 118 s., jotka näyttävät mieltävän kontradiktorisen periaatteen sääntöluonteisena (ehdottomana) normina.

²⁸³ *Lappalainen* 2001a s. 176. Vrt. *Ervo* 1996 s. 94.

²⁸⁴ EIT:n oikeuskäytännön mukaan kontradiktorisuus (vastakuulusteluoikeus) voi tulla riittävästi toteutetuksi jo ennen pääkäsittelyä tuomioistuimessa. Suora vastakuulusteluoikeus esim. esitutkintakuulustelussa saattaa riittää takaamaan menettelyn kontradiktorisuuden riittävässä määrin: Vaikka sittemmin oikeudenkäynnissä poikettaisiinkin välittömyysperiaatteesta kertomus luke-malla, ei oikeudenkäyntimenettely kokonaisuutena tarkastellen kuitenkaan tällöin välttämättä

den voidaan sanoa tarkoittavan vastavuoroista oikeutta saada ja antaa informaatiota.²⁸⁵ Näkemys *korostaa vahvasti menettelyn tosiasiallista oikeudenmukaisuutta*. Puhtaan muodollisesti oikeudenmukainen eli säännöksiä sinänsä rikkomaton menettely ei välttämättä aina pysty turvaamaan kaikkien prosessuaalisten oikeuksien täysimääräistä toteutumista.²⁸⁶

Esim. esitutkintapöytäkirjan lukemisen edellytysten ei voidakaan sanoa olevan tyhjentävästi OK 17:11:ssä tai 17:32.2:ssa säännelty. Mainittujen säännösten ensisijainen sääntelytarkoitus on todistelun välittömyyden ja luotettavuuden takaaminen. Yksinomaan näistä intresseistä huolehtiminen voi sivuuttaa kontradiktorisuuteen ja menettelyn oikeudenmukaisuuteen liittyvät aspektit.²⁸⁷ Mainitun näkökulmaeron havainnollistamiseksi OK 17:11:ää ja 17:32.2:ia koskevaa oikeuskäytäntöä on perusteltua tarkastella tässä lähemmin.

II Kysymys siitä, missä määrin OK 17:32.2:n (ja OK 17:11:n) perusteella esitutkintapöytäkirjaan kirjattuja seikkoja voidaan lukea oikeudenkäynnissä, on tullut oikeuskäytännössä usein esiin. KKO:n uudemman oikeuskäytännön 'valtavirta' tukee ymmärtääkseni näkemystä, jonka mukaan kontradiktorista periaatetta rikkoen esitutkintapöytäkirjasta luettu todiste tulee ainakin tietyissä tilanteissa suoraan kieltää *hyödyntämiskielto asettamalla* (sen sijaan, että kerto-musta esim. vain arvioitaisiin jollakin tavalla 'normaalia' kriittisemmin²⁸⁸). Erityisesti hovioikeuskäsittelyissä ilmenevä keskeinen kysymys kontradiktorisuusvirhetilanteissa on, millä edellytyksillä oikea menettelytapa olisi kuitenkin jutun uusi käsittely (HO:ssa tai KO:een palautettuna).

Selvää lienee, että sikäli kun kontradiktorisuutta loukannutta todistetta ei ole mahdollista korvata toisella, sallitulla todisteella (esim. kun kirjallisen kerto-

muodostu kontradiktorisen periaatteen vastaiseksi. Koska Suomessa kontradiktorisuus ei kuitenkaan useinkaan de lege lata toteudu esitutkintakuulusteluissa edellytetyllä tavalla, jää prosessin kontradiktorisuuden turvaamisen ainoaksi käytännölliseksi mahdollisuudeksi yleensä nimenomaan tuomioistuimen pääkäsittelyssä syytetylle taattava suora vastakuulustelumahdollisuus. Ks. kuitenkin *HE 190/2002 vp.* s. 23, jossa esitutkinnassa lapsen kuulustelusta laaditun videotallenteen käytön sallimisen ehdottomaksi edellytykseksi asetetaan se, että syytetylle on jossain vaiheessa ennen pääkäsittelyä varattu tilaisuus kysymysten esittämiseen po. kuulusteltavalle (kuulustelijan välityksellä). – Vrt. *HE 52/2002 vp.* s. 43–44 ja 82, jossa epäilyllä esitetään kylläkin olevan kyselyoikeus lapsen kuulustelua videoitaessa, mutta ei kuitenkaan suoraa kysely-oikeutta. Kysymykset tulisi etukäteen ilmoittaa poliisille, joka ottaisi ne huomioon kuulustelua suoritettaessa. Perustuslakivaliokunta on pitänyt ehdotettua sääntelyä ongelmallisena, koska epäillyn/syytetyin avustajan läsnäolo-oikeutta ja tämän suoraa kyselyoikeuden käyttöä ei ole turvattu, ks. *PeVL 36/2002 vp.* s. 2.

²⁸⁵ *Ervo* 1996 s. 82–83.

²⁸⁶ Syytetyin todellista tasa-arvoa rikosprosessimenettelyssä korostaa myös *Lehtimaja* 1978a s. 440.

²⁸⁷ On toisaalta niinkin, että OK 17:11 ja OK 17:32.2 voivat kieltää todisteen käytön *kontradiktorisesta periaatteesta riippumatta*. Välittömyysperiaate itsessään voi siis estää todisteen käytön, vaikka kontradiktorista periaatetta ei olisikaan rikottu.

²⁸⁸ Vrt. tosin KKO:n ratkaisuun 2000:71, jota käsitellään myöhemmin jaksossa 4.3.3.

muksen antanutta henkilöä ei enää ole mahdollista kuulla henkilökohtaisesti), ei muutoksenhakutuomioistuimen tule – aikakaan kun muita palautusperusteita ei aktualisoidu – enää palauttaa asiaa alioikeuden uuteen käsittelyyn, vaan tehdä kontradiktorisuuden loukkaamisesta itse välittömät johtopäätöksensä. Tuomioistuimen rooliasema tulee kuitenkin varsinaisesti ’puntariin’ vasta tilanteessa, jossa kontradiktorisuuden loukkaus (tai muu hyödyntämiskiellon perustava tekijä) olisi *korjattavissa* uudessa oikeuskäsittelyssä. Juttu uuteen käsittelyyn palauttamalla on nimittäin yleisesti mahdollista korjata kontradiktorisuudessa tapahtunut virhe. Toisaalta jos menettelyvirhe koskee pelkästään tai ’puhtaasti’ vain kontradiktorisen periaatteen loukkaamista, voi olla niinkin, että virheellisyys voidaan korjata vastaavasti myös hovioikeuden itsensä järjestämällä suullisella pääkäsittelyllä.

Johtoa mainittuihin kysymyksiin voidaan hakea korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä. Relevantteja ratkaisuita mainituissa suhteissa ovat ainakin KKO 1991:84, 1991:145, 1993:101, 1995:5, 1995:66 ja 1996:50. Analyysin perusteella pyrin vastaamaan kysymykseen siitä, milloin kontradiktorisuuden loukkauksen oikeusseuraamuksen tulisi olla hyödyntämiskiellotseuraamuksen asettaminen, ja miten jutun palautus käsittelyratkaisuna suhtautuu ensiksi mainittuun kysymykseen. Pyrin tarkastelemaan ratkaisuja nimenomaan menettelyn kontradiktorisuuden (enkä pelkästään todistelun välittömyyden) näkökulmasta.

Ratkaisussa *KKO 1991:84* (ään.) kyse oli sekä todistelun välittömyydestä että laajemminkin ymmärrettynä menettelyn kontradiktorisuudesta. Tapauksessa syytetty oli tuomittu alemmissa oikeuksissa kanssasyytettyjen esitutkintakertomuksiin viittaamalla ilman että syytetyllä (A:lla) olisi ollut mahdollisuutta kuulustella kertomuksen antajia. Korkein oikeus katsoi, ettei alempien oikeuksien olisi ”pitänyt arvioida kertomusten merkitystä näyttönä varaamatta A:lle tilaisuutta kuulla kertomuksen antajia henkilökohtaisesti”, ja palautti siksi jutun alioikeuteen.²⁸⁹ Ratkaisun rakenteesta johtuen siitä ei saa täysin yksiselitteistä tulkinta-apua kysymykselle, tuleeko kontradiktorisuuden (selkeän) loukkauksen johtaa todisteen hyödyntämiskieltoon vai ei. Sanamuoto ”ei olisi pitänyt arvioida kertomusten merkitystä näyttönä...” näyttäisi ensi kädeltä katsoen tukevan hyödyntämiskielltoa puoltavaa tulkintaa. Riidattomasti perusteluissa todettiin siinä kuvattu välillisen (ratkaisevan) todistelun hyväksyminen palautuksen aiheuttavaksi virheelliseksi menettelyksi.

Ratkaisussa on siis ainakin vahvistettu alioikeuksia sitova *menettelyohje* todistelun vastaanottamista (ja osin tuomioharkinnan suorittamista) koskien.

²⁸⁹ *Scheinin* 1991b s. 1103 on pitänyt ratkaisua EIS:n läpilyöntinä suomalaisessa oikeuskäytännössä. Näkemykselle on perusteita, joskin juuri jutun palautuksen johdosta tätäkään ratkaisua ei voida pitää ideaalisena ihmis- ja perusoikeusnäkökulmasta. Yleisemmällä tasolla ihmisoikeusajattelun ’läpilyönnistä’ Suomessa 1990-luvulla voidaan kuitenkin puhua, näin mm. *Leppänen* 2001 s. 130.

Riittävää ei ole kontradiktorisuutta vakavasti loukkaavan näytön 'kriittinen' arviointi, vaan kyse on nimenomaan siitä, ettei tällaista aineistoa saa lainkaan ottaa ratkaisuperusteissa huomioon.²⁹⁰ Koska menettelyvirheen seuraus on jutun palauttaminen, tarkoittaa se juttua ratkaisevan alioikeuden *ex ante* näkökulmasta samalla väistämättä myös sitä, että oikeus on velvollinen estämään kontradiktorisuutta ratkaisevasti loukkaavan todistelun vastaanottamisen ja/tai huomioimisen tuomionsa perusteluissa.²⁹¹ Toisenlainen tulkinta ei olisi mielekäs: eihän tuomioistuimien saa tietoisesti tehdä virheellistä tai laitonta ratkaisua. Toisaalta samalla tavalla alempia oikeuksia velvoittavan oikeusohjeen (= tuomiota ei saa perustaa kontradiktorisuutta selvästi loukkaavaan todisteeseen) KKO olisi voinut vahvistaa myös juttua palauttamatta, asian suoraan itse ratkaisten (esim. tapauksessa syyte hylkäämällä seurauksena kirjallisten kertomusten poissulkemisesta todistusharkinnasta). Myöhemmässä oikeuskäytännössä KKO onkin menettänyt juuri näin. Voidaan kysyä, mitä sanottu oikeuskäytännön muutos itse asiassa merkitsee. Asiaa selvittänee osittain ratkaisun KKO 1991:84 tarkastelun jatkaminen vielä eteenpäin.

Kyseisen ennakkotapauksen *ex post* "kohtalo" paljastaa siinä valitun menettelytavan (so. jutun palautuksen) sisäisen ristiriitaisuuden hyödyntämiskielto-kysymyksen ratkaisemisessa. Koska ennakkotapauksessa tarkoitettu asia palautettiin alioikeuden uuteen käsittelyyn, muodostui hyödyntämiskieltoseuraa-muksesta tosiasiasa pitkästi näennäinen jutun *asianosaisten näkökulmasta*. Uudessa alioikeuskäsittelyssä kyseisessä tapauksessa (kuten muissakin vastaavissa tapauksissa) lienee ollut helppo esittää sellaista syytettä tukevaa todisteluja, jolla syyte voidaan saada hyväksyttyä. Tilanteesta muodostuu jonkinasteinen noidankehä: hyödyntämiskielto-oikeusseuraamus ei-välilliselle avaintodistelulle johtuu argumentaatiossa juuri siitä, että tilanteen on vahvistettu olevan *palautuksen aiheuttava* oikeudenkäyntivirhe. Toisaalta juuri jutun *palautuksen*

²⁹⁰ Jos ratkaisua tarkasteltaisiin 'puhtaasti' vain todistelun välittömyyden näkökulmasta, voisi lopputulos olla erilainen. Koska välittömyydellä pyritään ensisijaisesti takaamaan todistelun luotettavuutta eli asian aineellisesti oikean selvittämisen edellytyksiä, voitaneen välittömyysperiaatteen rajoittamistilanteessa helpommin "tyytyä" siihen, että ei-välitön todistelu kylläkin otetaan huomioon, mutta sen näyttöarvoa arvioidaan kriittisesti. Kontradiktorisuusvaatimuksen näkökulmasta tällainen menettely ei kuitenkaan välttämättä ole riittävää: ratkaisun perustaminen ns. avaintodisteeseen, johon nähden syytetyllä ei ole suoraa vastakuulustelu-oikeutta, voisi johtaa menettelyn epäoikeudenmukaisuuteen EIS 6 artiklan ja PL 21 §:n merkityksessä. Ks. myös *Jokela* 2000a s. 319 välittömyysperiaatteesta poikkeuksen mahdollistavan OK 17:11.2:n suhteesta kontradiktoriseen periaatteeseen: "Tällaisen aineiston hyödyntämistä todisteena rajoittaa edellä mainittu syytetyn ihmisoikeuksiin kuuluva todistajien kuulustelu-oikeus."

²⁹¹ Vastaava oikeusohje vahvistettiin myös Helsingin HO:n ratkaisussa 19.5.1994 R 93/16 (nro 2206): "Kun syytetyllä ei ole ollut mahdollisuutta kuulustella tai kuulustuttaa edellä mainittuja kertomuksen antajia, ei raastuvanoikeus olisi saanut käyttää todistusaineistona näiden henkilöiden välillisiä kertomuksia." (kyse oli siis kuulopuhetodistajan käytön kieltämisestä). Ks. kuitenkin jaksossa 4.2.2 (s. 215 av. 114) hyödyntämiskieltooperusteiden itsenäisyydestä muutoksenhakuperusteisiin nähden lausuttua.

sallimalla KKO tehokkaasti eliminoi sanotun oikeusseuraamuksen merkityksen. Jutun palauttamista ei kuitenkaan voida nähdä suorana negaationa pääasiassa vahvistetulle oikeusohjeelle – jäähän oikeusohje palautuksesta riippumatta kuitenkin voimaan sekä kyseisessä ratkaisussa että tulevilla muissa ratkaisuissa.

Merkityksellisin ero jutun palauttamisen ja suoran KKO:ssa ratkaisemisen välillä onkin näiden menettelyvaihtoehtojen erilaisessa merkityksessä kulloinkin kyseessä olevan jutun asianosaisille. Menettelyvaihtoehdon valinta on pitkälti oikeuspoliittinen kysymys, ja se ilmentää varsin kuvaavasti sitä, miten edellä (jaksossa 2.3.3.2) käsitelty tutkinta- ja käsittelyperiaatteet viime kädessä konkretisoituvat lainsoveltamistasolla. Mitä enemmän oikeusjärjestelmässä korostetaan oikeudenkäynnin asianosaisten – erityisesti syytetyn – oikeusturvaa sekä perus- ja ihmisoikeuksia, sitä enemmän painoarvoa tulisi antaa mm. niille näkökohdille, että oikeudenkäyntien tulee tapahtua kohtuullisessa ajassa, kohtuullisin kustannuksin ja muutenkin oikeudenmukaisesti. Rikoksesta syytetyn kannalta menettely, jossa asian käsittely lopetetaan viimein KKO:n mahdolliseen ratkaisuun (johon pääsemiseen aikaa on jo väistämättä kulunut huomattavan paljon), on varmuudella huomattavasti edullisempi kuin se vaihtoehto, että koko prosessi aloitettaisiin lähes alusta juttu KO:een tai HO:een palauttamalla. Ensiksi mainittu menettely on myös ongelmattomampi tuomioistuimen puolueettomuusvelvollisuuden (ja syyttömyysoletaman) kannalta.

Kontradiktorisuutta loukkaavan todisteen torjumisella KKO saattaa samalla de facto tulla hylänneeksi sellaisen syytteen, josta tuomion saaminen juttu palauttamalla olisi vielä periaatteessa ollut mahdollista.²⁹² Tätä lienee kuitenkin pidettävä koko rikosprosessuaalisen järjestelmän – yhteiskunnallisten, so. kollektiivisten tehtävien – kannalta varsin vähäarvoisena seikkana. Punnintatilanteessa viimeksi mainitun argumentin tulisi nähdäkseni lähtökohtaisesti väistyä prima facie suojeltavien asianosaisten individuaalisten oikeuksien tieltä. Käsittelyperiaatteen varaan pitkälti rakentuvassa rikosprosessuaalisessa järjestelmässä ei ole asianmukaista lähteä siitä, että muutoksenhakutuomioistuimenkaan tehtävänä olisi aktiivisesti varmistaa syytteiden menestymismahdollisuudet.²⁹³ Juuri tätä kysymystä koskivat KKO:n ratkaisut 1995:44 ja 1996:133. Ratkaisuissa jutun palauttamista syytetyille vastaisen näytön hankkimiseksi pidettiin kiellettynä oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevien periaatteiden

²⁹² Huomattava on, että uudessa rikosprosessissa tuomioistuimen tehtävänä nähdään selvästi entistä (mm. verrattuna vuoteen 1991, jolloin tässä puheena oleva KKO-ratkaisu annettiin) vähemmän syytteiden toteen näyttäminen (prosessinjohdosta lähemmin luvussa kuusi). Tuomioistuimen tulee *muiden näkökohtien ohella* toki pyrkiä siihen, että asiassa saataisiin selvitettyä ns. aineellinen totuus. Tässä puheena olevassa tilanteessa muut näkökohdat (kuten menettelyn oikeudenmukaisuus syytettyä kohtaan ja prosessiekonomiset perusteet) kuitenkin painanevat aineellisen totuuden periaatetta enemmän.

²⁹³ Ks. edellä jaksossa 2.3.3.2 (s. 55–56) käsittelyperiaatteen hallitsevuudesta rikosprosessissa.

valossa. KKO tulkitsee tuomioistuimen todistealoitteita koskevaa OK 17:8:ää rajoittavasti katsoen, että sitä ”ei voida soveltaa yksipuolisesti rikosasian vastaajan vahingoksi.” Jutun palautus syytteen toteennäyttämisen varmistamiseksi katsottiin olevan paitsi yleisesti epäoikeudenmukaista syytettyä kohtaan, myös vastoin syyttäjän ja tuomioistuimen välistä työnjakoa.²⁹⁴

Tarkasteltakoon seuraavassa kontradiktorisen periaatteen käytännöllistä realisoitumista vielä lähemmin alempien oikeuksien toiminnassa. Tilannetta on tarkasteltava erikseen KO:ssa ja HO:ssa ja osin myös sen perusteella, onko kontradiktorisuutta loukkaava todiste ratkaiseva ’avaintodiste’ ja/tai korjaamiskelpoinen.

Alioikeustasolla toimivien henkilöiden näkökulmasta ratkaisussa KKO 1991:84 vahvistettu oikeusohje näyttäytyy suoraan todistelun vastaanottamista ja näyttönharkintaa ohjaavana normina. Oikeusohje velvoittaa myös virallista syyttäjää, jolla tehtäviensä mukaisesti on ensisijainen aktiivinen toimintavastuu (tai -taakka) siitä, että lopullinen oikeudenkäyntiaineisto täyttää mm. kontradiktorisuuden vaatimukset riittävässä määrin. Ainoana todisteena esitettävään ei-välittömään esitutkintakertomukseen tuomiota ei voi perustaa, mikä syyttäjänkin on huomioitava. Todistelun kontradiktorisuutta koskevan vaatimustason tulisi tosin muiltakin osin olla korkealla siten, että syyttäjän tulisi korostaa todistelun välittömyyttä sitä enemmän, mitä merkittävämmästä todisteesta on kyse. Lopullisen päätöksen hyväksyttäväästä kontradiktorisuudesta poikkeamisen tasosta tekee kuitenkin käräjäoikeus. On mahdollista, että tuomioistuin katsoo syyttäjältä poiketen sille esitetyn todistelun rikkovan kontradiktorista periaatetta niin suuressa määrin, että se katsoo tuomion perustamisen todistelulle mahdolltomaksi. Korjaamiskelvottomaan ja vahvaan kontradiktorisuuden rikkomiseen käräjäoikeuden tulee puuttua informatiivisesti pääkäsittelyn aikana: asianosaisille on tehtävä selväksi, ettei ainoana näyttönä olevaa ei-välillistä todistelua voida vastaanottaa (jolloin syyttäjä luopune syytteestä, tai jolloin syyte tulee hylättäväksi tuomiolla²⁹⁵).

Tilanne, jossa KO katsoo esitutkintakertomuksen lukemisen kielletyksi, mutta jossa virhe olisi korjattavissa kutsumalla po. kertomuksen antanut henkilö välittömästi pääkäsittelyssä kuulusteltavaksi, on ratkaiseva tuomioistuimen ja asianosaisten välisen työnjaon sekä ylipäätensä rikosprosessinnettelymme ”luonteen” kannalta. Selvänä lienee pidettävä, että KO:n tulee joka tapauksessa informoida asianosaisia siitä, ettei esitutkintakertomusta saa lukea: jos tuomioistuin jättäisi näkemyksensä pääkäsittelyssä ilmaise-matta, tulisi todisteen hylkääminen todettua – yllätyksellisesti – vasta tuomiossa. Yllättävä todistelun huomioimatta jättäminen johtanee nimittäin

²⁹⁴ Ks. myös Rovaniemen HO:n ratkaisu 4.12.1990 (R 90/254), jossa kumottiin RO:n langettava päätös, koska alioikeudessa ei ollut lainkaan kuultu esitutkinnassa kuultuja todistajia. ”Hovioikeus piti näyttöä riittämättömänä ja viittasi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklasta ”ilmeneviin rikoksesta syytettyä suosiivin periaatteisiin” perusteena sille, ettei se omasta aloitteestaan määrännyt suullista käsittelyä tai palauttanut juttua alioikeuteen.” (näin ratkaisusta *Scheinin* 1991a s. 238).

²⁹⁵ Ks. syytteestä luopumisesta esim. *Jokela* 2000a s. 152.

suurella todennäköisyydellä syyttäjän muutoksenhakuun, joka vain tarpeetomasti lisäisi oikeudenkäynnin kustannuksia ja muita haittoja.²⁹⁶ Pakollisena pidettävä informointi voi kuitenkin tapahtua eri tavoin. Tuomioistuim voi a) vain rajoittua toteamaan kirjallisen kertomuksen lukemisen kielto, tai b) se voi samalla nimenomaisesti kehottaa asianosaista esittämään korvaavaa, sallittua todistelua samasta teemasta. Toisaalta c) tuomioistuim voisi periaatteessa myös oma-aloitteisesti suoraan kutsua po. henkilön kuulusteltavaksi (OK 17:8:n mukaisesti).

Ensimmäistä mainituista menettelyvaihtoehtoista (a) lienee pidettävä pääsääntönä tarkoituksenmukaisimpana ja parhaiten tuomioistuimen 'roolia' toteuttavana. Tuomioistuimen itsensä toimesta tapahtuva syytettä tukevan kuulusteltavan kutsuminen (c) olisi lähtökohtaisesti tuomioistuimen puolueettomuusvaatimuksen vastaista, samoin kuin vaihtoehdon (b) tarkoittama kehoitus järjestää syytettä tukevaa korvaavaa todistelua. Ehdottoman kielletynä syyttäjälle suunnattua 'todisteen vihjaamista' ei kuitenkaan voitane pitää, koska ainakin vähänkin vakavampien rikostekojen kohdalla vaikuttava korostunut rikoksen selvittämisen intressi johtanee de facto siihen, että mainittu puolueettomuutta koskeva epäkohta on vain näennäinen: tuomioistuimen voikin olla tarkoituksenmukaista suoraan ilmoittaa syyttäjälle näkemyksensä korvaavan todistelun tarpeellisuudesta, jos menettelyllä todennäköisesti pystytään välttämään muuten seuraava (turha) muutoksenhaku ja jutun käsittelyn pitkittyminen. Tällaisissa spekulatioissa tuomioistuimen tulee tosin olla erityisen varovainen.

Hovioikeuden näkökulmasta tilanne näyttäytyy osin erilaisena. Ajateltakoon, että sen käsiteltäväksi tulee KO:ssa tuomitun henkilön valituksen johdosta käräjäoikeuden ratkaisu, joka on perustunut kontradiktorisuutta siinä määrin loukkaavalle todisteelle, että todisteen hyödyntämisen salliminen on kyseenalaista. Koska hovioikeusmenettely itsessään on suullista ja välitöntä, pitäisi alioikeustasolla tapahtuneiden kontradiktorisuuden loukkausten tulla hovioikeuden omassa pääkäsittelyssä neutraloiduiksi henkilötodistelun vastaanottamisella: *jutun palauttamatta jättäminen* on tällöin prosessiekonomisesti tarkoituksenmukaisin ja myös ns. instanssijärjestyksen mukainen menettely.²⁹⁷ Hovioikeuden ei siten tulisi palauttaa käsittelyä takaisin KO:een pelkästään korjattavissa olevan kontradiktorisuusvirheen perusteella, vaan ratkaista asia itse.²⁹⁸ Asianmukainen suullinen hovioikeusmenettely voi korjata kaikenasteiset KO-tasolla tapahtuneet kontradiktorisuuden loukkaukset (siis myös ns. avaintodistelutilanteet). Luonnollisesti kontradiktorisuutta tarkoittava virhe voi syntyä vasta hovioikeuskäsittelyssä; omassa prosessinjohto- ja päätösharkintatoiminnassaan HO:n tulee kylläkin

²⁹⁶ Ks. myös Lappalainen 1993 s. 38 informatiivisesta prosessinjohtosta (oikeuskysymyksistä) turhan muutoksenhauen estämisen näkökulmasta.

²⁹⁷ Näin Leppänen – Välimaa 1998 s. 96–97.

²⁹⁸ Ks. myös Jokela 1998 s. 316–317: "... uutta suullista todistelua voidaan aikaisempaa laajemmin ottaa vastaan suoraan hovioikeuden pääkäsittelyssä eikä juttua välttämättä tarvitse todistelun vastaanottamista varten palauttaa käräjäoikeuteen. Toisaalta instanssijärjestyksen periaate saattaa näissäk in tapauksissa edellyttää mahdollisuutta saada juttu arvioitavaksi vähintään kahdessa oikeusasteessa. Yksittäisissä tapauksissa jutun palauttamista harkittaessa on otettava huomioon toisaalta asianosaisten oikeussuojat ja toisaalta jutun viipyminen ja oikeudenkäyntikulujen kasvu, joka jutun palauttamisesta väistämättä seuraa."

ottaa huomioon samat tekijät kuin käräjäoikeudenkin, mutta inhimillinen virhe (esim. tuomion perustaminen vain luettuun esitutkintapöytäkirjaan) ei tällöinkään ole poissuljettu. Tällöin tilanteen korjaaminen jää korkeimman oikeuden tehtäväksi.

Koska suullisia käsittelyitä järjestetään KKO:ssa vain poikkeuksellisesti, näyttäytyvät kontradiktorisuusvirheitä tarkoittavat tilanteet valituslupavaiheessa edellisistä instansseista poikkeavina. Kontradiktorisuuden loukkaus ei nimittäin enää ”itsestään” parannu, kun asiassa ei (pääsääntöisesti) järjestetä suullista oikeudenkäyntiä.²⁹⁹ Menettelyvaihtoehtoina ovat tällöin jutun suora ratkaiseminen kontradiktorisuusvirhe sallitussa todistelun alassa huomioiden, tai jutun palauttaminen alempaan oikeuteen menettelyvirheen oikaisemiseksi. Tätä koskevaa (oikeuspoliittista) problematiikkaa on juuri käsitelty edellä: modernissa oikeuskäytännössä on ilahduttavasti edetty siihen, että kontradiktorisuuden loukkaamistapauksissa KKO ei enää näytä palauttavan juttuja alempien oikeuksien käsiteltäväksi, vaan ratkaisee itse asian sen mukaisesti, mihin mahdollisen hyödyntämiskiellon asettamisen jälkeen jäljelle jäävä todistusaineisto antaa aiheen.³⁰⁰

Edeltävä esitys ja siinä yhteydessä esitetyt tutkimukselliset normatiiviset kannanotot ovat perustuneet oikeastaan vain ratkaisun KKO 1991:84 herättämään problematiikkaan. Luonnollisesti asian kokonaistarkastelussa on huomioitava myös sen jälkeinen oikeuskäytäntö. Oikeuskäytäntö on erityisen kiinnostavaa jutun palauttamisen ja mahdollisen suoran syytteen hylkäämisen suhteissa kontradiktorisuusvirhetilanteissa.

Ratkaisussa *KKO 1991:145* päädyttiin vastaavanlaisessa tilanteessa (alempien oikeuksien tuomiot perustuivat kanssasyytetyn kirjalliseen kertomukseen) samaan lopputulokseen kuin jutussa KKO 1991:84, juttu ts. palautettiin. Ratkaisussa *KKO 1993:101* HO:n katsottiin toimineen (suullisen käsittelyn järjestämisvelvollisuudesta säätäneen) OK 26:8:n vastaisesti, kun se oli ”verrannut asianomistajan esitutkinnassa ja kihlakunnanoikeudessa henkilökohtaisesti kuultuna antamia kertomuksia, vaikka kertomuksen antajaa ei ole kuulusteltu hovioikeudessa.” Myös tässä ratkaisussa KKO palautti jutun hovioikeuteen uudelleen käsiteltäväksi.³⁰¹ Edelleen ratkaisussa *KKO 1995:5* juttu palautettiin

²⁹⁹ Ks. Clayton – Tomlinson 2001 s. vii.

³⁰⁰ Toisaalta tilanteessa, jossa juttu joudutaan joka tapauksessa eli kontradiktorisuuden loukkaamisesta riippumatta jollain muulla perusteella palauttamaan alemman oikeuden käsittelyyn, tulevat – korjaamiskelpoiset – kontradiktorisuutta koskevat virheet samalla oikaistuksi. KKO:n (tai HO:n) määräys, jonka mukaan palautettaessa juttu oikeudenkäyntivirheen X oikaisemiseksi, samalla ei voitaisi esittää todistelua uudelleen tavalla, joka täyttäisi kontradiktorisuuden vaatimukset, ei luonnollisesti olisi mielekäs vaihtoehto.

³⁰¹ Ratkaisuperusteissa näytettäisiin myös katsottavan, ettei asianomistajan puolison esitutkinnassa antamaa kertomusta saataisi ottaa huomioon oikeudenkäynnissä, jos tämä on sittemmin kieltäytynyt todistamasta oikeudessa. Pidän näkemystä oikeaan osuvana, vaikka se, *tarkoittiko* KKO nimenomaan sitä, ei välttämättä ole riidatonta: Asianomistajan puolison vaihtolotahdon tehokas suojeleminen asettamalla tämän esitutkintakertomuksen hyödyntäminen henkilön omasta disponoinnista riippuvaiseksi on yksi tulkintamahdollisuus (mielestäni siis oikea, ks. vielä

alioikeuteen, kun alemmat oikeudet olivat perustaneet tuomion ainoastaan asianomistajan esitutkinnassa antaman kirjallisen kertomuksen lukemiseen.

Oikeuskäytännössä näyttäisi pian tämän jälkeen tapahtuneen muutos perusoikeusystävällisempään suuntaan, johon on jo edellä viitattu. Käsittelyperiaatetta korostanut ratkaisu KKO 1995:44 lieene ollut merkittävä peruste ratkaisulinjan muutoksen takana. Ratkaisun tausta-ajattelu on perusteltu suullisuutta, välittömyyttä ja keskitystä korostaneen ROL-uudistuksen näkökulmasta, joka seurasi pian ratkaisun antamisen jälkeen. Ero aikaisempaan oikeustilaan on siinä, että kontradiktorisuuden loukkaamistilanteissa juttua ei enää ole palautettu alempiin oikeuksiin, vaan KKO on ryhtynyt hylkäämään syytteitä suorana seurauksena siitä, ettei tuomitsemiskynnys ollut enää ylittynyt ei-kontradiktorisen todisteen huomiotta jättämisen seurauksena. Yllä mainitut varhaisemmat ratkaisut oli myös yleensä perustettu oikeudenkäymiskaaren tarkoittamaan menettelyvirheeseen (kuten OK 26:8:n rikkomiseen).³⁰² Uudempien ratkaisuiden voidaan katsoa perustuvan suoremmin perus- ja ihmisoikeusnäkökohtiin.

Ratkaisu KKO 1995:66 tulee lähemmin käsiteltäväksi hyödyntämiskieltoesityksen kannalta (ks. jäljessä jaksossa 4.3.3.1 s. 264 ss.): ratkaisussa kyse oli paitsi kuulopuhetodistajan kuulemisen kieltämisestä (eli kontradiktorisuutta koskevasta virheestä), myös kannanotosta lähiomaisen suostumuksen vastaisesti tapahtuvaa lähiomaisasianomistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä vastaan. Olennainen ero aikaisempaan oikeustilaan oli, kuten sanottu, siinä, että KKO hylkäsi syytteet suoraan palauttamatta asiaa alempiin oikeuksiin. Myös ratkaisussa KKO 1996:50 syytteet hylättiin, kun syytetyllä ei ollut missään prosessin vaiheessa ollut mahdollisuutta esittää kysymyksiä (sittenmin kuolleelle) asianomistajalle. Tässä ratkaisuperusteena oli 'puhtaasti' kontradiktorisuuden loukkaus, eli syytteiden hylkäämisen ei voi katsoa perustuneen esim. lähiomaisen vaitiolointressien suojeluun (jollaisia tekijöitä voidaan nähdä ratkaisuiden KKO 1995:66 ja 2000:71 taustalla).³⁰³ Sanottu puhuu sen tulkin-

ratkaisusta KKO 1995:66 ja 2000:71 jäljessä jaksossa 4.3.3 esittämäni). Mahdollista kuitenkin lieene sekin, että ratkaisussa 1993:101 argumentti on esitetty vain lisäperusteluna muutenkin kontradiktorisuutta loukanneen prosessin palautusperusteena.

³⁰² "Päänavauksen" tehnyt ratkaisu KKO 1991:84 tosin perustettiin suoraan ihmisoikeusveloitteisiin. Ensimmäisen ratkaisun jälkeen välittömästi seuranneessa oikeustilassa (erit. 1991:145 ja 1993:101) problematiikkaa analysoitiin ikään kuin 'perinteisemmin' kiinnittämättä nimenomaista huomiota ihmisoikeus- tai oikeudenmukaisuus näkökohtiin. Ratkaisun 1995:5 perusteena oli jo EIS 6 artikla ja KP-sopimuksen 14 artikla.

³⁰³ Ratkaisun KKO 1996:50 sanamuoto on kylläkin sikäli epäonnistunut, että perusteluista voisi päätellä KKO:n pitäneen mahdollisena asianomistajan esitutkintakertomuksen jonkinlaista huomioimista (esim. 'kriittisellä silmällä'). Tuomioperustelu kuuluu seuraavasti: "B:lle [so. syytetylle] ei ollut esitutkinnassa varattu tilaisuutta esittää kysymyksiä A:lle [asianomistajalle], jota ei hänen kuolemansa johdosta voitu enää kuulla oikeudessa. A:n esitutkinnassa antamia lausuntoja ei pidetty todistajanlausunnot huomioon ottaen riittävänä selvityksenä..." (kurs. PP). Pidän perusteltuna johtaa myös ratkaisusta KKO 1996:50 lisätukea näkemykselle, että kontradiktorisuutta selvästi loukkaavalle todisteelle tulee asettaa hyödyntämiskielto.

nan puolesta, että myös 'puhtaasti' kontradiktorisen periaatteen rikkomisen oikeusseuraamuksena voi olla hyödyntämiskiellon asettaminen. Myös ratkaisussa *KKO 2000:71* syytteet hylättiin palauttamatta käsittelyä enää alempiin oikeuksiin. Tässä mielessä ratkaisu on oikeansuuntainen, vaikka sitä voidaan arvostella toisissa suhteissa (ks. 4.3.3).³⁰⁴

III Välittömänä taustana yllä käsitellylle KKO:n oikeuskäytännölle toimivat alun perin Suomea sitovat kansainväliset ihmisoikeusvelvoitteet. Kontradiktorisuudesta säädetään nimittäin myös EIS:n 6 artiklan 3 kappaleen d-kohdassa, jossa edellytetään, että rikosasian syytetyllä on oikeus kuulustella sellaista todistajaa, jonka avulla syyttäjä pyrkii näyttämään toteen syytetylle epäedullisen seikan. Säännökseen perustuen Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on useissa ratkaisuisaan käsitellyt todistelun kontradiktorisuuteen ja välittömyyteen liittyviä kysymyksiä. Ratkaisut ovat koskeneet joko anonyymitodistelua tai tilanteita, joissa todistaja tuomioistuimessa käyttää vaitiolo-oikeuttaan, tai ei ole muulla perusteella kuultavissa oikeudenkäynnissä.

Ihmisoikeustuomioistuin on ulottanut *autonomisen tulkintansa* perusteella todistaja-käsitteen koskemaan varsinaisten todistajien, rikoksen asianomistajan ja asiantuntijan lisäksi myös anonyymeiksi jääneisiin todistajiin ja prosessista pois jääneisiin, esitutkinnassa kuultuihin henkilöihin. Anonyymien todistajankertomusten tosiasiallinen prosessuaalinen asema ja oikeudellinen merkitys rinnastuu EIT:n mielestä todistajaan: riittävää on, että anonyymin todistajan tai muuten oikeudenkäynnistä poissaolevan henkilön kertomus tulee tuomioistuimen tietoon ja tosiasiaa harkittaviksi (esimerkiksi poliisi-miesten kertoman välityksellä tai esitutkintapöytäkirjasta lukemalla).³⁰⁵

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä on vahvistettu, että lähtökohtaisesti kaikki näyttö tulee ottaa vastaan julkisessa oikeudenkäynnissä syytetyn läsnäollessa akkusatorista menettelyä noudattaen.³⁰⁶ Esitutkintavaiheessa hankittujen lausuntojen käyttö todisteena tai esitutkintapöytäkirjan lukeminen ei välttämättä sellaisenaan ole EIS 6 artiklan 1 kappaleen tai 3 kappaleen

³⁰⁴ Ratkaisu KKO 1997:128 koski asiaa eri näkökulmasta (tai eri tilanteesta) kuin edellä käsitellyissä tapauksissa. Jutussa 1997:128 KKO totesi KO:n menettelyn virheettömäksi, kun syytettyä vastaan puhuvaa todistajaa oli kuultu syytetyn poissaollessa lykkäyksen jälkeisessä oikeuden istunnossa, kun syytetyllä oli tieto siitä, että näin tullaan menettelemään, ja että asia voidaan hänen poissaollessaan käsitellä ja ratkaista. KKO:n kanta siitä, että menettely oli syytetyn oikeusturvan kannalta riittävä, on perusteltu.

³⁰⁵ Ks. EIT:n ratkaisut: *Bönisch* 6.5.1985 (31–32 §), *Kostovski* 20.11.1989 (40 §), *Windisch* 27.9.1990 (23 §), *Asch* 26.4.1991 (25 §), *Delta* 19.12.1990 (34 §), *Isgro* 19.2.1991 (33 §), *Artner* 28.8.1992 (19 §) ja *Lüdi* 15.6.1992 (44 §).

³⁰⁶ OK 17 luvun 34 §:n 2 momentissa mainituin edellytyksin on tosin myös mahdollista poistaa syytetty oikeussalista esim. todistajankuulustelun ajaksi, jos kuulusteltavan ei katsota pelosta tms. syistä muuten voivan todistaa.

d-kohdan vastaista. Tällaisten kertomusten hyödyntämisessä eli käytössä todisteena tulee silti ottaa huomioon puolustuksen oikeudet, joihin kuuluu mm. asianmukainen mahdollisuus vastakuulustelun esittämiseen ja syytettyä vastaan esiintyvän todistajan kertomuksen luotettavuuden kontrollointiin ja kyseenalaistamiseen. Vaikka ihmisoikeustuomioistuimen tehtäviin ei kuulu varsinaisen todistusharkinnan suorittaminen tai päätös siitä, olisiko todiste ylipääntänsä voitu ottaa oikeudenkäynnissä vastaan, *arvioi EIT oikeudenkäyntimenettelyä kokonaisuutena ja yhtenä sen osana sitä, täyttääkö menettely todisteiden vastaanotossa oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille asetetut vaatimukset*.³⁰⁷ Puolustuksen 6 artiklan mukaisten oikeuksien merkitys tässä harkinnassa on erityisen suuri silloin, kun rikoksesta syytetyllä ei ole missään prosessin vaiheessa ollut mahdollisuutta kuulustella tai kuulustuttaa niitä henkilöitä, joiden kertomus luetaan ääneen tuomioistuimessa tai joiden lausunnon sisällöstä kertoo toinen (kuulopuhe)todistaja, ja kun kyse on ainoasta tai ainakin keskeisestä syyllisyyttä tukevasta todisteesta.³⁰⁸

Anonymiteettiin tai lailliseen vaitiolo-oikeuteen perustuva kieltäytyminen todistamisesta oikeudessa evää syytetyltä mahdollisuuden kontradiktoriseen todistajan kuulemiseen (vastakuulusteluun). EIT on korostanut, *ettei tätä seikkaa korjaa tai korvaa se, vaikka syytetyllä muuten olisi mahdollisuus esittää vapaasti kommenttejaan oikeudenkäynnissä*. Syytetyn oikeutta todistajan välittömään vastakuulusteluun ei yleensä voida tehokkaasti korvata jollain tavoin todisteen välittömyyttä rikkovalla tavalla. Tilanne on sama silloin, jos välitön kuulustelu korvataan kuulopuhetodistajalle tai anonymille todistajalle kirjallisesti esitettävillä kysymyksillä. Näin esitettyjen kysymysten aihepiiri ja luonne on joka tapauksessa olennaisesti rajoitetumpi verrattuna todistajan suoraan vastakuulusteluun, koska puolustus ei tällaisessa tilanteessa voi juuriinkaan kyseenalaistaa tai tutkia kertomuksen luotettavuuteen vaikuttavia tekijöi-

³⁰⁷ Ks. *Pellonpää* 2000 s. 370 ja *Clayton – Tomlison* 2001 s. 98 sekä mm. EIT:n ratkaisut: *Kostovski* 20.11.1989 (41 ja 44 §), *Windisch* 27.9.1990 (26 ja 30 §), *Unterpertinger* 24.11.1986 (31 §), *Asch* 26.4.1991 (27 §), *Delta* 19.12.1990 (36 §), *Isgrò* 19.2.1991 (34 §), *Saidi* 20.9.1993 (43 §), *Lüdi* 15.6.1992 (47 §), *Khan* 12.5.2000 (34 §), *Luca* 27.2.2001 (38 §) ja *Dombo Beheer B.V.* 27.10.1993 (31 §): ”The court’s task is to ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was permitted, were ”fair” within the meaning of Article 6 para 1.”

³⁰⁸ EIT katsoi ratkaisussa *Khan* 12.5.2000 (38 §), että oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä syytetyllä tulee olla ”opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording” (tapauksessa kyse oli laittomasti ja EIS 8 artiklan vastaisesti hankitun kuuntelutallenteen käytöstä todisteena). Ratkaisussa laittomasti hankitun todisteen käyttöä ei pidetty EIS 6 artiklan vastaisena, koska kansalliset tuomioistuimet olivat nimenomaisesti itse käsitelleet asiaa ja mm. pohtineet todisteen vastaanottamisen vaikutusta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle. Oikeusohje soveltuu myös suomalaisen rikosprosessiin – hyödyntämiskieltokysymysten esille tullessa on siten tärkeää, että tuomioistuimet pitävät PL 21 §:n perusoikeusnäkökohdat mielessään, ja tunnustavat menettelyn oikeudenmukaisuusvaikutukset relevanteiksi tekijöiksi todisteen sallittavuutta arvioidessaan.

tä, tai horjuttaa välillisesti annetun todistuksen uskottavuutta. Puolustuksen pyrkimykset osoittaa kuulusteltava asenteelliseksi tai epäluotettavaksi jäävät ”haja-ammunnaksi”, jos puolustukselta evätään kuulustelustrategialle keskeinen tieto henkilön henkilöllisyydestä.³⁰⁹ Anonyymitodistelun tilanteissa kuulopuhetodistaja-menettelyn katsotaan haaitaavan vastaavasti myös tuomioistuimen todistusharkintaa, koska tuomioistuin ei voi itse muodostaa käsitystä kuulusteltavien kertomusten luotettavuudesta välittömien havaintojensa perusteella.³¹⁰

EIT:n ratkaisuissa vahvistettu oikeusohje on pääkohdiltaan selvä:³¹¹ Rikossaasiassa langettavan tuomion perustuminen *yksinomaan tai pääasiallisesti* sellaisen todistajan tai muun kuulusteltavan kertomukseen, jota syytetyllä ei ole missään prosessin vaiheessa ollut mahdollisuutta kuulustella tai kuulustuttaa, loukkaa EIS 6 art. 3 kappaleen d-kohdassa syytetylle taattu oikeuksia, jolloin oikeudenkäynti ei ole oikeudenmukainen. Myös siinä tapauksessa, kun kyse on syytetyn lähiomaisen tai muun todistamisesta kieltäytymiseen oikeutetun henkilön vaitiolon korvaamisesta esitutkintakertomuksen lukemisella, tulee ratkaisevaksi oikeudenkäynnin konventionmukaisuuden arvioinnissa se, onko tällainen ei-välittömästi vastaanotettu todiste *ainoa* tai ainakin *keskeinen* syytettä tukeva todiste.³¹²

Sikäli kun muutakin näyttöä syyllisyyden tueksi on esitetty, ei kyse välttämättä ole EIS 6 artiklan loukkaamisesta, vaikka esitutkintakertomus ainoastaan luettaisiinkin oikeudessa.³¹³ Kontradiktorisesti puutteellista näyttöä siis saa ihmisoikeustuomioistuimen mukaan käyttää jossain määrin näyttönä, kunhan kyse ei ole ratkaisevasta ”avaintodistelusta”.³¹⁴ Juuri tämä seikka korostaa kontradiktorisen vaatimuksen periaateluonnetta (kyse ei ole ehdottomasta säännöstä). Tilanteet, joissa kontradiktorisuutta loukkaava todiste on ainoa syytettä tukeva näyttö, ovat suhteellisen yksitulkintaisia. Oikeusohjeen soveltaminen luonnollisesti jättää tulkinnanvaraa silloin, kun pohditaan, onko kontradiktorista

³⁰⁹ Ks. EIT:n ratkaisut *Kostovski* 20.11.1989 (42 §), *Windisch* 27.9.1990 (28 §) ja *Unterpertinger* 24.11.1986 (33 §).

³¹⁰ Ks. EIT:n ratkaisut: *Kostovski* 20.11.1989 (43 §) ja *Windisch* 27.9.1990 (29 §).

³¹¹ Vrt. *Choo* 1996 s. 186, jonka kritiikki EIT:n ratkaisukäytännön vähäisestä johdonmukaisuudesta johtunee siitä, että EIT:n ratkaisuissa vahvistetut yleishuomiot kontradiktorisuudesta eivät yksityiskohtaisuudessaan ja tarkkarajaisuudessaan pääse lähellekään englantilaisen common law’n ja statutory law’n todistamissääntöjä. Itse kuitenkin näkisin, että EIT on noudattanut valitsemaansa ratkaisulinjaansa johdonmukaisesti.

³¹² Ks. myös KKO:n ratkaisu 2000:71, jossa on käytetty vastaavaa argumentaatiota: ”B:n esituskinnassa antama kertomus on siten ollut *pääasiallinen näyttö* asiassa ja sillä on näin ollen ollut *ratkaiseva* merkitys sille, että A:n on voitu katsoa syyllistyneen...” (kurs. PP).

³¹³ Vaikka kontradiktorisuusloukkausta ei tapahtuisikaan, saatetaan esitutkintakertomuksen lukemistilanteessa esim. syytetyn *lähiomaisen* vaitiolotahdon sivuuttamista pitää perusoikeusepäyystävällisenä ja siten lähtökohtaisesti torjuttavana menettelynä; ks. jaksossa 4.3.3 esitettävää.

³¹⁴ Ks. *Jokela* 2000a s. 317 sekä *Ervo* 1996 s. 129 ja *Ervo* 2000 s. 995, jossa hän puhuu ”rikkana rokassa – hyödyntämisen” sallimisesta.

periaatetta rikkova todiste ”keskeinen” tai ”pääasiallinen näyttö”. EIT on käyttänyt vaihtelevia ilmaisuita menettelyn kontradiktorisuuden rajankäynnissään. Esimerkkeinä mainittakoon seuraavat EIT:n ratkaisut: *Windisch* 27.9.1990 (31 §; ”the trial court relied to a large extent on this evidence”), *Luca* 27.2.2001 (40 §; ”solely or to a decisive degree...”), *Unterpertinger* 24.11.1986 (33 §; ”mainly on the statements”), *Saïdi* 20.9.1993 (44 §; ”no evidence other than the statements”). Sen sijaan tapauksessa *Artner* 28.8.1992 (22–25 §) rikoksen asianomistajan esitutkinnassa antamat kertomukset luettiin tuomioistuimessa, koska häntä ei tavoitettu oikeudenkäyntiin. Syytetyllä ei ollut esitutkinnassakaan ollut mahdollista kohdata asianomistajaa. Konfrontaation puutteesta huolimatta menettelyn oikeudenmukaisuutta ei katsottu rikotun, koska EIT:n mielestä asianomistajan kertomus ei ollut ainoa syytetä tukeva näyttö (”it could consider those statements to be corroborated by other evidence”). Yksiselitteisesti ei voitane siten sanoa, että esim. ”50 prosenttinen” kontradiktorisuuden loukkaus johtaisi menettelyn epäoikeudenmukaisuuteen.³¹⁵

EIT:n ja sittemmin myös KKO:n omaksuma tulkintalinja edellyttää väistämättä *yksittäistapauksellista näytön arviointia* siitä, missä määrin kontradiktorinen periaate on jäänyt toteutumatta, ja onko tällainen todiste ainoa syytetä tukeva todiste (ja jos ei, kuinka merkittävästä todisteesta on kyse). Rajanveto on vaikeaa, koska käräjäoikeus ja mahdollisesti myös muutoksenhakutuomioistuin joutuu arvioimaan, mikä näyttövaikutus ei-välittömästi annetulla suullisella tai kirjallisella todisteella on *yhdessä muiden todisteiden kanssa*.

Ongelmallista on, että mahdollisesti ”ainoa näyttö” -tilanteet poislukien, oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden (todisteen hyödyntämiskiellon) ratkaiseminen jää siten jossain määrin *riippuvaiseksi lopullisen todistusharkinnan lopputuloksista*. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta tulee arvioida ensisijaisesti juuri syytetyn näkökulmasta. Tällöin se, tuleeko syytetty lopulta tuomituksi kontradiktorista periaatetta loukkaavan todisteen perusteella, on viime kädessä ratkaisevaa. Todistelun vastaanottamisen aikana ei kuitenkaan aina voida suorittaa niin lopullista todistusharkintaa, että selviäisi, rikottaisiinko menettelyn kontradiktorisuutta ”liikaa” po. todisteen esittäminen sallimalla tai (syyksilukevan?) ratkaisun perustamisella siihen.³¹⁶

³¹⁵ Ks. myös *HE 190/2002 vp.* s. 24, jossa (lapsen) kuulustelulla nähdään olevan ’keskeinen merkitys’ paitsi silloin, kun muuta todistelua jostain seikasta ei ole, myös silloin, kun kuulustelulla on merkitystä muun todistelun arvioinnissa; ”esimerkiksi pitkässä todisteluketjussa sinänsä vähäisellä havainnolla voi olla keskeinen merkitys todistelun arvioinnissa.” Pidän argumentointia osuvana. Todisteen ’keskeisyyden’ arvioinnin tulisikin perustua ’aitoon’ todistusharkinnan analysointiin, ts. siihen, mitkä seikat – kenties näennäisestä vähäisestä asemastaan huolimatta – tosiasiaa johtavat tietynlaisiin päätelmiin.

³¹⁶ On korostettava, että samalla kertaa tapahtuva välittömyysperiaatteen loukkaaminen tulee erottaa kontradiktorisuusvirhepohdinnasta. Välittömyysperiaatteen ensisijaisena suojelufunktiona on todistelun luotettavuus, mistä syystä sen näkökulmasta todisteen poissuljenta oikeudenkäyntiaineistosta voi näyttäytyä ”ylimitoitetulta” tulkinnalta. Kontradiktorisen periaatteen ensi-

Ongelman vaikeus ei kuitenkaan oikeuta sen sivuuttamista. Sikäli kun todistelun vastaanottamisen aikana tuomioistuim ei kykene riittävästi arvioimaan kontradiktorisuusloukkauksen lähempää merkitystä menettelyn oikeudenmukaisuudelle (eli ikään kuin ”ennakoimaan” todistusharkinnan sisältöä ja jutun lopputulosta), tulee kontradiktorisen periaatteen toteutumista rajoittava todiste kuitenkin sallia otettavan vastaan (jos muita syitä todisteen vastaanottamisesta kieltäytymiseen ei ole). Menettelyn oikeudenmukaisuusnäkökohtia on tällöin arvioitava jälkikäteen todistus- ja tuomioharkintavaiheessa. EIT:n ratkaisulinjan valossa yhtenä mahdollisena menettelyvaihtoehtona on pidettävä myös sitä, että tuomioistuin asettaa jälkikäteen – ts. todisteen esittämisen jälkeen – hyödyntämiskiellon kontradiktorisuutta liikaa loukkaavalle todisteelle. Punnintaratkaisua vaikeuttaa edelleen se, että menettelyn oikeudenmukaisuus syytetylle voi näyttäytyä erilaiselta riippuen siitä, tuomitaanko hänet lopulta rikoksesta vai ei – mahdollista *voinee* siten olla myös se, että kontradiktorisuusloukkausta pidettäisiin epäoikeudenmukaisena syyksilukevan tuomion tapauksessa, mutta ei vapauttavan tuomion tilanteessa.

Tulkinnassa pitänee lähteä siitä, että silloin kun syytteen hyväksyminen ilman sanottua todistettakin olisi mahdollista, ei kyse ole niin merkittävästä todisteesta, että syytetyn ihmisoikeussopimuksen ja perustuslain mukaisia oikeuksia rikottaisiin. Silloin, kun syytteen hyväksyminen perustuu yksinomaan ei-kontradiktoriseen näyttöön, on todisteen merkitys niin suuri, että vastakuulustelumahdollisuuden puuttuminen riistää syytetyltä oikeuden oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin. Ratkaisunteko on vaikeinta tilanteissa, joissa syytteen hyväksyminen edellyttää kontradiktorisuutta rikkovan (ei-välittömän) todisteen jonkinasteista yhteisvaikutusta muun näytön kanssa.

sijainen suojelufunktio on kuitenkin menettelyn oikeudenmukaisuuden takaaminen. Nimenomaan tästä näkökulmasta katsottuna todisteen poissuljenta – ts. hyödyntämiskiellon asettaminen – voi in casu näyttäytyä perusteltuna ja tarpeellisena.

3 Rikoksen selvittämismvastuu ja todistusharkinta

3.1 TERMINOLOGISIA TÄSMENNYKSIÄ

Edellisessä luvussa käsiteltyt yleisempiä yhteiskunnallisia arvoja ilmentävät menettelysäännöt ja oikeusperiaatteet samoin kuin oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen (ja siten perustuslainmukaisuuteen) liittyvät tekijät tulee aina ottaa huomioon oikeudenkäyntimenettelyssä. Rooliperiaatteilla ja kontradiktorisella periaatteella voi olla välitöntäkin merkitystä henkilötodistelun esittämiselle ja vastaanottamiselle. Koska tutkimuksen yhtenä tavoitteena on asettaa henkilötodistelumenettely kokonaisrikosprosessuaaliseen kontekstiin siten, että konkreettisesti suoritettava todistajankuulustelumenettely voitaisiin nähdä – jos ei kaikkien niin ainakin merkittävimpien – taustatekijöidensä valossa, on tässä aiheellista luoda teoreettinen katsaus myös todistelutoimintaan yleisemmällä tasolla. Todistusteorioiden käsittely on perusteltua, koska tuomioharkinnan heuristiikka on joka tapauksessa se viimekätinen prosessi, johon todistelulla pyritään vaikuttamaan. Myös todistustaakka- ja tuomitsemiskynnsopit vaikuttavat välittömästi oikeudenkäynnin asianosaisten todistelustrategiaan ja prosessuaalisen tilanteen hahmottamiseen, ja siten välillisesti myös todistajankuulustelun suunnittelussa ja toteuttamisessa huomioitaviin tekijöihin.

Todistelun määrän ja laadun välistä yhteyttä käsitellään pitkälti Diesenin kehittämän terminologian ja käsitteistön valossa, jota erityisesti Frände on soveltanut Suomessa.¹ Esitys on tarkoitettu havainnollistamaan ja pohjustamaan tuomarin materiaalisen prosessin johdon rajoja koskevaa myöhempää esitystä. Luvussa esitetyillä näkemyksillä on relevanssia myös virallisen syyttäjän aseman hahmottamiselle uudistetussa rikosprosessissa: vastuu riittävän laadukkaan ja laajan todistelun esittämisestä on nimenomaan syyttäjällä. Esitettävällä hypoteesimetodilla havaitaan myöhemmin olevan välitön yhteys myös asianosaisten valmistautumiselle oikeudenkäyntiin. Ennen mainittujen seikkojen käsittelyä (3.2–3.5) on kuitenkin tarpeen luoda katsaus todistusoikeudelliseen käsitteistöön.

¹ Tässäkin sovellettava teoria perustuu pitkälti Diesenin 1993 ja 1997 ja Fränden 1999 esityksiin.

3.1.1 Todistelusta ja oikeudenkäynnin subjekteista

Käsillä olevan tutkimuksen keskeisenä kohteena on *todistelu*, lähemmin henkilötodistelu. Todistelulla sanana voidaan viitata useaan asiaan. Yleisimmin todistelulla ymmärretään oikeudenkäynnissä, tarkemmin sen pääkäsittelyssä tapahtuvaa todisteiden esittämistä tuomitsevalle tuomioistuimelle, jotta näin voitaisiin rekonstruoida jokin menneisyyden tapahtumainkulku.² Rikosprosessissa todistelua tapahtuu myös jo esitutkinnassa, jossa pyritään selvittämään, onko syytä epäillä rikoksen tapahtuneen, ja kuka on syylliseksi epäilty. Näistä näkökulmista katsottuna 'todistelussa' on kyse prosessuaalisesta menettelystä. Toisaalta todistelulla voidaan viitata sekä varsinaisen todisteiden esittämisen jälkeen tapahtuvaan asianosaisten loppulausuntomenettelyyn, että myös tuomioistuimen suorittamaan todistusharkintaan. Todistelulla voidaan tarkoittaa siis sekä todisteiden esittämismenettelyä että tätä menettelyä seuraavaa todisteiden arviointiprosessia.³ Tässä todistelua pyritään tarkastelemaan kummastakin näkökohdista, etenemisjärjestyksensä puolesta tosin sikäli epäkronologisesti, että huomio on ensin todisteiden arvioinnissa ja vasta tämän jälkeen (erityisessä osassa) todistelumenettelyssä.

Oikeudenalana todistusoikeus voidaan jakaa muodolliseen ja aineelliseen todistusoikeuteen. Muodolliseen todistusoikeuteen kuuluvat normit järjestävät todistelun ulkoista kulkua ja järjestystä (OK 17:26–42) kun taas aineellisen todistusoikeuden säännökset määräävät todistajan ja asiantuntijan vaitiolo-oikeudesta ja -velvollisuudesta (OK 17:18–25).⁴ Toisaalta todistusoikeus voidaan jakaa menettelylliseen todistusoikeuteen ja näytön arviointiin kuuluvaan todistusoikeuteen. Tässä jaottelussa valtaosa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun säännöksistä on luettavissa menettelylliseen todistusoikeuteen.⁵

Rikosoikeudenkäynnin *asianosaisia* ovat muodollisesti rikoksesta syytetty,⁶ virallinen syyttäjä⁷ ja vahingonkorvaus- ja/tai rangaistusvaatimuksen esittävä läsnä oleva rikoksen asianomistaja. Poissaoleva asianomistaja tai sellainen

² Ks. *Robberstad* 1999 s. 270: ”Rettsaken er... en spesiell form for historisk forskning.”

³ *Lappalainen* 2001a s. 128. Ks. myös *Virolainen* 1988 s. 58.

⁴ Esitetty erottelu on pidettävä erillään jaottelusta *materiaaliseen ja muodolliseen todistusjärjestelmään*. Materiaalisella todistusjärjestelmällä tarkoitetaan todistusoikeudellista järjestelmää, jolla tavoitellaan aineellisen totuuden esille saamista: sekä vapaa todistusteoria että sitä historiallisesti edeltänyt legaalinenkin todistusteoria ovat tai olivat tällaisia. Muodollisilla todistusjärjestelmillä tarkoitetaan yleensä alkukantaisia todistusjärjestelmiä, joissa erilaiset todistelurituaalit korostuivat aineellisen totuuden kustannuksella. Ks. *Lappalainen* 1988 s. 26, *Lappalainen* 2001a s. 140, *Aalto* 1967 s. 8 av. 2 ja *Robberstad* 1999 s. 66.

⁵ Näin *Lappalainen* 2001a s. 129.

⁶ Ks. terminologisesta valinnasta (syytetty) edellä jaksossa 1.1.2 (s. 3 av. 7) esitettyä.

⁷ Syyttäjän asianosaisasema ei eurooppalaisittain ole itsestään selvä, ks. tästä *Jääskeläinen* 1997 s. 154–155.

paikalla oleva asianomistaja, jolla ei ole vaatimuksia, sen sijaan ei ole prosessin asianosainen.⁸ Myöskään tuomioistuimen puheenjohtaja taikka lautamiehet eivät ole prosessin asianosaisia, koska oikeutta ei käydä näiden tahojen nimissä.⁹

Laki ei sisällä todistajan määritelmää, mutta kirjallisuudessa todistaja määritellään yleensä *oikeudenkäynnin asianosaispiirin ulkopuoliseksi henkilöksi, jota kuullaan asian ratkaisulle relevanttien tosiseikkojen selvittämiseksi*.¹⁰ Legaaliseseen todistusteoriaan kuuluneiden todistajanjäävien ollessa jo pitkään kumottuina,¹¹ voidaan voimassa olevan lainsäädännön mukaan todistajana kuulla ketä tahansa paitsi jutun asianosaista (OK 17:18). Suomessa esteellisyys todistajana toimimiseen perustuu siis aina henkilön suhteeseen käsillä olevan oikeusprosessin asianosaisiin.¹² Vastaavalla tavalla esteellinen todistajaksi voi olla myös asianosaisen lakimääräinen edustaja (esim. huoltaja), mutta ei kuitenkaan asianosaisen oikeudenkäyntiavustaja tai -asiamies. Todistajan suhde käsillä oleviin todistusteemoihin ei ole ratkaisevaa arvioitaessa sitä, voidaanko häntä kuulla nimenomaan todistajan ominaisuudessa. Todistajan suhde asiaan ja sen vaikutus kertomuksen näyttöarvon arvioinnille luonnollisesti otettava huomioon todistajankertomuksen luotettavuutta punnittaessa – lähtökohtaisesti epäluotettaviakaan todistajia ei kuitenkaan sinänsä ole estetty toimimasta todistajana.¹³

Todistajana kuulusteltavan henkilön tulee olla *todistajakelpoinen*. Todistajan yleisestä kelpoisuudesta säädetään joustavasti OK 17:21:ssä: periaatteessa kaikki henkilöt, joilla ”on kyky tehdä havaintoja ja kommunikoida tietonsa ulkopuolisille, ovat todistajaksi kelpoisia.”¹⁴ Alle 15-vuotiaiden ja mielisairaiden kohdalla tuomioistuin voi kuitenkin tapauskohtaisesti harkita, onko perusteltua kuulla henkilöä todistajana (OK 17:21.1).¹⁵ Jos tuomioistuin

⁸ Ks. *Lappalainen* 1988 s. 103 ja *Niemi-Kiesiläinen* 1997 s. 447. Ns. prosessuaalisen asianosaiskäsitteen mukaisesti asianosaisena pidetään jutussa juuri todisteluhetkellä kantajana tai vastaajana – rikosprosessissa syyttäjänä tai syytettynä – esiintyvää henkilöä. Ks. *Lappalainen* 2001a s. 208 ss.

⁹ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 230.

¹⁰ Ks. esim. *Tirkkonen* 1966 s. 215–216, *Lappalainen* 1988 s. 24, *Lappalainen* 2001a s. 206 ja *Havansi* 2002 s. 92. Puhtaan muodollisesti määriteltynä todistaja on henkilö, jonka kuulemiseen sovelletaan OK 17 luvun 18–42 §:n säännöksiä.

¹¹ Ks. tästä *HE 137/1945 vp.* s. 1.

¹² Sääntelyvalinta on päinvastainen kuin angloamerikkalaisissa oikeuskulttuurissa, jossa oikeudenkäynnin asianosaiset – mm. syytetty – voivat toimia muodollisestikin todistajan ominaisuudessa.

¹³ Ks. *Lappalainen* 1988 s. 30, 89 ja 159–160.

¹⁴ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 213 ja *Jokela* 2000a s. 324. *HE 190/2002 vp.* s. 25 ehdotetaan perustellusti nykyinen OK 17:21:n 2 momentti kumottavaksi (säännöksen mukaan todistajaksi kelpaamattomaksi on katsottu mm. aikaisemmin perättömään lausumaan syyllistyneet henkilöt).

¹⁵ Todistajan yleisen kelpoisuuden ehdot eivät ole identtisiä prosessitoimikelpoisuuden edellytysten kanssa. Prosessitoimikelvottomia ovat alle 15-vuotiaat ja sieluntoiminnaltaan häiriintyneet, ks. *Kangas* 1997 s. 1453 s.; syytetyn presumoidaan aina olevan oikeudenkäyntikelpoinen (ks. *Lappalainen* 1986a s. 356, ks. myös *Lappalainen* 1995 s. 266 s.). Tuomioistuin voi kuitenkin

torjuu tällaisen henkilön kuulemisen todistajana, ei tällöin kyseeseen tule myöskään henkilön kuuleminen vapaamuotoisesti todistelutarkoituksessa.¹⁶ Todistajan yleisen kelpoisuuden puuttuminen muodostaa siten totaalisen esteen henkilön kuulemiselle.

Todistajan erityinen kelpoisuus on pidettävä erillään yleisestä kelpoisuudesta. Erityisestä kelpoisuudesta säädetään OK 17:18:ssä. Säännöksen merkitys normina tosin rajoittuu pitkälti siihen, että se määrää kuulustelumenettelyssä noudatettavien säännösten valinnasta (kyse on ns. roolisäännöksestä).¹⁷ Sanottu johtuu siitä, että erityisen kelpoisuuden puuttuminen ei ole este henkilön muunlaiselle kuulemiselle. OK 17:18:n mukaisesti muodollisesti todistajaksi kelpaamatonta henkilöä voidaan kuulla vapaamuotoisesti todistelutarkoituksessa (tällöin henkilöä kuulustellaan kuultavan prosessuaalissa asemassa).

Asianomistajan määrittelemiseksi on esitetty useita kriteereitä siten, että voidaan puhua aineellisoikeudellisista ja prosessuaalisista määritelmistä.¹⁸ Aineellisoikeudellisten määritelmien lähtökohtana on tunnistaa henkilö tai taho, joka on tullut rikoksella välittömästi loukatuksi tai vaarannetuksi. Prosessuaalinen asianomistajan määrittely perustuu siihen, että määritellään taho, jolla on oikeus vaatia rikoksen johdosta rangaistusta.¹⁹ Perinteisesti eniten kannatusta saaneen Granfeltin aineellisoikeudellisen määrittelyn mukaan rikoksen asianomistajana voidaan pitää 1) rikoksen kautta ensi kädessä loukatun oikeushyvän haltijaa,²⁰ 2) sitä, jolle on välittömästi rikoksen kautta syntynyt yksityinen oikeudellinen vaade sekä 3) sitä, jonka oikeuspiiriä tapahtunut politiarikos²¹ välittömästi vaarantaa.²² Prosessuaalisen asianomistajakäsitteen perustana on usein muodollisen tarkoituksenmukaisuusharkinnan perusteella tapahtuva arviointi siitä, ketä on pidettävä asianomistajana. Määritelmää rasittaa epämääräisyys, koska asianomistaja-aseman kytkeminen siihen, kenellä on oikeus vaatia

määrätä OK 12:4a:n perusteella asianosaiselle edunvalvojan oikeudenkäyntiä varten. – Lasten kuulustelujärjestykseen esitetyistä muutoksista ks. *Oikeusministeriö* 2002 s. 47–52 ja *HE 190/2002 vp.* s. 10–11 ja 23–24: ehdotuksen mukaan mahdollista olisi, että jatkossa lapsen oikeudessa kuuleminen voitaisiin korvata esitutkinnassa laaditun videotallenteen katselulla. Jos lasta kuitenkin kuullaan tuomioistuimessa henkilökohtaisesti, suorittaisi kuulustelun pääsäännöstä poiketen lähtökohtaisesti tuomioistuin.

¹⁶ Näin *Lappalainen* 2001a s. 215 ja *Tirkkonen* 1972 s. 229 ja 235.

¹⁷ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 212 ja 271 ss.

¹⁸ Ks. *Lappalainen* 1986a s. 18, *Jokela* 2000a s. 59 ja *Jokela* 2002 s. 13. Ks. myös *Lindgren ym.* 2001 s. 27 ss. asianomistajan ja laajemman rikosuhrin käsitteen välisestä suhteesta.

¹⁹ Ks. *Jonkka* 1992a s. 49, *Vuorenpää* 1999 s. 43 ss. ja seikkaperäisesti *Virolainen* 1998 s. 182–193.

²⁰ Tämä asianomistajamäärittelyn 'klassinen' osa on vakiintunut käyttöön sekä Skandinaviassa että Saksassa jo 1800-luvun lopulta lähtien, ks. *Robberstad* 1999 s. 203–204.

²¹ Politiarikosten määrittelystä ks. esim. *Virolainen* 1998 s. 182 av. 6 ja *Vuorenpää* 1999 s. 42.

²² Ks. mm. *Jokela* 2000a s. 58 ss., *Helminen ym.* 2002 s. 161 ss., *Jonkka* 1992a s. 48–49 sekä *Vuorenpää* 1999 s. 28–43. Ks. myös *Havansi* 2002 s. 60–61. Aikaisemmin mm. Granfeltin puoltama politiarikos-määrittely on sitemmin menettänyt merkitystään. RL:n yleisten oppien uudistuksen yhteydessä (ks. *HE 44/2002 vp.* s. 33) politiarikoksen käsite siirtynee lopullisesti oikeushistoriaan.

teosta rangaistusta, ei ilmaise kriteereitä sen arviointiin, kenellä tällainen oikeus lopultakin on.²³ Ns. sekamääritelmien mukaan ensisijaisena valintakriteerinä on pidettävä aineellista asianomistajan määrittelyä, mutta vaikeissa tapauksissa voidaan huomiota kiinnittää myös prosessuaalisiin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. Tässä ei ole tarkoitus lähemmin syventyä asianomistajan määrittelystä käytyyn keskusteluun. Tutkimuksen kannalta ns. prosessuaalinenkin asianomistajamääritelmä on periaatteessa ”riittävä” – henkilötodistelu- vaiheessa asianomistajatahot on jo määritelty, joten asianomistajan rooli voidaan käsittää puhtaan prosessuaalisesti.²⁴

Myöskään *asiantuntijan* määrittelyä ei voida suorittaa täysin yksiselitteisesti. Yleisesti ottaen asiantuntija kuitenkin eroaa todistajasta siinä, että asiantuntija tekee selkoa erityisistä kokemussäännöistä, kun taas todistaja kertoo jutulle relevanteista tosiseikastohavainnoista eli faktoista. Asiantuntijakin voi toisaalta myös rikastuttaa oikeudenkäynnin tosiseikastomateriaalia, koska usein asiantuntija soveltaa kokemussääntöä tapauksen faktoihin ja tekee niistä johtopäätöksiä, joilla voi olla välitöntä relevanssia jutun oikeustositseikkojen arvioinnille. Yksiselitteisin erottelukriteeri todistajasta lienee se ajankohta, jolloin mahdolliset tosiseikkahavainnot ja niistä tehtävät johtopäätökset tehdään: todistaja todistaa menneisyyden tapahtumista, kun taas asiantuntijan todistus- teema kattaa johtopäätökset, jotka hän on muodostanut tai tulee muodostamaan myöhemmin kuin havainnon yhteydessä eli varsinaisten todistettavien tapahtu- mien jälkeen.²⁵

3.1.2 Todistusoikeuden peruskäsitteitä

I Todistusteema (faktum probandum) tarkoittaa todistelun kohdetta, täsmälli- semmin ilmaisten jutun faktapremissin asettamisen kannalta (oikeudellisesti) merkityksellisiä tosiasioita.²⁶ Kyse on siitä, mitä tulee todistaa, viime kädessä asianosaisen faktaväitteestä.²⁷ Todistusteemana olevat tosiseikat voivat olla sekä todistustosiseikkoja että oikeustositseikkoja.²⁸ Pääosa todistelusta kohdis- tuu tosiseikkojen selvittämiseen, joskin todistelua voidaan esittää myös ns.

²³ Prosessuaalisesta asianomistajakäsitteestä lähemmin ks. *Vuoren pää* 1999 s. 43 ss.

²⁴ Ks. *Lappalainen* 1986a s. 19–20 sekä mt. s. 145 siitä, että asianomistajan lähiomainen, jolle syyteoikeus rikoksesta on RL 8:6.2:n perusteella siirtynyt (ROL 1:17), tulisi rinnastaa varsinaiseen asianomistajaan siten, että tällaista henkilöä ei voitaisi kuulla (valan nojalla) todistajan prosessuaalisessa asemassa. Ks. myös *Jokela* 2000a s. 164–166 sekä *Jokela* 2002 s. 15–17 asianomistaja-asemaa määrittävästä oikeuskäytännöstä.

²⁵ Ks. *Edelstam* 1991 s. 188 ss. ja *Lappalainen* 2001a s. 282.

²⁶ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 130, *Klami* 2000 s. 17, *Jonkka* 1992a s. 77 ja *von Eyben* 1986 s. 18.

²⁷ Ks. *Lappalainen* 2002 s. 40.

²⁸ Ks. *Lappalainen* 1986b s. 766 ja *Hormia* 1978 s. 68. Oikeus- ja todistustosiseikan käsitteistä lähemmin heti jäljessä.

kokemussäännöistä.²⁹ Lopullisena todistelun kohteena eli todistusteemana on tosin aina jokin asianosaisen *väittäjä* konkreettinen oikeustositseikka, sillä vasta niihin kytkeytyy oikeusseuraamus.³⁰ Rikosprosessissa syyttäjän lähtökoh-
taisena todistusteemana on siten *syyttäjän väittäjä teonkuvaus, joka täyttää tietyn rikostunnusmerkistön*. Syytetyn todistusteema voi olla sellainen syyttä-
jän teemalle vastakkainen seikka, joka tekee syyttäjän väitteen mahdottomaksi tai epäuskottavaksi (esim. alibi) tai joka riistää syyttäjän vetoamalta teolta sen oikeudenvastaisuuden (esim. hätävarjelu tai pakkotila).³¹ Syytetyn teema voi rajoittua myös lieventäviin asianhaaroihin vetoamiseen eli rangaistuksen mit-
taamiseen vaikuttaviin seikkoihin vaikuttamiseen. Syytetyllä ei yleisesti ole velvollisuutta yhtä tarkasti muotoiltujen todistusteemojen esittämiseen kuin syyttäjällä, vaan väljästikin ilmaistut väitteet saattavat aktualisoida uusia todis-
tusteemoja.³²

Todistusteema on kaikelle todistelutoiminnalle merkityksellinen käsite. To-
distelun ja yleisemminkin prosessistrategian suunnittelun tulisinakin aina olla ns. *teemalähtöistä*. Tämä edellyttää ensinnäkin jutussa aktualisoituvan materiaali-
sen oikeuden tarkkaa analysointia, jotta asialle relevantit abstraktit oikeus-
tosiseikat saataisiin selville. Toisekseen jutusta täytyy löytää ja erottaa kutakin
abstraktia tunnusmerkistökiteijää vastaavat konkreettiset tapahtumafaktat (konk-
reettiset oikeustositseikat). Kukin tällainen oikeustositseikkaväite edellyttää vie-
lä luonnollisesti tuekseen todistelua. Tässä mielessä teemalähtöisyys tarkoittaa
sitä, että kukin todiste 'kytketään' positiivisena tai negatiivisena näyttönä
johonkin jutun konkreettiseen oikeustositseikkaan.³³

Akkusatorisessa prosessissa asianosaiset esittävät omia konkreettisia tosisei-
kastoväitteitään eli *tilannekuvauksiaan*, jotka saattavat poiketa huomattavas-
tikin toisistaan. Väitetyillä tosiseikoilla joko voi olla oikeudellista relevanssia
(jolloin kyse on oikeustositseikasta) tai sitten ei. Toisin ilmaisten kyse on
asianosaisten mahdollisesti erilaisista *tilannetulkinnnoista*, jolloin ratkaisevaa
on se, mitkä tilannekuvaukset katsotaan oikeussäännösten valossa merkityk-
sellisiksi. Jotta asia saataisiin luotettavasti ja aineellista totuutta vastaavalla
tavalla ratkaistuksi, tulisi tuomioistuimen käytössä olla täydellinen tilanne-
tulkinta eli tilanne, jossa käsiteltävä asia on kuvattu faktoiltaan riittävästi
kaikkien soveltuvien normien kannalta. Akkusatorisessa rikosprosessissa on
luonnollista, että asianosaisten käsitykset merkityksellisistä tilannekuvauk-
sista (oikeustositseikoista) valikoituvat pitkälti sen mukaisesti, mitkä seikat

²⁹ Ks. Tirkkonen 1972 s. 98 ja 103, Lindell 1987 s. 172, Hassler 1960 s. 1 ja 5 ja Kallenberg 1940 s. 501.

³⁰ Ks. Jonkka 1993 s. 31, jonka mukaan todistusteema on itse asiassa *väittäjä* oikeustositseikois-
ta, eli tämä on varsinaisesti todistelun kohde. Vrt. Ekelöf – Boman 1992 s. 13.

³¹ Ks. Frände 1999 s. 336 s. ja Hirvonen 1995 s. 441.

³² Ks. Bolding 1989 s. 21–22.

³³ Todistusteeman sitovuutta henkilötodistelussa (asia- tai aihepiirinsä suhteen) käsitellään myö-
hemmin jaksossa 6.2.2 (III).

parhaiten palvelevat heidän (puolueellisia) intressejään. Virallisen syyttäjän objektivisuusvelvollisuus voi toisaalta johtaa siihen, että syytetyn ja syyttäjän intressit oikeudenkäynnissä eivät (enää) ole vastakkaiset: syyttäjä on velvollinen huolehtimaan sittemmin syyttömäksi katsomansa syytetyn vapauttamisesta syytteestä.³⁴

Tuomioistuim puolestaan tulkitsee näitä asianosaisten vetoamia oikeustoisieikkoja oikeudellisen esiyymäryksensä valossa: tuomioistuinkäytännössä on muodostunut yleisiä tietyn normitulkinnan ja tilannekuvauksen yhdistäviä tyyppitapauksia. Näin tuomioistuinratkaisuisa voidaan varmistaa paitsi niiden asianmukaisuus (koherentti normitulkinta ja kattava tilannekuvaus), myös oikeusvarmuusvaatimuksen edellyttämä ratkaisuiden ennakoitavuus. Joustava normi- ja faktatulkinta tosin edellyttää, että tuomioistuinten kuvattu esiyymäryys ei sulje pois oikeusjärjestelmän ulkopuolisia tekijöitä, vaan että se olisi avoin yhteiskunnallisille diskursseille.³⁵

Todistuskeinoilla tarkoitetaan niitä konkreettisia keinoja tai välineitä, joilla todistelu toteutetaan oikeudenkäynnissä.³⁶ Todistuskeinot ovat siis ulkonaisia keinoja, joilla todistusperusteet saatetaan tuomioistuimen tietoon.³⁷ Katselmusta, esinetodisteita ja kirjallisia todisteita kutsutaan reaalisiksi todistuskeinoiksi. Katselmuksessa tuomari tekee havaintoja aineellisesta esineestä (katselmusobjektista) ja muodostaa sen nojalla itselleen käsityksen relevanteista tosiseikoista.³⁸ Kirjallista todistetta käytetään todisteena siinä olevan kirjallisen lausuman tai kertomuksen vuoksi.³⁹ Henkilöllisiä todistuskeinoja ovat asianosaisten kuulustelu (totuusvakuutuksella tai ilman⁴⁰), todistajan kuulustelu⁴¹ ja asiantuntijan

³⁴ Näin *Robberstad* 1999 s. 103 i.f. Syyttäjä on esim. oikeutettu hakemaan tuomioon muutosta myös syytetyn eduksi, ks. ROL 1:13.

³⁵ Tilannekuvauksen ja tilanetulkinnan käsitteitä käyttää *Tuori* 2000 s. 124 ss. ja 129 kuvatesaan Klaus Güntherin ja Habermasin oikeusfilosofian mukaista lainkäytön diskursiivisuutta.

³⁶ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 130 ja *Hassler* 1960 s. 2 ss.

³⁷ *Tirkkonen* 1966 s. 72.

³⁸ *Tirkkonen* 1966 s. 145 s. sekä *Wrede* 1910 s. 57.

³⁹ Ks. *Tirkkonen* 1966 s. 153, *Wrede* 1910 s. 70, *Lindell* 1987 s. 173 ja *Prüfer* 1986 s. 3. Teknisen kehityksen johdosta näyttöä esitetään uudentyyppisillä todistuskeinoilla (esim. videofilmit, ääninauhoitteet ja DNA- analyysit), joita voi joskus olla vaikeaa mahdolltaa perinteiseen todistuskeinoluokitteluun, ks. *Döhring* 1964 s. 19.

⁴⁰ *HE 15/1990 vp.* s. 106. Vrt. *Tirkkonen* 1972 s. 205 s., jossa Tirkkonen ei lue asianosaisten vapaata kuulustelua varsinaiseksi todistuskeinoksi. Tästä näkemyksestä on sittemmin luovuttu ja asianosaisten vapaatakin kuulemista pidetään todistuskeinona.

⁴¹ Rikosprosessin asianomaiset yhtäältä (eli asianomistaja ja syytetty) sekä toisaalta todistaja voivat toimia (myös) reaalitydostiteina silloin, kun suoritetaan esim. kehon katselmus tai kun kyse on henkilön tunnistamisesta. Tämä puoli todistelusta jätetään kuitenkin tässä vaille lähempää tarkastelua. Ks. kuitenkin *Hormia* 1979 s. 66–67, joka puhuu ’objektiivisesta henkilötodistelusta’ sekä mm. *Peters* 1966 s. 113. Poikkeuksena todistuskeinoluokittelussa on sellainen kirjallinen todistajankertomus tai kertomuksesta laadittu äänitetallenne, joka luetaan tai kuunnellaan oikeudenkäynnissä (OK 17:11): tällöin kyseessä ei ole kirjallinen todiste, vaan kyse on suullisesta todistelusta, todistajan kuulemisesta (näin *Lappalainen* 2001a s. 185). Äänitallennetta tulee kuitenkin pitää reaalitydostiteena silloin, kun kyse ei ole esitutkinnassa tai KO:ssa pidetyn kuulustelun äänitallenteesta, vaan muunsisältöisestä (’ulkoprosessuaalisesta’) äänitteestä.

lausunto.⁴² Tämän tutkimuksen aiheena olevalla *henkilötodistelulla* tarkoitetaan viimeksi mainittujen henkilöiden kuulustelua todistelutarkoituksessa oikeudenkäynnissä.

Yleisessä kielenkäytössä *tosiseikalla* ymmärretään jotain historiallista faktaa, tapahtumaa tai asiantilaa. Kyseeseen tulevat sekä ulkomaailman tapahtumat ja tilat että ns. sisäiset tapahtumat ja olotilat (kuten esimerkiksi toiminnan tahallisuus).⁴³ Prosessioikeudessa tosiseikka viittaa jotain tapahtumaa koskevaan väitteeseen eli kyse on väitteen esittäjän suorittamasta todellisuuden kuvauksen rajauksesta. Todistusoikeudessa tosiseikka tarkoittaakin viime kädessä lausumaa tai väitettä, koska todistusharkintaan kuuluvat loogiset operaatiot ja johtopäätökset (tosi vai epätosi) ovat mahdollisia vain lausumasta, mutta eivät tapahtumasta. Ollakseen tosi tai epätosi lausuman tulee olla (analyytinen tai) todellisuutta kuvaava lause.⁴⁴ Todistusoikeudessa tällaista asianosaisen esittämää tapahtumaväitettä kutsutaan *konkreettiseksi tosiseikaksi*. Silloin kun oikeusjärjestelmä myöntää näille väitteille oikeudellista relevanssia, puhutaan oikeustositseikasta ja todistustositseikasta. Seikka, johon asianosainen vetoaa, ei kuitenkaan välttämättä saa oikeus- tai todistustositseikan asemaa, jos tuomioistuimien katsoo asianosaisen vetoamalta seikalta kokonaan puuttuvan relevanssin asialle.⁴⁵

Tositseikat jaetaankin välittömästi ja välillisesti relevantteihin.⁴⁶ Kun seikalla on välitöntä relevanssia jutussa tarkoittaa se sitä, että siihen on lain mukaan kytketty jokin oikeusseuraamus. Tällainen tosiseikka on tietyn oikeusseurauksen faktapremissi sellaisenaan ilman, että siihen tarvitsisi yhdistää muita seikkoja. Oikeustositseikat määrittävän näin ollen prosessin kohteen. Välittömästi relevantteja tosiseikkoja kutsutaan osuvasti *oikeustositseikoiksi*.⁴⁷ Käsitteenä oikeustositseikka eli oikeusnormin mukaisen oikeusseurauksen edellytyksenä oleva seikka liittyy oikeudellisen subsumptio toiminnan tasolle. Paitsi kompleksin oikeuslauseen ylälause, myös subsumptio-alalauseetta tarkoitettava konkreettinen tosiseikka saattaa tarvita edelleen täsmentämistä, koska subsumptiossa sekä oikeusnormi että sen soveltamiseen käytettävät faktat saattavat edellyttää keskinäistä vuorovaikutusta konkretisoituakseen.⁴⁸ Oikeustositseikasta puhuminen siis edellyttää, että siihen liittyvä normi on (’ensin’) kyetty

⁴² Ks. ratkaisu KKO 1999:74, jossa KRP:n asiakirjan aitoutta koskeva tutkimuslausunto katsottiin voitavan ottaa vastaan kirjallisena asiantuntijalausuntona eli kirjallisena todisteena (kyse ei ollut OK 17:11.1.1:ssä tarkoitettua yksityisluontoisesta kertomuksesta).

⁴³ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 11.

⁴⁴ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 103 ja *Lindell* 1987 s. 172 s.

⁴⁵ Ks. *Lindell* 1987 s. 27, *Bolding* 1989 s. 19 ja *Laukkanen* 1995 s. 127 ja 135. *Lappalainen* 1995 s. 58 huomauttaa todistajan kuulemisen olevan todistuskeino, siinä kun todistajan lausuma (sen sisältö) on todistustositseikka, samoin *Lappalainen* 2001a s. 267–268.

⁴⁶ Ks. *Lappalainen* 1986b s. 757, *Virolainen* 1988 s. 56 ja *Tirkkonen* 1972 s. 156.

⁴⁷ Ks. *Lappalainen* 1986a s. 80–81 ja *Jokela* 1998 s. 209 ja 225–226.

⁴⁸ Lähemmin (vuorovaikutus)subsumptiosta ks. jaksossa 3.4.2 (s. 148) esitettävää.

konstruoimaan yksiselitteisellä tavalla. Vasta näin selviää, mitkä faktat liittyvät välittömästi tähän oikeustositseikkaan (vuorovaikutussubsumptio tosin tarkoittaa nimenomaan sitä, ettei kuvatussa ajatteluprosessissa voida edetä kronologisesti vaiheittain, vaan subsumption ylä- ja alalauseen täsmentyminen voi tapahtua rinnakkaisessa vuorovaikutuksessa). Oikeustositseikan määrittelyyn liittyykin runsaasti ns. oikeuskysymyksiä luettavia piirteitä.

Välillisesti relevantilla seikalla eli *todistustositseikalla* on puolestaan merkitystä ainoastaan suorana tai välillisenä todisteena oikeustositseikan olemassaolosta siten, että todistustositseikka tietyn todistumekanismin kautta antaa tietoa todistusteemasta (eli oikeustositseikkaväitteestä) tai sen vastakohtasta.⁴⁹ Todistustositseikat sisältävät siis sellaista informaatiota, jolla on merkitystä arvioitaessa, onko teemaväite tosi.⁵⁰ Esimerkiksi siviilioikeudellisessa velkomisjutussa velaksianto on välittömästi relevantti seikka (oikeustositseikka) ja velvoitesuhteesta kertovalla velkakirjalla on ainoastaan välillistä merkitystä (todistustositseikka). Samoin syytteessä voidaan esittää kahdenlaisia kanneperusteita eli rikostunnusmerkistön edellyttämiä oikeustositseikkoja ja näitä tukevia välillisiä perusteita eli todistustositseikkoja.⁵¹

Oikeustositseikan ja todistustositseikan erottaminen ei kuitenkaan ole aina riidaton tai mahdollistakaan, mihin yllä jo viitattiin ns. vuorovaikutussubsumptiosta puhuttaessa. Esimerkiksi kompleksien ja arvostuksenvaraisten oikeustositseikkojen (kuten huolimattomuus, tahallisuus) oikeudellinen arviointi edellyttää sekä oikeudellisen tulkinnan kautta tapahtuvaa tunnusmerkistön yksilöintiä tai redusointia tiettyihin konkreettisiin faktoihin, että näistä faktoista kertovaa todistelua. Oikeuskysymys ja tosiseikkakysymys kietoutuvat yhteen erottamattomaksi kokonaisuudeksi.⁵² Lindell nimittää

⁴⁹ Todisteen näyttöarvo johdetaan ns. todistumekanismin vakuuttavuudesta. Todistustositseikan (suora tai epäsuora) todistumekanismi eli yhteys todistusteemaan on yleensä luonteeltaan kauksaalinen (teema on syy todisteen olemassaololle), joskin todistussuhde voi perustua myös loogiseen implikaatiosuhteeseen (alibitodistelusta voi loogisesti päätellä, ettei syytetty ollut rikospaikalla) tai olla luonteeltaan ns. rakenteellista näyttöä (tiettyjen seikkojen muodostama kokonaiskuva).

⁵⁰ Ks. *Klami* 2000 s. 20, *Bolding* 1989 s. 20, *Diesen* 1997 s. 25 ja *Eisenberg* 1999 s. 61.

⁵¹ Ks. *Lappalainen* 1986b s. 757–759, *Ekelöf – Boman* 1994 s. 32 ja *Frände* 1999 s. 337. Vanhemman terminologian osalta vrt. *Tirkkonen* 1972 s. 86 s. ja 105 s. (ks. myös *Virolainen* 1988 s. 56–57 ja *Lappalainen* 1986a s. 81 av. 7). Tirkkonen kutsui välittömästi relevantteja seikkoja todistustositseikoiksi ja välillisesti relevantteja faktoja todistusaiheiksi tai indisioksi. Tirkkosen näiden uudempi terminologia on perustelua, koska *oikeustositseikan* käsite kiinnittää huomion juuri tosiseikan oikeudelliseen merkitykseen. *Todistustositseikka*-käsite puolestaan on Tirkkosen indisiota ”neutraalimpi” näyttöarvon suhteen sekä lisäksi indisiota laajempi ja käyttökelpoisempi käsite siten, että periaatteessa kaikenlaiset todisteet voidaan lukea todistustositseikoiksi (toisin kuin indisiot, vrt. jäljessä aihetodistelusta ja rakenteellisesta näytöstä esitettävään).

⁵² Ks. *Lindell* 1987 s. 36 s. ja 364 ss. sekä jäljessä jaksossa 3.4.2 subsumption vuorovaikutusmallista esitettävää. *Klami* 2000 s. 20 toteaa, että institutionaalisten tosiasioiden toteaminen ei riipu pelkästään havainnoista, vaan edellyttää lisäksi normien ymmärtämistä ja tulkintaa. Institutionaaliset tosiseikat määräytyvät nimenomaan inhimillisten instituutioiden eri joidenkin norma-

sanotusta syystä normin eksplisiittisen ilmaisumuodon saanutta tunnusmerkistöä *abstraktiksi tosiseikastoksi* tai rekvisiitaksi erotuksena *konkreettisesta tosiseikasta*, jolla tarkoitetaan asianosaisten – oman normituntumuksensa ja -tulkintansa valossa – yksilöimää ja relevantiksi katsomaa tosiseikkaa.⁵³ Käsite-erottelu on mielestäni perusteltu.

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan 'alalauseen' eli konkreettisen tosiseikaston täsmentämiseen liittyvissä kysymyksissä puhutaan myös ns. aputosiseikoista (tai apufaktoista). *Aputosiseikkojen* ymmärretään muodostavan erityisen todistustosiseikkojen alakategorian.⁵⁴ Aputosiseikat voivat liittyä kaikenlaisen todistelun arviointiin, siis sekä välittömään että välilliseen todisteluun. Käsitteellisesti aputosiseikat eivät suoraan tai edes välillisesti omaa näyttöarvoa jostain todistusteemasta. Itsessään ne eivät todista (suoraan) mitään oikeustosiseikoista. Aputosiseikat ainoastaan joko tukevat tai horjuttavat todistustosiseikkoja siten, että ne vaikuttavat todistustodistuksen arvioinnissa käytettävien kokemussääntöjen sisältöön, varmuuteen tai luotettavuuteen. Esimerkiksi todistajan huono näkökyky on aputosiseikka, joka heikentää todistustosiseikkana olevan todistajan suorittaman tunnistamisen luotettavuutta, koska yleiseen elämäkokemukseen kuuluvan – itsestään selvän – kokemussäännön mukaan puutteellinen näkökyky voi aiheuttaa esim. vääriä tunnistamisia. Huono näkökyky aputosiseikkana ei kuitenkaan itsestään todista mitään teemasta (tunnistettavan henkilön identiteetistä).⁵⁵

II Todistustaakkaan ja prosessin eri asianosaisten todistelutarpeisiin kytkeytyen puhutaan pää- ja vastatodistelusta. *Päätodistelua* esittää se asianosainen, jolla on todistusteemasta todistustaakka. Tämän asianosaisten vastapuoli esittää *vastatodistelua* päätodistelua vastaan. Syyttäjän todistustaakan johdosta rikoksesta syytetyn vastatodistelu on periaatteessa tarpeellista vasta siinä vaiheessa kun päänäyttö on riittävän vahvaa, mutta käytännössä (eventuaalista) vastatodistelua esitetään varmuuden vuoksi joka tapauksessa. Vastatodistelu voi kohdistua ensinnäkin johonkin vastapuolen käyttämään todistuskeinoon, jolloin puhutaan *epäsuorasta tai epävarsinaisesta vastatodistelusta*. Epäsuoralla vastatodistelulla pyritään esim. joidenkin aputosiseikkojen avulla heikentämään

tiivisten sääntöjen mukaan, ks. *Tuori* 2000 s. 143. Tosiseikkojen ja niiden oikeudellisen hahmotamisen erottamisen vaikeutta kuvaa ratkaisu KKO 1999:63 (vetoamistaakka koski fyysikaalisen todellisuuden tapahtumaa eli lahjoitusta oikeustosiseikkana eikä sen oikeudellista luonnehdintaa (ennakkoperintönä tai suosiolahjana)), ks. ratkaisusta *Laukkanen* 1999 s. 624 ja 626–627. Ks. myös *Lappalainen* 1993 s. 37.

⁵³ Ks. *Lindell* 1987 s. 27 ja *Laukkanen* 1995 s. 135 ss.

⁵⁴ Ks. *Diesen* 1997 s. 25.

⁵⁵ Ks. *von Eyben* 1986 s. 27 s., *Klami* 2000 s. 22–23, 47, *Lappalainen* 2001a s. 133 ja *Jonkka* 1992b s. 703. Todistajanäyttöön kohdistuvat aputosiseikat ovat yleisemmin ilmaisten tietojen kertomuksen synty- ja muotoutumisedellytyksistä.

vastapuolen päätodistelun näyttöarvoa (mm. tekijöillä, jotka tekevät todistajan-kertomuksen epäluotettavaksi). Epäsuora vastatodistelu itsessään voidaan mieltää tarkastelukulmasta ja/tai käyttötilanteesta riippuen joko 'positiivisena' tosiseikkojen toteen näyttämisenä (kuten todistelua ns. aihetodisteilla tai aputosiseikoilla, josta voi tehdä johtopäätöksiä vastapuolen todistustositseikan vähäisemmän luotettavuuden/uskottavuuden puolesta) tai 'puhtaan' negatiivisena vastatodisteluna, jolloin näyttöä ei esitetä 'positiivisesti' mistään seikasta, vaan mahdollisesti tuodaan vain esille uusia, kriittisiä tulkintanäkökohtia jo aikaisemmin esille tulleille konkreettisille tosiseikoille (esim. argumentoiden todistustositseikoille erilaisen merkityksen antavien kokemussäännön soveltumisen puolesta).

Suoranaista (suoraa) tai varsinaista vastatodistelua on asianosaisen omalla todistelulla vastapuolen todeksi väittämää tosiseikastoa vastaan esittämä näyttö.⁵⁶ Suora vastatodistelu voi tarkoittaa sellaisten seikkojen toteen näyttämistä, joiden olemassaolon hyväksyminen tarkoittaisi samalla vastapuolen vetoamien konkreettisten tosiseikkojen olemassaolon negaatiota (esim. toisensisältöinen todellisuuden kuvaus kuten alibinäyttö). Toisaalta suora vastatodistelu voi tarkoittaa myös vastatosiseikkaan vetoamista eli sellaisen oikeustositseikan toteen näyttämistä, joiden hyväksyminen riistäisi vastapuolen vetoamilta (ja mahdollisesti onnistuneesti toteen näyttämiltä) seikoilta niiden juridisen relevanssin (esim. hätävarjelu- tai pakkotilan konstituoivien seikkojen toteen näyttämistä tarkoittava todistelu).⁵⁷ Kyse on itsenäisesti toteen näytettävistä todistustositseikoista, joiden käsittely usein edellyttää uusien – kantapuolen vetoamiin teemoihin nähden vaihtoehtoisten, kilpailevien – todistusteemojen käsittelyä oikeudenkäynnissä.⁵⁸

Vallitsevassa systematiikassa pää- ja vastatodistelun jaottelu perustuu siihen, kumman asianosaisen haitaksi seikan selvittämättä jättäminen koituisi eli siihen, kummalla asianosaisella on po. seikasta todistustaakka.⁵⁹ Koska rikosprosessissa todistustaakka on käytännössä aukottomasti virallisella syyttäjällä, tulisi päätodistelusta puhuminen tarkkaan ottaen rajata vain syyttäjään. Puolustus esittäisi tämän mukaisesti vain vastatodistelua, joka siis voi olla epäsuoraa (tietyn todistuskeinon todennäköisyyteen kohdistuva vastatodistelu) tai suoraa/varsinaista (suoranainen todistelu faktaväitteitä vastaan esim. vastatosiseikkaan tai oikeusväitteeseen vetoamalla). Tässä käsitteistössä sellainen 'positiivinen' tai 'konstruktiivinen' jutun tosiseikastoperustaan kohdistuva todistelu, jota

⁵⁶ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 133 ja *Tirkkonen* 1972 s. 156 s.

⁵⁷ Vastatosiseikan käsitteestä ks. *Lappalainen* 1986a s. 395 av. 29 ja *Jokela* 2002 s. 311.

⁵⁸ Suoran ja epäsuoran vastatodistelun käsitteet viittaavat seikkoihin, jotka lähemmin luonnehtivat vastatodistelussa esille otettavien konkreettisten tosiseikkojen luonnetta. Käsitteillä on lähinnä tarkoitus havainnollistaa todisteluproblematiikkaa, eikä niitä käytännössä useinkaan voida soveltaa tarkkarajaisesti (näin *Lappalainen* 2001a s. 134).

⁵⁹ *Lappalainen* 2001a s. 133.

rikoksesta syytetty saattaa esittää oman syytteen teonkuvaukseen nähden vaihtoehdoisen hypoteesinsa tueksi, on siis suoranaista tai varsinaista vastatodistelua. Käsitteistö on kattava ja johdonmukainen. Pidän kuitenkin perusteltuna korostaa puolustuksen oman 'positiivisen' todistelun merkitystä viittaamalla tällaiseen todisteluun omalla käsitteellään.⁶⁰ Jatkossa puhunkin ns. *puolustushypoteesia tukevasta todistelusta* osana puolustuksen (konstruktiivista tai 'positiivista') vastatodistelua.⁶¹ Käsitteen käyttökelpoisuus paljastuu erityisesti puolustuksen pääkuulustelusta ja ns. konstruktiivisesta vastakuulustelusta jäljempänä 7. luvussa lausuttavan yhteydestä. Mahdollista olisi, että myös tällaista puolustuksen todistelua vastustavalle syyttäjän näytölle 'varattaisiin' (sui generis) oma terminsä. Tätä en toisaalta näe tarkoituksenmukaisena, vaan pidän mahdollisena puhua syyttäjän puolustushypoteesia tukevaa todistelua (puolustuksen suoranaista vastatodistelua) vastaan esittämästä 'vastatodistelusta'.

III Sekä pää- että vastatodistelun (ts. sekä syyttäjän näytön että puolustuksen näytön) kohdalla voidaan edelleen tehdä erottelu oikeustosisaikasta todistavaan välittömään (suoraan) todisteluun ja välilliseen todisteluun, josta joskus puhutaan aihetodisteluna, indiosionäyttönä tai rakenteellisena näyttönä. Suora näyttö todistaa suoraan jostain konkreettisesta oikeustosisaikasta eli todistus-teemasta. Yleisesti välillisellä todistelulla sen sijaan ymmärretään todistelua, joka kohdistuu toisen todistustosisaikan olemassaolon selvittämiseen, ja joka ei siten suoraan todista oikeustosisaikasta. Käytännössä välillistä todistelua on myös todistelu, joka kohdistuu aputosisaikkojen tai kokemussääntöjen selvittämiseen.⁶²

Lindell hylkää todistelun jakamisen suoraan ja välilliseen todisteluun katsoen, että samalla seikalla voi yhtä aikaa olla useampia funktioita. Kompleksin tunnusmerkistön tilanteessa – eli kun oikeusseuraus esim. edellyttää useiden oikeustosisaikkojen yhteisvaikutusta – tietty oikeustosisaikka voi

⁶⁰ Tässä ei ole tarkoitus muuttaa vallitsevaa pää- ja vastatodistelua koskevaa käsitteistöä. Todetakaan kuitenkin vertailun vuoksi, että angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa päätodistelusta puhumista ei ole kytetty todistustaakkaan – sekä syyttäjän että puolustuksen sanotaan esittävän päätodistelua silloin, kun kyse on oman ns. juttuteorian mukaisen tapahtumainkulun (hypoteesin) todeksi osoittamisesta. Päätodisteluksi katsotaan siis positiivinen, omaa tapahtumainkulkua tukeva konstruktiivinen todistelu (esim. defence evidence-in-chief). Ks. Stone 1988 s. 71.

⁶¹ Ks. Moore ym. 1996 s. 13, jossa puhutaan samaa tarkoittaen affirmative defence'stä. Epäselvyyksien välttämiseksi puhun nimenomaan puolustushypoteesia tukevasta todistelusta, en siis puolustuksen päätodistelusta (koska päätodistelusta puhuminen yhdistetään – kuten juuri sanottu – po. tahon todistustaakkaan kyseisistä seikoista).

⁶² Ks. Lappalainen 1986b s. 766, Helminen 1992 s. 124, Hormia 1979 s. 4, Roxin 1998 s. 101, Engisch 1977 s. 51 ja Diesen 1997 s. 25. Ks. myös Klami 2000 s. 20 sekä Lappalainen 2001a s. 133: ”Todistustosisaikkaan kohdentuva välillinen todistelu synnyttää oikeustosisaikan selvittämiseen ulottuvan *todisteluketjun*, koska välillisellä todistelulla ei voi olla mitään itseisarvoa, vaan lopulliset todistusteemat ovat aina oikeustosisaikkoja koskevia väitteitä.”

nimittäin olla samalla myös todistustositseikkana toisesta oikeustositseikasta. Ekelöfmäisessä oikeustositseikan ja todistustositseikan määrittelyssä on hänen mukaansa yleisemminkin vaarana, että oikeuslauseen tunnusmerkistökijät (abstrakti oikeustositseikka) sekoitetaan käsitteellisesti todistusharkinan subsumptiossa käytettäviin konkreettisiin tapauksen faktoihin (konkreettinen oikeustositseikka). Tämän takia Lindell katsoo, ettei ole tarkoituksenmukaista käyttää käsitteparia oikeus- ja todistustositseikka pyrittäessä selvittämään konkreettisen tason faktoja (hän kuitenkin hyväksyy terminologian abstraktien oikeustositseikkojen tasolla).⁶³ Lindellin näkemys on sinänsä perusteltu. Konkreettisista eli asianosaisen prosessissa vetoamista tosiseikoista puhuttaessa ei välittömästi aina voidakaan tarkan analyttisesti erotella, mitkä tosiseikat ovat oikeustositseikkoja ja mitkä ”vain” todistustositseikkoja (ja mikä on siten suoraa ja mikä välillistä todistelua). Erottelulla suora/välillinen -todistelu on kuitenkin käsitteistöä selventävä funktio, mistä syystä – Lindellin huomiot mielessä pitäen – en näe perustelluksi luopua jaottelusta.

Myös angloamerikkalaisella oikeusalueella todistelu jaetaan suoraan/välittömään todisteluun (direct evidence) ja välilliseksi todisteluksi ymmärrettävään *aihetodisteluun* (circumstantial evidence).⁶⁴ Suoralla todistelulla tarkoitetaan todistelua, joka todistaa suoraan tietystä teemasta (esim. todistajan kertomus: ’näin Matin lyövän Maijaa puukolla’). Kyse on sellaisesta todisteesta, joka kertoo tietystä todistusteemasta (oikeustositseikasta) siten suoraan, ettei lopputulokseen päätyminen edellytä välittävien kokemussääntöjen soveltamista tai yleisemmin ilmaisten johtopäätösten (inferences) tekemistä näytöstä.⁶⁵ Voitaan sanoa, että suora todistelu mahdollistaa *eksplisiittisten argumenttien* (eli nimenomaisten väittämien) esittämisen jostain konkreettisesta oikeustositseikasta. Aihetodisteluksi määritellään päinvastainen tilanne, jossa todiste todistaa teemasta vain välillisesti siitä tehtävien *johtopäätösten* muodossa (esim. todistajan kertomus: ’näin Matin ajavan Maijaa takaa puukko kädessään’).⁶⁶ Esimerkissä todistelun kohteena on itse asiassa tietty yleinen *kokemussääntö*, jonka mukaan puukko kädessä takaa-ajosta (yhdessä muiden tapahtumatietojen kanssa) voidaan *päätellä*, että toiminta on johtanut puukotukseen, ja että puukottaja on nimenomaan Matti (*implisiittinen argumentti*).

Aihetodistelulle onkin keskeistä, että se ei suoraan todista tietystä todistusteemasta. Aihetodistelulla tarkoitetaan päinvastoin sellaisia – faktoina mahdollisesti riidattomia – seikkoja, jotka voidaan eri tavoin kytkeä tiettyyn jutun teoriaan (’optimaaliseen kokemussääntöön’). Aihetodistelu koskee siis yleensä

⁶³ Ks. Lindell 1987 s. 33–35 ja Lindell 1998 s. 477–479.

⁶⁴ Ks. Moore ym. 1996 s. 2.

⁶⁵ Eri asia on, että suorankin todistelun *näyttöarvon* arvioinnissa voidaan tukeutua aputosiseikoihin, jotka lähemmin määrittelevät sitä, kuinka luotettavana tai uskottavana kyseistä konkreettista tosiseikastoväitettä voidaan pitää.

⁶⁶ Ks. Moore ym. 1996 s. 2: ”...circumstantial evidence, even if accepted as accurate, proves a material fact only if factfinder draws one or more inferences from the evidence.”

sellaisia faktoja, joiden tulkinnassa voidaan tukeutua useampaan erilaiseen kokemussääntöön. Kyse on *tulkinnanvaraisista* tosiseikoista. Juuri erilaisten kokemussääntöjen soveltaminen tarkoittaa aihetodistelun edellyttämien johtopäätösten tekemistä. Aihetodistelu liittyy välittömästi normaaliin ajatteluprosessiin kuuluviin käsiterakenteisiin, yksinkertaisemmin ilmaisten siihen 'todistelumekanismiin', jonka varassa todisteena esitetyille seikoille annetaan merkityksiä.

Esimerkki havainnollistaa yllä sanottua. Jos meille sanotaan, että Matti itkee keittiössä, olemme taipuvaisia ajattelemaan, että Matti on surullinen.⁶⁷ Tämä johtopäätös perustuu 'maalaisjärkeen' kuuluvaan jokapäiväiseen kokemussääntöön (yleistykseen), jonka mukaan surulliset ihmiset saattavat itkeä. Aihetodistelu on kuitenkin monitulkintaista, koska inhimillisen toiminnan selittämisessä käytettävät kokemussäännöt ('yleistykset', 'jutun teoriat', 'skeemat', 'ankkurit', 'optimaaliset kokemussäännöt', 'alkuperäistodennäköisyys' tms.) eivät ole eksakteja siten, että ne ehdottomasti sulkisivat muiden kokemussääntöjen soveltumisen pois. Erityisesti tällaisten kokemussääntöjen luotettavuuden eli ns. toisen asteen todennäköisyyden vähäisyys tekee niistä vain 'heikkoja' ajattelu- ja ratkaisuperiaatteita. Esimerkissä toisenlainen tulkinta onkin periaatteessa aivan yhtä mahdollinen. Lauseeseen 'Matti itkee keittiössä' on mahdollista soveltaa esim. myös kokemussääntöä 'sipulien kuoriminen voi itkettää', jolloin päädytään erilaisiin johtopäätöksiin, ts. erilaisen merkityksen antamiseen samalle tosiseikalle (tässä: Matti kuorii sipulia).⁶⁸ Aihetodistelun erilaiset johtopäätökset tarkoittavat, että todisteen katsotaan todistavan jostain muusta tapahtumasta (tosiseikkaväitteestä).

Akkusatorisessa, kaksiasianosaissuhteen muodossa järjestetyssä oikeudenkäynnissä asianosaisten todistelulla erittäin usein onkin juuri aihetodistelun luonne: asianosaiset ts. pyrkivät paitsi sellaisenaan argumentoimaan oman juttuteoriaansa puolesta (asiaesittelyssä, todistelussa ja loppulausunnossa), luonnollisesti myös todistelussaan nostamaan esiin ja näyttämään toteen sellaisia tosiseikkoja, jotka tukevat heidän juttuteoriaansa (ts. sellaisia faktoja, joista tiettyjä kokemussääntöjä soveltaen voidaan johtaa tämän juttuteoriaa tukevia argumentteja eli konkreettisia tosiseikkaväittämiä).

Yllä aihetodistelun tulkinnanvaraisuudesta sanottu tulee hyvin ilmi Mooren ym. toisessa esimerkissä. Esimerkissä oletetaan, että Matti on syytteessä ruokakaupan aseellisesta ryöstöstä. Syyttäjä esittää näyttönään (aihetodisteluna), että Matti on puoli vuotta aikaisemmin erotettu kyseisestä kaupasta.

⁶⁷ Esimerkki ei ole juridinen – rikosasiassa todistusteemana ei tulisi olla esimerkinkaltaista arvoarvostelmaa ('surullinen'), vaan väite konkreettisista tosiseikoista (joista voidaan edelleen johtaa juridisia tai faktuaalisia johtopäätöksiä tai arvostelmia).

⁶⁸ Ks. Moore ym. 1996 s. 5–6: "The inferred conclusion a factfinder chooses to draw will depend on what generalization the factfinder attaches to the evidence."

Kyseisestä aihetodisteesta on mahdollista tehdä (lukemattomia) erilaisia johtopäätöksiä, niiden joukoissa mm. seuraavat:

- 1) Matti tietää, mitä sanomalehtiä kaupassa myydään.
- 2) Matti tietää, minä kellonaikoina myymälässä on vartijoita.
- 3) Matti tietää paljonko rahaa kassakoneissa tyypillisesti on.
- 4) Matilla on ollut taloudellisia vaikeuksia viimeisen puolen vuoden aikana.
- 5) Matti on keuhko työntekijä.
- 6) Matti tuntee myymälän läpikotaisin.
- 7) Matti ryösti kaupan koston irtisanomisestaan.
- 8) Matti ei ryöstänyt kaupaa tietäen, että hänet tunnistettaisiin siellä.⁶⁹

Yksi ja sama aihetodiste voidaan siten liittää ainakin mainittuihin kahdeksaan erilaiseen kokemussääntöön, joiden perusteella voidaan päätyä erilaisiin johtopäätöksiin eli faktaväittämiin. Kaikki johtopäätökset eivät välttämättä ole yhtä lailla relevantteja tunnusmerkistön teeman kannalta. Syyttäjän juttuteorian mukaista on tulkita tapauksen faktoja esimerkin kohdan seitsemän näkökulmasta eli yleisen kokemussäännön perusteella, jonka mukaan irtisanotut ihmiset saattavat joskus kohdistaa rikoksen entistä työnantajansa kohtaan mm. kosto- tms. tarkoituksessa. Puolustuksen argumenttien tulisi luonnollisesti rakentua ensisijaisesti sille ajatukselle, että työpaikaltaan irtisanotut ihmiset päinvastoin eivät todennäköisesti kohdista rikosta entiselle työpaikalleen, koska siellä heidät tunnistettaisiin. Välillisen todistelun, aihetodistelun, kohdalla on siten pitkälti kyse sen argumentoinnista, että todisteita tulisi tulkita kokemussäännön *k1* mukaan sen sijaan, että faktapäätelmiä tehtäisiin vastapuolen preferoiman kokemussäännön *k2* valossa.

Viime kädessä välillinen todistelu (aihetodistelu) kohdistuu siis siihen 'todistelumeکانismin' (yleiseen kokemussääntöön), jonka perusteella jostain todistusosiseikasta tehdään päätelmiä. Suora todistelu ei edellytä minkään välittävän 'todistelumeکانismin' (so. yleisen kokemussäännön, skeeman, alkuperäistodennäköisyyden tms.) käyttämistä, koska todiste liittyy verbaalisen sisältönsä tai ilmaisumuotonsa puolesta suoraan todistamaansa teemaan (oikeustosisekkaan).⁷⁰ Kuvatunkaltainen aihetodistelun laaja määrittelytapa on mielestäni tarkoituksenmukainen. Määrittelyssä usea todistelukysymys näyttäytyy juuri aihetodisteluna, koska harva todistusosiseikka on niin suora tai yksitulkintainen, että sen voisi sanoa liittyvän vain ja ainoastaan yhdellä tavalla tiettyyn todistusteemaan (konkreettiseen oikeustosisekkaan).⁷¹ Useimmat todistusosi-

⁶⁹ Moore ym. 1996 s. 6.

⁷⁰ Suoraa todistelua voinee käytännössä olla lähinnä vain kirjallisesti tai suullisesti esitetyt väitteet asiantiloista (tyyppiä "Matti oli surullinen" tai "näin Matin lyövän puukolla"). Esim. reaalityodisteista muut kuin asiakirjamuotoiset objektit yleensä eivät todista jostain teemasta suoraan, vaan edellyttävät johtopäätösten tekemistä (kuten Matin sormenjäljen löytäminen keittiöstä). Todistuskeinoina aihetodistelussa kyseeseen tulevat periaatteessa kaikenlaiset todistetyypit ja -lajit – enemmän tai vähemmän selviä johtopäätöksiä tietyistä teemasta voidaan tehdä periaatteessa minkä laatuista seikasta tai todisteesta tahansa.

⁷¹ Juuri henkilötodisteluun kuuluvien kronologisten kertomusten voi sanoa sisältävän paljon aihetodistelua, kuten kuvauksen tapahtumia edeltävistä seikoista, motivaatioon vaikuttavista

seikat tarjoavat mahdollisuuden tulkinnoille, ts. erilaisten optimaalisten kokemussääntöjen (laajemmin ilmaisten: erilaisen juttuteorian) soveltumiseen. Aihetodistelun käsite on sellaisenaan käyttökelpoinen myös todisteluvastuun omaavien prosessin asianosaisten kannalta, koska usein erot asianosaisten prosessistrategioissa (ja siten suhtautumisessa todisteluun) perustuvat juuri siihen, että (samoja) tosiseikkoja pyritään tulkitsemaan eri tavoin.

Myös tuomitsemistoimintaa koskevat todistajanpsykologiset empiiriset tutkimukset osoittavat aihetodistelun tavallisuutta. Eräässä tutkimuksessa 200 juryn jäsenelle näytettiin filmattu oikeudenkäynti ja heitä pyydettiin ratkaisemaan syyllisyyskysymys sekä selittämään käsityksensä tapahtumainkulusta. Valamiesten tuomiot vaihtelivat laidasta toiseen. Keskeistä tuloksissa oli, että lähes puolet valamiesten tapahtumainkulusta tekemistä toisistaan poikkeavista johtopäätöksistä perustui sellaiseen, mikä ei ollut tullut välittömästi esille todistelusta, vaan mitä maallikkotuomarit olivat itse *päätelleet* todistelusta (mm. päätelmät siitä, mitä ihmiset olivat tehneet, ajatelleet, tunteet tai halunneet). Huomattava osuus tuomion perusteista saattaa siten olla aihetodistelun tarkoittamalla tavalla 'johdettuja'.⁷²

Aihetodisteluksi tulee em. määrittelyn mukaan lukea myös aputosiseikat, koska niillä ei ole suoraa näyttövaikutusta konkreettisten oikeustositseikkojen arvioinnille. Aputosiseikkojen todistuksellinen merkitys perustuu nimenomaan niistä tehtäviin johtopäätöksiin (suorien tai epäsuorien todistustositseikkojen luotettavuuden/uskottavuuden arvioimiseksi). Aputosiseikkoja voidaan pitää aihetodistelun alalajina ainakin niissä tilanteissa, joissa aputosiseikka liittyy teemasta epäsuorasti todistavaan todistustositseikkaan (esim. aputosiseikka "huono näkökyky" todistajankertomuksen 'näin Matin ajavan Maijaa takaa puukko kädessään' luotettavuuden arvioinnissa). Silloin kun aputosiseikka liittyy teemasta välittömästi todistavaan todistustositseikkaan ("huono näkökyky" aputosiseikkana suoraan teemasta todistavan todistajankertomuksen 'näin Matin lyövän Maijaa puukolla' luotettavuusarvioinnissa), on enemmän makuasia, mielletäänkö myös aputosiseikka suoraksi vai epäsuoraksi (välilliseksi) todisteluksi. Itse pidän perusteltuna puhua aputosiseikoista myös tällaisissa tilanteissa välillisenä todisteluna, aihetodisteluna.

Ns. *rakenteellisen näytön* suhdetta yllä tavoin ymmärrettävään aihetodisteluun on vielä tarpeen täsmentää. Näytön sanotaan olevan rakenteellista, kun

seikoista ja tapahtuman seurauksista ja niihin reagoimisesta. Mainitunlaiset (aputosi)seikat eivät sellaisenaan todista välittömästi todistusteemasta, mutta niistä voidaan muodostaa kokonaiskuva, jolla voi olla selittävä merkitys itse päätapahtumien hahmotukselle (ja kuten sanottu, toinen asianosainen voi (mm. vastakuulustelussaan) korostaa eri faktoja tai tuoda toisia faktoja esille, jotka sopivat toisenlaiseen taustateoriaan ('optimaaliseen kokemussääntöön'). Aihetodistelun analysointiin perustuvan ajattelun hyödyllisyydestä oikeudenkäyntiin valmistautuvalle asianosaiselle sekä kuulusteluiden suorittamiselle ks. myös jäljessä jaksossa 7.2 esitettävää.

⁷² Ks. *Wagenaar ym.* 1993 s. 37 kyseisestä vuonna 1986 tehdystä tutkimuksesta.

todistustositseikkojen merkitys avautuu vasta tarkasteltaessa niitä yhdessä muidenkin seikkojen avulla muodostuvassa kokonaiskuvassa: kyse on eräänlaisesta palapeliajattelusta, jossa välittömän näytön puute tai sen heikkoudet pyritään kompensoimaan esim. hakemalla apu- tai todistustositseikoille tulkinnallista merkitystä tapahtumaa edeltäneistä tai seuranneista tosiseikoista (jotka eivät itsessään todista suoraan todistusteemasta).⁷³ Tyypillisesti inhimillistä toimintaa pyritään rekonstruoimaan ja ymmärtämään intentionaalisena, tiettyyn tavoitteeseen liittyvänä toimintana, jonka osaksi eri lausumat, ajatukset ja motiivit pyritään sovittamaan. Itsessään vähäarvoisten seikkojen yhdistäminen ko-koavan selitysmallin avulla lisää seikan näytöllistä merkitystä. Todisteiden yhdistelyllä voidaan aikaansaada tietynsuuntaista synergiavaikutusta. Esim. tietyn toiminnan ymmärtämiseksi voidaan konstruoida kattava yleinen selitysmalli (kuten 'motiivia' tai 'rikoksen valmistelua' tarkoittava), jota rakennetta kokonaisuudessaan käytetään erillisten tosiseikkojen arvioinnissa käytettävänä kokemussääntönä.⁷⁴ Näkökulman valinta siis vaikuttaa siihen, missä valossa erilliset tapahtuman osatekijät näyttäytyvät.⁷⁵ Tällä tavoin ymmärrettynä rakenteellinenkin näyttö näyttäytyy yhtenä aihetodistelun "alalajina" tai yhtenä sen kuvaamistapana. Rakenteellisen näytönkään suhde aihetodisteluun ei ole täysin ekvivalenttinen (jos kohta rakenteellinen näyttö käsitteenä on esim. aputositseikkaa laajempi, ja omaa viimeksi mainittuun nähden laajemman 'kosketuspinnan' aihetodisteluun).

IV Edellä on jo viitattu siihen, että näyttökysymykset ja oikeuskysymykset voidaan erottaa toisistaan.⁷⁶ Suppeassa merkityksessä näyttökysymys kattaa oikeustositseikkojen (sekä kokemussääntöjen) selvittämisen vapaan todistelun

⁷³ Rakenteellisesta näytöstä lähemmin *Ekelöf – Boman* 1992 s. 160: "Den strukturala bevisningen kan betraktas som en form av indiciebevisning, där de olika faktorerna vanligen tillsammans har bevisvärde för bevisen på grund av överensstämmelsen mellan tema och indiciestruktur". Ks. myös *Jonkka* 1993 s. 105 ss. ja *Diesen* 1997 s. 28 sekä s. 56 rakenteellisen näytön määrittelystä: "ett komplex av indicier".

⁷⁴ *Jonkka* 1993 s. 105–114. Ks. myös *Diesen* 1997 s. 29: "... är det strukturala beviset en produkt av en jämförelse mellan den "bild" som bevisen beskriver och det förklaringsmönster, som indicierna bilda". Kirjoittaja korostaa rakenteellisen näytön olevan periaatteessa luonteeltaan eliminaatiotodistelua kuitenkin sillä erotuksella (verrattuna suoraan eliminaatiotodisteluun – jossa todistustositseikka tai aputositseikka voidaan suoraan kytkeä johonkin oikeustositseikkaan), että rakenteellisessa näytössä eliminaatio kohdistuu ns. optimaaliseen kokemussääntöön eli jonkin tapahtuman intentionaaliseen, merkitystä antavaan hahmotusmalliin.

⁷⁵ Rakenteellisen näytön yhtäältä ongelma, toisaalta etu, onkin erityisesti siinä, että tosiseikkoja saatetaan aktiivisesti tulkita siten, että ne sopisivat muodostettuun kokonaiskuvaan (ks. *Jonkka* 1992a s. 87). Kaunokirjallisuudessa esimerkiksi Fedor Dostojevskin 'Karamazovin veljeksissä' kuvatus oikeudenkäynnin asianosaisloppulausunnot tarjoavat erinomaisen havainnollisen esimerkin siitä, miten samaa tapahtumaa voidaan perustella ja arvioida täysin päinvastaisiin lopputuloksiin päätyen.

⁷⁶ Erottelu on keskeistä jura novit curia -periaatteen ja väittämistaakan asianmukaiselle soveltamiselle, ks. *Lappalainen* 1993 s. 37.

periaatteen mukaisesti eli varsinaiset todistelukysymykset. *Näyttökysymys* siis viittaa tuomarin todistusharkinnassa tekemiin ratkaisuihin, kannanottoihin ja toimiin.⁷⁷ Kysymys tosiseikasta esitetyn näytön riittävydestä (tuomitsemiskynnys) on tarkkaan ottaen oikeuskysymys, mutta kannanoton näytön riittävydestä voi asian moniulotteisuudesta johtuen kuitenkin laskea näyttökysymykseen kuuluvaksi.⁷⁸

Oikeuskysymys kattaa oikeussäännösten ja muiden normien tulkinnan ohella myös konkreettisen tosiseikan subsumoinnin oikeuslauseen tunnusmerkistön yhteyteen sekä kysymyksen siitä, mitkä tosiseikat tulee ottaa huomioon tuomion perusteluissa (näytön valikoituminen). Subsumptiolla tarkoitetaan tapahtumainkuvauksen samaistamista, ”siirtämistä” oikeuslauseen alaisuuteen. Laukkanen määrittelee subsumption (Engischin viitaten) ajattelu- ja työprosessiksi, jossa konkreettisia tosiseikkoja verrataan normin tunnusmerkistöön ja tehdään ratkaisu niiden vastaavuudesta.⁷⁹ *Subsumptiofaktoista* puhuttaessa tarkoitetaan niitä konkreettisia tosiseikkoja, jotka vastaavat normin tunnusmerkistön ja tulevat siten harkittaviksi subsumptio toiminnassa.⁸⁰ Edelleen laissa presumoidut tosiseikat ovat luonteeltaan oikeuskysymykseen kuuluvia. Todistustaakka, sovellettava todistusharkinnan metodi ja oikeusseuraamuksen harkinta ovat myös oikeudellista harkintaa.⁸¹

Erityisesti siviiliprosessin summaarisessa prosessissa on mahdollista käyttää ns. *tyyppitodisteita* eli yleistyksiä (presumptioita) jonkin seikan syntyedellytyksistä. Tyyppitodisteet eivät huomioi yksittäistapauksen olosuhteita, vaan tietty oikeustositseikka presumoidaan toteen näytetyksi pelkästään yleisesti tyyppillisen kokemussäännön nojalla (esim. velkakirja velan olemassaolon näyttämiseksi). Tyyppitodisteille on ominaista, että subsumptiota ei suoriteta enää todistusharkinnassa, koska subsumptio sisältyy etukäteen jo itse tyyppitodisteeseen.⁸²

⁷⁷ Laukkanen 1995 s. 146, ks. myös Koriath 1994 s. 75.

⁷⁸ Kysymyksen näytön riittävydestä voidaan sanoa olevan ”näyttökysymyksen sisäinen oikeuskysymys”. Ks. myös edellä jaksossa 2.4.2 (s. 81) oikeuskysymyksiin liittyvän perusoikeusmyönteisen laintulkintametodin vastaavasta rajauksesta (ts. että perusoikeusmyönteisen tulkinnan ei tule vaikuttaa tuomitsemiskynnykseen).

⁷⁹ Ks. Laukkanen 1995 s. 155 sekä havainnollisesti Engisch 1977 s. 48–50. Ks. myös Jokela 1998 s. 226 ja Moore ym. 1996 s. 10–11. Lindell 1987 s. 24 havainnollistaa tosiseikan subsumption ja todistamisen eroa: Jos oikeuslauseessa edellytetään esim. ”häiriötä”, on todistajankertomus siitä, että vieras aiheutti häiriötä, tosiseikan suoraa todistamista. Tekninen mittaus tulos äänitasosta (120 db) on itsessään tosiseikan todistamista, mutta tämä tosiseikka tulee vielä subsumoida oikeuslauseen ”häiritsevä” alaisuuteen.

⁸⁰ Ks. Laukkanen 1995 s. 147 ja Engisch 1977 s. 69. Klami 2000 s. 15, puhuu subsumptiopremissistä, jolla perustellaan sitä, soveltuuko tietty normi faktoihin vai ei.

⁸¹ Ks. Lindell 1987 s. 24 s.

⁸² Ks. Lindell 1987 s. 118. Vrt. Lappalainen 2001a s. 143, joka tarkoittaa legaalilla presumptiolla lain määräystä, jonka mukaan jokin seikka on jonkin toisen seikan perusteella lähtökohtaisesti tosi (mm. isyyslain mukainen isyysolettama sekä AsiakLäHL 6 §:n olettama kirjeitse lähetetyn tiedoksiannon tietoonsaamispäivästä).

Näyttöä ei tarvitse esittää yleisesti tunnetuista eli *notorisista* seikoista.⁸³ OK 17 luvun 3 §:n 1 momentin mukaan todistelua ei tarvitse esittää seikoista, jotka ovat yleisesti tunnettuja tai joista tuomioistuimella on viran puolesta tieto. Säännös viittaa ns. yleiseen notorisuuteen ja tuomioistuinnotorisuuteen. Esim. todistelu siitä, mitä pääkäsittelyn aikana on tapahtunut, tulee torjua tuomioistuinnotorisuutta koskevan säännön perusteella.⁸⁴ Yleisen notorisuuden piiriin kuuluvan seikan on oltava sellainen, että jokaisella on siitä tieto, tai ainakin mahdollisuus tämän tiedon saamiseen. Kyse on usein sellaisista ”selviöistä”, joiden tulisi olla selviä itse kullekin (esim. tieto siitä, että Suomessa on oikeanpuoleinen liikenne tai tieto jonkin tosiasian täydellisestä mahdottomuudesta).⁸⁵ Notoriset seikat voivat koskea joko faktista tosiseikkaa tai kokemussääntöä, useimmiten viimeksi mainittua. Sen sijaan jutun ratkaisulle välittömästi relevantin oikeustositseikan voi vain harvoin kuvitella olevan yleisesti tunnettu.⁸⁶

Myöskään oikeussäännöksistä ei esitetä todistelua. Oikeusjärjestelmäämme itsestään selvänä kuuluva ns. jura novit curia -periaate velvoittaa tuomioistuinten tuntemaan maan positiivisen oikeuden viran puolesta. OK 17:3.1:n mukaan näyttö siitä, mitä laki säättää, ei ole tarpeen. Toisin sanottuna tuomioistuinten tulee ex officio löytää ja soveltaa tarvittavat oikeussäännökset ilman, että asianosaisten tulisi asiasta esittää näyttöä. Luonnollisesti edellä sanottu ei mitenkään estä asianosaisia vetoamasta itsellensä edulliseen laintulkintaan (menettelyn voi katsoa kuuluvan hyvään asianajotapaan). Laintulkintaan ja lain soveltamiseen kuuluvia kysymyksiä käsittelevät *oikeustieteelliset asiantuntijalausunnot* eivät ole varsinaisesti asiantuntijalausuntoja, todistajanlausuntoja tai kirjallisia todisteita, vaan ne ymmärretään oikeuskysymyksistä käytävään keskusteluun kuuluviksi argumenteiksi.⁸⁷

3.1.3 Kokemussäännöistä

Yksi keskeisimmistä, ellei keskeisin, todistusharkintaan liitettävistä termeistä on *kokemussäännön* käsite. Juuri kokemussäännöt muodostavat todistusharkinnassa sen ajatuksellisen ’todistelumekanismin’, johon perustuen jonkin todis-

⁸³ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 141 ja 146 ss., *Tirkkonen* 1972 s. 112, *Roxin* 1998 s. 176 ss. ja *Kallenberg* 1940 s. 501.

⁸⁴ Sen sijaan tuomioistuimen arkistomateriaali ei välttämättä sellaisenaan kuulu tuomioistuinnotorisuuden piiriin. Ks. *Lappalainen* 2001a s. 147.

⁸⁵ Ks. *Schellenberg* 2000 s. 158 ja yksityiskohtaisesti yleisestä notorisuudesta ja tuomioistuinnotorisuudesta *Eisenberg* 1999 s. 63–68. Notoristen tietojen hyväksikäyttö tuomion perusteissa ei varsinaisesti merkitse poikkeusta tuomarin yksityisten tietojen hyväksikäytön kieltoon, koska tietojen yleisyys eli notorisuus on nimenomainen vastakohta tiedon yksityisyydelle.

⁸⁶ Ks. *Frände* 1999 s. 344 s. ja *Lappalainen* 2001a s. 146.

⁸⁷ Ks. *Viljanen, P.* 1997 s. 548 ja 551 sekä *Halila* 1954 s. 215 ja 217.

tustosiseikan nähdään todistavan tiettyä todistusteemaa tarkoittavista konkreettisista oikeustositseikoista. Aihetodistelu edellä ymmärretyllä tavalla voidaan nähdä ensisijaisesti erilaisten kokemussääntöjen (todistelumeکانismien) argumentointiin kohdistuvana todisteluna.

Kokemussääntö on Edelstamin määritelmän mukaan abstraktisen luonteen omaava hypoteettinen lause, joka sisältää väitteen siitä, että jokin ilmiö tuottaa tietyllä todennäköisyydellä toisen ilmiön. Tämän väitteen perusta on kokemusmateriaali, johon molemmat ilmiöt liittyvät.⁸⁸ Stein määrittelee kokemussäännön havainnointikokemuksen kautta syntyneeksi määritelmäksi tai hypoteettiseksi lauseeksi yleistä sisältöä olevasta ilmiöstä, jolta puuttuu konkreettinen yhteys tapaukseen in casu.⁸⁹ Jonkka ja Frände määrittelevät kokemussäännön yleisessä muodossa ilmaistuksi hypoteesiksi kahden tosiseikan välisestä riippuvuussuhteesta.⁹⁰ Kallenbergin mukaan kyse on hypoteettisista lauseista, joista käy ilmi, että tietyn ilmiön olemassaolosta voi olettaa toisen ilmiön olevan liittyneenä ensin mainittuun.⁹¹ Ekelöf taas kirjoittaa, että kokemussääntö on väite kahden ilmiön välisestä yhteydestä, joka on näille yleisesti voimassa.⁹² Lindell puhuu yleistyksestä (generalisering) synonyyminä kokemussäännöille.⁹³

Yleisesti ottaen kokemussäännön voi sanoa olevan juridisen kielenkäytön omintakeinen vastintermi *yleiselle lainalaisuudelle*. Usein kokemussäännön käsitteellä viitataan ihmisen normaaliin päättely- ja ajattelutoimintaan kuuluiin ajattelumalleihin, ns. common sense -argumentteihin.⁹⁴ Kuvainnollisesti kokemussääntöjen tehtävät voidaan mieltää hyvin ajateltaessa ne eräänlaisena ’kittinä’, jolla täytetään todistusharkinnassa tosiasioiden rekonstruktioprosesiin väistämättä jääneitä aukkoja, ja jolla mahdollistetaan näin ’koossa pysyvä’ kokonaiskuva tapahtumista.⁹⁵

Kokemussäännön käsitteen lähempi analysointi paljastaa monia ongelmia, jotka tulevat esiin käsitteen soveltamisessa todistusharkinnassa. Teoriassa, jotta voitaisiin luotettavasti sanoa jotain kahden ilmiön välisestä yhteydestä kokemussäännön tarkoittamalla tavalla, tulisi väitteen tukeutua induktion kautta analysoitavissa olevaan havaintomateriaaliin. Kun käytännössä esimerkiksi

⁸⁸ Edelstam 1991 s. 112.

⁸⁹ Stein 1893 s. 21 s.

⁹⁰ Jonkka 1991 s. 39 ja Frände 1999 s. 339.

⁹¹ Kallenberg 1927 s. 556. Kallenberg on havainnollistanut kokemussäännön määritelmää siten, että jos esimerkiksi jokin asia on sattunut tuhat kertaa, ei kyseessä ole kokemussääntö vaan vain lausuma tuhannesta eri faktasta. Toisaalta lausunto siitä, että jokin asia viitattujen tietojen/edellytysten vallitessa tulee todennäköisesti tapahtumaan, on kokemussääntö. Ks. Kallenberg 1927 s. 555 av. 4; myös Stein 1893 s. 19 s. ja Lindell 1987 s. 215.

⁹² Ekelöf – Boman 1992 s. 14.

⁹³ Ks. Lindell 1987 s. 214 ss.

⁹⁴ Ks. myös Eisenberg 1999 s. 61: ”Erfahrungssätze sind empirische Allgemeinurteile zur Feststellung und Bewertung von Tatsachen.”

⁹⁵ Näin Lindell 1998 s. 492.

havaitaan ilmiö A:sta usein seuraavan ilmiö B:n, voidaan tehdä induktiivinen johtopäätös eli yleistys, että A:sta seuraa todennäköisesti B. Tämä lainmukaisuus saa ilmaisunsa kokemussäännössä. Induktiivinen loppulause perustuu siis yksittäisten ilmiöiden havainnointiin, josta päädytään yleiseen sääntöön. Määritelmälle ei ole ratkaisevaa, kuinka moneen havaintoon kokemussääntö perustuu. Havaintojen luotettavuus ja merkitys voi kylläkin vaihdella huomattavasti ja määrätä näin kokemussäännön todistuksellisesta ”voimasta”.⁹⁶ Harvinaisempaa – joskin mahdollista – on, että kokemussääntö perustuu deduktiiviselle ajattelulle: deduktiivisessa päättelyssä edetään yleisestä yksittäiseen päin siten, että johtopäätös seuraa loogisella välttämättömyydellä premisseistä.⁹⁷

Yleisesti tieteellisessä selittämisessä tapahtuma pyritään subsumoimaan yleisen lainalaisuuden alaisuuteen ja siten selittämään tai ennustamaan tapahtumaa (ns. *Popperin subsumptiomalli*).⁹⁸ Kuten edellä jo mainittiin (ja jäljempänä (3.4.2) lähemmin esitetään), oikeudellisella subsumptiolla tarkoitetaan konkreettisen tosiseikan ja normin tunnusmerkistöön liittyvän abstraktisen tosiseikan yhdistävää ratkaisua.⁹⁹ Todistusharkinnassa tapahtuva subsumptio vastaa rakenteeltaan läheisesti tieteellistä subsumptiomallia. Erona on, että luonnontieteissä sovelletaan yleensä ehdottomia ehtolauseita (jos A niin aina B), kun taas todistusharkinnassa joudutaan tyytymään heikompiin kokemussääntöihin (jos A niin joskus/useimmiten B), jolloin tuloksena on vain todennäköisyysarvio. Erona on myös tutkimuskohde: luonnontieteet keskittyvät objektiivisiin, havaittavissa oleviin ulkomaailman tapahtumiin, todistusharkinta sen sijaan koskee usein inhimillistä käyttäytymistä, henkilön tarkoituksiperiä, tietoja tai tavoitteita.¹⁰⁰ Inhimillistä käyttäytymistä tai muita common sense -kokemussääntöjä rasittaa epämääräisyys ja tulkinnanvaraisuus, mikä pitkälti selittää sen, miksi eri tuomioistuinten on mahdollista päätyä saman todistusaineiston varassa ja muutenkin samoilla ratkaisuedellytyksillä selvästi erilaisiin, jopa päinvastaisiin tosiseikastotulkintoihin.

Kokemussääntöjen luokittelu selventää yleisten kokemussääntöjen epämää-

⁹⁶ Vrt. *Stein* 1893 s. 20 s.

⁹⁷ Ks. *Stein* 1893 s. 19. On huomattava, että myös lainkäyttö itsessään voi synnyttää kokemussääntöjä. Ekelöfin käyttäytymistä ohjaava sanktiomekamismi edellyttää tätä nimenomaisesti (ks. *Lindell* 1987 s. 264).

⁹⁸ *Lindell* 1987 s. 216.

⁹⁹ *Laukkanen* 1995 s. 138 s.

¹⁰⁰ *Lindell* 1987 s. 217 s. Luonnontieteissä väärän ennustuksen tekeminen viittaa aina ennusteen tekijän erehtymiseen, esim. puutteellisten tietojen, virhearvioinnin tai puutteellisen teorian johdosta. Yhteiskuntatieteissä jonkin inhimillisen käyttäytymisen ennakkoinnin väärään osuminen ei välttämättä tarkoita ennusteen tekijän erehtymistä tai virhettä, koska tutkittavan ilmiön luonteen seeneen kuuluu, että tietyt ’laskelmat’ tai henkilön käyttäytymiseen vaikuttavat tekijät saattavat periaatteessa johtaa mihin tahansa seuraukseen erilaisten seurausten joukossa. Inhimilliseen päätöksentekoon ja käyttäytymiseen liittyy siis aina yllätyksen mahdollisuus (Ks. *Winch* 1979 s. 91–92).

räisyydestä sanottua. Luokittelussa huomiota voidaan kiinnittää siihen, miten yleisesti hyväksytty kokemussääntö on, miten absoluuttisesti sen mukaan kausaalisuhde ilmenee ja miten täsmällisesti tämä riippuvuussuhde on ilmaistu.¹⁰¹ Tavallisesti erotetaan yleiset kokemussäännöt erityisistä kokemussäännöistä. *Yleisen kokemussäännön* katsotaan kuuluvan normaalin yleissivistyksen ja elämäkokemuksen piiriin, jolloin se on kaikille tunnettu. Tällainen on esimerkiksi normaali kokemussääntö siitä, että vesisateessa kastuu. Yleisistä kokemussäännöistä ei tarvitse esittää näyttöä ja tuomari saa käyttää niitä vapaasti todistusharkinnassa: kyse on yhdestä notorisuuden muodosta.¹⁰² Ei ole kuitenkaan suotavaa, että tuomari käyttäisi yksityisiä tietojaan kokemussäännöistä yli sen, minkä voidaan katsoa kuuluvan normaaliin yleissivistykseen. *Erityinen kokemussääntö* puolestaan on valtaosalle ihmisistä tuntematon, sillä sen tuntemiseksi edellytetään erikoistietoja tai -taitoja. Esimerkiksi psykologeilla ja psykiatreilla on sellaista tietoutta, joka mahdollistaa ihmisten käyttäytymisen arvioimisen maallikkoja paremmin.¹⁰³ Edellisiä 'selvemmin' erityisistä kokemussäännöistä voi todistaa esim. lääkäri, insinööri tai luonnontieteitä harjoittava tiedemies omalla erikoisalueellaan.

Luokittelussa käytetään myös jakoa kokemussäännön velvoittavuuden perusteella. Kokemussäännön mukaan tietty seuraus voi syntyä aina tai vain jollain todennäköisyydellä. Jos seuraus syntyy aina tietyissä olosuhteissa, puhutaan *deterministisistä* kokemussäännöistä. Muut ovat *todennäköisiä* kokemussääntöjä, toisin sanottuna ne ilmaisevat vain todennäköisyysväitteen kausaalisuhteesta.¹⁰⁴ Tieteellinen tutkimustieto on yleensä autoritaarista, kun taas 'pelkkään' elämäkokemukseen perustuvat yleistykset ovat vaikutuksiltaan aivan eri asemassa. Näin ollen kokemussääntöjen velvoittavuus ja luotettavuus vaihtelee huomattavasti: Toisilla on luonnonlain status, jolloin ne myös velvoittavat lainsoveltajaa varsin ehdottomasti. Toiset lähenevät ihmisten subjektiivisia ennakkoluuloja ja harhakäsityksiä, jolloin niitä sovelletaan epäsystemaattisesti ja vaihtelevasti.

Kokemussäännön velvoittavuuden vaihtelut voivat perustua paitsi tilastollisen informaation puuttumiseen, myös kokemussäännön enemmän tai vähemmän eksplisiittiseen muotoiluun. Monesti kokemussäännön sovellettavuus on tulkintakysymys, ja erityisesti monien inhimillistä käyttäytymistä koskevien kokemussääntöjen soveltuvuus voidaanakin asettaa kyseenalaiseksi.¹⁰⁵ Klamin

¹⁰¹ Ks. Lindell 1987 s. 41.

¹⁰² Ks. Ellilä 1949 s. 13.

¹⁰³ Ks. Lindell 1987 s. 227 ja Edelstam 1991 s. 117. Common law -järjestelmässä katsotaan, ettei tuomari tarvitse apua ihmisten normaalin käyttäytymisen arvioimiseen, ja esim. Englannissa tällainen psykologinen asiantuntijatodistelu onkin kiellettyä, "inadmissible". Ks. Eggleston 1978 s. 155.

¹⁰⁴ Ks. Jonkka 1993 s. 42–44 ja Eisenberg 1999 s. 61.

¹⁰⁵ Ks. Lindell 1987 s. 223.

esimerkki selventää kokemussäännön rakennetta ja kuvaa samalla sitä, miten 'kokemussääntö' voi lähestyä puhdasta ennakkoasenteellisuutta: kokemussäännöstä voidaan erottaa *sisältö* ("ulkomaalaiset ovat taipuvaisia omaisuusrikoksiin"), toisaalta säännön ilmaisema *varmuus* ("kaikki, useimmat, monet ulkomaalaiset") ja kolmanneksi *luotettavuus* (perustuuko kokemussääntö tieteelliseen tai tilastolliseen selvitykseen, omiin kokemuksiin tai esim. "naapurilta kuultuun"). Kokemussäännön sisältöä ja varmuutta kutsutaan *ensi asteen todennäköisyydeksi* ja luotettavuutta *toisen asteen todennäköisyydeksi*. Erityisesti matala toisen asteen todennäköisyys voi johtaa siihen, että sinänsä ehdottomasti muotoiltu ja siten relevantilta vaikuttava kokemussääntö voi osoittautua perusteettomaksi ennakkoluuloksi.¹⁰⁶

Todistusharkinnassa on tavallista, että johonkin tilanteeseen soveltuvaa yleistä kokemussääntöä ei ole olemassa, tai ainakaan tuomioistuimen tai asianosaisten tiedossa. Ratkaisupakosta johtuen tuomari voi tällöin konstruoida sui generis tapauksen tietojen perusteella ns. *optimaalisen tai fiktiivisen kokemussäännön*. Tässä konstruktiivisessa prosessissa tuomari muuntaa jonkin yksittäistapauksen fiktiiviseksi tapausluokaksi. Optimaalinen kokemussääntö perustuu tapauksen kokonaisarviointiin siten, että tapahtumille saadaan looginen ja uskottava selitys: optimaalisen kokemussäännön tulisi selittää mahdollisimman monta tapahtuman momenttia. Optimaalinen kokemussääntö koostuu pääsääntöisesti useista eri yksityiskohtaisista kokemussäännöistä, jotka yhdessä muodostavat stereotyyppisen kuvan tapahtuneesta. Haittapuolena on luonnollisesti psykologian taipumus olla "kaksiteräinen miekka" – sama tosiseikka voi ts. eri tulkinnoissa saada täysin vastakkaisen merkityksen (esim. filmirullan tunkemisen taskuun voidaan nähdä todistavan joko huolimattomuudesta ja onohduksesta tai anastustarkoituksesta).¹⁰⁷

Myöhemmin jaksossa 7.4 käsiteltävästä asianosaisten asiaesittelystä voidaan havaita, että asianosaisten ennen todistelun vastaanottamista esittämä ns. *jutun teoria* saattaa pitkälti perustua juuri eräänlaisen optimaalisen kokemussäännön konstruoinnille ja tämän mukaisen argumentoinnin välittämiseksi tuomioistuimen todistusharkintaa ohjaavana näkemyksenä asian keskeisistä piirteistä.

Viime kädessä kokemussääntöjen käytön 'sellaisenaan' oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa estää se jo yllä subsumptiomallin yhteydessä viitattu seikka siitä,

¹⁰⁶ Klami 2000 s. 21.

¹⁰⁷ Ks. Lindell 1987 s. 241, 244, 256 ja 281 ja Lindell 1998 s. 492. Optimaalisella kokemussäännöllä Lindell viittaa lähinnä vapaassa todistusharkinnassa tapahtuvaan kokonaiskäsityksen muodostamiseen. Optimaalisen kokemussäännön käsite on nähdäkseni varsin lähellä *Wagenaar ym.*:n 1993 s. 61 tarkoittamia yleisesti hyväksyttyjä kokemussääntöjä eli 'ankkureita' ("common-sense rules justifying our belief in particular pieces of evidence").

että kokemussäännöt eivät ole yksitulkintaisia liittyessään usein inhimilliseen käyttäytymiseen. Kokemussääntöjen soveltamisen 'mittapuu' eli oikeudellinen normi vaikuttaa lisäksi oikeudelliseen ratkaisuun sikäli ratkaisevalla tavalla, että ratkaisua ei aina voida johtaa sellaisenaan tiettyihin faktatekijöihin liittyvästä kokemussäännöstä. Formaalisissa mielessä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa tapahtuvassa päättelyssä voidaan kylläkin nähdä deduktiivinen 'muoto', ja päättelyn alalause eli faktapremissit puolestaan voidaan perustaa induktion kautta vahvistettuihin tosiseikkoihin, kun tosiseikka subsumoidaan kokemussäännön alaisuuteen.¹⁰⁸

Loppujen lopuksi oikeudellisen ratkaisun oikeus- ja näyttökysymysten 'ratkaiseminen' kuitenkin perustuu yleensä normatiivisen ja faktuaalisen tason keskinäiseen tulkinnalliseen vuorovaikutukseen subsumptiotoiminnassa.¹⁰⁹ Kulloinkin 'valittava' kokemussääntö voi ts. määräytyä ainakin osittain sen mukaan, miten tilannetta hahmotetaan oikeusnormien valossa – mitä hahmotusta tapauksen tosiseikat (ja niihin liittyvät kokemussäännöt) voivat edelleen muuttaa jne. Ratkaisulle relevantti kokemussääntö voikin liittyä paitsi kulloinkin relevanteiksi katsottavien tosiseikkojen näytönarviointiin, myös siihen oikeudelliseen (abstraktiin) esiymmärrykseen, joka ohjaa hahmottamaan tilannetta juuri tiettyjen oikeudellisten argumenttien kautta (ja joka näkemys juuri tekee tietyistä tosiseikoista ratkaisulle relevantteja).

3.2 TODISTELUN MÄÄRÄ JA LAATU

Todistus oikeudellisen peruskäsitteistön jälkeen siirrytään nyt pohtimaan todistelun arvioinnissa tarvittavia teoreettisia hahmotteluita. Ensin selvitetään, miten oikeudenkäyntiaineistoa voidaan hahmottaa analyttisesti käsittelemällä todistusaineiston kvantitatiivisia (määrällisiä) ja kvalitatiivisia (laadullisia) piirteitä erikseen. Näyttöaineiston määrällisessä riittävyudessa kyse ei ole yksittäisten todisteiden tai koko aineiston näyttöarvon riittävydestä, vaan siitä, miten kattavaa näyttöaineisto on, eli missä määrin se huomioi erilaiset asian puolet ja mahdollisuudet. Todistusaineistolle annettavaa näyttöarvoa eli todistelun laadullista riittävyttä tuomitsemis- tai näyttökynnykseen nähden käsitellään tämän jälkeen. Lopuksi käsitellään sekä todistelun määrälliset että laadulliset vaatimukset huomioivia ja yhdistäviä todistusteorioita.

¹⁰⁸ Lindell 1987 s. 215.

¹⁰⁹ Ks. vuorovaikutusmallista lähemmin jaksossa 3.4.2 (s. 148 s.).

3.2.1 Selvittämistaakka

Rikosasiassa suoritettujen tutkintatoimenpiteiden laajuus tai kattavuus näyttäytyy eri tavoin syytetylle, syyttäjälle ja tuomioistuimelle. Syytetty ja syyttäjä arvioivat tutkinnan riittävyttä ensisijaisesti suhteessa todistustaakkaan ja näyttökynnykseen (tuomitsemiskynnykseen) eli siihen, riittääkö näyttö langetta-vaan tuomioon vai ei. Pääosin huomio on syyllisyyskysymyksen selvittämiseen tähtäävien eri tosiseikastoväitteiden todentamiseen käytettävän näytön riittävydessä. Syyttäjän on osoitettava tietyn rikostunnusmerkistön täyttyminen sekä objektiivisen että subjektiivisen rikostunnusmerkistön (rekvisiitan) osalta, minkä lisäksi syyttäjän on pystyttävä myös osoittamaan, etteivät mitkään rikosvastuun poistavat perusteet kuten oikeuttamis- tai anteeksiantoperusteet sovellu tapaukseen. Tuomioistuimen näkökulma kohdistuu lähinnä perustellun tuomion antamisen edellytyksiin. Tuomitsemiskynnyksen ylittymisen tulee tutkin-nan laajuuden osalta olla periaatteessa irrelevantti seikka.¹¹⁰

Selvityksen kattavuudesta paremman käsityksen saamiseksi on perusteltua jakaa rikosasioiden tutkintaintressi (instrumentaalisesti) kolmeen osaan. *Välittömästi relevantit seikat* tarkoittavat teonkuvauksen pääsisältöä subsumption kannalta, eli kyseeseen tulee rikostunnusmerkistöön kuuluvien elementtien sekä tekijän, tekoajan ja -paikan identifiointi. *Yksittäistapauksessa relevanteilla seikoilla* tarkoitetaan sellaisia välittömän teonkuvauksen ulkopuolisia seikkoja, jotka kuitenkin vaikuttavat rikoksen faktuaaliseen tai normatiiviseen arviointiin (kuten selvitys toiminnan kontekstista ja motiiveista¹¹¹). Tällaiset seikat auttavat tuomioistuinta mm. rekonstruoimaan tapahtumainkulun yksityiskohtaisemmin. Yksittäistapauksessa relevantti seikka voi olla esim. selvitys syytetyn toimimisesta hätävarjelutilassa, tai selvitys teon taustoista tai motiiveista. Yleensä syytetylle edulliset seikat kuuluvat juuri tähän kategoriaan. Kolman-nen selvittävän asiaryhmän muodostavat *seuraamukseen vaikuttavat seikat*. Tällaisia ovat mm. teon syyt ja seuraukset, mahdollisesti tekijän tausta, elämän-tilanne ja ennuste tulevasta.¹¹² Kussakin kategoriassa on sekä objektiivisia että subjektiivisia seikkoja. Lievien rikosjuttujen selvittäminen rajoittuu monesti vain välittömästi relevanttien seikkojen selvittämiseen ilman, että syyttäjä tai tuomioistuin pitäisi selvityksen laajuutta puutteellisenä. Keskivakavien ja törkeiden (kiistettyjen) rikosten tutkinnalta sen sijaan yleensä edellytetään

¹¹⁰ Diesen 1993 s. 265.

¹¹¹ Motiivilla voidaan tarkoittaa merkityksellistä olosuhteiden muodostusta, joka vaikuttaa toimivaasta ollenosta tai havainnoitsijasta merkitykselliseltä perusteelta kysymyksessä olevaan käytäytymiseen. Ks. Winch 1979 s. 48–49.

¹¹² Diesen 1993 s. 244 ss. ja 574. Vrt. Lindell 1987 s. 345, joka jakaa tutkinnan laajuuden karkeasti kolmeen pääryhmään: 1) suppea tutkinta (mm. rikosprosessuaalisista pakkokeinoista päättäminen ja lievät rikosjutut), 2) ”normaali” tutkinta (tavalliset, keskivakavat rikosjutut) ja 3) täydellinen tutkinta (törkeät rikosjutut).

laajempaa rikoksen taustojen ja seuraamuskysymykseen vaikuttavien tekijöiden selvittämistä.¹¹³

Tutkintaintressin eriyttäminen yllä kuvatulla tavalla selventää sitä, että erilaisissa rikoksissa esitutkintaviranomaisen suorittaman ja syyttäjän sekä viime kädessä tuomioistuimen todistusharkinnassa edellyttämän tutkinnan laajuus (kattavuus) tosiasiaassa vaihtelee. Tapauksen olosuhteiden mukaan poliisi voi suorittaa enemmän tai vähemmän kattavan rikostutkinnan: yleensä rikoksen vakavuus eli odotettavissa oleva rangaistus on keskeisin kriteeri pohdittaessa sitä, miten perinpohjaiset selvitykset ovat aiheellisia. Ilmiötä voi kuvata todistustaakkaa täsmentävällä ns. *selvittämistaakan* käsitteellä.¹¹⁴ Selvittämistaakka on ennen kaikkea syyttäjää velvoittava oikeudellinen normi, joka määrittää sen, miten kattavaa ja missä määrin muut vaihtoehtoiset tapahtumainkulkumahdollisuudet poissulkevaa selvitystä syyttäjä tarvitsee syytteensä tueksi.

Selvittämistaakalla tai pikemminkin sen täyttymättä jäämisellä on konkreettisia seurauksia. Jos esimerkiksi mielekkäiden syytteen teonkuvaukselle vaihtoehtoisten tapahtumainkulkuvärsiöiden (hypoteesien) arvioiminen ei ole ollut mahdollista liian suppean (esitutkinta)selvityksen johdosta, voi syyte tulla todistusharkinnassa hylättäväksi teoreettisesti nimenomaan tutkinnan 'kapeuden' (eikä välttämättä näyttökynnyksen 'alittumisen') johdosta.¹¹⁵ Selvittämistaakan ylittymättä jääminen konkretisoituu tarkoitetulla tavalla ns. *selvittämiskynnyksen* kautta. Selvittämiskynnyksellä tarkoitetaan sitä selvitystasoa (todistelun määrää), jota langettavalta tuomiolta kyseisessä tapauksessa edellytetään rikoksen vakavuus, laatu ja syytetyn asennoituminen huomioon ottaen. Kyse on *todistusharkintavaiheessa huomioitavasta oikeudellisesta normista*. Selvittämiskynnyksen perustuu tuomarin rooliin kuuluvaan tehtävään analysoida esitettyä näyttöä monipuolisesti ja objektiivisesti. Selvittämiskynnyksen idea rakentuu sen ajatuksen varaan, että tuomioistuin harkitsee viran puolesta, löytyykö oikeudenkäyntiaineistosta viitteitä siitä, että syytteessä väitettyjen tapahtumien taustalla olisi jokin toinen kuin syytteessä kuvattu tapahtumainkulku eli *vaihtoehtoinen hypoteesi*. Jos tällainen vaihtoehtoinen hypoteesi on mielekkäällä tavalla konkretisoitunut oikeudenkäyntiaineistossa mutta selvitys siitä on kuitenkin ollut niin puutteellista, ettei vaihtoehdon riittävän perusteellinen pohdinta tai luotettava poissulkeminen ole mahdollista, on lopputuloksena yleensä, että syytteen ei ole katsottava tulleen näytetyksi toteen ilman järkevää epäilystä (selvittämiskynnyksestä lähemmin heti jäljessä jaksoissa 3.2.2–3.2.3).

¹¹³ *Diesen* 1993 s. 248 ss.

¹¹⁴ *Vanamo* 2001 s. 422 puhuu *selvitystaakasta*, jota ymmärrän käytetyn selvittämistaakkaa vastaavassa merkityksessä. Vrt. jaksossa 3.3.1 (s. 137–138), jossa puhutaan ns. *selitystaakasta*: termillä viitataan siihen, että syytetty laiminlyö antaa selitys häntä vastaan puhuvasta seikasta (OK 17:5), mistä voi seurata hänelle epäedullisia näytöllisiä johtopäätöksiä.

¹¹⁵ Käytännössä todistelun laadullisia ja määrällisiä ominaisuuksia ei voida näin jyrkästi erottaa toisistaan, tästä lähemmin seuraavan jakson (3.2.2) alussa.

Myönnettyjen lievien rikosten kohdalla on prosessieconomisin perustein hyväksyttävä, että rikoksen tutkinnassa ei voida eikä tule viran puolesta ottaa huomioon kaikkia mahdollisia vaihtoehtoisia hypoteeseja, ainakaan ellei syytetty tee seikasta nimenomaista väitettä.¹¹⁶ Tällaisten rikosten osalla voitaneenkin puhua rajoitetusta selvittämistaakasta. *Kiistetyissä* lievissä rikoksissa selvittämiskynnyksen tulee kuitenkin olla leveämpi, koska kiistämisperusteet tulee riittävästi selvittää siitä huolimatta, että kiistäminen olisi konkrētisoimaton tai vailla ilmeisiä perusteluita. Tapauksesta riippuu, missä määrin myös muita kuin syytetyn itsensä ilmoittamia hypoteeseja on tutkittava. *Vakavan, kiistetyn rikoksen* tutkinnan selvittämiskynnyksen tulee aina olla leveä (kattava), eli kaikki relevantit ja mahdolliset hypoteesit on selvitettävä: tutkinnan tulisi edetä periaatteessa syytetyn antamista tiedoista riippumatta (luonnollisesti tietyt tutkintalinjat voivat ylipäättänsä tulla mahdollisiksi vasta syytetyn tietojen perusteella).¹¹⁷

Toinen perustava lähtökohta selvittämistaakkakäsitteen taustalla on, että pääasiallisen vastuun todistelusta kantaa virallinen syyttäjä. Tuomioistuimella voi sanoa olevan selvittämismvastuuta ainoastaan syytetylle edulliseen suuntaan. Puolueettomuusvaatimusten johdosta syytettä tukevan näytön suhteen tuomioistuimella ei ole edes lähtökohtaista selvittämisoikeutta. Myös julkiselle puolustajalle kuuluu asemaansa perustuen tietty selvittämismvastuu.¹¹⁸ Muodollisesti puolustuksella ei tosin voida sanoa olevan selvittämistaakkaa. Sen sijaan puolustuksella voi olla tosiasiallinen selvittämismriski: syytetyn epäonnistuessa vastatodistelussaan syyttäjän vahvan päätodistelun jälkeen kohtaa syytetty riskin siitä, että kiistämisperusteiden katsotaan olevan perusteettomia.

3.2.2 Selvittämiskynnyks ja näytön kattavuus

Todistelusta tehtävien johtopäätösten todennäköisyys tai varmuus ei riipu pelkästään käytettävissä olevan todistelun luotettavuudesta (laadusta), vaan myös todistelumateriaalin laajuudesta (määrästä). Selvityksen *määrän ja laadun arviointi kietoutuu erottamattomaksi kokonaisuudeksi*: laadun ja määrän välillä on välitön yhteys.¹¹⁹ On sinänsä aivan asianmukaista sanoa esim., että tietoisuus näytön niukkuudesta tai puutteellisuudesta olisi todistelun näyttöarvoa alentava tekijä (aputosisieikka). Todistelun määrän ja laadun käsitteellinen toisistaan erottaminen saattaa myös tuntua käytännölle vieraalta. Teoreettisesti mainittujen dimensioiden eriytetty tarkastelu on kuitenkin hyödyllistä. Näyttökysymysten jäsentäminen kahdesta eri suunnasta kahden eri 'kynnyksen' (näyttö-

¹¹⁶ Ks. *Jonkka* 1992a s. 112 av. 66 ja *Havansi* 2002 s. 18–19.

¹¹⁷ *Diesen* 1993 s. 497 ss.

¹¹⁸ Ks. *Diesen* 1993 s. 260 s. ja 487.

¹¹⁹ *Diesen* 1993 s. 547 ja 555.

kynnyksen ja selvittämiskynnyksen) näkökulmasta hyödyttää nähdäkseni myös käytäntöä, kunhan yllä mainittu ajatus näyttökysymysten kokonaisvaltaisuudesta pidetään mielessä. Selvittämiskynnyks-ajattelun omaksuminen voi esim. auttaa paremmin hahmottamaan sitä, mistä syystä todistelun puutteellisuus on yleensä todistelun näyttöarvoa kokonaisuutena alentava tekijä.

Keskeinen todistelun määrällisiin ominaisuuksiin liitettävä käsite on todistelun kattavuus. *Todistelun sanotaan olevan kattavaa (robust), kun käytössä olevan selvityksen ohella tiedossa ei ole enää muuta asiaan mahdollisesti vaikuttavaa todistelua.*¹²⁰ Lähtökohtaisesti todennäköisyysarvio tulee sitä tarkemmaksi ja luotettavammaksi, mitä kattavampaa todistelu on, koska tällöin päätöksenteossa voidaan ottaa huomioon mahdollisimman usea relevantti ”muuttuja”.¹²¹ Teoreettinen esimerkki havainnollistaa sanottua: jos ensimmäinen todiste nostaa näyttöarvon tietyllä tasolle, toiseksi esitetty todiste laskee näyttöarvoa ja kolmanneksi esitetty todiste nostaa näyttöarvon jälleen takaisin samalle tasolle kuin ensimmäinen todiste, ovat todistelusta tehtävät päätelmät luotettavampia kuin vain yhteen todisteeseen perustuvat päätelmät, vaikka lopulta päädyttäisiin sinänsä aivan samaan näyttöarvoon. Uudet todisteet voivat joko nostaa, laskea tai pitää näyttöarvon ennallaan, mutta uudet (relevantit) todisteet kuitenkin *aina* lisäävät näytön kattavuutta.¹²² Jos esim. todistajalle esitetään ainoastaan yksi kysymys tapahtumalle relevantista seikasta, todistajanlausunnon näyttöarvo vastaa lähinnä yleistä todistajan luotettavuutta kuvaavaa frekvenssiä, koska tällöin käytettävissä ei välttämättä ole (mitään) aputusi-seikkoja kertomuksen luotettavuuden tai kertojan uskottavuuden arvioimiseksi. Lisäkysymykset voivat tuoda esiin uusia seikkoja ja todistajan uskottavuuteen liittyviä tekijöitä, joiden perusteella lähtökohtaisesta näyttöarviosta voidaan poiketa. Epäonnistuuksaankin tällaisten seikkojen paljastamisessa (kuulustelijan toivomalla tavalla) lisäkysymykset lisäävät todistelun kattavuutta ja siten parantavat todistusharkinnan laatua.

Lähemmin analysoituna riittävästä oikeudenkäyntiaineistosta määräävä selvittämiskynnyks todistusharkinnassa käytettävänä käsitteenä sisältää sen, että a) käytettävissä on käsillä olevan rikoksen selvittämiseksi yleisesti välttämätön näyttö (abstrakti selvittämiskynnyks), b) käytettävissä on syytetyn varteenotettavien vastaväitteiden arvioimiseksi välttämätön näyttö (konkreettinen selvittämiskynnyks) ja c) oikeudenkäyntiaineiston laajuus mahdollistaa mahdollisesti jäljelle jäävän epävarmuuden eliminoimisen *jutun laadun mukaisin määrin.*¹²³

¹²⁰ Ks. Ekelöf–Boman 1992 s. 128, Diesen 1993 s. 421, Lindell 1998 s. 432 ja Lindell 1987 s. 354.

¹²¹ Diesen 1993 s. 548.

¹²² Ks. Lindell 1987 s. 352 ja Diesen 1993 s. 421. Ks. myös Stone 1988 s. 41 vastakuulustelun vastaavanlaisesta todistelun varmuutta lisäävästä vaikutuksesta silloinkin, kun vastakuulustelu on sen suorittajan näkökulmasta katsottuna ollut sikäli tulokseton, ettei vastakuulustelulla ole kyetty horjuttamaan pääkuulustelua tai saamaan itselleen edullisia uusia seikkoja esiin.

¹²³ Diesen 1993 s. 555.

Menetelmän kautta todistusarvo tulee luontevasti arvioitavaksi ns. ”ei järkevää/ varteenotettavaa epäilystä” -tuomitsemiskynnyksen kannalta.

Ns. abstrakti selvittämiskynnyks viittaa osin oikeuspoliittiseen ja osin oikeuskäytännölliseen tosiasiaan siitä, että kaikkia rikostyyppjeä ei tutkita yhtä perusteellisesti. Se, mikä yhden rikostyyppin tutkinnassa koetaan riittäväksi, voi olla vakavamman rikoksen tutkintana riittämätöntä. Oikeusturvaintressin ei voi kuitenkaan (teoreettisesti) sanoa olevan pienemmän bagatellijutussa kuin törkeää rikosta koskevassa jutussa. Oikeusturvatakeista voi silti käytännössä joustaa herkemmin, jos bagatellijuttu samalla on myönnetty eli riidaton. Diesen keskeinen – ja mielestäni kannatusta ansaitseva – teesi on, että *todistusvaatimus eli näyttökynnyksen korkeus on pääsääntöisesti kaikissa rikosjutuissa vakio, mutta tutkinnan kattavuus eli selvittämiskynnyksen ”leveys” sen sijaan vaihtelee rikostyyppien välillä*.¹²⁴ Selvittämiskynnyksen ’leveyteen’ vaikuttavia tekijöitä ovat rikoksen törkeys, syytetyn asennoituminen ja teon kompleksisuus.

Konkreettinen selvittämiskynnyks käsitteenä viittaa yksittäistapauksessa suoritettavaan todistusharkintaan näytön vastaanottamisen jälkeen. Konkreettisen selvittämiskynnyksen ylittyminen tarkoittaa, että tuomioistuin voi suorittaa kaikin osin asiallisen ja ’puutteettoman’ todistusharkinnan: kyse on todistelun sellaisesta laajuudesta, että johtopäätösten vetäminen näytöstä katsotaan voitavan tehdä ’hyvin perustein’.¹²⁵ Selvittämiskynnyks ilmaisee samalla kussakin tapauksessa hyväksyttävän epävarmuuden laajuuden (ns. harmaan alueen) todistusharkintaan ryhdyttyessä. Konkreettisen selvittämiskynnyksen ylittäminen on todistustaakan ja näyttökynnyksen ohella syyttäjän vastuulla. Tässä mielessä voidaan puhua yleisemmin syyttäjän selvittämistaakasta.

Käsitteellisesti selvittämiskynnyksen voi väittää olevan tarpeeton siksi, koska selvittämiskynnyksen ylittämättä jääminen johtaa samaan lopputulokseen kuin näyttökynnyksenkin ylittymättä jääminen eli syytteen hylkäämiseen. Selvittämiskynnyks oikeudellisena normina on kuitenkin perusteltu, koska se tekee sekä lievissä että vakavissa rikosjutuissa samalla tavalla vakiona pysyvän näyttökynnyksen soveltamisen ymmärrettävämmäksi, ja koska se selvittää todistelun määrän ja laadun välistä suhdetta.¹²⁶

Se, miten selvittämiskynnyks-käsite auttaa hahmottamaan asianosaisten todistelutoimintaa ja tuomarin todistusharkintaa käytännössä, tulee ilmi mielletessä todistusharkinta erilaisten hypoteesien verifikaatio- ja falsifikaatioprosessina. Selvää on, että jos oikeudenkäyntiaineistossa ei ole huomioitu tai selvitetty jotain vaihtoehtoiselle hypoteesille relevanttia ja oikeudenkäyntiaineistossa konkretisoitunutta seikkaa, ei todistusharkintaa voida tältä osin suorittaa sellai-

¹²⁴ Diesen 1993 s. 288.

¹²⁵ Ks. Diesen ym. 2000 s. 136.

¹²⁶ Ks. Diesen ym. 2000 s. 136.

sessä laajuudessa, joka mahdollistaisi riittävän varmuuden asteen saavuttamisen kyseisestä seikasta. Juuri tällaisessa tilanteessa puhutaan selvittämiskynnyksen ylittymättä jäämisestä: *jotain varteenotettavaa, syytetylle edullista tai syytetyn vapauttamiseen johtavaa hypoteesia ei esitutkinnan puutteellisuuden takia ole voitu tutkia tai arvioida oikeudenkäynnissä*. Tällaiset tilanteet nimenomaan merkitsevät sitä, että syytettä kohtaan on jäänyt järkevä/varteenotettava epäily.¹²⁷

Tietenkään minkä tahansa seikan epävarmaksi jääminen ei voi johtaa syyteen hylkäämiseen: ratkaisupakon (non liquet -kiellon) johdosta oikeudellinen päätöksenteko on päinvastoin hyvinkin usein perustettava selvitykseen, joka ei ole läheskään täydellistä.¹²⁸ Selvittämiskynnyksen kannalta relevantin epävarman seikan tulee koskea jotain sellaista syytteelle vaihtoehtoista hypoteesia, jonka huomioiminen on käynyt muun oikeudenkäyntiaineiston tai muuten yleisen elämäkokemuksen valossa perustelluksi – lyhyesti sanottuna vaihtoehtoisen hypoteesin tulee olla ”maalaisjärjellä” ajatellen mielekäs ja mahdollinen kyseisessä tilanteessa. Jos selvittämättä jäänyt seikka on esimerkiksi vain joltain osin syytetylle edullinen (esim. lieventävää olosuhdetta koskeva) mutta ei välttämättä niin keskeinen, että itse pääteon suorittamista olisi syytä epäillä, ei syytettä tällöin luonnollisesti tule hylätä vain tällä perusteella. Tarkoitettussa tilanteessa voi sen sijaan aktualisoitua in dubio pro reo -periaatteen soveltaminen. Tällöin näytön puutteellisuuden aiheuttamat epäselvyydet tulee tulkita ja tuomion perusteluissa hyväksyä sellaisiksi, että ne olisivat mahdollisimman pitkälti syytetylle edullisia.¹²⁹

Syyttäjän tulee luonnollisesti pyrkiä riittävässä määrin varmistumaan siitä, että hänen esittämänsä näyttö olisi kaikilta osin niin kattavaa ja pitävää, että epäilyä muista vaihtoehtoista ei jäisi. Sanottu ei tarkoita, että syyttäjän tulisi aina ja kaikenlaisissa jutuissa pyrkiä ”100-prosenttiseen” näyttöön. Tarvittavan selvityksen laajuus riippuu jutun laadusta. Vakavissakaan rikoksissa selvittämiskynnykseen ei kuulu mahdottomien asioiden selvittäminen: kaikista seikoista ei ylipäättään ole mahdollista saada yhtä varmaa selvitystä kuin toisista seikoista, mistä syystä tällaista seikkaa koskevaa näyttöä ei ole rationaalista vaatia syyttäjältä.¹³⁰ Selvittämiskynnyksen tulee aina olla realistisella tasolla jutun laatuun ja käytettävissä oleviin resursseihin nähden. Tuomioistuimien ei esimerkiksi saa käyttää hypoteettisia todisteita (esim. mahdollisen alibi-

¹²⁷ Ks. *Diesen* 1993 s. 565: ”Med bristande uppfyllande av utredningskravet menas att processmaterial saknas för att (bevis)värdera något rekvisit i gärningsbeskrivningen eller en i och för sig provbar friande förklaring.” Ks. myös mt. s. 566 ja esimerkkitapaukset s. 567. Ks. myös *Vanamo* 2001 s. 422.

¹²⁸ Ks. *Engisch* 1977 s. 61: ”Das Gericht muß den Streit aus der Welt schaffen, auch wenn es den Zweifel nicht aus der Welt schaffen kann.”

¹²⁹ Ks. *Frände* 1999 s. 342 s.

¹³⁰ Ks. *Jonkka* 1992a s. 117.

todistajan kertomusta) syytteen hylkäämisen tukena, jos tarkoitettua todistetta ei ole tosiasiaissa ollut mahdollista hankkia (todistaja on kuollut tai kadonnut).¹³¹ Yleisemminkään tuomioistuimen ei tule ulottaa ”epäilystään” sellaiseen seikkaan, jota syyttäjän ei ole tarvinnut tutkia.¹³² Selvittämiskynnys voi edelleen muuttua oikeusprosessin aikana esimerkiksi siten, että esitutkinnassa rikoksen tunnustanut syytetty peruuttaa tunnustuksensa oikeudenkäynnissä. Paitasi että tällöin tulee harkittavaksi kysymys siitä, mikä merkitys peruutetulle tunnustukselle ja uudelle lausunnolle on annettava, saattaa tilanteessa aktualisoitua myös kysymys siitä, onko käsillä oleva esitutkimateriaali ja muu selvitys *enää* riittävän kattavaa asian asianmukaiselle selvittämiseksi (esim. jos tunnustuksen peruutuksesta käy ilmi uusia asiaan mahdollisesti vaikuttavia seikkoja).¹³³

Selvittämiskynnyksen ylittyminen tarkoittaa syyttäjän kannalta sitä, että hän on pystynyt esittämällään näytöllä osoittamaan puolustuksen hypoteesit joko mahdottomiksi lähemmin selvittää, tai käytettävissä olevan selvityksen valossa ’epävarmottettaviksi’. Rikoksen vakavuus ja teon kiistäminen aiheuttaa sen, että syyttäjän tulee kiinnittää erityistä huomiota varmottettavien ja tutkittavissa olevien hypoteesien eliminointiin.

3.2.3 Selvittämiskynnyksen ja näyttökynnyksen välinen suhde

Teoreettisesti selvittämiskynnyksen ylittyminen riippuu pelkästään suoritettujen selvitysten määrästä eli näytön kattavuudesta.¹³⁴ Selvitysten lopputulokset sitä vastoin ovat periaatteessa irrelevantteja selvittämiskynnyksen ylittymisen kannalta – yleensä näytöllisesti täysin tuloksettomatkin tutkintatoimenpiteet edesauttavat selvittämiskynnyksivaatimuksen ylittämisessä, koska tuloksetonkin selvitys lisää todistelun kattavuutta.

Kuten jäljempänä (jaksossa 3.3.3) tulee lähemmin puheeksi, syytteestä

¹³¹ *Diesen* 1993 s. 560 s.

¹³² *Diesen* 1993 s. 624 ja *Diesen ym.* 2000 s. 50: esimerkiksi yksilöimätön ja lähemmin perustelematon kuittausväite voi olla niin konkretisoitumaton, ettei seikan tarkistaminen ole mahdollista – tällöin syyttäjän selvittämismäärä ei ulotu tällaiseen seikkaan, eikä vaihtoehtoista hypoteesia voi siihen perustaa. Ks. tarpeettomista selvityksistä myös *Eisenberg* 1999 s. 63.

¹³³ Ratkaisussa KKO 2000:35 syytetyn peruutettua esitutkinnassa tekemänsä faktatunnustukset, syyttäjällä katsottiin olevan velvollisuus (tai ’taakka’) sellaisten seikkojen osoittamiseen, joiden perusteella syytetyn esitutkintakertomuksen oikeellisuutta voitaisiin luotettavasti kontrolloida. Ks. jaksossa 4.1.1 (s. 186 av. 24) siitä, että esitutkintakuulusteluiden ääni- tai mieluiten videonauhottamisella voitaisiin saada huomattavasti parempi selvyys tunnustuksen peruuttamista koskeviin ongelmiin. Sama vaikutus olisi sillä, että – vähäisiä rikoksia ehkä lukuunottamatta – tunnustus olisi pääsääntöisesti annettu avustajan läsnäollessa (näin myös VKSV 2001 s. 19–20, ks. myös *Ebervall* 2002 s. 258).

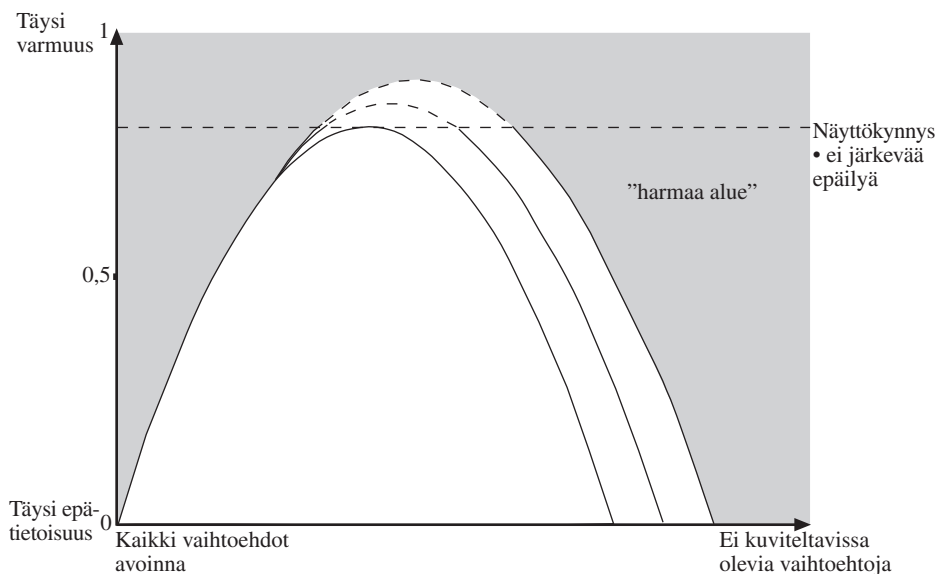
¹³⁴ *Lindell* 1987 s. 335 huomauttaa, että se, mikä rajoitetun oikeudenkäyntiaineiston valossa näyttää ilmeiseltä, voi kattavamman selvityksen jälkeen näyttää vain oletettavalta tai jopa väärältä.

tuomitsemisen tulee aina edellyttää sitä, ettei tuomioistuimelle jää ns. järkevää tai varteenotettavaa epäilyä syytettä kohtaan. *Sanotulla voidaan ymmärtää lähemmin sitä, että tuomioistuimen mielestä sekä näyttökynnyksen että selvittämiskynnyksen on täytynyt ylittyä.* Tuomitsemiskynnys kattaa siis yhtäältä näyttökynnyksen ja toisaalta myös selvittämiskynnyksen. Näin asia ymmärrettynä oikeuskirjallisuuden kysymyksenasettelu näyttökynnyksen vakioisuudesta tai muuttumattomuudesta ei ole sellaisenaan välttämättä 'maaliinsa' osuva. On kuitenkin kiistämätön tosiasia, että eri ihmiset ja/tai tuomioistuimet vakuuttavat tosiseikoista (syytteistä) eri tavoin. Tällöin voi olla "houkuttelevaa" katsoa, että tuomitsemisen kriteerit voisivat olla erilaisissa rikosasioissa eritasoisia. Koska perinteisesti todistus oikeudessa on operoitu nimenomaan ja vain näyttökynnyksen käsitteellä, on tästä joskus päädytty katsomaan, että juuri näyttökynnys voisi vaihdella erityyppisten rikosasioiden välillä. Tätä vastaan voidaan kuitenkin vedota erityisesti syytetyn oikeusturvatekijöihin, jotka puhuvat kaikissa asioissa muuttumattomana pysyvän näyttökynnyksen puolesta (ts. sen puolesta, että näyttökynnyksen tulee olla yhtäläisen korkealla myös lievien rikosasioiden kohdalla). Tällainen käsitys on perusargumenteiltaan perusteltu, mutta lopultakin riittämätön: vakiona pidettävä näyttökynnys jättää selitystä vaille sen, miten eri tuomitsevat tahot voivat päätyä erilaisiin fakta- ja normitulkintoihin saman todistusaineiston valossa samoin kuin sen, miksi lieviissä rikosasioissa riittää hyvin yksinkertaiselta ja suppealta vaikuttava todistelu siinä kun kiistetyissä vakavissa jutuissa todistelua voidaan edellyttää ja esittää erittäin runsaasti.

Mielestäni on välttämätöntä tunnustaa se inhimillinen tosiasia, että tuomitsemisen edellytykset ovat aina jossain määrin subjektiivisia, jolloin tuomitsemiskäytännössä voi olla eroja esim. eri tuomareiden välillä. Tarkoitin, että eri tuomareiden ja oikeusasteiden välillä käsitykset voivat vaihdella paitsi siitä, mihin suuntaan ja miten vahvasti todistustositseikkojen katsotaan todistavan oikeustositseikasta (ts. miten korkea 'todistusarvopiste' katsotaan saavutetun), myös siinä, millaisia syytteelle vaihtoehtoisia tapahtumainkultuversioita pidetään relevantteina tai mitä tällaisia vaihtoehtoisia hypoteeseja ylipäättänsä 'keksitään' ajatella. Tässä mielessä yksilöpsykologiset tekijät voivat selittää sekä näyttökynnyksen että myös selvittämiskynnyksen intersubjektiiviset variaatiot. Tämän 'inhimillisen' faktan tunnustaminen on kuitenkin eri asia siihen nähden, että *teoreettisesti* katsottuna sekä näyttökynnyksen että selvittämiskynnyksen tulisi olla yhtäläisin ja yleisin kriteerein määriteltyjä. Oikeusturvasyistä näenkin välttämättömänä pitää kiinni siitä, että tietyn yksittäisen tuomarin tai tuomioistuimen kohdalla näyttökynnyksen samoin kuin selvittämiskynnyksen määrittelyn ja soveltamisen tulee tapahtua yhdenmukaisin kriteerein siten, ettei mainituissa seikoissa tehdä yksittäistapauksellisia poikkeamia.

Kaikissa rikosasioissa tulee siten edellyttää lähtökohtaisesti samankorkuista näyttökynnystä. Vastaavasti selvittämiskynnyksen 'leveuden' tulisi samantyypp-

pisissä rikosasioissa olla toisiaan vastaavalla tasolla. Selvittämiskynnykseen käsitteenä tosin liittyy se, että selvityksen kattavuuden katsotaan voivan vaihdella eri rikostyyppien välillä, mutta nimenomaan tietyn rikostyyppin ’sisällä’ tulisi (abstraktin) kynnyksen leveyden olla periaatteessa vakioinen. Selvittämiskynnyksen leveyden vaihtelun ei tule riippua näyttökynnyksestä, vaan epäillyn rikosteen vakavuudesta, mahdollisesta tunnustamisesta ja rikostunnusmerkistön yksinkertaisuudesta/komplisuudesta.¹³⁵ Oheinen kuva pyrkii havainnollistamaan selvittämiskynnyksen ja näyttökynnyksen keskinäistä suhdetta ja merkitystä todistelussa.¹³⁶ Rikostuomioon johtavan näytön tulee paitsi ”ylittää rima” näyttökynnyksen suhteen, myös yltää kattavuutensa puolesta edellytettävän selvittämiskynnyksen ”levyiseksi” tai laajuiseksi. Selvityksen kapeus vaikuttaa päätösharkintaan kaventavasti: mahdollisuudet harkita esim. teon moitittavuutta tekijän elämäntilanteen valossa vähenevät, samoin tuomioistuimen mahdollisuudet viran puolesta keksiä ja arvioida vaihtoehtoisia hypoteeseja.



¹³⁵ Diesen 1993 s. 575. Suomenkieliseen terminologian mukaan voidaan puhua selvittämiskynnyksen *leveydestä* ja vastaavasti näyttökynnyksen *korkeudesta*. Tuomitsemisen kynnyks on siis pääsääntöisesti aina samankorkuinen, mutta kynnyksen leveys – eli tutkinnan kattavuudelle asetettava vaatimustaso – vaihtelee.

¹³⁶ Asteikkonsa puolesta kuva ei ole ”mittakaavassa” – eksaktia asteikkoa ei ole edes tarkoitettu kuvaan liittyvän.

Selvityksenä kuvaan mainittakoon, että periaatteessa hyvin korkean, 'täydenkin' varmuuden näyttökynnyksellä voi saavuttaa myös sinänsä hyvin suppealla todistusaineistolla (esim. aukottomalla DNA-näytöllä). Kaavion 'pääidea' on kuitenkin kuvata sitä yleisempää sääntöä, jonka mukaan selvityksen laajuuden tai kattavuuden (vaaka-akseli) tulee yleensä olla suurempi vakavien rikosten tutkinnassa, koska niissä selvittämiskynnys edellyttää useampien vaihtoehtoisten hypoteesien poissuljentaa. Kapeampaa selvittämiskynnystä edellyttävien rikosten kohdalla näyttökynnyksestä ei tingitä, mutta selvityksen 'kapeuden' johdosta epätietoisuuden ala eli ns. harmaa alue kuitenkin voi jäädä laajemmaksi. On myös huomattava, että todistelun kattavuuden parantuessa myös todistelun näyttöarvo *voi* kasvaa jonkin verran. Näin ei toisaalta välttämättä tarvitse tapahtua, koska selvittämiskynnystä voidaan lähestyä ja uutta selvitystä saada myös puhtaasti eliminaatiotodistelun kautta: kattavampi selvitys ei ts. välttämättä omaa lainkaan suoraan (positiivista) näyttövaikutusta päätodistelulle, mutta kuviteltavissa olevia vaihtoehtoja pois sulkiessaan kattavampi selvitys voi joka tapauksessa lisätä päätodistelun vastustuskykyä vaihtoehtoisille selitysmalleille.¹³⁷

Puolustushypoteesia tukevan 'positiivisen' vastatodistelun¹³⁸ samoin kuin viran puolesta tapahtuvan vaihtoehtoisten hypoteesien pohdinnan voidaan myös ajatella ikään kuin leventävän selvityksen kattavuutta kuvaavaa vaaka-akselia siitä, millaisena relevantin selvityksen laajuus mahdollisesti 'aluksi' näyttäytyi syyttäjän päätodistelun valossa. Syytteen tapahtumainkuvaukselle vastakkaisten tapahtumavaihtoehtojen esille nostaminen ja pohdinta voi siten alustavasti laajentaa 'harmaan alueen' alaa, mitä epävarmuutta voidaan siten kriittisesti tarkastella ja hälventää juuri vaihtoehtoisten hypoteesien eliminoinnin kautta. Toisaalta jos vaihtoehtoinen tapahtumainkulku näyttäytyy relevantilta ja jos sitä ei saada poistettua järkevän epäilyksen poissulkemalla tavalla, voi päähypoteesin hylkäävä ratkaisu perustua juuri oikeudenkäyntiaineiston herättämään/jättämään epävarmuuteen (ts. selvittämiskynnyksen ylittymättä jäämiseen).

3.3 TODISTUSTAAKKA JA NÄYTTÖKYNNYYS

Edellä on käsitelty todistelun määrällisiä vaatimuksia eli todistelun kattavuuden merkitystä todistusharkinnalle. Selvittämistaakkaa ja selvittämiskynnystä tarkoittavat käsitteet tuovat nähdäkseni parannuksen "perinteiseen" tapaan kuvata tuomitsemiskynnystä ja todistusharkintaa. Yleensä näytön arvioinnissa korostetaan todistelun laatua, eli huomio kiinnitetään lähinnä vain todisteiden todistusvoimaan: todistelun täytyy omata tietynasteinen näyttövaikutus, jotta se voitaisiin hyväksyä riittäväksi osoitukseksi rikoksen tapahtumisesta ja tekijän

¹³⁷ Kaavion käänteisten parabolien ("keihäskaarien") lakipisteen jälkeen laskevilla osuuksilla (oikealle päin liikuttaessa) ei tarkoiteta sitä, että näyttökynnys näytön kattavuutta lisäävälle todistelulle laskisi. Tietysti *voi* olla myös niin, että todistelun kattavuutta lisäävät seikat omaavat itsessään (yksittäin tarkasteltuna) vain vähäisen näyttöarvon.

¹³⁸ Ks. käsitteestä edellä jaksossa 3.1.2 (s. 110) esitettyä.

syllisyydestä. Kyse on näyttöarvon arvioinnista ns. näyttökynnystä vastaan (edeltävässä kuvassa pystyakselilla). Näyttökynnys onkin välttämätön käsite todistusratkaisun ymmärtämiseksi. Edellä oleva esitys selvittämiskynnyksen käsitteen hyödyllisyydestä todistusharkinnan jäsentäjänä ei tarkoita, että perinteisestä näyttökynnysajattelusta tulisi luopua. Todistustaakka ja siihen kuuluva näyttökynnys kuvaavat yhtä todistusharkinnan puolta. Tähän kuvaan on kuitenkin perusteltua liittää selvittämiskynnyksajattelun tuoma lisä, jotta todistelun laadun ja määrän välinen suhde tulisi paremmin esille. Seuraavassa lähemmin todistustaakasta ja näyttökynnyksestä todistusharkinnan kokonaiskuvan täydentämiseksi.

3.3.1 Syytesidonnaisuus ja todistustaakka rikosasioissa

I Todistustaakka ilmaisee, kenellä on näyttövelvollisuus vetoamastaan oikeustositseikasta ja kuka kantaa haitalliset seuraamukset siitä, että tämän todisteluvelvollisuuden täyttämässä epäonnistutaan. Rikosprosessissa todistustaakka on lähes yksinomaan virallisella syyttäjällä. Yleinen perustelu tälle on, että virheellisen vapauttavan tuomion katsotaan olevan rikosprosessissa vähemmän vahingollinen kuin väärä langettava tuomio.¹³⁹ Syyttäjän todistustaakka ulottuu sekä objektiiviseen että subjektiiviseen rikoksen tunnusmerkistöön. Syyttäjän on myös tarvittaessa osoitettava sellaiset faktat poissuljetuiksi, joista voisi päätellä, ettei teko ollut oikeudenvastainen (esim. ettei syytetty toiminut hätävarjelu- tai pakkotilatilanteessa).¹⁴⁰ Syyttäjän todistustaakka on yksi keskeinen ilmentymä in dubio pro reo -periaatteesta. Viimeksi mainittu on ilmaisu keskeisestä oikeusvaltiollisesta periaatteesta, jonka mukaan lainkuuliaisten kansalaisten ei tarvitse pelätä joutuvansa rikoksesta tuomituksi. Syyttömien suojaamisen arvo oikeusvaltiossa toisin sanottuna syrjäyttää rikosten selvittämisen intressin varsin konkreettisella tavalla. Syytetyllä itsellään ei ole mitään todistustaakkaa, eli periaatteessa tämän ei tarvitse itse esittää lainkaan pää- tai vastatodistelua syytteestä vapautuakseen.

II Syyttäjän todistustaakka koskee konkreettisten tosiseikkojen toteen näyttämistä. *Syytesidonnaisuudessa* ei sitä vastoin ole kyse faktojen toteen näyttämisestä, vaan periaatteessa tätä edeltävästä *rikosasian kohteen määrittelystä*. ROL

¹³⁹ Ks. Ekelöf – Boman 1992 s. 113, von Eyben 1986 s. 115, Jonkka 1992a s. 97–98, Havansi 2002 s. 133 ja 143 sekä Lappalainen 2001a s. 321. Historiallisesti todistustaakan jako ei aina ole ollut näin yksiselitteinen, ks. esim. Aarnio 1982 s. 12. Todistuslainsäädäntöreformissa todistustaakka-problematiikasta jätettiin asian vaikeaselkoisuuden vuoksi tietoisesti säättämättä, ks. HE 137/1945 vp. s. 2.

¹⁴⁰ Ks. syyttäjän todistustaakasta esim. KKO:n ratkaisu 2001:95.

11 luvun 3 §:n mukaan tuomioistuिन saa tuomita ainoastaan siitä, mistä virallinen syyttäjä (tai asianomistaja ROL 7 luvun mukaisessa menettelyssä) on vaatinut rangaistusta. Syytesidonnaisuuden kannalta keskeistä on syytteessä tarkoitettu teonkuvaus, joka siis sitoo tuomioistuinta (sen sijaan rikosnimike tai teon muu oikeudellinen arviointi ei rajoita tuomioistuimen harkintaa).¹⁴¹ Virallisen syyttäjän subjektiivinen vetoamis- tai väittämistaakka – jota syytesidonnaisuus juuri tarkoittaa – on rikosprosessissa periaatteessa verrannollinen kantajan vetoamistaakkaan siviiliprosessissa.¹⁴² Olennainen ero dispositiivisiin riita-asioihin nähden on kuitenkin siinä, että rikosprosessissa tutkinta on tiettyissä rajoissa mahdollista ulottaa myös sellaisiin oikeustositseikkoihin, joihin asianosaiset eivät ole vedonneet.

Aineellisen totuuden tavoittelun näkökulmasta on periaatteessa yhdentekevää, kuka esittää syytetylle edulliset vaatimukset tai todistustositseikat; oleellista on vain, että nämä seikat ylipäättensä tulevat oikeudenkäyntiaineistossa kontradiktorisesti käsiteltäväksi ja riittävästi toteen näytetyiksi.¹⁴³ Syytteen teonkuvausta laajentavia tai täydentäviä – eli prosessin kohdetta syytetylle vastaisesti muuttavia – oikeustositseikkoja tuomioistuिन ei kuitenkaan saa ottaa huomioon, jos syyttäjä ei ole sellaisiin nimenomaisesti vedonnut.¹⁴⁴ Esimerkiksi teon rankaisematta jättämiseen tai lievempään rangaistukseen johtavat vastatositseikat samoin kuin asiassa ilmenneet raskauttavat ja lieventävät asianhaarat tuomioistuimen tulee kuitenkin ottaa huomioon viran puolesta ilman niitä koskevaa vetoamista – kyse ei tällöin ole ’syyttäjää avustavasta’ prosessin kohteen muuttamisesta, vaan syytetylle edullisesta tosiseikkojen huomioon ottamisesta tai oikeuskysymyksenä käsiteltävästä rangaistuksen mittaamisesta.

Syytteen hyväksyminen edellyttää syyttäjän näkökulmasta siis paitsi sitä, että a) tämä vetoaa kaikkiin relevantteihin oikeustositseikkoihin (eli saattaa ne tuomioistuimen tutkittavaksi), myös sitä, että b) syyttäjä pystyy näyttämään

¹⁴¹ Syytteen asianmukainen yksilöinti on absoluuttinen prosessinedellytys, ks. Virolainen 1988 s. 370 s. Ks. tarkemmin syytesidonnaisuudesta mm. Koponen 1997 passim., Jokela 2000a s. 403–408, Virolainen 1988 s. 378 ss. ja Jonkka 1992a s. 69 ss. Ks. myös Lappalainen 1986a s. 112: ”Vetoamisvelvollisuus ulottuu näet vain oikeustositseikkoihin sinänsä, muttei enää oikeustositseikkojen juridiseen kvalifiointiin (da mihi factum, dabo tibi jus).”

¹⁴² Näin Virolainen 1988 s. 377; ks. myös Havansi 2002 s. 141. Väittämis- tai vetoamistaakalla tarkoitetaan siviiliprosessissa asianosaisen velvollisuutta vedota vaatimuksensa faktaperusteisiin eli oikeustositseikkoihin (OK 24:3), näin Lappalainen 2001a s. 353. – Yleisesti subjektiivisesta ja objektiivisesta väittämis(vetoamis)taakasta ks. Lappalainen 1986a s. 394 ss.: objektiivinen vetoamistaakka tarkoittaa, että oikeustositseikan huomioimiseen (prosessin kohteena) riittää, että jompikumpi asianosaisista vetoaa oikeustositseikkaan. Subjektiivinen vetoamistaakka tarkoittaa sitä, että oikeustositseikkaan vetoaa nimenomaan se asianosainen, jonka haitaksi nojautumatta jääminen koituisi.

¹⁴³ Ks. Tirkkonen 1972 s. 148, Virolainen 1988 s. 118, 121 ja 387, Lappalainen 1986a s. 398 s. ja SOU 1982:26 s. 111.

¹⁴⁴ Syyttäjällä on subjektiivinen vetoamistaakka myös notorisista seikoista, ks. Lappalainen 1986a s. 400 av. 44.

vetoamansa tosiseikat riittävästi toteen. Syyttäjän on siis aina nimenomaisesti vedottava kaikkiin oikeustositseikkoihin, jotka hän haluaa ratkaisun perusteiksi. Syytesidonnaisuuteen kuuluu, että syyttäjän tulee seikkaperäisesti perustella vaatimuksensa pelkän toteamuksen sijasta (menettely on asianmukaista syytetyn kannalta, joka tulee näin tarkemmin tietämään, mitä väitteitä vastaan hänen on itse asiassa puolustauduttava). Se, että jokin syytettyä tukeva seikka tulee oikeudenkäynnissä puheeksi ainoastaan todistustositseikkana, ei täytä syyttäjän vetoamistaakkaa, eikä oikeuta tuomioistuinta syytetylle vastaiseen prosessinjohtoon tai tuomion perustamista sellaiseen seikkaan, johon syyttäjä ei nimenomaisesti ole vedonnut syytteensä tueksi.¹⁴⁵

Todistustositseikkojen (todistustaakan) kohdalla tilanne on toinen. Syyttäjän ei tarvitse nimenomaisesti jokaiseen todisteeseen 'vedota',¹⁴⁶ vaan tuomioistuimien voi vapaan todistusharkinnan perusteella arvioida todistustositseikkojen merkitystä mm. siltä kannalta, minkä (syyttäjän syytteensä tueksi vetoaman tai minkä syytetylle edulliseksi havaitun) oikeustositseikan todistamiselle todistustositseikalla on relevanssia, ja 'mihin suuntaan' sekä miten vahvasti todistustositseikka tästä teemasta todistaa.¹⁴⁷

Syytetyn oikeusturvavaatimukseen perustuva syytesidonnaisuus – yhdessä tuomion oikeusvoimavaikutuksen kanssa – relativoi olennaisesti aineellisen totuuden selvittämistavoitetta.¹⁴⁸ Syytesidonnaisuus ts. rajaa sitovasti prosessin kohteen eli ne tosiseikat, joiden olemassaolosta ja juridisesta arvioinnista rikosoikeudenkäynnissä on kysymys.¹⁴⁹ Tuomioistuin ei tutki, mitä 'oikeasti' on tapahtunut, jos syytteen teonkuvauksessa väitettyjen tosiseikkojen ei katsota

¹⁴⁵ Ks. *Virolainen* 1998 s. 351 ja 385–388 ja *Frände* 1999 s. 338. Aiheesta vielä lähemmin jaksossa 3.5.2.

¹⁴⁶ Käsitteellisesti todistustositseikkoihin ei ylipäättänsä voi samassa merkityksessä 'vedota' kuin oikeustositseikkoihin syytesidonnaisuuden näkökulmasta, ks. *Lappalainen* 1986a s. 400. Ks. myös *Hirvonen* 1995 s. 437–438.

¹⁴⁷ Toisaalta jos syyttäjä ei ole syytesidonnaisuussäännön mukaisesti nimenomaisesti vedonnut tiettyyn oikeustositseikkaan syytteen tueksi, jää tämä syyttäjäargumentti käsittelyn ulkopuolelle (kuten heti seuraavassa esitetään). Tällaiseen 'pois suljettuun' oikeustositseikkaan tuomioistuinten mielestä liittyviä todistustositseikkoja ei itse asiassa tällöin voida todistusharkinnassa suoraan huomioida (tarkoitaa sitä, että oikeustositseikkaan ei ole mahdollista "kytkä" todistustositseikkoja tai niihin liittyviä aputositseikkoja tai aihetodisteita, jos tietyn oikeustositseikan käsittely ei syytesidonnaisuuden johdosta edes kuulu prosessin kohteeseen).

¹⁴⁸ Näin mm. *Tolvanen* 2000b s. 547. Ks. myös *VKSV* 2001 s. 15: "Tuomioistuin ei tutki tapahtumaa (koko oikeusvoimaympyrää), vaan ainoastaan niitä tapahtumafaktoja (prosessuaalisia oikeustositseikkoja), joihin syyttäjä on nimenomaisesti vedonnut."

¹⁴⁹ Ks. tästä *Lappalainen* 1993 s. 42 prosessinjohtoon kannalta: "Naturligtvis bör domstolen hålla i minnet, att den till rättsfrågan hänförliga processledningen bör hållas inom ramen för den i åtalet givna brottsbeskrivningen. En diskussion om rättsfrågan får inte till någon del bygga på sådana rättsfakta eller moment av en gärning, vilka åklagaren inte har åberopat i sitt åtal." Jura novit curia -periaate ja oikeuskysymystä koskeva prosessinjohto on siis pidettävä periaatteessa toisistaan erillään.

pitävän paikkansa. Se, että tuomioistuin ei mene syytteen teonkuvauksen ulkopuolelle ja tuomitse muusta (enemmästä) kuin mitä virallinen syyttäjä on teonkuvauksessaan vaatinut (ROL 11:3), on tärkeää oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudenkin kannalta.¹⁵⁰

Mitä erityisesti syytesidonnaisuuteen tulee, tuomioistuimella on yleinen velvollisuus huolehtia informatiivisen prosessin johdon keinoin siitä, etteivät ratkaisun perusteet muodostu asianosaisille yllätyksellisiksi.¹⁵¹ Puolueettomuusvaatimus puhuu sen puolesta, ettei tuomioistuin aktiivisesti laajenna prosessin kohdetta tai rikastuta näyttöaineistoa syytetylle vastaisella tavalla (esim. selvittäen syyttäjän vetoamistaakkaan kuuluvia seikkoja).¹⁵² Seikkoja, jotka syytetty on mahdollisesti epähuomiossa tuonut ilmi itselleen vastaisesti, voi luonnollisesti käyttää vapaassa todistusmenetelmässä todistustositseikkoina syytteen mukaisille teemoille relevantteina, mutta prosessin kohdetta ei tätä kautta voi laajentaa ilman syyttäjän suorittamaa syytteen tarkistusta (syytesidonnaisuuden rajojen puitteissa). Kuten sanottu, toiseen suuntaan eli syytetyn eduksi tuomioistuin on sitä vastoin oikeutettu vapaasti huomioimaan myös sellaisia oikeustositseikkoja, joihin kumpikaan asianosainen ei ole oikeudenkäynnissä vedonnut (esim. syyteoikeuden vanhentuminen, syytetyn mielentila, oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet tai alaikäisyys tekohetkellä). Todistustositseikkojen näytönarviointiin tuomioistuimella on ”vapaat kädet” kaikkiin suuntiin.

III Vaikka syytetyllä ei siis muodollisesti ole minkäänasteista selvittämisen tai todistustaakkaa syyttömyytensä suhteen, voidaan syytetyllä kuitenkin sanoa olevan jonkinlainen ’käytännöllinen’ todistustaakka siinä merkityksessä, että syytetty voi tosiasiaa joutua epäedullisempaan asemaan, jos hän ei itse esittökinnan aikana tai oikeudenkäynnissä tuo esiin tärkeitä katsomiaan näkökohtia eli omaa juttuteoriaansa tukevia konkreettisia oikeustositseikkoja tai syytettä

¹⁵⁰ Oikeusvoimavaikutusta täsmentää havainnollisesti KKO:n ratkaisu 1998:16. Siinä syytettä ei saatu perustaa seikkaan, johon syyttäjä ei nimenomaisesti ollut vedonnut perusteeksi rikostunnusmerkistön täyttymiselle (syyttäjä perusti rangaistusvaatimuksen esineen myyntiin kavalluksen tekemuotona). HO:n syyksilukevan tuomion perusteena pitämää seikkaa (rahojen tilittämättä jättämisestä) oli tapauksessa kylläkin käsitelty syytetyn itsensä kertomana. Kun syyttäjä ei kuitenkaan ollut nimenomaisesti vedonnut kyseiseen konkreettiseen tosiseikkaan relevanttina syytteen perustelevana tekijänä (eikä tarkistanut syytettä tai ollut esittänyt tällaista vaihtoehtoista tapahtumainkulkua ensisijaisen tapahtumainkulkuversion rinnalle), ei todisteen asemassa ollut seikkaa saanut asettaa teon rikosoikeudellisen arvostelun perustaksi. Ks. ratkaisusta *Vaitoja* 1999a s. 115–116. Vrt. aikaisemmasta syytesidonnaisuutta koskeneesta (päinvastaisesta) oikeuskäytännöstä ratkaisu KKO 1984 II 154, josta kriittisesti ks. *Virolainen* 1988 s. 385–388.

¹⁵¹ Informatiivisesta prosessin johdosta oikeuskysymyksissä ks. *Lappalainen* 1986a s. 423–427.

¹⁵² Ks. kuitenkin *Lappalainen* 1986a s. 403 siitä, että silloin kun asianosaisen esityksestä ei saa selvää, tarkoittaako tämä vedota johonkin oikeustositseikkaan, tulisi tuomioistuimen pääsääntöisesti kyselyoikeuttaan käyttämällä selvittää po. asia (ennen päätösharkintaan siirtymistä ja mieluiten mahdollisimman varhaisessa vaiheessa). Selventävää prosessin johtoa käsitellään lähemmin jaksossa 6.2.2.

vastustavia todistustositseikkoja. Syyttäjän ja tuomioistuimen selvittämisvastuun ulkopuolelle voi esim. jäädä objektiiviseen rikostunnusmerkistöön kuuluvia seikkoja, joista vain syytetyllä on tieto. Tällöin on syytetyn intressissä tehdä sellaista seikkaa koskeva väite – päinvastaisen menettelyn tosiasialliset syytetylle epäedulliset seuraukset lienevät kiistattomia.¹⁵³ Käsitteellisesti syytetylle ei kuitenkaan voida ’todistustaakkaa’ asettaa.

Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua mahdollisista syytetyn taakoista rikosprosessissa.¹⁵⁴ *Informointitaakka* tarkoittaa tilannetta, jossa syytetty laiminlyö tuoda esille sellaisia seikkoja, jotka olisivat mahdollistaneet viranomaisille asian perusteellisemmän tutkimisen. Yleensä informointitaakka tarkoittaa johonkin todistustositseikkaan (vastatodisteeseen) vetoamattomuutta. Informointitaakka voi kuitenkin kohdistua myös oikeustositseikkoihin (esim. vähentyneen syntyakeisuuden arvioinnille merkityksellisiin seikkoihin). Teoreettisesti katsoen syytetylle ei voida asettaa minkäänasteista informointitaakkaa.¹⁵⁵

Konkretisointitaakalla tarkoitetaan tilannetta, jossa tuomioistuin ei voi tutkia jotain syytetyn väitettä sen epämääräisyyden johdosta. Konkretisointitaakka-tilanteessa syytetty ei ole täysin passiivinen, mutta hän laiminlyö riittävästi yksilöidä tai konkretisoida väitettään. Pelkkä kiistäminen ilman perusteluita tai muuten epäselvä väite, josta ei käy edes ilmi, mitkä seikat olisivat relevantteja väitteen uskottavuuden arvioimiseksi, vaikeuttavat tuomioistuimen harkintaa.¹⁵⁶ Diesen katsoo, että mainittu konkretisointitaakka voidaan asettaa syytetylle vain sellaisissa tapauksissa, joissa syytetyllä on tietynlainen aktiviteettivelvollisuus eli lähinnä kun itse rikos on laiminlyöntirikos, esim. laiminlyönti ilmoittaa verotuksessa vaadittavia tietoja, tai kun varattomaksi tiedetty huumekuriiriksi epäilty henkilö ei selvitä tämän hallusta löydetyn huomattavan rahasumman lähdettä.¹⁵⁷

Syytetyn *selitystaakka* tarkoittaa, että todistusharkinnassa päädytään syytetylle epäedullisiin johtopäätöksiin sen seurauksena, että syytetty laiminlyö antaa selitys tai selvitys häntä vastaan puhuvasta seikasta, vaikka hän sen helposti voisi tehdä.¹⁵⁸ Selitystaakka ilmenee OK 17 luvun 5 §:n säännöstä, jonka mukaan oikeuden on *kaikki asiassa ilmenneet seikat huomioon ottaen*

¹⁵³ Ks. Ekelöf – Boman 1992 s. 116, Diesen 1993 s. 487 ss. ja Klami 2000 s. 49 ss.

¹⁵⁴ Lähemmin erilaisista ’taakka’-käsitteistä erityisesti siviiliprosessioikeudellisessa kirjallisuudessa ks. Havansi 1994 s. 90–99. Ks. myös Virolainen 1995 s. 331 syytetyn toimimisvälttämättömyydestä sekä Turunen 1999 s. 474.

¹⁵⁵ Diesen 1993 s. 490 s. Ks. informointitaakasta myös Havansi 1994 s. 95 ja Lappalainen 1986a s. 396 ja 398.

¹⁵⁶ Ks. NJA 1988 s. 292 ”den grundläggande principen om åklagarens bevisbörda har i mål om skattebedrägeri ansetts inte omfatta kvittningsinvändningar, som är så vaga och föga konkretiserade att de varit undandragna möjligheten till kontroll”.

¹⁵⁷ Ks. Diesen 1993 s. 492 ja Diesen ym. 2000 s. 49. Ks. myös Fredman 2002 s. 73 i.f.

¹⁵⁸ Ks. Levy 1999 s. 77: ”When facts cry out for an explanation and the accused in a unique position to provide it and does not, or his or her explanation comes solely from an out-of-court statement and untested by cross-examination the judge or jury may properly draw unfavourable inference.” Ks. myös Clayton – Tomlinson 2001 s. 102 ja 114.

harkittava, mikä vaikutus asianosaisen menettelyllä (jättää jotakin oikeudenkäynnissä täyttämättä tahi vastaamatta asian selvittämistä tarkoittavaan kysymykseen) todisteena on oleva. Selitystaakka on torjuttava sääntötyyppisenä normina, koska tuomioistuimen on joka tapauksessa ex officio harkittava, mitä asiassa on pidettävä totena, eikä tuomioistuin ole tässä harkinnassaan sidottu sen paremmin syytetyn tunnustamiseen, kiistämiseen tai vaitiolosta tehtäviin päätelmiinkään.¹⁵⁹ Puutteellista selvitystä on joka tapauksessa aina arvosteltava yhdessä muun näytön ja kuviteltavissa olevien vaihtoehtojen hypoteesien kanssa. Syytetyn passiivisuus jonkin seikan selvittämisessä ei tietenkään sellaisenaan nosta syyttäjän todistelun näyttöarvoa, mutta syytetyn laiminlyönti voi silti johtaa siihen, että varteenotettavien vaihtoehtojen hypoteesien lukumäärä pienenee – jolloin syyttäjä tosiasiallisesti pystyy näyttämään syytteen helpommin toteen.¹⁶⁰

Edellä mainitut 'taakat' kuvastavat kaikelle oikeudelliselle näytönharkinnalle yhteistä piirrettä eli todistustaakan vaikutusta siihen, 'mihin suuntaan vaaka kulloinkin kallistuu'. Hieman toinen asia on, että syyttäjän päätodistelun edessä syytteen hyväksyminen voi alkaa näyttää entistä todennäköisemmältä, ja jossain vaiheessa puolustus voi joutua toteamaan, että syytetty luultavasti tullaan tuomitsemaan, ellei vastatodistelulla onnistuta horjuttamaan syyttäjän näyttöä. Tällöin syytetyllä joskus sanotaan olevan '*epäaito*' tai '*väärä*' todistus-*taakka*.¹⁶¹ Kyse on hyvinkin reaalisesta ja yleisestä tilanteesta: jossain vaiheessa oikeudenkäyntiä saavutetaan sellainen näytöllinen selvitys, jonka jälkeen tuomioistuin katsoo olevansa riittävästi vakuuttunut jostain seikasta, ja arvioi myöhempiä todisteita väistämättä tätä näkemystä vastaan. Epäaidon todistustaakan ilmiössä on kyse nimenomaan päänäytön *horjuttamisesta* siinä mielessä,

¹⁵⁹ Ks. von Eyben 1986 s. 117 ja 130–131 ja Diesen 1993 s. 493. Ks. myös Pellonpää 2000 s. 352–354, Niemi- Kiesiläinen 1999 s. 164, Clayton – Tomlinson 2001 s. 101, 134 ja 162 sekä Viljanen, P. 2001a s. 1020 EIT:n ratkaisusta Murray 28.10.1994, jonka mukaan syytetyn kieltäytymistä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin voidaan pitää syytettä tukevana seikkana vapaassa todistusharkinnassa (tosin langettavan tuomion perustaminen yksinomaan tälle seikalle voi olla kiellettyä). Vastaavasti EIT:n ratkaisussa Averill 6.6.2000 (44–52 §). Ratkaisuihin ei käsitelty syytetyn lähimaisen vaitiolosta tehtäviä päätelmiä: näiltä osin pidän minkäänlaisten negatiivisten johtopäätösten tekemistä vaitiolosta (kokonaiskieltäytymisoikeudesta) kiellettyinä. – Todettakoon vielä yleisenä oikeusvertailevana huomiona, että syytetyn vaitiolosta tehtäviin päätelmiin näytetään suhtauduttavan varsin eri tavoin angloamerikkalaisessa ja mannermaaisessa oikeuskulttuureissa. Meillä syytetyn vaitiolo-oikeutta ei oikeastaan missään prosessin vaiheessa korosteta, ja syytetylle esitetään eri vaiheissa paljon kysymyksiä. Tällöin OK 17:5:n kaltainen sääntö näyttäytyy luontevana. Toisin voi olla angloamerikkalaisessa oikeuskulttuurissa, jossa syytetyn vaitiolo-oikeus on korostuneesti esillä jo esitutkintavaiheessa, ja jossa syytetyltä ei oikeudenkäynnissäkään saa kysyä periaatteessa syytteen kiistämisen tai myöntämisen lisäksi mitään, jos syytetty ei itse tarjoutu todistamaan.

¹⁶⁰ Diesen 1993 s. 495 s ja Diesen ym. 2000 s. 49.

¹⁶¹ Ks. Halila 1955 s. 12–13, Bolding 1989 s. 99, Havansi 1994 s. 97, von Eyben 1986 s. 26–27, Lappalainen 1986a s. 60 ja 489 sekä Lappalainen 2001a s. 314–315. Väärän tai epäaidon todistustaakan käsite perustuu pää- ja vastatodistelun käsitteisiin ja on pidettävä erossa kysymyksestä siitä, kummalla asianosaisella on alkuperäinen, varsinainen todistustaakka.

ettei vastatodistelun tarvitse olla yhtä laajaa tai vakuuttavaa kuin vastapuolen päänäyttö. Vähäinenkin vastanäyttö, joka laskee päänäytön näyttöarvon tuomitsemiskynnyksen alapuolelle, riittää poistamaan vastatodistelua esittävän asianosaisen 'epäaidon' todistustaakan ja 'siirtämään' varsinaisen todistustaakan jälleen vastapuolelle, jolla todistustaakka alun perinkin oli (ja yhä on).¹⁶²

On pitkälti makuasia, tuleeko edellä mainittuja informointi-, konkretisointi- ja selitystaakkoja kutsua 'taakoiksi'. Näissä tilanteissa kyse on siitä, että tuomioistuimien joutuu tosiasiallisesti suorittamaan todistusharkinnan edellytyksillä, jotka ovat omiaan johtamaan syytetyille epäedullisiin johtopäätöksiin. Syytetyn passiivisuus voi luonnollisesti aiheuttaa optimaalista suppeamman tutkinnan. Tällöin ei kuitenkaan voida abstraktilla tasolla sanoa, koituuko tutkinnan 'kapeus' lopultakin syytetyn eduksi vai haitaksi – syytetyn taakasta puhuminen voisi siten olla epäeksaktia. Syyttäjän todistustaakka ja selvittämistaakka riittävät teoreettisella tasolla selittämään todistusharkintaa ilman mainittuja syytetyn taakkojakin. Syytetyn 'taakat' voidaan silti nähdä syyttäjän selvittämistaakkaa konkretisoivina ja ohjaavina tekijöinä: syyttäjällä on joka tapauksessa velvollisuus tapauksen laadun mukaan viran puolesta selvittää myös syytteelle vaihtoehtoisia hypoteeseja.¹⁶³

3.3.2 Näyttökynnsy ja sen suhde eräisiin lähikäsitteisiin

Näyttökynnsy (todistustaakkapiste¹⁶⁴; ”bevisbördepunkt”) on oikeudellinen normi, joka ilmaisee langettavan tuomion edellyttämän näytön tason eli sen, kuinka vahvaa näyttöä todistustaakan omaavan asianosaisen tulee esittää, jotta tietty väitetty oikeustositseikka voitaisiin hyväksyä tuomioperusteeksi.¹⁶⁵ Nykyään vallitsevan katsantokannan mukaan näytön riittävyteen liittyvät kysymykset eli *näyttökynnsy luetaan osaksi todistustaakkaa* – eikä siis osaksi todistusharkintaa.¹⁶⁶ Näyttökynnsy kuvaa todistelulta edellytettävää todistusarvoa ('pysty-akselilla' jakson 3.2.3 kuvassa), kun taas todistustaakka ilmaisee mainitun

¹⁶² Ks. *Lappalainen* 2001a s. 315. Ks. myös *von Eyben* 1986 s. 165 ja 168–169.

¹⁶³ *Diesen* 1993 s. 498 ja 501

¹⁶⁴ Näin *Lappalainen* 2001a s. 312.

¹⁶⁵ Näyttökynnsy tarkoittaa näyttövaatimuksen kiinteää sijoittumista abstraktille todennäköisyysasteikolle ja on siten oikeudellinen kysymys erotuksena ei-normatiivisesta tai psykologisesta todistusharkinnasta. Kuten edellä todettiin, todistusharkintaan kuuluva käsite *selvittämiskynnsy* (utredningskrav) puolestaan ilmaisee, miten kattavaan tutkintaan syylisyyskysymystä koskevan oikeudenkäyntiaineiston tulee perustua, jotta todistusharkinta olisi mahdollista suorittaa ja antaa langettava tuomio. Selvittämistaakka ilmaisee (analogisesti todistustaakan kanssa) sen, kuka kantaa haitalliset seuraamukset selvittämiskynnyksen toteutumatta jäämisestä; ks. *Diesen* 1993 s. 267 ss., 484 s. ja 519.

¹⁶⁶ Näin mm. *Diesen* 1993 s. 502, *Lappalainen* 1986b s. 767 s., *Lappalainen* 1999a s. 187, *Lappalainen* 2001a s. 295–296 ja *Klami* 2000 s. 77.

lisäksi myös sen, kumman osapuolen tulee kantaa haitalliset seuraamukset näyttökynnyksen ylittymättä jäämisestä. Näyttökynnyksen ensisijaisena funktiona nähdään usein harmonisoida näyttöharkinnassa hyväksyttävän epävarmuuden riskitaso.¹⁶⁷

3.3.3 Konkreettinen näyttökynnys

Näyttökynnys siis tarkoittaa sitä näytöllistä todennäköisyyttä, joka on saavutettava, jotta todistusteema voitaisiin katsoa toteennäytetyksi. Minkä tahansa asainen näyttökynnyksen ”riman alitus” johtaa samaan lopputulokseen eli siihen, ettei todistusteemaa voida hyväksyä tuomion perusteeksi. Syyllisyyskysymyksissä rikosprosessissa on puhuttu vakiintuneesti mutta sinänsä varsin mitään sanomattomasti *täydestä näytöstä* näyttökynnyksen ylittävältä todistelulta edellytettävänä tasona. Ruotsin korkein oikeus on käyttänyt *utom rimlig tvivel* -näyttökynnystä jo 1970-luvulta lähtien,¹⁶⁸ ja nyttemmin Suomessakin KKO näyttäisi omaksuneen vastaavanlaisen näyttökynnyksen yleisen määrittelytavan.¹⁶⁹ Uudemmassa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa ruotsalaista terminologiaa vastaava *ilman järkevää epäilyä* -määrittely on myös vallitseva.¹⁷⁰ Mittapuuna ’järkevyyden’ (tai kuten asia joskus ilmaistaan: ’varteenotettavuuden’¹⁷¹ tai ’mielekkyyden’) arvioinnissa käytetään ”asioita huolellisesti harkit-

¹⁶⁷ Näin mm. *Diesen* 1993 s. 504.

¹⁶⁸ Ks. *Ekelöf – Boman* 1992 s. 117. Ks. myös *Welamson* 1989 s. 576 s.

¹⁶⁹ Ks. KKO 2002:47: ”ei jää sijaa varteenotettavalle epäilylle” sekä KKO 1998:83, jossa syyte tapon yrityksestä hylättiin argumentoiden, että päätodistelulla ”ei ole suljettu pois” vaihtoehtoista tapahtumainkulkua. Ratkaisusta ks. *Vaitoja* 1999b s. 21–23 ja *Klami* 1998 s. 1388–1391. Määrittelyä käytetään myös käräjäoikeus- ja hovioikeusratkaisuissa. Ks. *Frände* 1999 s. 339 av. 14. RL 10:3:ssa tarkoitettua laajennettua menettämisseuraamusta koskeva tuomitsemiskynnys on kuitenkin normaalia alhaisempi (”on syytä olettaa”).

¹⁷⁰ Näin jo *Lehtimaja* 1981 s. 171 ja 173 (’järkevä epäily’), samoin *Frände* 1999 s. 338–339 (’utom rimlig tvivel’), *Ervo* 1996 s. 52 (’järkevä epäily’), *Jokela* 2000a s. 344 (’ei saa jäädä järkevää epäilystä’), *Lappalainen* 1999b s. 25 (’ei järkevää epäilyä’), *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 199–200 (av. 31: ’ei järkevää epäilystä’), *Virolainen* 1998 s. 142 (’ei jää järkevää epäilyä’), *Eskola – Paso* 2001 s. 380 (’ei järkevää epäilystä’), *Turunen* 1999 s. 489 (’ei jää järkevää epäilystä’), *Norrgård* 2002 s. 83 (’utom rimlig tvivel’), *Klami* 1998 s. 1190 s. ja *Klami* 2000 s. 32, joka on kääntänyt käsitteen ’beyond reasonable doubt’ suomeksi ’järkevän epäilyn yläpuolella’ (mikä on mielestäni kielellisesti tässä valittua käännösvastinetta kankeampi). Näyttökynnyksen eri määrittelytavoista ks. *Heinonen* 1980 s. 328–330, *Diesen* 1993 s. 504–517 ja taustasta *Diesen ym.* 2000 s. 77. Ks. myös *Jääskeläisen* 1997 s. 216 viittaama kirjallisuus sekä *von Eyben* 1986 s. 118. Myös Saksassa puhutaan ’ohne vernünftigen Zweifel’ -näyttökynnyksestä, ks. mm. *Roxin* 1998 s. 99 ja *Koriath* 1994 s. 87; vastaava terminologia on omaksuttu myös EIT:ssa, ks. *Pellonpää* 2000 s. 139.

¹⁷¹ Näin erityisesti *Jonkka* 1998 s. 104 ja 120, varteenotettavuus-termiä käyttää myös *Jääskeläinen* 1997 s. 214 ja passim., *Tolvanen* 2001 s. 414 ja *Vanamo* 2001 s. 422. Itse pidän molempia termejä yhtä perusteltuina.

sevaa tunnollista ja järkevää ihmistä”.¹⁷² ’Epäilyksen’ aiheuttaa vaihtoehtoisten selitysmallien mahdollisuus maalaisjärkeä ja yleisiä kokemussääntöjä rationaalisesti käyttäen.

’Ei/ilman järkevää epäilyä’ -määrittelytapa normittaa todistusharkinnan sekä objektiiviseksi että rationaaliseksi toiminnaksi. ’Järkevän’ epäilyksen täytyy nimittäin perustua tapauksessa konkretisoituneisiin objektiivisiin tosiseikkoihin eikä subjektiivisiin olettamuksiin tai tuntemuksiin. Toisaalta ’ei järkevää epäilyä’ -määrittely osoittaa myös todistusharkinnassa sovellettavan metodin. Epäilyksen poistaminen edellyttää loogisesti epäilyksen aiheuttaneiden seikkojen ja niiden konstituivien vaihtoehtoisten tapahtumainkalkuversioiden eliminomista pois todistusharkinnasta. Vaihtoehtoisen tapahtumainkulun varteenotettava mahdollisuus siis estää syyksilukevan tuomion langettamisen.¹⁷³

Rikosprosessissa ei voida käyttää ns. vahvemmuusperiaatteen (övertviksprincip) mukaista todistustaakka-ajattelua, jonka mukaan tuomio perustetaan todennäköisempään vaihtoehtoon eli yksinomaan sen mukaan, minkä hypoteesin tueksi on enemmän näyttöä. ’Voitollakin’ oleva hypoteesi voi nimittäin olla sikäli epävarma, että sitä jää rasittamaan (järkevä) epäily. Tämä ei tietenkään riitä täyttämään rikosprosessuaalisen menettelyn oikeusturvavaatimuksia.¹⁷⁴

Abstraktilla näyttökynnyksellä ymmärretään jollain lainsäätäjän valitsemalla verbaalisella ilmauksella yleisesti kuvaamaa näyttövaatimustasoa (esim. todennäköinen, syytä epäillä tms.). *Konkreettinen näyttökynnyys* tarkoittaa yksittäistapauksessa edellytettävän tai konkretisoituneen näytön tasoa.¹⁷⁵ Samoin kuin selvittämiskynnyksen ’leveyttä’ koskeva kysymys, vastaavasti myös näyttökynnyksen ’korkeutta’ koskeva kysymys liittyy läheisesti siihen, miten suuri väärin päätösten riski katsotaan olevan hyväksyttävissä. Käytännössä syyttäjiä, puolustuslakimiesten ja tuomioistuinten toiminnassa onkin vakiintunut tietty normaalimenettely kussakin rikostyyppissä. Näytöllinen varautuminen ja muukin valmistautuminen oikeudenkäyntiin vaikeutuisi, jos näyttökynnystä tai selvittämiskynnystä yllättävästi tuomioistuimen toimesta muutettaisiin. Toisaalta mm. Klamin kannattama näkökohta siitä, että liian kaavamaisesti tulkitut todistustaakkanormit (mukaan lukien näyttökynnyys) saattavat edesauttaa väärin päätösten syntymistä, on huomion arvoinen.¹⁷⁶

¹⁷² ’Tunnollisen henkilön’ -määrittely on alun perin *Tirkkosen* 1972 s. 129. Ks. myös *Leppänen* 1998 s. 138, *Virolainen* 1995 s. 87 ja 105–107, *Heinonen* 1980 s. 325 sekä *Virolainen* 1998 s. 14.

¹⁷³ Ks. *Eisenberg* 1999 s. 90 ja 92–94 sekä *Diesen ym.* 2000 s. 77.

¹⁷⁴ Lappalainen puhuu ”ylipainoperiaatteesta” (vrt. övertviksprincip). Ks. *Lappalainen* 1999b s. 25 ja *Lappalainen* 2001a s. 329 ss.; *Klami* 2000 s. 81 sen sijaan puhuu samaa tarkoittaen ”konkreettisesta näyttöylijämmästä”. Ks. myös *Halila* 1955 s. 60 ss., *von Eyben* 1986 s. 31 ss. ja *Diesen* 1997 s. 20.

¹⁷⁵ Ks. *Jonkka* 1992a s. 94 ja 110–111.

¹⁷⁶ Ks. *Klami* 2000 s. 85.

Oikeusturvaa vaarantavat, yllättävät näyttökynnysratkaisut on erotettava yleisemmästä kysymyksestä siitä, onko normaali näyttökynnys aina samalla korkeudella eri rikosten tai tunnusmerkistöelementtien kohdalla. Yleisesti oikeustieteessä katsotaan, että *näyttökynnys on muuttumaton* rikosasioissa, eli näytöltä edellytettävän tason tulee olla samanlainen kaikenlaisissa jutuissa.¹⁷⁷ Vakavien rikosten kohdalla voitaisiin periaatteessa argumentoida, että näyttökynnyksen tulisi olla tavallista korkeammalla, jotta syyttömiä ei tuomittaisi, ja kääntäen voitaisiin ajatella myönnettyjen lievien rikosten kohdalla. Rikoksen laadun mukaisesti (välillisesti) suojattavien oikeushyvien tai käytännöllisten näyttövaikeuksien voitaisiin teoriassa myös ajatella joko nostavan tai laskevan näyttökynnystä.¹⁷⁸ Voitaneen myös sanoa, että käytännön tuomitsemistoiminnassa langettavalta tuomiolta edellytettävä näyttökynnys voi muuttua jopa saman tuomarin virkauralla – pitkään tuomarina toiminut henkilö voinee intui-tionsa perusteella joissain tapauksissa päätyä herkemmin langettavaan tuomioon kuin uransa alkuvaiheissa – tai päinvastoin.¹⁷⁹

Teoriassa näyttökynnys voisi alentua siten, että tuomioistuin kompensoi tiettyä rikostunnusmerkistöosaa koskevaa heikkoa näyttöä toista teemaa koskevalla – vahvemmalla – todistelulla.¹⁸⁰ Tyypillisesti tällaisia helposti kompensoitavia tunnusmerkistöelementtejä ovat rikoksen subjektiivinen rekvisiitta, siviilioikeudellisin termein kuvattavat tunnusmerkistöosat tai tulevaisuuteen kohdistuvien arvioiden tai ennusteiden tekemistä edellyttävät tunnusmerkistöt (kuten vaara).¹⁸¹

Diesenin mukaan näyttökynnys voisikin olla joiltain osin normaalia alhaisempi myös rikosasioissa. Hän katsoo, että tahallisuuden, tuottamuksen sekä oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden soveltumattomuuden toteen näyttämiseksi riittäisi todennäköisyysnäyttö, ja rikoksen rubrisointiin ja seuraamukseen vaikuttavista seikoista vielä tätä heikompi näyttö, ”skälig”.¹⁸² Vastaavasti Klami on puhunut joustavan näyttökynnyksen puolesta.¹⁸³ Myöskään Jonkka ei

¹⁷⁷ Näin mm. Lindell 1987 s. 353, Diesen 1993 s. 267, Lappalainen 2001a s. 345–346, Nack 2000 s. 284 ja Wagenaar ym. 1993 s. 78. Siviiliprosessin puolella Klami kannattaa in casu joustavaa näyttökynnystä (ja joustavaa todistustaakkaa), ks. Klami 2000 s. 39, samoin Norrgård 2002 s. 222 ss. Vrt. Bolding 1989 s. 97. Lappalainen 2001a s. 345 katsoo, että näyttökynnys voi siviiliprosessissa vaihdella tapaustyyppin mukaan, ei sen sijaan yksittäistapauksellisesti.

¹⁷⁸ Ks. Diesen 1993 s. 518. Konkreettiseen näyttökynnykseen vaikuttavista tekijöistä ks. myös von Eyben 1986 s. 42–44 ja 115–119.

¹⁷⁹ Ks. Lehtimaja 1981 s. 173.

¹⁸⁰ Ekelöf – Boman 1992 s. 119: tuomioistuin ”generellt nöjer sig med en svagare bevisning för vissa straffrättsligt relevanta omständigheter än för andra sådana”.

¹⁸¹ Diesen 1993 s. 518 s.

¹⁸² Diesen 1993 s. 574.

¹⁸³ Klami 2000 s. 39 näkee rikoksen vakavuuden mahdollisesti näyttökynnystä korottavana tekijänä, mutta torjuu sen sijaan ”mitä lievempi rikos, sitä pienempi näyttö riittää” -ajattelun: lievässä jutuissa väärän vapauttavan päätöksen haittaa on nimittäin pidettävä pienenä, joka päinvastoin puhuisi korkean näyttökynnyksen puolesta näissäkin asioissa. Vrt. von Eyben 1986

näe tarpeellisena pitää ehdottomasti kiinni näyttökynnyksen muuttumattomuudesta: Hän painottaa tapauksessa konkreettisesti esiintyvien tekijöiden tilannekohtaista arviointia ja katsoo, että useamman edellytyksen yhtäaikainen soveltuminen voi perustella tavallista matalampaa tuomitsemiskynnystä. Tällaisia edellytyksiä ovat kirjoittajan mielestä se, että 1) epäily ei kohdistu syytteen keskeisiin osatekijöihin vaan syyllisyyskysymyksen kannalta vähemmän arkoihin kysymyksiin (kuten hätävarjelu- tai pakkotilaedellytyksiin tai rangaistuksen mittaamiseen vaikuttaviin seikkoihin), 2) sanktiotodennäköisyyden korostamisella katsotaan olevan preventiivistä merkitystä ja 3) epäily koskee seikkaa, josta ”normaalinäytön” saaminen on erityisen vaikeaa.¹⁸⁴

Tässä ei mennä lähemmin yllä mainittuun keskusteluun. Lähtökohdaksi otetaan, että näyttökynnyksen tulee olla vakioinen kaikenlaisissa rikosasioissa.

3.4 TODISTUSHARKINNASTA

Selvittämis- ja näyttökynnyksistä (yleisemmin: tuomitsemiskynnyksestä) esitetty kiinnitti huomion seikkoihin, jotka paitsi tuomioistuimen, myös syyttäjän ja puolustuksen tulee ottaa huomioon. Todistelun ’kynnyksissä’ kyse on esitettävälle todistelulle asetettavista määrällisistä ja laadullisista vaatimuksista, joiden täyttymättä jääminen voi suoraan merkitä asianosaiselle juttunsa häviämistä. Kuten todettu, näyttökynnys – samoin kuin selvittämiskynnys – on osa todistustaakkaproblematiikkaa. Tässä todistustaakkaa sekä näyttö- ja selvittämiskynnyksiä koskevat kysymykset on otettu tarkasteluun ennen todistusharkintakysymyksiä. Esitysjärjestys ei välttämättä vastaa näkemystä tuomioistuimen ratkaisutoiminnassa tapahtuvan ’ajattelun järjestyksestä’, jonka voi käsitellä etenevän päinvastoin siten, että ensin arvioidaan esitetyn todistelun näyttöarvo, ja vasta tämän jälkeen suhteutetaan tämä arvo niihin vaatimuksiin, jotka syytteen hyväksyminen edellyttää. Tässä valittua menettelyä kuitenkin perustelle erillisessä jaksossaan (3.5) esiteltävän ns. hypoteesimetodin luonne. Menetelmän olennaisena osana on nimittäin todistelun näyttöarvon analyttisen arviointimenetelmän ohella (ajatuksellisenä mallina näyttökysymysten ryhmitelyyn) keskeisesti myös se, että näin muodostuvaa näyttöarvoa (sen ’riittävyytät’) jatkuvasti suhteutetaan tuomitsemiskynnykseen (’ei järkevää epäilyä’). On siksi perusteltua käsitellä todistustaakkaa ja eri todistelun ’kynnyksiä’ koskevia kysymyksiä ennen mainittua todistusteoriaa.

s. 209, joka on empiirisessä tutkimuksessaan löytänyt jonkin verran tukea sille, että rikoksen vakavuudella on merkitystä konkreettisen näyttökynnyksen asettamiselle (nimittäin että näyttökynnys olisi alhaisempi bagatelliasioissa).

¹⁸⁴ Ks. *Jonkka* 1992a s. 120. Myös *Jääskeläinen* 1997 s. 238 ja 242 pitää tuomitsemiskynnyksen muuttumista erilaisissa rikostapauksissa periaatteessa mahdollisena.

Todistusharkinnan selittäminen todistusteorioiden avulla on yleisemminkin ottaen hyödyllistä. Teoriat tarjoavat selvemmän käsityksen siitä, mistä todistelussa oikeastaan on kyse, tai millaista todistelu on lähemmältä luonteeltaan. Hypoteesimetodilla on lisäksi keskeistä käytännöllistä merkitystä myös asianosaisten todistelulle ja siihen valmistautumiselle.¹⁸⁵ Tässä syventyminen todistusteoreettiseen ajatteluun pyrkii siten hyödyttämään myös seitsemännen luvun asianosaisnäkökulmaa vuorokuulusteluun.

3.4.1 Vapaasta todistusharkinnasta

Suomen prosessioikeudessa on vallinnut ns. vapaa todistusteoria aina vuoden 1949 alusta saakka voimaan tulleesta oikeudenkäymiskaaren 17 luvun muutoksesta alkaen.¹⁸⁶ *Vapaa todistusteoria* koostuu kahdesta elementistä eli 1) tuomioistuimen rajoittamattomasta oikeudesta käyttää todisteena mitä tahansa tietoonsa saamaa tosiseikkaa (vapaa todistelu) sekä 2) tuomioistuimen vapaasta ja sääntöihin sitomattomasta todistusharkinnasta eli todisteen näyttöarvon määrittämisestä (vapaa todistusharkinta).¹⁸⁷ Tuomioistuimen on siis määritettävä objektiivinen (aineellinen) totuus käyttämällä kaikkia soveltuvia todistuskeinoja sekä muuta laillisen oikeudenkäyntiaineiston piiriin tullutta tai muutoin oikeudenkäynnin aikana ilmi tullutta seikkaa. Todistusharkintaa ei ohjaa laki vaan empiirisen tieteen ja yleisen kokemuksen säännöt. Todistusharkinnan vapaus tarkoittaa nimenomaan vapautta legaalista todistelusäännöistä todisteiden hankinnan ja niiden arvioinnin suhteen.¹⁸⁸

Säännösten avulla vapaata todistusteoriaa ilmentää OK 17 luvun 2 §:n 1 momentti, jonka mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena. Säännös ei sido millään lailla sitä, mitä todistuskeinoja (ja millä tavalla) saa käyttää. Vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta ovat sikäli yhteydessä toisiinsa, että vapaa todistelu edellyttää loogisesti myös vapaata todistusharkintaa; sen sijaan vapaa todistusharkinta voi hyvinkin olla voimassa siitä huolimatta, että todistelua rajoitetaan

¹⁸⁵ Hypoteesimetodi on käyttökelpoinen kaikille todistelukysymysten kanssa työskenteleville rikosprosessin toimijoille aina esitutkintaviranomaisista korkeimpaan oikeuteen saakka.

¹⁸⁶ Ks. HE 137/1945 vp. s. 1, HE 15/1990 vp. s. 105 ja Ellilä 1949 s. 11. Ensimmäisen kerran vapaa todistusharkinta ilmaistiin lakitekstissä vuonna 1808 Ranskan Code d'instruction criminelle'ssä ('intime conviction'), ks. Jerouschek 1992 s. 495 ja Nack 2000 s. 281.

¹⁸⁷ Ks. HE 137/1945 vp. s. 1–2, Lappalainen 1988 s. 25, Lappalainen 2001a s. 138 ja 298 s., Jokela 2000a s. 343–344, Jonkka 1992a s. 78, Jonkka 1993 s. 28 s., Virolainen 1998 s. 423, Lundqvist 1998 s. 126 ja Bolding 1989 s. 26.

¹⁸⁸ Ks. HE 137/1945 vp. s. 1, Wróblewski 1975 s. 27, Kindhäuser 1988 s. 291, Tirkkonen 1966 s. 93, Jerouschek 1992 s. 497 ja Kallenberg 1940 s. 500.

todistamiskielloilla tai muilla todistelun esteillä¹⁸⁹ (todistamis- ja hyödyntämiskielloista lähemmin 4. luvussa).

Vapaa todistusharkinta perustuu ns. *subjektiiviseen todennäköisyyteen*. Se viittaa tietyt rationaalisuusvaatimukset täyttävään uskomukseen, joka oikeudenkäynnissä pohjautuu asiassa esitettyyn näyttöön (ja muutoin pääkäsittelyssä havaittuihin tai notorisiin seikkoihin) sekä kokemussääntöihin.¹⁹⁰ Subjektiiivinen vakuuttuneisuus tosiseikan (riittävästä) paikkansa pitävyydestä on välttämätön tuomitsemiskynnyksen ylittymisen edellytys; korkeakaan objektiivinen todennäköisyys ei riitä, jos tuomari (tai paremminkin tuomioistuimien) epäriittävästi tosiseikkojen tulkinnassa. Todistusharkinnassa näyttö- ja selvittämiskynnyksen muodostama kokonaisuus on se viimekätinen kriteeri, jonka mukaan tuomioistuin harkitsee, jääkö rikosteosta tai syytetyn syyllisyydestä järkevä epäily vai ei.¹⁹¹

Yleisesti todistusharkinta on tiettyyn *ajattelun prosessiin* perustuvaa inhimillistä päätöksentekoa. Oikeustieteellisiä päätöksentekoteorioita voidaan tarkastella kokemuseräisesti syntyneinä ratkaisumalleina. Ratkaisumallilla tarkoitetaan pitkäkestoiseen muistiin varastoituneita opittujen tekosarjojen kautta syntyneitä käsitteellisiä tietorakenteita, joita käytetään asioiden tulkinnan lähtökohtana. Ratkaisumalli ohjaa olennaisen erottamista epäolennaisesta ja suuntaa sen perusteella tarkkaavaisuutta kulloisellekin toiminnalle relevantteihin seikkoihin.¹⁹²

Kumpikaan vapaan todistusteorian komponentti ei ole rajoituksetta voimassa: sekä vapaata todistelua että vapaata todistusharkintaa on rajoitettu. *Vapaata todistelua* rajoittavat erilaiset lain menettelysäännökset kuten todistelun välittömyyttä ja keskitettyä esittämistapaa koskevat säännöt (esim. OK 17:8a ja OK 24:2).¹⁹³ Selvimmin vapaata todistelua rajoittavat erilaiset todistamiskiellot.

Myöskään *vapaa todistusharkinta* tai subjektiiviseen todennäköisyyssikäsitkseen viittaaminen ei mahdollista tuomarille päättää asiaa täysin oman

¹⁸⁹ Lappalainen 2001a s. 139.

¹⁹⁰ Ks. Jerouschek 1992 s. 509, Bolding 1989 s. 57, Lappalainen 2001a s. 301, Jonkka 1992a s. 91, Jonkka 1993 s. 45, Schellenberg 2000 s. 57, Nack 2000 s. 283 s. ja Eisenberg 1999 s. 89. Ks. myös Tirkkonen 1972 s. 83, Wrede 1910 s. 8 s., Bolding 1989 s. 57 ja Munkman 1951 s. 131: "the object of legal reasoning is to produce certain *belief*, based on extrinsic evidence; scientific reasoning aims at certain *knowledge*, based on intrinsic deductions from principles – laws of nature – which are either self-evident or established by induction."

¹⁹¹ Kindhäuser 1988 s. 291.

¹⁹² Ratkaisumallin käsitteestä Laukkanen 1995 s. 108. Rinnastus psykologiseen *representaation* käsitteeseen paljastaa, että Laukkanen käyttää ratkaisumallia synonyyminä tälle kognitiivis-psykologiselle käsitteelle. Klami määrittelee todistusharkinnan edellistä näkemystä muistutavalla tavalla *argumentaatioprosessiksi*, jossa tähdätään käsiteltävänä olevan jutun ratkaisun kannalta merkityksellisten tosiasioiden toteamiseen, ks. Klami 2000 s. 16.

¹⁹³ Ks. Lappalainen 2001a s. 141 ja Lindell 1998 s. 498–501.

mielensä mukaan. Vapaaseen todistusharkintaan kuuluu ensinnäkin rationaalisuus- ja objektiivisuusvaatimus, eli tuomio on voitava perustaa sellaisiin syihin, jotka muutkin ihmiset voivat hyväksyä.¹⁹⁴ Edellisestä seuraa, että tuomio on myös perusteltava; ilman perusteluita tuomioperusteiden kontrolli – tai tuomioistuinten vallankäytön legitimointi – ei olisi mahdollista. Perusteluvaatimukseen puolestaan liittyy, että tuomiota ei saa perustaa (ainakaan kokonaisuudessaan) intuitiiviseen kokonaisharkintaan, vaan näyttöä on analysoitava eritellen.¹⁹⁵ *Todistamiskiellot* vaikuttavat vapaan todistelun ohella myös todistusharkinnan vapauteen, jos todistamiskieltoon liittyy todisteen hyödyntämiskiello (ks. lähemmin luku 4). Vapaata todistusharkintaa rajoittavat laillisen oikeudenkäyntiaineiston sääntelyn rajoitukset – esim. todistamiskiellon vastaisesti hankittua todistetta ei tietyissä tapauksissa saa käyttää tuomioperusteena.¹⁹⁶

Pitkälti jo oikeushistoriaan kuuluvan *legaalisen todistusharkinnan* mukaan todistusharkinta oli sikäli sidottua, että laissa määriteltiin sitovasti yleisellä tasolla, millainen näyttöarvo eri todisteille oli annettava ja millainen todistelu riitti ’täyteen näyttöön’.¹⁹⁷ Lainsäädännössä oli esimerkiksi vahvistettu todistussääntö: ’kaksi todistajaa on täysi näyttö, sikäli kun he pitävät yhtä’ (vuoden 1734 lain OK 17:29).¹⁹⁸ Koska todisteiden näyttöarvo oli edellä mainitulla tavalla abstraktilla tasolla etukäteen määrätty, olivat erilaiset näytön esittämisoikeutta koskevat säännökset – kuten säännökset todistajanjäävöistä – tärkeällä sijalla legaalisessa todistusjärjestelmässä. Järjestelmää alettiin kritisoida yhä enemmän erityisesti sillä perusteella, että legaalisen todistusjärjestelmän avulla pystyttiin vahvistamaan vain muodollinen eli ”juridinen” totuus eikä aineellista totuutta. Kun tuomari oli sidottu tiettyihin

¹⁹⁴ Ks. *Jonkka* 1992a s. 83. Objektiivisuusvaatimus ei kuitenkaan tarkoita, että tuomarin todistusharkinnan tulisi olla ulkopuolisten testattavissa siten, että samaa metodologia ja lähtökohtia käyttäen toisen henkilön välttämättä pitäisi päätyä samaan lopputulokseen. Suullista todistelua ei yksinkertaisesti ole mahdollista arvioida niin yksiselitteisesti, että ’vedenpitävä’ intersubjektiivinen vertailu olisi mahdollista. Ks. *Lindell* 1987 s. 108 ss.

¹⁹⁵ Ks. *Frände* 1999 s. 341, *Diesen* 1997 s. 13–14, *Aarnio* 1982 s. 18, *Roxin* 1998 s. 99–100 ja 102 ss., *Lappalainen* 2001a s. 138 ja 299 ja *Jerouschek* 1992 s. 506 s. Tuomion objektiivista perustelemista korostettiin jo OK 17 luvun säätämisen yhteydessä, ks. *HE 137/1945 vp.* s. 3.

¹⁹⁶ *Lindell* 1998 s. 463–464 katsoo todistusharkintaa koskevan seuraavat yleiset vaatimukset: 1) todistusharkinnan on perustuttava objektiivisesti hyväksyttäviin perusteisiin, 2) todistusharkinnassa käytetyt perusteet on tuotava julki ulkopuolisen kontrollin mahdollistamiseksi, 3) todisteita tulee analysoida erittelevästi ja diskursiivisesti pelkän kokonaisharkinnan sijaan ja 4) todistusharkinnassa saadaan ottaa huomioon ainoastaan laillinen oikeudenkäyntiaineisto.

¹⁹⁷ Lainsäädännössämme on silti yhä jäljellä joitain kasuistisia normeja, joissa sidotaan tuomioistuimen harkintavaltaa *menettelymuotokysymyksissä*: esim. PK 10:2:2:ssa säädetään presumptiosta testamenttitodistajien luotettavuudesta testamentin muodon oikeaksi todistamisen suhteen, ja RtpL 6:8:4:ssa sakon muuntorangaistusta koskevan haasteen tiedoksiantotodistuksen presumptiivisesta todistuksesta haastamisen lainmukaisuudesta. Sen sijaan materiaalisen seikan ratkaisussa huomioitavien todisteiden näytönharkintaa ei lainsäädännössämme edes tässä mitassa rajoiteta.

¹⁹⁸ Legaalisen todistusharkinnan historiasta ks. esim. *Jerouschek* 1992 s. 494 ss. ja *Robberstad* 1999 s. 67 s.

todistuskeinoihin ja näytönarvioinnissaan sidottu sääntöihin, saattoivat ne pakottaa tuomarin ilmiselvästi väärään lopputulokseen.¹⁹⁹

3.4.2 Subsumptiosta todistusharkinnassa

Vaikka todisteiden arviointi on itsessään pitkälti ”normaalia” ajattelutoimintaa ja siten ei-normatiivista, tulee juridisessa päätöksenteossa ja siihen liittyvässä tosiseikkojen arvioinnissa aina ottaa huomioon myös oikeudelliset normit. Perustilanne rikosprosessin todistusharkinnassa muodostuu siitä, että jotain syyttäjän tapahtuneeksi väittämää tapahtumainkuvausta verrataan aineellisen rikosoikeuden rangaistusnormissa kuvattuun toimintaan tai käyttäytymiseen.²⁰⁰ Todistusharkinnassa pyritään toteamaan tai vahvistamaan tapauksen faktat ja sitten suhteuttamaan nämä tuomioistuimen näkemyksen mukaan jonain historiallisena hetkenä tapahtuneet toimet/asiointitilat oikeuslauseessa ilmaistuun rangaistavan käyttäytymisen ilmaukseen (juridiseen ’rekvisiittaan’). Tätä historiallisten *tosiseikkojen vertailua oikeuslauseen (verbaalisesti esitettyihin) kriteereihin kutsutaan subsumptioksi.*

Siitä, miten subsumption tulee tapahtua, on esitetty erilaisia näkemyksiä ns. todistusteorioiden muodossa. Itse näkisin niin, että subsumptio ei sellaiseenaan kuvaa aukottomasti oikeudellisen päätöksentekoprosessin etenemistä. Oikeudellisen ratkaisun *jälkikäteen* tarkastelu subsumptomallin pohjalta voi kuitenkin olla selventävää. Asianmukaisesti suoritettu subsumptio merkitsee siten lähinnä vain oikeudellisen ratkaisun sisäistä justifikaatiota. Ratkaisun ulkoinen justifikaatio edellyttää muuta kuin loogisesti virheettömästi suoritettua päättelyä ylälauseesta alalauseen kautta johtopäätöksiin. Ratkaisun hyväksyttävyyden kriteereiden tulee löytyä tavasta, jolla ratkaisun normi- ja faktapremissin valinta kytetään perustelemaan. Varsinaiset oikeudelliset tulkintaongelmat liittyvätkin lähinnä ratkaisupremissien ulkoiseen justifiointiin. Oikeudellinen ratkaisutoiminta tulee ymmärtää normi- ja tosiseikas-
totason välisenä etenevänä prosessina.²⁰¹

Vallitsevien oikeudellisten ratkaisuteorioiden väliset erot perustuvat niiden pohjalla olevaan käsitykseen oikeussääntöjen ja tosiasioiden välisestä yhteydestä. Kysymys on siitä, lähteekö tuomari liikkeelle tapauksen faktoista ja päättelee niistä, mitkä normit soveltuvat tapaukseen, vai onko lähtökohtana normin määrittely, jonka valossa tapauksen relevantit tosiseikat erottuvat. Selvissä tapauksissa eli silloin, kun oikeussäännön soveltamisala on yksiselittei-

¹⁹⁹ Vuoden 1948 oikeudenkäyntiuudistus vahvisti säännösten vapaan todisteiden harkinnan Suomessa, mutta ei mahdollistanut itse menettelyn välittömyyttä ja suullisuutta.

²⁰⁰ Ks. Käßer 1974 s. 3: ”Der Straftatbestand als Vergleichsmaßstab der ”Wahrheit””.

²⁰¹ Ks. Frände 1989 s. 38 s. (erit. av. 2), Ilveskivi 2000 s. 83–85 ja Alexy 1995 s. 81.

nen (esim. liikennesäännön soveltaminen), voitaneen oikeudellisen ratkaisutoiminnan sanoa lähtevän liikkeelle tapauksen subsumptiofaktoista. Toisaalta silloin, kun kyseessä on normatiivisesti monimutkainen ongelma, kuvaa toiseikkojen ja normien *vuorovaikutusmalli* tuomitsemistoimintaa paremmin. Vuorovaikutusmallin mukaan tapauksen faktat määräävät alustavasti tapaukseen soveltuvat säännökset, mutta säännökset puolestaan johtavat edelleen lähemmin huomioimaan normin kannalta relevantteja toiseikkoja jne. Oikeussäännökset siis ohjaavat osittain aineiston keräämisprosessia.²⁰²

Todistusharkinnassa henkilötodistelun avulla osoitettuja toiseikkoja vahvistettaessa arvioitavaksi tulee (kuulusteltavan) todellisuudesta kertovia lausumia (konkreettisia toiseikkoja). Nämä lausumat voivat olla enemmän tai vähemmän tosia tai vääriä; seikka, jota pyritään mm. pää- ja vastakuulustelussa eri suuntaisesti ja eri tavoin todentamaan. Erityisesti silloin, jos tapaukseen on sovellettava arvostusta edellyttävää oikeussääntöä kuten tuottamusta tai tahallisuutta, kuulusteltavan kertoman toiseikan totuusarvo (tosi/epätosi) ei sellaisenaan enää 'riitä' siirryttäessä todistusharkinnan subsumptiossa abstraktien oikeustoiseikkojen tasolle.

Koetan havainnollistaa sanottua seuraavasti: Oikeudellisessa subsumptiossa lähtökohtana on ylälause "jos A niin B", ts. normi, joka ei voi olla tosi tai epätosi, koska se on oikeuspoliittinen lainsäätäjän kannanotto. Päättelyn alalauseen eli tapauksen toiseikkojen ("tässä A") vahvistaminen sen sijaan on aluksi empiirinen kysymys, johon on todistajankertomuksen näytönarvioinnilla periaatteessa löydettävissä 'oikea' vastaus (onko rattia käännetty, kuka on kääntänyt, onko ollut humalassa). Ylälauseeseen yhdistettyinä faktoja joudutaan kuitenkin arvioimaan oikeudellisten normien näkökulmasta (esim. onko humaltuneena paikallaan olevan auton ratin kääntäminen tieliikennelain (TLL; 267/81) mukaista "ajamista"). Päättelyn lopputuloksena on johtopäätös, jossa alalauseen joko katsotaan soveltuvan tapaukseen tai ei (esim. "tässä kuvatut toiseikat tarkoittavat kiellettyä ajamista").

Puhtaasti loogiselle päättelylle rakentuvat päätöksentekoteoriat edellyttäisivät aukottomasti toimivaa oikeudellista subsumptiota, mikä puolestaan edellyttäisi käsitteiden tyhjentävää määrittelyä. Koska rangaistussäännösten oikeudelliset käsitteet kuitenkin voivat olla tulkinnanvaraisia, ei laissa säädetty tunnusmerkistö (ylälause) viime kädessä voi olla täysin identtinen lainkäyttäjän ratkaisussaan käyttämän ylälauseen kanssa. Yksittäistapauksen ratkaisussa käytetty ylälause onkin tuomioistuimen *tulkinta* oikeudellisesta normista: lainkäyttäjän soveltamana normi ilmaisee, mikä sisältö abstraktille tunnusmerkistölle

²⁰² Ks. tästä hermeneuttiseksi luokiteltavasta näkemyksestä Alexy 1995 s. 75–77, Lindell 1987 s. 35 ss., Aarnio 1971 s. 88, Lappalainen 2001a s. 134–135, Portin 1998 s. 1358–1359, Ilveskivi 2000 s. 85, Tuori 2000 s. 321 ss. ja Laukkanen 1995 s. 155 s. ja 159 s., joka puhuu *vuorovaikutus-subsumptiosta*. Ks. myös Engisch 1977 s. 57: "Die Auslegung liefert nicht nur das Vergleichsmaterial für die Subsumption, sondern auch die *Beziehungspunkte* für die Vergleichung."

on yksittäistapauksen tulkinnassa annettu.²⁰³ Oikeustieteessä subsumption käsitettä voidaankin käyttää tarkoittamaan myös *ratkaisunormin konkretisointia tarkoittavaa tulkintaa*.

Subsumptio-ongelmia liittyy myös alalauseen vahvistamiseen: tosiseikkojen vahvistaminen edellyttää usein sekä todistusharkintaa (ratin kääntämisestä kertovan henkilön lausuman arvostelu) että lainsoveltamista (TLL §:n tulkintaa siitä, tarkoittaako pelkkä ratin kääntäminen ajamista). Arvostuksenvaraiset tai ns. institutionaaliset käsitteet²⁰⁴ edellyttävät aina konkretisointia, eikä niitä voi sellaisenaan mahdollistaa oikeudelliseen syllogismiin niin, että johtopäätös seuraisi niistä aina 'mekaanisesti'.²⁰⁵ Subsumptiossa tunnusmerkistöä siis osittain täsmennetään konkreettiseksi tosiseikoiksi säännöstulkinnan avulla, osittain kyse on faktojen toteennäyttämisestä. Kompleksien institutionaalisten tosiseikkojen subsumptiossa ei alalauseenkaan voi sanoa olevan puhdas empiirinen tai teoreettinen kysymys, joka voisi olla joko totta tai epätotta.²⁰⁶

Tuomitsemisen heuristiikan kannalta esimerkiksi liikenneonnettomuusjutussa ajonopeus, tien liukkaus ja kapeus, huono näkyvyys ja nastarenkaiden puuttuminen talvella eivät ole varsinaisesti todisteita 'tuottamuksesta', vaan tapauksen faktoista poimittuja tuottamus-käsitettä yksilöiviä/redusoivia seikkoja/lauseita. Kaikki mainitut seikat ovat relevantteja liikenteen vaarantamisen (TLL 98 §) tunnusmerkistön kannalta. Vuorovaikutussubsumptiota voidaan soveltaa käytännössä eri tavoin siten, että joku tuomari voi päätyä liikenteen vaarantamisen täyttymiseen jo nopeutta ja pimeyttä koskevien todisteiden perusteella, siinä kun toinen tuomari voi edellyttää lisäksi esimerkiksi tietoa tien mutkaisuudesta ja liukkaudesta. Syy eroihin johtuu tuomarin esiymmärryksestä, mm. omista ajokokemuksista tai oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden hieman erilaisesta osaamisesta. Harkinnanvaraisissa tilanteissa eli kun lain säännöksessä tai muussa normissa tunnusmerkistöä ei ole kuvattu yksiselitteisen tyhjentävästi, tapauksen fakta-aineisto osaltaan siis määrittää sen, miten normia tulkitaan.²⁰⁷

Subsumptioon voidaan nähdä liittyvän myös prosessuaalisia ulottuvuuksia, koska se, mitkä aineellisoikeudelliset normit tulevat osaksi oikeudenkäynti-

²⁰³ Ks. Lindell 1987 s. 367. Ks. myös Ilveskivi 2000 s. 86, joka puhuu vastaavasti abstraktista normista ja konkreettisesta ratkaisunormista, sekä Moore ym. 1996 s. 13–15 ja 58 ss. ns. komplisoiduista käsitteistä (esim. kohtuullisuus), joita ei voi vain sellaisenaan näyttää toteen tietyt asiointilat todeksi osoittamalla, vaan johon johtopäätökseen päätyminen edellyttää tämän lisäksi aina myös normatiivista kannanottoa (esim. siitä, millainen menettely konstituoii työsopimuslain (55/01) 7 luvun 1–2 §:ssä tarkoitetun asiallisen ja painavan syyn irtisanomisperusteena).

²⁰⁴ Ks. institutionaalisista (tai komplisoiduista) käsitteistä esim. Engisch 1977 s. 23. Ks. myös Lappalainen 1986a s. 452.

²⁰⁵ Syllogistisesta logiikasta ja sen mahdollisuuksista oikeudellisessa päätöksenteossa (kriittisesti) ks. mm. Aarnio 1971 s. 70 ss., Aarnio 1982 s. 82 ja Aarnio 2002a s. 50.

²⁰⁶ Lindell 1987 s. 367 ss., ks. myös Hormia 1978 s. 2.

²⁰⁷ Ks. Lindell 1987 s. 39–40 ja Laukkanen 1995 s. 161 ss.

aineistoa ja siten subsumptiomateriaaliksi, riippuu osittain mm. prosessinjohdosta ja muista menettelyllisistä seikoista.²⁰⁸ Subsumptiota ei myöskään suoriteta pelkästään todistusharkintavaiheessa, vaan prosessin asianosaiset eli rikosprosessissa syyttäjät ja puolustus suorittavat tosiseikkojen subsumointia jo syytettä ja vastausta laatiessaan (ks. tästä lähemmin jaksossa 7.2). Lakimieskoulutuksen saaneiden syyttäjän ja asianajajan esitykset ja väitteet systematisoituvat ja rationalisoituvat alun perinkin normituntemuksen vaikutuksesta. Sen sijaan lakia tuntemattoman maallikon kanneperusteet voivat koostua kokonaisesta tapahtumainkuvauksesta, koska hän ei kykene suorittamaan erottelua juridisesti relevanttiin ja irrelevanttiin. Syyttäjä suorittaa syytteen teonkuvausta laatiessaan erottelun olennaisiin ja epäolennaisiin tosiseikkoihin ja tällä valinnallaan rajaa rikosprosessin kohteen tuomioistuinta sitovalla tavalla.²⁰⁹

3.4.3 Todistusteorioista

3.4.3.1 Teemametodi ja todistusarvometodi

Pohjoismaisessa todistusteoriakeskustelussa pääosassa ovat olleet kaksi eri *frekvenssimallia*, eli ns. teemametodi ja todistusarvometodi.²¹⁰ *Teemametodissa* arvioidaan, onko tietty hypoteettinen, väitetty tosiseikka tai tosiseikasto (teema) totta oikeudenkäynnissä käytettävissä olevien todisteiden valossa: kyse on siitä todennäköisyydestä, jolla todisteet todistavat teemasta. Teemametodi keskittää tarkastelun todistusharkinnan lopputulokseen eli teeman todennäköisyyteen: vastausta haetaan suoraan kysymykseen, millä todennäköisyydellä teema on olemassa tietyn todistelun valossa (todisteen ja teeman välillä luonnollisesti edellytetään kausaalista suhdetta).²¹¹ Lähtökohtana mallissa on, että teeman ja sen vastakohtan todennäköisyyksien summa kulloisenkin informaation valossa on aina yksi (tai 100 %). Keskeistä teoriassa on, että tuomarilla tulee olla *a priori* käsitys alkuperäisyystodennäköisyydestä todisteen ja todistusteeman välisestä suhteesta, ts. jo ennen todisteiden vastaanottamista. Vaikka tuomarille ei esitettäisi yhtään todistetta, josta voisi päätellä tietyn teeman todennäköisyyttä, arvioi tuomari silti todistusteemalle tietyn todennäköisyyden aikaisempien kokemusten, tilastotietojen, syytetyn persoonan tms. perusteella. *Alkuperäis-*

²⁰⁸ Laukkanen 1995 s. 109.

²⁰⁹ Laukkanen 1995 s. 140 s.

²¹⁰ Ks. näistä ja muista todistusteoreettisista näkemyksistä esim. von Eyben 1986 s. 31–44. Tässä jaksossa pyritään ainoastaan yleisesitykseen mainituista todistusteorioista eikä niiden kattavaan analysointiin.

²¹¹ Ks. Lindell 1998 s. 465 ja Lappalainen 2001a s. 302.

todennäköisyyttä kutsutaan myös teeman *ex ante* – todennäköisyydeksi.²¹² Teemametodin mukaan esitettävien todisteiden merkitystä arvioidaan siis alkuperäistodennäköisyyden kautta: todisteet vaikuttavat teeman alkuperäistodennäköisyyteen ja muovaavat näyttöarvon esim. syyllisyysteemalle.²¹³

Teemametodin heikkoutena on ennen kaikkea se, että tietyllä alkuperäistodennäköisyyksäilyksellä ei yksistään voi olla mitään näyttöarvoa siitä, että teema olisi esim. 90 % todennäköisyydellä juuri kyseisessä tapauksessa tosi. Usein teeman *ex ante* todennäköisyydellä ei ole yleisluonteisena informaationa tai ”näppituntumana” mitään suoraa kausaalista tai loogista suhdetta yksittäistapaukseen nähden. Teoreettisena ongelmana teemametodissa on myös, että mainittu todistusharkintamalli ei huomioi muun kuin käytettävissä olevan informaation ja vaihtoehtojen vaikutusta tai mahdollisuutta. Teemametodissa ei nimittäin kiinnitetä huomiota käytettävissä olevan informaation kattavuuteen eli näyttöaineiston ja todistusteeman välisen suhteen laatuun. Nimenomaan rikosprosessin yhteydessä on nähdäkseni epärealistista ajatella teemametodin kuvaamalla tavalla siten, että teeman negaation osaksi jäävä todennäköisyysprosenttiosuus sellaisenaan todistaisi teeman vastakohdasta; ikään kuin se todistelu, minkä asianosaiset sattuvat tuomioistuimelle esittämään, aina ja kaikissa tapauksissa muodostaisi niin aukottoman kattavan näytön, että tällaiset vastakohtapäätelmät olisivat mahdollisia. Teemametodi ei siis tunnusta epävarmuuden vaikutusta todistusharkinnalle lähtiessään siitä, että teema ja sen negaatio yhdessä muodostavat kaiken relevantin näyttöaineiston.²¹⁴ Prosessin ulkopuolelle voi jäädä (oikeita tai vääriä) tietoja ja vaihtoehtoja, joita periaatteessa voitaisiin tarkastella analyttisesti keskenään.

Teemametodille on esitetty kilpailevana todistusharkintamallina ns. todistusarvometodi. Olennainen ero on siinä, että *todistusarvometodissa* todistusharkinta aloitetaan tavallaan nolatilasta (ennen todisteen esittämistä ei voida sanoa mitään todisteen ja teeman välisestä suhteesta). Alkuperäistodennäköisyyttä ei siis nähdä todistusharkinnan lähtökohtana erotuksena teemametodista: todisteen todistusarvon täytyy pysyä nollassa niin pitkään, kun minkään esitetyn tosiseikan ei katsota olevan kausaalisessa tai muussa näytöllisessä suhteessa teemaan.²¹⁵

²¹² Ks. Lindell 1987 s. 145 s., Diesen 1997 s. 32 ss., Bolding 1989 s. 75–76, Goldsmith 1996 s. 216 ja Jonkka 1992a s. 85. Erityisesti silloin kun alkuperäistodennäköisyys perustuu syytetyn henkilölle koskeviin tietoihin, on suuri riski siitä, että todistusharkintaan jää vaikuttamaan perusteettomia ennakkoluuloja tai yleistyksiä.

²¹³ Ks. Diesen 1997 s. 35 ja 37.

²¹⁴ Ks. esim. Diesen 1997 s. 20.

²¹⁵ Lindell 1987 s. 162 s. ja Goldsmith 1996 s. 215–216. Ajatellaan esimerkinomaisesti tilannetta, jossa maanviljelijän puutarha on tuhoutunut naapurin lehmän toimesta. Maanviljelijällä on kaksi naapuria, A ja B. Yhdellä naapurilla (A) on yhdeksänkertainen määrä lehmiä toiseen naapuriin (B) verrattuna. Teemametodin perusteella voitaisiin helposti päätyä siihen, että A on vastuussa. Todistusarvometodi ei ole tämän kanssa ristiriidassa, mutta sen lähestymistapa on erilainen. Sen

Todistusarvometodissakaan ei tosin voida täysin välttyä alkuperäistodennäköisyyden huomioimiselta: teemaa tukevien todisteiden todistusarvoon vaikuttaa myös teeman (alkuperäis)todennäköisyys. Esim. todistajan lausunto siitä, että jotain hyvin epäuskottavaa on tapahtunut, omaa lähtökohtaisesti alhaisemman näyttöarvon kuin lausunto siitä, että jotain tavanomaista on tapahtunut. Tätä kautta tuomari voi joutua arvioimaan teematodennäköisyyttä (teemamethodin kaltaisesti) osana todisteiden kokonaisnäyttöarvon analyysiä.²¹⁶ Todistusarvometodi kuitenkin korostaa kulloinkin käytettävissä olevan tiedon riittävyttä (eli tunnustaa selvittämättä jääneiden vaihtoehtojen mahdollisuuden) sekä konkreettisen näytön pro & contra -analyysiä alkuperäistodennäköisyyksien sijaan.²¹⁷

Todistusarvometodin mukainen todennäköisyysarvo ei myöskään kohdistu todistelun suoraan näyttöarvoon teemasta, vaan sen sijaan yksittäisen todisteen ja teeman väliseen loogiseen tai kausaaliseen syysuhteeseen. Kyse on todisteen näyttöarvon tarkastelusta, siitä, *millä todennäköisyydellä todiste todistaa teemasta*.²¹⁸ Todistusarvometodissa perusajatuksena on, että kun jokin seikka on syy toiselle seikalle, täytyy molempien seikkojen olla olemassa. Teemaa arvioidaan todisteen ”syynä”, ja juuri tätä kausaalitodennäköisyyttä arvioidaan. Todisteet nähdään jonkin historiallisen tapahtuman nykyisyyteen jättäminä jälkinä, joista voidaan päätellä tietyn teeman olleen tai olevan olemassa.²¹⁹ Esimerkiksi todistajanlausunnon tapauksessa kysytään, millä todennäköisyydellä tietty tapahtuma (tosiseikka) on aiheuttanut todistajan kertomuksen.²²⁰

Todistusarvometodissa todisteita arvioidaan ensin eritellen todistekohtaisesti, minkä jälkeen todistelulle pyritään laskemaan tietty yhteinen näyttöarvo teemasta. Todisteiden yhteisvaikutuksen arvioimisessa voidaan erottaa mm. ns. ketjuvaikutustilanne, jossa useampi todistussuhde liittyy toisiinsa siten, että yhden suhteen todistustosiasiassa on samalla toisen todistussuhteen todistusteema, tai toisinpäin, että yhden teema on toisen todistussuhteen todiste. Esim. todistajanlausunto (todiste 1) on mahdollisesti tämän havaintojen aiheuttama (teema 1), mitkä havainnot (nyt todiste 2) puolestaan on mahdollisesti aiheuttanut se, mitä on tosiasiassa tapahtunut (teema 2). Todiste 2 on ts. *sekundaarinen todiste*, koska siinä ei kyse ole olemassaolevasta asiasta vaan eräänlaisesta konstruk-

mukaan tiedolla naapurien lehmien lukumäärästä on todistusarvo nolla (0), koska pelkästään se, että A omistaa enemmän lehmiä ei tarkoita kausaalisesti, että joku lehmistä olisi puutarhan tuhonnut tai edes loogisesti viittaa, että näin olisi tapahtunut (lehmänomistus ei sinällään voi olla tuhon syy). Ks. *Goldsmith* 1996 s. 214. Saman esimerkin esittää *Klami* 1986 s. 49–50 ja *Klami* 2000 s. 29.

²¹⁶ *Goldsmith* 1996 s. 215.

²¹⁷ *Klami* 2000 s. 30–31.

²¹⁸ Ks. *Klami* 1986 s. 49 ja *Lappalainen* 2001a s. 302.

²¹⁹ Ks. *Lindell* 1987 s. 145 ja *Goldsmith* 1996 s. 211–212.

²²⁰ Vrt. *Goldsmith* 1996 s. 214.

tiosta; tiedetään mitä todistaja on sanonut mutta ei varmuudella sitä, mitä tämä on havainnut. Tuomarin on siis pääteltävä todistajankertomuksesta tämän havaintoihin ja edelleen siihen, mitä todella katsotaan tapahtuneen.²²¹

Todistusarvometodin mukaisesti ajatellen todisteketjussa onkin useampia lenkkejä, joista jokainen ketjun osanen – lukuun ottamatta ensimmäistä ja viimeistä – on samalla paitsi todistusteemana lähinnä edeltävästä lenkistä, myös todistustosiseikkana lähinnä seuraavasta lenkistä.²²² Ensimmäinen lenkki on nimittäin pelkästään todistustosiseikka, ja viimeinen lenkki on todistusharkinnan kohteena oleva oikeustosiseikka eli todistusteema. Esimerkiksi jarrutusjäljen pituus voi olla sekä todistusteema todistajanlausunnossa että todistustosiseikka lopullisen teeman eli auton nopeuden suhteen.²²³ Todistusketjun jokaiselle lenkille voidaan arvioida näyttöarvo omaan teemaansa nähden normaaliin tapaan kokemussääntöjä ja aputosiseikkoja hyväksi käyttäen.²²⁴ Aputosiseikat antavat tarkentavia tietoja konkreettisesta tilanteesta helpottaen siten kokemussäännön valintaa ja arviointia. Kaaviomuodossa yllä sanottua voi havainnollistaa esim. seuraavasti.

TODISTAJANLAUSUNTO (‘pelkkä’ todistustosiseikka; nykyisyyteen jäänyt jälki havainnosta)

Näyttöarvo: millä todennäköisyydellä lausunto todistaa teemastaan (havainnosta)
– aputosiseikat ym. kokemussäännöt täsmentävät näyttöarvon määrittelyä

HAVAINTO

- *todistusteema lausunnolle* (havainto aiheuttanut lausunnon)
- *todistustosiseikka tapahtumasta* (havainto ‘nykyisyyteen jääneenä jälkeenä’ tapahtumasta)

Näyttöarvo: millä todennäköisyydellä havainto todistaa teemastaan (tapahtumasta)
– aputosiseikat ym. kokemussäännöt täsmentävät näyttöarvon määrittelyä

TAPAHTUMA (‘pelkkä’ oikeustosiseikka, so. todistusteema)

²²¹ Goldsmith 1996 s. 217–218. Lähemmin ns. myötä- ja vastavaikutustilanteista ks. Klami 2000 s. 40–44.

²²² Ks. mm. Jonkka 1993 s. 35 s.

²²³ Ks. Jonkka 1993 s. 35.

²²⁴ Ks. Jonkka 1993 s. 35 s. ja Ekelöf – Boman 1992 s. 126.

'Purettaessa' todistustositseikka tällä tavoin lenkki lenkiltä eteneväksi ketjuksi voidaan todistusharkintaa yksilöivät ja täsmentävät kokemussäännöt ja aputosiseikat havaita täsmällisemmin. Jokaisen todistusfaktan tulee olla seuraus sitä edeltävästä teemasta, jotta todiste osoittaisi teeman olemassaolon. Jos yksikin lenkki pettää, todiste ei kerro todellisesta tapahtumasta. Todisteen näyttöarvo on sitä alhaisempi, mitä pidempi todisteketju on. Toisaalta koko ketjun todistusarvo ei voi olla heikoimman lenkin todistusarvoa korkeampi.²²⁵ Todisteen näyttöarvo on siten kunkin ketjuun kuuluvan lenkin (lukuunottamatta todistusteemalenkkiä) yksittäin arvioidun näyttöarvon tulo. Näin saadun 'kaavan' arvo pienenee nopeasti ketjun pidetessä.²²⁶

3.4.3.2 Frekvenssiteorioiden vertailua

Päätösmallin pohjalla oleva todennäköisyyskäsite on tietoteoreettinen ja siten pitkälti ei-käytännöllinen kysymys. Sekä teemametodin että todistusarvometodin pohjalla sanotaan olevan objektiivisen *todennäköisyyskäsitteen*; tarkemmin sanottuna kyse on frekvenssiteoreettisesta eli prosentuaalisesti ilmaistavasta todennäköisyyskäsitteestä.²²⁷ Sekä teema- että todistusarvometodi ovat ns. frekvenssimalleja, eli tiettyihin *fiktiivisten populaatioiden todennäköisyyksiin* pohjautuvia malleja. Tietyn tapahtuman todennäköisyyden katsotaan määräytyvän siitä, kuinka monta kertaa tapahtuma sattuu tiettyssä populaatiossa. Vertailuaineisto on pakostakin fiktiivistä, koska on mahdotonta taulukoida tilastollisesti esim. sitä, missä määrin todistajat puhuvat totta. Voitaneen sanoa, että tuomarin kriminalistiikkaan pohjautuva käytännön työ rikosasioiden parissa on empiiristä luonteeltaan.²²⁸ Tällainen tuomarin käytännöllinen kokemus on luonnollisesti arvokasta, mutta luonnontieteellisessä mielessä eksaktia tietoa se ei voi olla. Yleistäviin tyypillisyyssarviointiin perustuvasta todennäköisyyskäsitteestä seuraa näin ollen, että 'frekvenssilaskelmien' tuloksena voidaan saada vain tietyn tapaustyyppin esiintymistodennäköisyys. Tämän tyyppin soveltuminen yksittäistapaukseen sen sijaan on lopulta ratkaistava intuitiivisesti mm. siksi, koska tuomioistuimessa ratkaistavat asiat ovat uniikkeja yksittäistapauksia, ja koska niistä saatava selvitys ei useastakaan syystä voi olla niin eksaktia kuin mitä matemaattisen mallin soveltaminen edellyttäisi.²²⁹

²²⁵ Tästä lähemmin ks. *Jonkka* 1993 s. 37.

²²⁶ Vrt. *Diesen* 1997 s. 56 (av. 126), joka suhtautuu perustellun kriittisesti todistusketjuajatteluun rakenteellisen näytön kohdalla, koska siinä todistelulementtien suhteet ovat lähinnä kumulatiivisia ja vapaasti arvioitavissa, eivät lenkkimäisesti toinen toistensa edellytyksiä ja/tai seurauksia.

²²⁷ Vrt. *Lindell* 1987 s. 136 s., joka katsoo teemametodissa olevan objektiivisen todennäköisyyskäsitteen ja todistusarvometodissa loogisen todennäköisyyskäsitteen (ero on tosin lähinnä esitystekninen eikä sisällöllinen).

²²⁸ *Kindhäuser* 1988 s. 292.

²²⁹ Ks. *Diesen* 1993 s. 415–417 ja *Lindell* 1998 s. 466 ss. Ks. myös *Heinonen* 1980 s. 331.

Yhdistävästä todennäköisyyskäsitteestä huolimatta teemametodin ja todistusarvometodin välillä on perustavaa laatua oleva ero. Ero johtuu poikkeavista käsityksistä todistustositseikan ja todistusteeman välisestä suhteesta.²³⁰ Teemamethodissa katsotaan, että todiste todistaa suoraan teemasta (todisteen ja teeman välillä on kausaalisuhte), kun taas todistusarvometodin mukaan määritellään päinvastoin todennäköisyyttä, jolla teema on aiheuttanut todisteen. *Ero on siinä, mitä subsumoidaan.* Teemamethodissa tietty *teema* tai tapahtuma pyritään suoraan subsumoimaan kokemussäännön alaisuuteen; todistusarvometodissa puolestaan tapahtumasta välillisesti kertova *todiste* pyritään subsumoimaan kokemussäännön alaisuuteen.²³¹

Myös siihen jo viitattiin, että alkuperäistodennäköisyys vaikuttaa sekä teemamethodissa että todistusarvometodissa. Sen vaikutus on kuitenkin viimeksi mainitussa vähäisempi, koska todistusarvometodi operoi ns. yksisuuntaisella todennäköisyyskäsitteellä.²³² Teemamethodissa yksi teema eli syyttäjän teonkuvaus dominoi koko käsittelyä ja todistusharkintaa, mistä syystä alkuperäistodennäköisyyden sanotaan vaikuttavan voimakkaammin.²³³ Viime kädessä ero lienee kuitenkin lähinnä siinä, että todistusarvometodissa alkuperäistodennäköisyys vaikuttaa ”vain” *todisteen näyttöarvoon* teemasta, mutta teemamethodissa vahvemmin ja suuremmin itse *todistusteeman* todennäköisyyteen.²³⁴

Todistusarvometodin valitseminen tarkastelun lähtökohdaksi johtaa siihen, että teoreettisesti on tyydyttävä alhaisempaan näyttökynnykseen. Epätietoisuus tutkinnan kattavuudesta nimittäin aiheuttaa sen, että ”harmaa alue” voi jäädä varsin suureksikin. Harmaalla alueella olevista vaihtoehtoisista hypoteeseista ei tiedetä mitään: kyseeseen voi tulla täysin eri tapahtumainkulut kuin syytteessä, ja harmaalla alueella voi olla yhtä hyvin lisää syytettyä tukevaa tietoa kuin myös epäillyn syyttömyyttä tukevaa (tuntematonta) näyttöä.²³⁵

Todistusarvometodin mukainen harkinta on monipuolista ja teemamethodia rajatumpaa ja varovaisempaa, koska harkittavana ei ole välittömästi se, millä todennäköisyydellä teema on totta, vaan teeman ja todisteen välisen kausaali-

²³⁰ *Diesen* 1993 s. 387 ja *Bolding* 1989 s. 76.

²³¹ *Lindell* 1987 s. 219 ja *Norrgård* 2002 s. 210.

²³² Kaksisuuntainen todennäköisyyskäsite (teemamethodi) tarkoittaa, että se, mikä ei todista teeman ja todisteen välisestä suhteesta, todistaa päinvastaista ($T + (1 - T) = 1$). Yksisuuntainen todennäköisyyskäsite (todistusarvometodi) sen sijaan tarkoittaa, että teeman ja todisteen välisen suhteen todennäköisyydestä ei voi johtaa sen negaation todennäköisyyttä. Jos näyttöarvo on 80 %, lopusta 20 %:sta ei tiedetä mitään (harmaa alue). Todistusarvometodissa näyttöarvot tulee määrittää erikseen sekä teeman puolesta että teemaa vastaan; siksi ’yksisuuntaisuus’. Ks. *Diesen* 1993 s. 416, *Diesen* 1997 s. 36, *Lindell* 1987 s. 146 ja 160, *Lappalainen* 2001a s. 303 s., *Jonkka* 1992a s. 92 sekä *Bolding* 1989 s. 79–81.

²³³ *Diesen* 1993 s. 393 s.

²³⁴ Ks. myös *Lindell* 1998 s. 465–466 sekä *Norrgård* 2002 s. 210–211.

²³⁵ Ks. *Diesen* 1993 s. 394 s ja *Lindell* 1987 s. 162.

relaation todennäköisyys.²³⁶ Analyytisessä todistusarvometodissa harkinnan voi myös sanoa olevan vähemmän syyttäjän teonkuvaukseen orientoitunutta, minkä voi sinänsä katsoa edesauttavan aineellisen totuuden selvittämistä.²³⁷ Olennainen ero on siinä, että todistusarvometodissa harkinnan pohjana käytetään vain oikeudenkäynnissä esitettyä aineistoa, kun taas teemametodin mukaan myös tuomarin aikaisemmat tiedot vaikuttavat edellisen lisäksi päätösharkintaan alkuperäistodennäköisyyden muodossa (molemmissa malleissa tuomari tosin soveltaa aikaisemmin tuntemiaan kokemussääntöjä tapauksen faktoihin). Todistusarvometodin mukaisessa harkinnassa oikeudenkäyntiaineistoa analysoidaan rakenteellisesti siten, että todistusaineisto jaetaan tarkkaan todistustositseikkoihin ja aputosiseikkoihin, joita kutakin arvioidaan soveltuvan kokemussäännön perusteella.²³⁸ Teemametodissa näyttöä arvioidaan ”möhkälemäisemmin”, mikä toisaalta on myös sen etu ajattelutavan korostaessa näytön kokonaisuutta ja siihen liittyviä rakenteellisia seikkoja.²³⁹

Ehdotonta paremmuusjärjestystä tai valintaa ei voine suorittaa: kummassakin ajattelumallissa on etunsa ja haittansa.²⁴⁰ Yleisesti todistusarvometodia on kuitenkin mielestäni pidettävä teemametodia paremmin soveltuvana juuri rikosprosessiin. Todistusarvometodin tunnustama ”harmaa alue” – eli alue, jolla todisteen syntymissyitä ei voida luotettavasti selvittää – mahdollistaa myös vaihtoehtoisten hypoteesien pohdinnan päätösharkinnassa.²⁴¹

Erityisesti Lindell on kritisoinut todistusarvometodia. Yksi hänen pääasiallisista vastaväitteistään todistusarvometodia kohtaan on, ettei todistusarvometodi mahdollista kokonaisvaltaista näytön arviointia ns. *optimaalisen kokemussäännön* avulla, koska siinä todisteita arvioidaan yksitellen ja kutakin oman kokemussäännön kautta. Toinen keskeinen kritiikin aihe on, että todistusarvometodi perustuu Lindellin mielestä irrelevanttiin viitekehukseen eli oletamaan tai arvaukseen täydellisestä tutkinnasta, jolloin oikeudenkäyntiaineistoon voi tulla seikkoja, joita asianosaiset eivät ole oikeudenkäynnissä esittäneet.²⁴² Lindellin kritiikki todistusarvoteoriaa kohtaan kohdistuu lähinnä siviiliprosessuaalisen todistusharkinnan alueelle. Rikosprosessissa ’ai-

²³⁶ Lappalainen 2001a s. 304 pitää arvometodin etuna sitä, että se antaa teemametodia ”analyytisemmän kuvan yksittäisten todisteiden merkityksestä” ja tarjoaa ”ajatuksellisia apuvälineitä todisteiden erilaisten yhteisvaikutustilanteiden erittelevään tarkasteluun”.

²³⁷ Diesen 1993 s. 387–389, 391 ja 511 s.

²³⁸ Todistusarvometodi ei kuitenkaan sovellu sellaisenaan ns. *rakenteellisen näytön* arviointiin, koska rakenteellinen näyttö (tai yleisemmin aihetodistelu) ei ole välttämättä luonteeltaan kausaalista.

²³⁹ Ks. Lindell 1987 s. 148, Lindell 1998 s. 466 ja Lappalainen 2001a s. 304.

²⁴⁰ Ks. Lappalainen 2001a s. 304 (Eckhoffin SvJT 1988 s. 322 viitaten): ”Onkin sanottu, että todistusharkinnassa on tarpeen arvioida yksittäisten todisteiden merkitystä arvometodin tapaan, mutta että kokonaisnäytön arvioinnin tulee tapahtua teemametodin mukaan.”

²⁴¹ Todistusarvometodia kannattaa selkeästi mm. Jonkka 1992a s. 91. Teoriaa kohtaan esitettävästä kritiikistä ks. mm. Bolding 1989 s. 86–87 ja erityisesti Lindell 1998 s. 474–482.

²⁴² Ks. Lindell 1987 s. 155, 257, 344 ss. ja 357.

neellisen totuuden' tavoittelulla on kuitenkin oleellisesti siviiliprosessia painavampi merkitys. Lindell toteaa itsekin, että todistusarvometodi soveltuu teemametodia paremmin rikosprosessiin, koska arvometodi "relaterar bevisvärde till absolut visshet".²⁴³ Sikäli kun todistusarvo sidotaan prosessissa käytettävissä oleviin todisteisiin (eli hyväksytään realistisesti, ettei käytettävissä välttämättä ole täydellistä todistusaineistoa), voidaankin nähdäkseni ristiriidattomasti sanoa harmaan alueen näyttöarvon olevan nolla ja edetä todistusarvoteorian hahmottaman teoreettisen mallin pohjalta.

Pitäisin kuitenkin selvänä, että yksittäistapauksessa kumpikaan (tai ylipäätensä mikään) todistusteoria ei auta todistusharkintaa suorittavaa tuomaria todisteen tai todistelun konkreettisen näyttöarvon määrittelyssä. Todistusteorioissa on kyse yleisistä normatiivisista ja osin deskriptiivisistä näkemyksistä, joilla todistusharkintaa ajatteluprosessina pyritään hahmottamaan. Kaikenkattavaa todistusteoriaa ei ole kyetty kehittämään, eikä tehtävä luultavasti ole edes mahdollinen.²⁴⁴ Edellä on kannatettu varovaisesti ajatusta, että teorian tasolla todistusarvometodi soveltuisi paremmin rikosprosessiin. Metodi voikin olla käyttökelpoinen lähemmässä todisteiden analyysissä ja sen avulla voidaan teoreettisella tasolla mm. kontrolloida sitä, etteivät tuomioistuimet määritä todisteille annettavaa näyttöarvoa liian intuitiivisen kokonaisarvioinnin perusteella.²⁴⁵ Viime kädessä kummankaan teorian käytännöllistä sovellettavuutta ei voi pitää merkittävänä. Perusongelmana on teorioiden pohjana oleva todennäköisyyskäsite, joka ei ole sellaisenaan yhteensopiva tuomitsemiskynnyksen käytännöllisiin määrittely- tai käyttötapoihin.

Seuraavassa pyritään perustelemaan ns. hypoteesimetodin soveltamisen etuja todistusteoreettisessa ajattelussa. Hypoteesimetodin tavoitteena ei ole tarjota yksityiskohtaista mallia näyttöarvon laskemiseen tai määrittelyyn, vaan se keskittyy sen sijaan konkreettisesti siihen *tapaan, jolla tuomioistuimet voivat pohtia näytön riittävyyteen liittyviä kysymyksiä* sekä näytöstä tehtäviä johtopäätöksiä.²⁴⁶ Hypoteesimetodin etuna on, että sen soveltaminen on täysin yhteensopivaa 'ei järkevää epäilyä' – tuomitsemiskynnyksen määrittelyyn

²⁴³ Lindell 1987 s. 359.

²⁴⁴ Ks. mm. von Eyben 1986 s. 207 ja Diesen 1997 s. 43. On huomattava, että laitton menettely todisteiden hankinnassa ei näyttäisi olevan kummassakaan teoriassa peruste todisteen näyttöarvon laskemiselle; ks. Lundqvist 1998 s. 227. Ensisijaisesti todisteiden (empiirisen) näyttöarvon määrittämiseen keskittyvien todistusteorioiden ei toisaalta välttämättä tarvitsekaan todistamis- ja hyödyntämiskielto kysymyksiin vastata, koska viimeksi mainitut liittyvät sallitun todistelun alaa koskevaan problematiikkaan. Kielto kysymykset ovat joka tapauksessa olennainen osa todistelua. Tässä tutkimuksessa niitä käsitellään erikseen 4. luvussa.

²⁴⁵ Ks. Diesen 1997 s. 26: "Att kontrollera att ingen blir dömd på enbart hjälpfakta (i någon del) är en av bevisprövningens viktigaste uppgifter."

²⁴⁶ Ks. myös Lindell 1998 s. 483–484: "Hans [Diesenin] modell skulle jag snarare vilja karaktärisera som en metod för beslutsfattande än som en metod för värdering av bevis." Diesen 1997 s. 37 ja 39 itsekin luonnehtii hypoteesimetodia hermeneuttiseksi.

nähdén.²⁴⁷ Hypoteesimetodin mukainen näyttökysymysten mieltäminen soveltuu käytännöllisyytensä puolesta hyvin myös tässä tutkimuksessa tavoiteltavaan asianosaisten ja tuomioistuimen eri näkökohtia korostavaan analyysiin. Hypoteesimetodin sovellettavuutta lisää nimittäin se, että siinä on ikään kuin ’sisäänrakennettuna’ toimiva käsitys tuomioistuimen ja asianosaisten rooleista ja työnjaosta rikosprosessissa (ks. jäljessä luvuissa 6 ja 7 esitettävää). Väitettyjen tosiseikkojen todistelua suunnittelevan ja esittävän asianosaisen kannalta on siksi tarkoituksenmukaista jäsentää prosessistrategiaansa asian esille nostattamien ns. vaihtoehtoisten hypoteesien kautta – eli mahdollisimman pitkälti juuri tuomioistuimen hypoteesimallin mukaisten ’tiedonintressien’ näkökulmasta.

3.5 HYPOTEESIMALLI

3.5.1 Yleistä hypoteesimallista

I Rikosprosessissa on usein vastakkain kaksi enemmän tai vähemmän erilaista näkemystä oikeusproessin aikaansaaneista tapahtumista. Nykymuotoisessa akkusatorisessa menettelyssä vastakkain ovat pääsääntöisesti syyttäjän sekä syytetyn (puolustuksen) versiot tapahtuneesta. Useimmiten ristiriita koskee jotain jutulle relevanttia tosiseikastokysymystä. Yhden version, esimerkiksi syyttäjän tapahtumainkuvauksen hyväksyminen tuomioperusteeksi merkitsee samalla mahdollisten kilpailevien tapahtumainkuvauksen torjumista. Syyttäjän ja puolustuksen käsityksiä tapahtumien kulusta voidaan tuomioistuimen näkökulmasta yleisesti nimittää ’hypoteeseiksi’.²⁴⁸ *Hypoteesi* tarkoittaa mahdollista väitettä, jota ei ole vielä verifioitu tai falsifioitu, eli olettamusta, jonka totuusarvoa ei tunneta. *Teesi* tarkoittaa väitettä, joka perustuu jo tehtyihin selvityksiin ja jota pidetään totena. Rikosprosessissa syyttäjän syyte vastaa syyttäjän omasta näkökulmasta lähinnä teesiä, koska asia esitetään syyttäjän haastehakemuksessa esitetyssä muodossa tuomioistuimen harkittavaksi esitutkinnassa suoritettuihin selvityksiin pohjautuen.²⁴⁹ Puolustus sitä vastoin pyrkii osoittamaan, että syyttäjän teesi (tai päähypoteesi) on totuutta vastaamaton ja ristiriidassa puolustuksen faktaväitteiden kanssa, tai ainakin että syyte on vain yksi mahdollinen hypoteesi useista vaihtoehtoista, ja tällä tavoin luomaan järkevän epäilyksen syytettä vastaan. Tuomioistuimen kannalta syytettä tarkastellaan päähypoteesin asemassa ja puolustuksen väitteitä ja todistelua vaihtoehtoisina hypoteeseina.²⁵⁰

²⁴⁷ Ks. *Diesen* 1997 s. 70–71.

²⁴⁸ Näin mm. *Kindhäuser* 1988 s. 290 s.

²⁴⁹ Ks. *Bolding* 1989 s. 75.

²⁵⁰ Ks. myös *Ebervall* 2002 s. 207: ”Försvarens svar på gärningsbeskrivningen blir då hennes version av händelseförloppet; hennes *hypotes*.” ja edelleen: ”Hypotesen är klientens version av vad som hänt...”

Syytteen arviointi päähypoteesina ei ole syyttömyysolettaman vastaista, koska tuomioistuinta – kuten syyttäjää ja poliisiakin – velvoittaa objektiivisuusperiaate. Esitutinnan lähtökohtana ei luonnollisesti voi olla näkemys, jonka mukaan rikosta *ei* ole tapahtunut. Vastaavasti jutun tullessa tuomioistuimessa vireille ei voida puhua ”puhtaalta pöydältä” liikkeelle lähtemisestä, koska rikosprosessuaalisissa mekanismeissa esitutkinta- ja syyteharkintavaiheen läpäissemässä jutuissa täytyy olla lähtökohtaiset perusteet pitää rikosta ainakin todennäköisenä.²⁵¹ Tilastojen mukaan huomattava valtaosa kaikista syytteistä johtaakin langettavaan tuomioon.²⁵² Näistä syistä tuomioistuimen *lähtökohtana* ei voi olla syytetyn syyllisyyttä tukevien todisteiden olemassaolon tai merkityksen kyseenalaistaminen. Kun syyte katsotaan aiheelliseksi nostaa, on syyte hyväksyttävä käsittelyn päähypoteesiksi ja lähtökohdaksi. Tuomioistuimen tehtävänä on tämän jälkeen kriittisesti arvioida, ovatko syyttäjän todisteet riittävän painavia ja kattavia siten, että syytetyn syyllisyys tulee toteen näytetyksi järkevän/varteenotettavan epäilyksen pois sulkien.²⁵³

Diesenin HD:n ratkaisukäytännöstä abstrahoimaan tuomitsemiskynnykseen (”utan rimlig tvivel”)²⁵⁴ perustuvasta *hypoteesimetodista* voidaan erottaa kaksi keskeistä piirrettä. Teorian tai metodin taustalta voidaan yhtäältä erottaa tuomioistuimen ’roolia’ koskeva ajatus siitä, että tuomioistuin ei ole todistusharkinnassaan kaikin osin sidottu asianosaisten esittämiin väitteisiin (säännöstasolla tätä ilmentää OK 17:2.1:n vapaa todistusharkinta). Ehkä keskeisempää metodissa on kuitenkin sen tarjoama ajatuksellinen malli näyttökysymysten ryhmittelyyn ja analysointiin.

Tuomioistuimen rooliin liittyen hypoteesimethodi pyrkii lähemmin selvittämään, miten tuomioistuin voi ’antaa ajatuksensa lentää’ todistusharkinnassa syytetylle edullisella tavalla.²⁵⁵ Oleellista menetelmässä on, että rikosasian asianosaisten todistelun kautta esittämiä argumentteja ei yksinomaan vain punnita vastakkain, vaan tuomioistuin arvioi syyttäjän esittämää tapahtumainkuvausta asian laadun edellyttämän selvitystason mukaisin määrin syytetyn esittämästä vastatodistelusta riippumatta. Tuomari ts. pohtii *viran puolesta syyteelle vaihtoehtoisia ja puolustukselle edullisia hypoteeseja* kulloisenkin jutun ominaispiirteiden edellyttämässä laajuudessa.²⁵⁶ Mallissa tuomari näh-

²⁵¹ Ks. *Ervo* 1996 s. 157–159, jossa kirjoittaja katsoo mainitusta syystä olevan realistisempaa korvata syyttömyysolettaman käsite objektiivisuusperiaatteella: esitutkintaa tai pakkokeinoja ei kohdisteta henkilöihin, joiden katsotaan olevan ’syyttömiä’. Ks. myös *Lehtimaja* 1978a s. 437 s.

²⁵² Ks. *Lappi-Seppälä* 2000 s. 13–14; vuonna 1999 syyte hylättiin vain n. 4 %:ssa tapauksista.

²⁵³ *Diesen* 1993 s. 600 ja *Diesen* 2000 s. 304.

²⁵⁴ Ks. NJA 1980, 725, NJA 1982, 164 ja NJA 1990, 555.

²⁵⁵ Teoria on pääosin deskriptiivinen, mutta se sisältää myös normatiivisia elementtejä. Hypoteesimalli korostaa tutkintaperiaatteen merkitystä syytetylle edulliseen suuntaan – ja muilta osin käsitteilyperiaatetta – ja voi siten auttaa hahmottamaan uutta tuomarin roolia suullisen todistelun vastaanottamisessa. Ks. edellä jaksossa 2.3.3.2 (s. 55–56) käsitteilyperiaatteen hallitsevuudesta esitettyä.

²⁵⁶ Hypoteesimethodi on saanut oikeuskirjallisuudessa yhä enemmän kannatusta. Hypoteesimethodia kannattaa ainakin *Frände* 1999 s. 27 ja 150 s. ja *Vanamo* 2001 s. 422 s. Myös *Ekelöf – Boman* 1994 s. 66–67 puhuu sen puolesta, että tuomioistuin jatkuvasti ex officio tarkkailee syytettä vastustavia seikkoja.

dään tavallaan syyttäjän vastustajana tai ainakin korostetun aktiivisesti syytteen hyväksymistä arvioivana tahona.²⁵⁷ Käsityksen mukaan vapauttava tuomio voidaan perustaa myös sellaiseen seikkaan, johon puolustus ei itse ole vedonnut. Tuomioistuimen mahdollisesti 'itse keksimiä' vaihtoehtoisia hypoteeseja voidaan hieman yleistäen luonnehtia sellaiseksi (yleensä epäsuoraksi mutta mahdollisesti myös suoraksi) *vastatodisteluksi syyttäjän näyttöä vastaan*, jota puolustus ei itse – syystä tai toisesta – ole tuonut esiin. Vaihtoehtoiset hypoteesit eivät itsessään laajenna prosessin kohdetta, koska seikat eivät saa olla syytettä tukevia.

Koska hypoteesimetodin kantavana ajatuksena on syytteen arviointi myös sellaisten mahdollisten vaihtoehtojen valossa, joita koskevia väitteitä tai todistelua asianosaiset eivät lähemmin oikeudenkäynnissä esitä – kyse on näyttöaineiston kattavammasta tarkastelusta –, edellyttää hypoteesimetodin mukainen ajattelu edellä käsiteltyjen selvittämistaakan ja -kynnyksen käsitteiden omaksumista (edellä jakso 3.2.1–3.2.3).

Toisaalta hypoteesimetodiin sisältyvällä vaihtoehtoisten hypoteesien konstruoinnilla on yhtymäkohtia myös syyttäjän väittämistaakkaan ja sitä sivuavaan tuomioistuimen materiaaliseen prosessinjohtoon: tuomioistuin saattaa havaita vaihtoehtoinen hypoteesin jo pääkäsittelyn kuluessa todisteiden esittämisvaiheessa. Kun toisaalta vaihtoehtoinen hypoteesi ei saa olla syytetylle haitallinen, johtuu tästä rajanvetovaikeuksia siinä, milloin tuomioistuimen aktiivinen tosiseikkojen pohtiminen ja esille nostaminen todistelu- vaiheessa tarkoittaisi (kiellettyä) syyttäjän vetoamistaakassa – ja siten prosessin kohteen laajentamisessa – auttamista. Tätä kysymystä käsitellään lähemmin jaksossa 3.5.2 (IV).

Hypoteesimetodin (tai teorian) keskeisin sisältö liittyy kuitenkin *todistusharkintaan*. Metodi pyrkii tarjoamaan *käytännöllisen ajattelu- tai menettelymallin näyttökysymysten lähemmäksi analysoimiseksi*. Kyse on pitkälti näyttöaineiston ryhmittelystä, analysoinnista ja ”pilkkomisesta” a) suhteessa jutun oikeudelliseen rekvisiittaan (rikostunnusmerkistöön) ja b) suhteessa tavoitteeseen havainnollistaa eri todistustositseikkojen keskinäisiä suhteita ja sisäisiä ’todistelumekanismeja’. Asiaa havainnollistetaan jaksossa 3.5.2 (II).

II Vaihtoehtoisten hypoteesien (faktapremissivaihtoehtojen) arviointi ex officio luonnollisesti monipuolistaa päätösharkintaa ja on siten omiaan edistämään aineellisen totuuden selville saamista. Yleisesti ottaen useampien vaihtoehtojen harkinta lisää aina lopputuloksen varmuutta. Rikosprosessissa oikeusturvasyyt

²⁵⁷ Ks. *Ervo* 1998 s. 51 ja *Jokela* 2002 s. 371 (yleisesti tuomioistuimen roolista, puhumatta nimenomaan hypoteesimallista): ”Viime kädessä tuomioistuimella on vastuu siitä, että kaikki syytetyn syyttömyyden puolesta puhuvat todisteet tulevat esitetyiksi.” Ks. myös *Lindell* 1987 s. 219–220, joka pitää järkevänä, että tuomari jatkuvasti harkitsee eri kokemussääntöjen soveltuvuutta tapaukseen.

kuitenkin vaativat, että tuomioistuini ei tällaisilla pohdinnoillaan täydennä oikeudenkäyntiaineistoa syytetyille vastaisesti, tai oikeastaan ylipäättäänkään täydennä aineistoa. Menetelmällisesti *kyse ei ole uuden näytön hankkimisesta viran puolesta*, vaan pikemminkin siitä, että näyttöä ryhmittelemällä aktiivisesti kartoitetaan ja tunnistetaan mahdolliset puutteet ja epävarmuustekijät syyttäjän näytössä (esim. tapahtumat eri tavalla selittävät kokemussäännöt), ja tarpeen vaatiessa – eli kun jostain seikasta jää järkevä epäily – sovelletaan in dubio pro reo – periaatetta tai hylätään syyte selvittämisen- tai näyttökynnyksen ylittymättä jäämisen johdosta.²⁵⁸

Vaihtoehtoisten hypoteesien konstruoinnin tarkoituksena on ankkuroida tapauksessa 'esiintyvät' tosiseikat yksi kerrallaan, pala palalta, toisen kokemussäännön tai selitysmallin alaisuuteen ja siten kontrolloida sitä, voidaanko luoda epäily syyttäjän teesin paikkansapitävyydestä. Vartenotettavana pidettävän vaihtoehtoisen hypoteesin lanseeraama selitysmalli voi korvata tai poistaa tietyn momentin (osateeman) syyttäjän vetoamasta ja esittämästä rikoksen tunnusmerkistöstä.²⁵⁹ Epävarteenotettavana hylätty vaihtoehtoinen hypoteesi sen sijaan sallii todistusharkinnassa 'jakamattoman huomion' kiinnittämisen itse syyttäjän päätodistelun riittävyteen.

Hypoteesimetodi soveltuu rakenteensa ja käsitteistönsä puolesta sellaisenaan käytäntöön ja ns. maalaisjärjen perusteella suoritettavaan todistusharkintaan. Käytännössä vähänkin komplisoidummissa rikos- (ja riita)jutuissa esitettävä näyttö ei voi olla niin kattavaa, että tuomioistuin täysin välttyisi jälkikäteislähtä hypoteesien konstruoinneilta ja pohdinnoilta.²⁶⁰ Hypoteesimetodi saa myös välillistä tukea Yhdysvalloissa suoritetusta jurytutkimuksesta, jossa tiettyjen kysymysten noustessa oikeudenkäynnissä esiin, havaittiin jurylle syntyvän odotuksia tietynä näytöstä. Tällaisen näytön puuttumaan jääminen aiheuttaa tutkimuksen mukaan spekulointia puuttumisen syistä, mikä voi johtaa negatiivisiin päätelmiin todistusharkinnassa.²⁶¹ Harkinnan monipuolisuus on myös omiaan lisäämään lopputuloksen varmuutta (oikeellisuutta): Syytetty voi syystä tai toisesta syyttömyydestään huolimatta pitää parempana olla muuttamatta esitutkinnassa antamaansa joltain osin virheel-

²⁵⁸ Periaatteessa *kyse voi olla myös uusien syytetyille edullisten todistusaseikkojen esille ottamisesta*, jos tällaisia seikkoja 'löytyy' (esitutkinta- tai oikeudenkäyntiaineistosta) eikä syyttäjällä toimi objektiivisuusperiaatteen mukaisesti. Tällaista syytettä tukevaa materiaalista prosessinjohtoa ei toisaalta ole välttämätöntä "otsikoida" juuri hypoteesimetodin mukaiseksi toiminnaksi. "Ominta" hypoteesimetodissa on nimenomaan siihen kuuluva näyttökysymysten ryhmittely- ja hahmottelumalli.

²⁵⁹ Diesen 1993 s. 605 s., 610 ja 617 ja Frände 1999 s. 342. Toisaalta myös siinä tapauksessa, että tuomioistuin on harkinnut jotain vaihtoehtoista hypoteesia mutta päätyy lopulta hylkäämään sen (ja tuomitsee syytteen mukaisesti), edesauttaa vaihtoehtoisen hypoteesin torjumisen perusteiden avoin ilmoittaminen tuomioistuimissa menettelyn avoimuutta ja käsittelyn oikeudenmukaisuudesta välittävää kuvaa. Ks. Heinonen 1980 s. 335.

²⁶⁰ Ks. Bolding 1989 s. 66–67.

²⁶¹ Ks. Choo 1996 s. 122 mainitusta Saltzburgin tutkimuksesta.

listä kertomusta, jolloin viran puolesta tapahtuva vaihtoehtojen harkinta on erityisen paikallaan aineellisen totuuden näkökulmasta. Myös todistajanpsykologinen lähestymistapa nivoutuu varsin ongelmatomasti hypoteesimetodiin, koska molempien metodiin kuuluu hypoteesien (vaihtoehtojen) testaaminen ja poissulkeminen.²⁶² Lisäksi hypoteesimetodi soveltuu sellaisenaan koko rikosprosessiin esitutkinnasta tuomioistuimen päätösharkintaan. Periaatteessa poliisi voi siten soveltaa samaa metodiikkaa kuin tuomioistuin.²⁶³ Myös rikosprosessin asianosaiset voivat soveltaa hypoteesimetodia prosessistrategiansa ja todistelunsa suunnittelussa. Kuten mainittu, hypoteesimetodin etuna on myös, että se soveltuu sellaisenaan tuomitsemiskynnyksen (ei järkevää/varteenotettavaa epäilyä) määrittelyyn. Metodin soveltaminen voi myös helpottaa tuomioistuimessa jutun käsittelyn suunnittelua, todistelun relevanttiuden arviointia sekä tuomioperusteiden laadintaa.

3.5.2 Lähemmin hypoteesimallin soveltamisesta

I Puolustus voi vapaasti valita, vastatako syytteeseen lainkaan ja jos kyllä, millä tavalla. Mahdollista on, että syytetty rajoittuu yksinomaan esittämään epäsuoraa vastatodistelua syyttäjän päätodistelua vastaan siten, että puolustus ei pyri 'positiivisesti' esittämään mitään puolustushypoteesia tukevaa todistelua. Syytetyllä ei välttämättä täydykään olla nimenomaista puolustushypoteesia, vaan hän voi vain 'jättäytyä' in dubio pro reo -ratkaisuperiaatteen varaan ja luottaa tai toivoa siihen, että syyttäjän päätodistelu ei ole 'itsensä kantavaa' tai että sitä onnistutaan riittävästi horjuttamaan.²⁶⁴ Usein puolustus kuitenkin pyrkii myös esittämään suoranaista vastatodistelua eli tiettyä puolustushypoteesia tukevaa todistelua. Tällaisissa tilanteissa tietyt tekijät rajoittavat puolustuksen liikkumatilaa vaihtoehtoisten hypoteesien esittämisen suhteen. Syytetyn puolustus voi vaihtoehtoisesti joko kiistää tekoon osallisuuden (esim. alibitodistelulla) tai kiistää itse rikollisen teon tapahtumisen. Ensiksi mainittu vaihtoehto rajoittaa vaihtoehtoisten hypoteesien esittämistä puolustuksen toimesta, sillä itse teon suhteen ei vaihtoehtoja juuri voi esittää, jos pääväitteen mukaan syytetty ei edes ollut tekopaikalla.²⁶⁵ Syytetyn oikeudenkäyntiavustajan on

²⁶² Esim. Arne Trankellin kertomuksen rakennanalyysissä ja Udo Undeutschin Statement Reality Analysis (SRA) -metodissa todistajan kertomuksen luotettavuutta muun ohella arvioidaan suhteuttamalla käytettävissä olevat faktat kuviteltavissa oleviin vaihtoehtoihin hypoteeseihin tapahtumalle. Tässä suhteessa myös todistajanpsykologiset analyysit huomioivat selvityksen laajuuden (joskin luotettavuutta arvioitaessa on mahdollista spekuloida vapaasti myös sellaisilla hypoteeseilla, joita ei ole huomioitu selvityksissä). Ks. myös *Diesen* 2000 passim.

²⁶³ *Diesen* 1993 s. 606. Hypoteesimetodiin sisältyvä näyttökysymysten ryhmittelytapa soveltuu toki myös siviiliprosessiin.

²⁶⁴ Näytöllisiä epäselvyystilanteita koskeva in dubio pro reo -periaate soveltuu käsitteellisesti 'saumattomasti' hypoteesimetodiin – viime kädessä molemmissa on kyse käsillä olevan epäilyksen poissuljennasta tai jäljelle jäävästä epäilyksestä koituvista oikeusseuraamuksista.

²⁶⁵ Lähemmin puolustuslähtökohdan valinnasta ks. jaksossa 7.6.1 (s. 516 av. 235) esitettävää.

yleensä luotettava päämiehensä ilmoittamiin tietoihin ja kiistämisperusteisiin, mikä rajoittaa puolustajan toimintavapautta. Oikeudenkäyntiavustaja voinee kuitenkin esittää omatoimisesti muitakin vaihtoehtoisia hypoteeseja kuin syytetyn ilmoittaman, kunhan vaihtoehdot eivät ole ristiriidassa syytetyn version kanssa.²⁶⁶

Virallinen syyttäjä on kaikista prosessiin osallisista vähiten rajoitettu vaihtoehtoisten hypoteesien etsimisessä, koska syyttäjä voi objektiivisuusvelvollisuutensa mukaisesti ottaa huomioon kaikki asiaan vaikuttavat tekijät riippumatta siitä, koituuko seikka syytteelle edulliseksi vai haitalliseksi.²⁶⁷ Myös tuomioistuimella on runsaasti liikkumatilaa erilaisten hypoteesien arvioinnissa – olenainen ero syyttäjään verrattuna on kuitenkin siinä, että tuomioistuin voi viranpuolesta etsiä ja arvioida ainoastaan syytetä vastaan puhuvia vaihtoehtoisia hypoteeseja. Pääkäsittelyssä tuomioistuin voi 'johtua ajattelemaan' vaihtoehtoisia hypoteeseja joko a) todistelun vastaanottamisen aikana tai b) vastatodistusharkintavaiheessa.²⁶⁸ Silloin kun tuomioistuin havaitsee epäilyksen luovan tapahtumainkulku- tai faktatulkintamahdollisuuden vasta todistelun päätyttyä todistusharkintavaiheessa, ei po. seikasta luonnollisestikaan voi asianosaisille todistelun aikana ilmoittaa. Menettelyyn tuomioistuimella on joka tapauksessa oikeus vapaan todistusharkintasäännön (OK 17:1.2) perusteella.

Tilanne, jossa vaihtoehtoinen hypoteesi tulee tuomioistuimen jäsenten mieleen jo todistelun vastaanottamisen aikana (edellä a)) kytkee hypoteesimetodin vahvasti myös prosessinjohtokysymyksiin. Voidaan kysyä, missä määrin tuomioistuimen tulisi 'informatiivisen' prosessinjohton toimenpitein tehdä jo oikeudenkäynnin aikana selväksi ajatustensa suunta, jolloin asianosaiset voivat tahollaan varautua seikkaan ja esittää omat näkemyksensä asiasta. Lienee niin, että ehdotonta velvollisuutta tällaiseen prosessinjohtoon tuomioistuimella ei voi olla. Pääsääntöisesti tuomioistuimella on kuitenkin *oikeus* tällaiseen menettelyyn. Kuvatulainen 'informatiivinen' prosessinjohto on suhteellisen ongelmallista tuomioistuimen puolueettomuusvaatimuksen näkökulmasta silloin, kun po. vaihtoehtoinen hypoteesi on selvästi ja varsin yksiselitteisesti syytetylle edullinen. Prosessinjohtossa ja kyselyoikeuden käytössä tulee kuitenkin menettellä huomattavasti pidättyväisemmin ja varovaisemmin silloin, jos kyseessä on vähemmän yksiselitteinen seikka tai kokemussääntö, tai muuten syyttäjää 'puolueellisesti' avustava seikka tai kysymys. Vaihtoehtoisen hypoteesin esille ottamisesta tulisi yleisemminkin pidättäytyä hypoteesin koskiessa seikkaa, jonka esille ottaminen voisi de facto koitua syytetylle vastaiseksi syyttäjän "tarttuessa" siihen omalta, syytetä tukevalta näkökulmaltaan. Tällaista puolueetto-

²⁶⁶ Diesen 1993 s. 601 s.

²⁶⁷ Sama koskee esitutkintaviranomaisia.

²⁶⁸ Tuomioistuin voi 'johtua ajattelemaan' vaihtoehtoisia hypoteeseja myös ennen pääkäsittelyä – edellyttäen, että tuomioistuimen puheenjohtaja tutustuu asian esitutkintamateriaaliin.

muusvaatimusten kannalta epäilyttävää menettelyä voisi olla esim. se, että tuomioistuin pohtii jonkin epäselvän aputositseikan tai kokemussäännön soveltumista tapaukseen. Kyse on tällöin sellaisesta näytön luotettavuuden arviointiin vaikuttavasta seikasta, jollaisten selvittäminen ei yleisestikään ottaen kuulu tuomioistuimen tehtäviin.²⁶⁹

II Näiden yleisten kysymysten jälkeen voidaan siirtyä lähemmin hypoteesimetodin käytännölliseen soveltamiseen. On ensinnäkin huomattava, että hypoteesimetodin soveltamistarve voi jossain määrin vaihdella jutun laadun mukaan – syyttäjän selvittämistaakasta johtuu, että vaihtoehtoisia hypoteeseja ei yleensä tarvitse pohtia yhtä aktiivisesti ja tarkasti myönnetyissä, lievyissä ja yksinkertaisissa rikosasioissa kuin kiistetyissä, vakavissa ja monimutkaisissa jutuissa. Lisäksi silloin kun syyttäjän päänäyttö ei selväksikään ylitä tuomitsemiskynystä tai kun kyseessä ei ole rikos, tuomioistuin voi hylätä syytteen suoraan ilman vaihtoehtoisten hypoteesien pohdintaa. Muulloinkaan vaihtoehtoisten hypoteesien konstruointi ei ole aina pakollista.

Silloin kun hypoteesimetodia kuitenkin sovelletaan aktiivisesti, on sen mukaisena menettelyllisenä pääsääntönä, että yksittäisten todisteiden alustavan näyttöarvon arvioinnin ”jälkeen” (pikemminkin ehkä lisäksi) tuomioistuin alkaa pohtia sitä, onko syyte ainoa mahdollinen tapahtumainkulku.²⁷⁰ Tämän prosessin aloittaminen *jakamalla syytteen mukainen päähypoteesi erillisiin osateemoihin* on tarkoituksenmukainen menettelytapa. Osateemoina kyseeseen tulevat mm. kysymykset tekijän identiteetistä, rikoksen ajankohdasta ja paikasta, rikoksen lähemmästä suorittamistavasta (toiminta, seuraukset, vaara, laiminlyönti), rikoksen subjektiivisista edellytyksistä, teon törkeysarvostelusta ja vaihtoehtoisista kanneperusteista. Muutkin osateemat voivat olla mahdollisia joustavasti tilanteen mukaan. Näin menettelemällä on helppo kontrolloida sitä, *onko syyttäjä esittänyt näyttöä jokaisesta tunnusmerkistökriteeristä* ja muista syyttäjän todistustaakkaan kuuluvista seikoista (kuten anteeksianto- ja oikeuttamisperusteiden poissulkemisesta²⁷¹). Menettely helpottaa myös sen arviointia, *mikä todiste liittyy kuhunkin teemaan, ja kuinka vahvaa ja kattavaa kutakin ’momenttia’ koskeva todistelu on*. Erityisesti rikoksen suorittamistavan lähempi analysointi erillisenä temana on tärkeää, koska näin voidaan tehokkaasti varmistua siitä, että syyttäjä on todella onnistunut ylittämään tuomitsemiskynnyksen jokaisen tunnusmerkistöelementin kohdalla.²⁷²

²⁶⁹ Ks. tästä näkökulmasta lähemmin jaksossa 6.2.2.

²⁷⁰ Ks. *Frände* 1999 s. 341. Hypoteesimetodista tiivistetyn kuvauksen on esittänyt *Jääskeläinen* 1997 s. 247–249.

²⁷¹ Todistustaakasta oikeuttamisperusteesta – myös adheesiotilanteesta – ks. *Lappalainen* 1986a s. 489–490.

²⁷² Ks. *Diesen* 1997 s. 45 ja 47 ss. Vastaavasti ’legal elements’ -ryhmittelystä myös *Moore ym.* 1996 s. 10.

Todistusharkinnassa tulisi lisäksi suorittaa vastaavanlainen *erottelu pää- ja vastatodisteluun*, ts. syyttäjän syytettä ja puolustuksen väitteitä tukevaan aineistoon (ks. terminologiasta edellä jaksossa 3.1.2). Mahdollisuuksien mukaan todiste voidaan kategorisoida niinkin tarkasti, että *erotetaan ns. varsinaista ja epävarsinaista vastatodistelua tarkoittavat todisteet* toisistaan, koska varsinaisen vastatodistelu voi tuoda todistusharkintaan itsenäisiä päähypoteesia vastustavia teemoja. Todiste voi myös todistaa useamman päähypoteesin osateeman puolesta tai jopa koko teeman puolesta. Toisaalta mahdollista on myös, että asianosaisen vetoaman todisteen 'todistamissuunta' onkin poikennut aiotusta siten, että todiste on luettavissa vastapuolen hypoteesia tukevaksi. Todistusharkinnan tässä vaiheessa tuomioistuin voi päätyä siihenkin, ettei jollain todisteella nähdä lainkaan relevanssia asian ratkaisussa (jolloin todistustositseikkaa ei voida 'kytkeä' mihinkään oikeustositseikkaan).²⁷³ Pää- ja vastatodistelun erottaminen jo todistusharkinnan 'heuristisen rakenteen määrittelyn tasolla' edesauttaa kunkin asianosaisen hypoteesia tukevan todistelun näyttöarvon määrittämistä. Erottelu on myös omiaan parantamaan todistusharkinnan varmuutta, kun tiettyjä puolustukselle edullisia tapahtumainkulkuversiona arvioidaan *itsenäisinä vastahypoteeseina* – ts. erillisinä ja rinnakkaisina teemoina – syyttäjän syytteesen nähden.²⁷⁴ Todistelun tällainen erottelu voi ehkäistä 'liian nopeasti' tehtäviä johtopäätöksiä todistusharkinnassa.

Vasta hypoteesimetodin kolmannessa vaiheessa siirrytään oikeudenkäyntiaineiston 'rakenteellisesta kategorisoinnista' tekijöihin, jotka vaikuttavat *todisteiden näyttöarvon määrittelyyn*. Tässä tarkoituksessa aputositseikat ja aihe-todistelua tarkoittavat seikat on erotettava suorista todistustositseikoista – edellä pää- ja vastatodistelun jaottelussa on nimittäin lähinnä tarkoitettu huomioitavan vain sellaiset suorat todisteet, jotka voidaan sellaisenaan "kytkeä" tiettyyn tunnusmerkistöosaan (osateemaan).²⁷⁵ *'Liittämällä' relevantit aputositseikat pää- ja vastatodistelua tukeviin suoriin todistustositseikkoihin saadaan lähempi käsitys eri suuntaan puhuvan näytön näyttöarvoista*. Erityistä tarkkuutta on kiinnitettävä siihen, ettei pelkän aputositseikan asemassa olevalle seikalle anneta itsenäisen todistustositseikan statusta.

²⁷³ Ks. *Diesen* 1997 s. 52 ss.

²⁷⁴ Ks. *Diesen* 1997 s. 54: "I motsats till åklagarens påståede att den tilltalade är gärningsman uppställs därvid det alternativa temat "annan gärningsman" och det stöd som kan uppåppas för detta alternativ försvagar inte bara huvudbevisningen i gärningsmannafrågan utan utgör även en alternativ hypotes som ska falsifieras för att det åtalade brottet ska kunna ställas utom rimlig tvivel."

²⁷⁵ Varsinaisessa näyttöarvon määrittelyssä keskeistä on, että – samoin kuin todistusarvometodissa – kutakin todistuskeinoa on periaatteessa ensin arvioitava erikseen toisista todisteista riippumatta. Eri suuntiin puhuvien todisteiden keskinäisen vertailun ja lopullisen todistusharkinnan tulisi tapahtua vasta tämän jälkeen. Todisteiden erittelevä tarkastelu on tarpeen mm. siksi, että näin voidaan analyttisemmin erottaa näyttöarvoon vaikuttavat aputositseikat.

Jos aputosiseikka on sinänsä relevantti mutta luonteeltaan sellainen, että se ei suoraan liity mihinkään todistustosisekkaan – eli kun kyse on rakenteellisessa näytönarvioinnissa käytettävistä aputosiseikoista tai aihetodisteista – voidaan tällaisista kokoavan selitysmallin mahdollistavista seikoista konstruoida yhtenäinen 'struktuurallinen väite' (esim. motiivia tai rikoksen valmistelua tarkoittava 'optimaalinen' kokemussääntö). Nimenomaan yhtenäisenä selitysmallina käsiteltävä rakenteellisen näytön 'indisio' tai aihetodiste voidaan todistusharkinnassa rinnastaa 'suoraan' todistustosisekkaan,²⁷⁶ koska tällainen kokoava selitysmalli (kuten motiivi) voidaan todistelun ryhmittelyssä sellaisenaan kytkeä johonkin tiettyyn oikeustosisekkaan tai osateemaan.²⁷⁷

Seuraava Diesenin käyttämä esimerkki havainnollistaa hypoteesimetodiin kuuluvan näyttökysymysten jäsentelytavan käytännöllisyyttä.²⁷⁸ Käytännössä syytteen pilkkominen osateemoihin, pää- ja vastatodistelun erottelu, suorien ja epäsuorien todistustosisekkojen 'kytkeminen' relevantteihin osateemoihin, aputosiseikkojen edelleen liittäminen todistustosisekkoihin sekä aihetodisteista kokoavien selitysmallien muodostaminen ja kytkeminen tiettyyn osateemaan voidaan suorittaa esim. seuraaventyyppisen kaaviomuotoisen hahmotelman avulla. 'Kaavion' käytön voi katsoa helpottavan paitsi todistelun suunnittelemista, myös todistelun seuraamista pääkäsittelyn aikana (sekä tuomion kirjoittamista).

Esimerkkitilanteessa X:ää syytetään törkeästä tuhotyöstä (RL 34:3). X kiistää rikoksen ja vetoaa alibiin. Syyttäjän vetoama syytteen teonkuvaus on seuraava: ”X on 23.8.1997 n. kello 23.00 Matti Meikäläisen asunnossa Yrjönkatu 1 A 2:ssa Helsingissä sytyttänyt tulen, mistä on aiheutunut Meikäläisen ja tämän naapureiden henkeen ja terveyteen kohdistunut vaara. Teolla on aiheutettu vakavaa vaaraa usealle ihmiselle, ja tekoa on pidettävä kokonaisuudessaan arvosteltuna törkeänä.”

Esimerkissä on teknistä näyttöä siitä, että palo on tahallaan sytytetty, ja että palolla on ollut (suuri) leviämiskahva. Tekijän identiteetti on sitä vastoin kiistanalainen, koska X vetoaa alibiin. Alibiväitteen johdosta myös tekoaiha voidaan erottaa erilliseksi osateemakseen. Syyttäjä vetoaa X:n syyllisyyttä osoittavana näyttönä mm. todistaja A:n ja asianomistaja Meikäläisen lausuntoihin siitä, että X on aikaisemmin uhkaillut Meikäläistä. X:n hallusta on myös löytynyt bensiinikanisteri, jossa on jäämiä samasta bensiinilaadusta, jota löytyi palopaikalta. X:n syyttömyyden puolesta puhuu X:n ja tämän avopuolison kertomus siitä, että X oli palon aikaan kotona.

Esimerkissä syyttäjän teonkuvaus on pilkottu osateemoihin, ja kuhunkin osateemaan on 'kytketty' niitä tukevia tai vastaanpuhuvia todistustosisekkoja. Osa todisteista todistaa vain yhdestä osateemasta, osa useammasta. Todistustosisekkoihin on edelleen saatettu kytkeä aputosiseikkoja, jotka vaikuttavat todistustosisaikan luotettavuuteen tai näyttöarvoon. Kaaviossa osa teki-

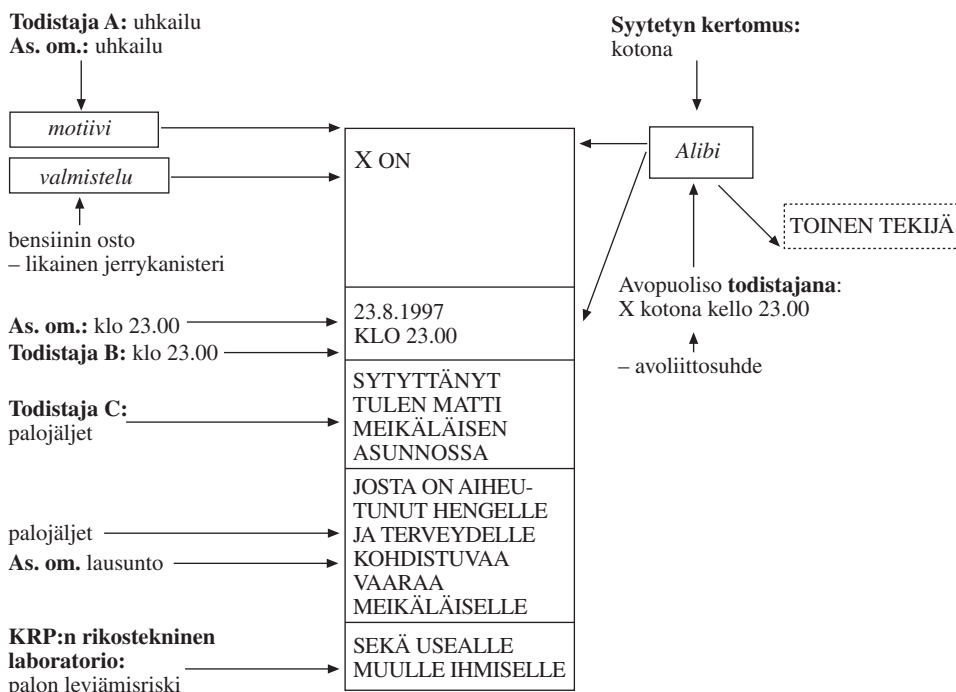
²⁷⁶ Diesen 1997 s. 55: ”strukturella bevis ska uppställas som om de vore bevisfakta.”

²⁷⁷ Ks. Diesen 1997 s. 54–58.

²⁷⁸ Diesen 1997 s. 56–58. Diesenin esimerkkiä olen hieman muokannut, mutta pääosin esimerkki on sama.

jän identiteettiä koskevasta syyttäjän todistelusta on hahmoteltu rikoksen *motiivia* tarkoittavana rakenteellisena näyttönä. Motiivi konstruoidaan aihe-todisteista (A:n ja asianomistajan lausunnot uhkailusta), ts. motiivi on aihe-todisteista tehty johtopäätös, josta voidaan edelleen tehdä päätelmiä tekijän identiteetistä. Muusta aihetodistelusta (bensiniin osto) voidaan edelleen konstruoida rikoksen *valmistelua* tarkoittava 'kokoava selitysmalli'. Tällai-nen johtopäätös voidaan edelleen liittää rikoksen tekijää koskevaa teon-kuvauksen osateemaa tukemaan.

Vaihtoehtoisena hypoteesina esimerkkitapauksessa on X:n vetoamasta ali-bista johdettu *toinen tekijä* -argumentti. Tätä väitettä tukee X:n oma ja tämän avopuolison lausunto (avopuolison lausunnon luotettavuuteen vaikuttavana aputosiseikkana voidaan huomioida esim. tämän läheinen suhde syytettyyn). Alibi-väitettä tarkastellaan nimenomaan eliminaatiotodisteluna siitä näkö-kulmasta, pystyykö se luomaan 'järkevän epäilyn' syytettä kohtaan.



III Todistusharkintaa koskevana teoriana malli pyrkii vastaamaan myös *näytön riittävyyttä* (tuomitsemiskynnystä) koskevaan problematiikkaan. Hypoteesimetodissa kyse ei ole tiettyjen todennäköisyysarvojen määrittämisestä esim. sille, missä määrin teema on aiheuttanut todisteen, tai sen määrittelemisestä, onko teema katsottava tiettyjen todisteiden valossa toteen näytetyksi. Sen sijaan arvioidaan sitä, *missä määrin todistusharkinnassa relevanteiksi erotellut teemat ja osateemat 'kestävät' sen rationaalisen kyseenalaistamisen, joka on oikeudenkäynnissä esille tulleiden seikkojen ja rikostunnusmerkistön yksityiskohtaisten vaatimusten valossa perusteltua*. Teoreettisesti ilmaisten hypoteesimetodin mukaan näytön riittävyteen kohdistuva todistusharkinta aloitetaan arvioimalla todistelun kattavuutta ensin *selvittämiskynnykseen* nähden ja sen jälkeen suhteessa *näyttökynnykseen*.²⁷⁹ Syyttäjän tapahtumainkuvausta arvioidaan siis ensin kvantitatiivisesti (selvittämiskynnys) ja sitten kvalitatiivisesti (näyttökynnys).²⁸⁰ Käytännössä todistelun laajuuden ja laadun arviointi kuitenkin tapahtunee kokonaisvaltaisesti jatkuvassa vuorovaikutuksessa.²⁸¹

Koska hypoteesimetodi painottaa analyttistä todistusharkinnan 'ajattelu-rakenteen heuristiikkaa',²⁸² on selvää, että menetelmä voi edesauttaa lievemästä rikoksesta tuomitsemista in dubio pro reo -säännön perusteella. Tällöin kyse voi olla tosin 'ainoastaan' siitä, että todistusharkinnassa *päädytään* menetelmän mahdollistaman seikkaperäisen todistusaineiston analysoinnin johdosta katsomaan vain syytettä lievämpi teko toteen näytetyksi. Jos esim. relevanteiksi katsotut ja oikeudenkäyntiaineiston mahdollistamat vaihtoehdotiset hypoteesit synnyttävät epäilyksen syytettä kohtaan, tulee tuomioperusteet in dubio pro reo -periaatteen johdosta rajoittaa vain sellaiseen lievempään (osa)tekoon, joka on tullut näytetyksi kiistatta toteen (ja jota koskeviin oikeustosisekkoihin syyttäjä on vedonnut). Todistusharkinnan lopputuloksista kyse on vastaavalla tavalla myös silloin, kun tuomioistuiimen mielestä

²⁷⁹ *Diesen* 1993 s. 268. Myös *Lindell* 1987 s. 358 s. korostaa sekä näyttökynnyksen korkeuden että tutkinnan kattavuuden tärkeyttä rikosprosessissa.

²⁸⁰ *Ks. Diesen* 1997 s. 40: "Först när och om det nödvändiga materialet inhämtats kan rätten med tillfredställande resultat ta sig an frågan om vad som är bevisat."

²⁸¹ *Diesen* 1993 s. 550–551. *Ks. myös Lindell* 1987 s. 19 ja *Lappalainen* 2001a s. 306. Hypoteesimetodi sisältää 'piirteitä' sekä teemametodista että todistusarvometodista. Ensiksi mainittua todistusteoriaa hypoteesimetodi muistuttaa siinä mielessä, että harkinnan objektina on ensisijaisesti oikeudenkäyntiaineiston muodostama kokonaisuus eikä yksittäisten todisteiden analysointi (yksittäisten todisteiden analysointia toki suoritetaan, mutta se suhteutetaan aina päähypoteesiin tai vaihtoehtoihin hypoteeseihin). Toisaalta hypoteesimetodin luonne suuntautuu enemmän todistusarvometodin mukaiseksi siinä suhteessa, että arvioitavana ei ole ainoastaan asianosaisten esittämät faktat (kuten teemametodissa), vaan myös asianosaisesitysten ulkopuoliset seikat, jotka voivat edesauttaa aineellisen totuuden tavoittelussa. *Ks. Diesen* 1997 s. 40 s. ja 44.

²⁸² Sanotulla tarkoitetaan menetelmään kuuluvaa todistusaineiston jäsentelyä ja ryhmittelyä kuten syytteen pilkkomista osateemoikseen, todistusosiseikkojen ryhmittelyä syytettä tukevaan ja puolustuksen väitteitä tukevaan, aputositseikkojen analyttistä kohdentamista eri todistusosiseikkoihin ja/tai aihetodistelusta konstruoitaviin kokoaviin selitysmalleihin sekä puolustushypoteeseja tukevien seikkojen arviointia itsenäisinä alateemoinaan.

kyse on kokonaan syytteen teonkuvauksen ulkopuolisesta teosta. Tällöin syytteen hylkäävä ratkaisu perustuu suoraan syytesidonnaisuudesta määrävään ROL 11:3:ään – jolloin harkinnassa ei tarvitse ollenkaan tukeutua hypoteesimetodin mukaiseen vaihtoehtojen konstruointiin.²⁸³

Ensiksi mainitussa tilanteessa tuomioistuimen todistusharkinta on kuitenkin mahdollista mieltää myös siten, että 'lievempi rikosteko -hypoteesia' arvioidaan itsenäisenä teemanaan (siis tosiseikastoväitteenään tai -olettamanaan) jo todistusharkinnan alustavissa vaiheissa, alun perin rakenteellisesti ikään kuin syyttäjän päähypoteesin kanssa rinnakkaisesti. Tällöin 'lievempi rikosteko' tulee otetuksi huomioon jo alusta asti vaihtoehtoisena hypoteesinä, eikä kyse ole 'vain' todistusharkinnan lopputuloksen kuvaamisesta (tai tietynsuuntaiseen lopputulokseen päätyminen edesauttamisesta). Kummalla tavalla tahansa kyseinen todistelutilanne mielletäänkään, hypoteesimetodin sisältävän näyttökysymysten ryhmittelymenetelmän soveltaminen näyttäisi johtavan analyttisiin ja oikeusturvaa hyvin toteuttaviin lopputuloksiin.

Hypoteesimallissa yksittäisille todisteille ei määritellä tiettyä todistusarvoa edes 'oletettavasti' tai 'todennäköisesti' -tyylisesti, vaan harkinnan lopputuloksena todisteen yksinkertaisesti katsotaan joko olevan riittävä näyttö (osa)teemasta, tai vaihtoehtoisesti, että kyseistä osateemaa ei ole toteennäytetty järkevän epäilyksen poistavalla tavalla. Kaikki varteenotettavat päähypoteesin (osateeman) falsifiointimahdollisuudet on kyettävä sulkemaan pois sitä koskevaa pää- ja vastanäyttöä keskenään vertaamalla. Jos vertailun jälkeenkin harkintaa jää rasittamaan epäily, ei syyttäjän teemaa voi hyväksyä (in dubio pro reo).²⁸⁴ Keskeinen piirre metodissa on siis, että tuomitsemiskynnyksen ylittymiseen ei riitä, että syyttäjän päätodistelu on vahvaa: tämän lisäksi edellytetään joka tapauksessa, että kutakin osateemaa vastaan puhuvat aineiston muodostamat vaihtoehtoiset hypoteesit tulee voida poissulkea asianmukaisissa määrin.²⁸⁵

Esim. henkilötodistelua voidaan arvioida kertomuksen luotettavuuteen vaikuttavien tekijöiden valossa, jolloin voidaan päätyä periaatteessa kolmenlaisiin tuloksiin: a) tuomioistuin voi havaita, ettei seikan arviointi ole mahdollista oikeudenkäyntiaineiston rajallisuuden johdosta (jolloin voi aktualisoitua kysymys selvittämiskynnyksen ylittymisestä), b) kokemussäännön arviointi nostaa kertomuksen luotettavuutta tai c) kokemussäännön arviointi heikentää kertomuksen luotettavuutta. Jos viimeksi mainitussa tilanteessa kyse on syyttäjän todistajankertomuksen luotettavuuden heikkenemisestä, heikentää se luonnollisesti syyttäjän päänäyttöä juuri kyseisestä seikasta, ja tilanteesta eli lähinnä kertomuksen 'virheellisen' sisällön laadusta riippuen

²⁸³ Eihän tuomioistuin tällöin lainkaan harkitse toista tekoa syytettä vastustavana hypoteesinä, vaan päätyy ratkaisuun suoraan pakottavan – oikeudenkäynnin kohdetta ja siten tuomioistuimen 'tutkimisvaltaa' koskevan – säännön perusteella.

²⁸⁴ Diesen 1997 s. 60 ja 63.

²⁸⁵ Ks. Diesen 1997 s. 75–76: ”Varje deltema prövas mot alternativa förklaringar, dels sådana som den tilltalade själv anför till sitt försvar, dels sådana som rätten finner adekvata att uppta till prövning...”

voi seikka tämän lisäksi myös 'avata oven' uudelle todistusharkinnassa huomioitavalle osateemalle: falsum in uno, falsum in omnibus -ajattelun mukaisesti syyttäjän suullista todistelua saatetaan pitää yleisemminkin epäluotettavana, mikä vahvistaa puolustuksen vaihtoehtoisten hypoteesien asemaa lopullisessa todistusharkinnassa.²⁸⁶

IV Käytännössä syytteen tarkasteleminen vaihtoehtoisten hypoteesien kautta tarkoittaa sitä, että syytettä vastaan puhuvista seikoista konstruoidaan yksi tai useampi syytteen teonkuvaukselle vaihtoehtoinen faktuaalinen propositio. Varteenotettavien vaihtoehtoisten selitysmallien esittäminen puolustuksen vastatodistelussa samoin kuin vastaavien seikkojen ex officio havaitseminen ja pohdinta voi konkretisoida järkevä epailyksen syytettä vastaan, jos vaihtoehtoisia hypoteeseja ei pystytä riittävässä määrin osoittamaan perusteettomiksi. Epailyksen 'järkevyys' (tai 'varteenotettavuus') tekee todistusharkinnasta joustavaa jutun laadun mukaan: *"vad som är "rimlig tvivel" beror av vad som är rimligt att eliminera såsom alternativ till åklagarens gärningspåstående, dvs av vad som är "rimlig utredning" i målet"*.²⁸⁷ Selvittämiskynnys siis vaikuttaa suoraan siihen, onko epäily katsottava varteenotettavaksi vai ei. Tunnustetussa lievässä rikosjutussa epäilyksen ei tule ulottua ulommalle kuin mihin rajoitettu oikeudenkäyntimateriaali antaa aiheen. Kiistetyssä vakavassa rikoksessa tutkinnan sitä vastoin tulee olla mahdollisimman kattava, jolloin arvioitavaksi tulee myös useampia vaihtoehtoisia hypoteeseja.²⁸⁸ Tällaista konstruoitua vaihtoehtoista tapahtumainkulkua tulee todistusharkinnassa arvioida puolustuksen suoranaisen vastanäytön tapaan ja po. teema tulee huomioida siitä näkökulmasta, aiheuttaako se järkevä epailyksen syytettä kohtaan.²⁸⁹

Tuomioistuimen todistusharkinnassa itsenäisesti pohtimana vaihtoehtoisena hypoteesina voi esim. seksuaalirikosjutussa olla asianomistajan mahdollinen suostumus, tai liikennerikosjutussa mahdollisuus sille, että autoa onkin ajanut syytetyn sijasta kolmas henkilö. Kuten sanottu, vaihtoehtoisten hypoteesien pohdinta ei ole aina tarpeen.

Käytännössä vaihtoehtoinen hypoteesi voi siis tarkoittaa esim. olettamaa (hypoteesia) uhrin suostumuksesta (mikä hypoteesi on selvästi syytetylle edullinen). Toisaalta kyse voi olla myös 'vain' olettamasta jostain lieventävästä

²⁸⁶ Ks. *Diesen* 1997 s. 59–60. Falsum in uno, falsum in omnibus -ajattelu tarkoittaa yksinkertaistettuna sitä, että yhdessä asiassa erehtymisen katsotaan merkitsevän erehtymistä muissakin suhteissa.

²⁸⁷ *Diesen* 1993 s. 599.

²⁸⁸ *Frände* 1999 s. 341 s.

²⁸⁹ Ks. *Klami* 2000 s. 50 – joka tosin pitkälti todistusarvometodiin sitoutuneena puhuu siitä, että vaihtoehtoista tapahtumainkulkua koskevalle osateemalle tulisi antaa oma todistusarvonsa. Kuten edellä todettiin, hypoteesimetodissa ei pyritä tiettyihin (numeraalisiin tai verbaalisiin) näyttöarvokuvauksiin, vaan 'yksinkertaisemmin' kattavaan mutta analyttiseen näkemykseen siitä, kestääkö syyte kaikki kohtuulliset vastaväitteet.

asianhaarasta tms. vähäisemmästä seikasta. Kyse voi siis olla *oikeustosisiikka-olettamasta* eli seikasta, johon liittyy välittömästi oikeudellisia vaikutuksia (kuten suostumustilanteessa). Toisaalta vaihtoehtoisessa hypoteesissa kyse voi olla myös siitä, että tuomioistuin *pohtii* (*faktaolettamia tekemättä*), *millaisia erilaisia tulkintoja esim. välillisestä (aihe)todistelusta voitaisiin tehdä* – samoista faktoista voidaan ts. erilaisia kokemussääntöjä soveltaen päätyä muunkinlaisiin johtopäätöksiin kuin mitä asianosaiset ovat väittäneet. Erilaisiin johtopäätöksiin päätyminen tarkoittaa juuri sitä, että jutussa tehdään olettaja (hypoteesi) joistain muunlaisista tapahtumista kuin mitä syyttäjä (ja/tai puolustus) on esittänyt.²⁹⁰ Joka tapauksessa katsottuaan jonkin tarkoitetun vaihtoehdon pohdinnan perustelluksi jutun aineiston valossa, *tuomioistuin "testaa" tällaisen syyttäjän teonkuvauksesta poikkeavan faktavaihtoehdon pitävyyttä* jutussa esitetyn todistelun valossa (jos hypoteesin selvitystarve on selvillä jo todistelun vastaanottamisen aikana, voi tuomioistuin tiettyssä määrin myös itse esittää sitä selvittäviä kysymyksiä kuulusteltaville). Todistelun kautta hypoteesi voi joko saada vahvistusta tai osoittautua perusteettomaksi.

Tuomioistuimen asettaman *vaihtoehtoisen hypoteesin tulee täyttää tietyt yleiset vaatimukset*: a) sen tulee olla syytetyn eduksi, b) vaihtoehdon tulee olla järkevä ja varteenotettava, eli perusteettomat spekulatiot eivät riitä (hypoteesin tulee olla realistinen ja oikeudenkäyntiaineistossa konkretisoitunut)²⁹¹ ja c) vaihtoehdon tulee olla yhteismitallinen syyttäjän teeman kanssa, eli vaihtoehtoisen hypoteesin tulee olla sellainen, että se voidaan esittää juridisena todistusteemana. Vaihtoehdot tulee esittää nimenomaan *teemana* eikä vaihtoehtoisina todistustosisiikkoina: kyse ei ole mahdollisilla hypoteettisilla todisteilla spekuloinnista.²⁹² Mainituista kriteereistä on korostettava, että pelkästään se, että tuomioistuin 'keksii' kiinnittää huomiota johonkin spekulatiiviseen syytteelle vaihtoehtoiseen tapahtumainkulkuversion, ei siis vielä riitä luomaan järkevää epäilyä syytettä vastaan. Ollakseen 'sallittu', vaihtoehtoisenkin hypoteesin tulee aina saada konkreettista tukea oikeudenkäyntiaineistosta.

²⁹⁰ Jakson 3.1.2 (III) (naiivia) esimerkkiä soveltaen tuomioistuin voisi pohtia aihetodistelun mahdollistamia erilaisia vaihtoehtoja esim. siten, että 'Matti ei olekaan surullinen', vaan että 'Matti kuorii sipulia'. Erilaisen johtopäätöksen tekeminen – tai sellaisen mahdollisuuden pohtiminen – aihetodistelusta (tai välillisestä todistelusta tahi rakenteellisesta näytöstä) tarkoittaa siis toisenlaisten faktojen ainakin väliaikaista olettamista. Kyse on tällöinkin vaihtoehtoisesta hypoteesista, jonka pitävyyttä testataan.

²⁹¹ Ks. *Eisenberg* 1999 s. 89: "Geegnet sind dabei aber nur auf konkreten Umständen beruhende vernünftige Zweifel, nicht dagegen abstrakte, rein theoretische Zw, die sich im Hinblick auf die allgemeine Unzulänglichkeit menschlichen Erkenntnisvermögens ergeben könnten." Ks. selvittävästi myös *Diesen* 1997 s. 77: "rimlig tvivel måste skapas av befintliga fakta, inte med hypotetiska motsatsbevis eller hypotetiska omvärderingar av huvudbevis."

²⁹² Kielletystä todisteilla spekuloinneista ei kyse ole silloin, jos tuomioistuin rikastuttaa oikeudenkäyntiaineistoa syytetyille edullisella tavalla. Kuten sanottu, tällainen menettely voidaan mieltää yleisesti ottaen 'normaalina' prosessinjohtotoimenpiteenä eikä niinkään juuri hypoteesimetodille ominaisena menettelynä.

Yleensä vaihtoehtoinen hypoteesi ei voi olla varteenotettava, jollei tuomioistuimella samalla hyväksy jotain *järkevää syytä sille, miksi syytetty ei itse ole vaihtoehtoa tuonut esiin* (tai miksi syytetty on mahdollisesti jopa puhunut sille ristiriitaisesti): tällainen syy voi olla mm. pyrkimys välttää leimautumista moraalisesti moitittavamman teon tekijäksi, toisten henkilöiden suojeleminen, koston pelko, rikoksella saadun hyödyn suojelemistarkoitus, aito muistamattomuus esim. voimakkaan päihtymistilan takia tai muu vaitioloperuste.

Selvästi ongelmallisissa vaihtoehtoisten hypoteesien kriteereistä on se, että hypoteesin tulee olla syytetyllä edullinen. Hypoteesimetodi korostaa tuomioistuimen puolueettomuutta ja kuvastaa käsittelyperiaatteen (tai akkusatorisen menettelyn) leimaamaa rikosasian käsittelyä. Tuomioistuimella ei saa toimia ”toisena syyttäjänä” virallisen syyttäjän rinnalla, vaan akkusatorisessa menettelyssä tuomioistuimella rajoittuu pääkäsittelyssä arvioimaan asianosaisten esittämän näytön perusteella tuomitsemiskynnyksen ylittymistä (sekä näyttö- että selvittämiskynnyksen kannalta). Se, että tuomioistuimella *ei saa laajentaa prosessin kohdetta syytetyllä negatiivisella tavalla* omien pohdintojensa tai toimenpiteidensä perusteella, perustuu keskeistä prosessuaalista oikeudenmukaisuutta ilmentävään sääntöön. Langettavan tuomion perustaminen tuomioistuimen keksimään asianosaisille yllättävään tuomioperusteeseen rikkoisi kontradiktorista periaatetta vastaan ja antaisi aiheen epäillä tuomioistuimen puolueettomuutta. Menettely ei toteuttaisi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden vaatimusta, koska syytetyllä ei tällöin olisi mahdollisuutta puolustautua uutta tuomioperustetta vastaan käräjäoikeudessa. Menettely olisi palautuksen (tai mahdollisesti suoran syytteen hylkäämisen) aiheuttava prosessuaalinen tuomiovirhe ja siten prosessitaloudellisesti epätarkoituksenmukainen, koska syytetty voisi esittää vastatodistelua vasta hovioikeudessa, joka rikkoisi instanssijärjestyksen periaatetta.²⁹³

Vaihtoehtoinen hypoteesi voi kuitenkin periaatteessa tarkoittaa myös sellaisen tapahtumainkulun olettamista, joka täyttää jonkin *muun kuin syytteessä tarkoitetun rikostunnusmerkistön*. Vaihtoehtoisten hypoteesien ei välttämättä tarvitsekaan olla ei-rikollista tekoa tarkoittava ollakseen hypoteesimetodin edellyttämällä tavalla syytetyllä ”edullinen”. Koska oikeudenkäynnissä käsitellään tiettyä historiallista tekoa syytteen teonkuvauksen rajaamana ja vain tätä, ja tuomio myös saa tämän mukaisesti tulevaisuudessa sitovan oikeusvoimavaikutuksen, ei syytteen hylkääminen sillä perusteella, että kyseessä on saattanut olla myös aivan toinen rikollinen teko, ole sinänsä syyttömyysolettaman tai oikeu-

²⁹³ Tutun palautuksen tuomioistuimella voisi välttää tuomalla esille harkitsemansa syytetyllä vastaisen hypoteesin jo oikeudenkäynnin aikana (esim. esittäessään kuulusteltaville täydentäviä kysymyksiä), jolloin kontradiktorista periaatetta ei rikottaisi. Tällainenkin menettely olisi silti omiaan synnyttämään kuvan siitä, että tuomioistuimella toimii syyttäjän apuna eikä ole siten toiminnassaan objektiivinen. Syytetyllä vastaisten hypoteesien keksiminen rikkoisi myös puolustuksen suosimisen periaatetta ja in dubio pro reo -periaatetta vastaan.

denmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen vastaista.²⁹⁴ Vähäisemmän rikosteon olettava vaihtoehtoinen hypoteesi on joka tapauksessa suoraan in dubio pro reo-periaatteen soveltamista, koska tuomioistuimilla tällöin valitsee syytetylle lievemmän tekovaihtoehtoon. Yleisesti syytetylle edulliseksi rajattuna 'toista rikosta' tarkoittava tuomioistuimen näkemys päätösharkintavaihtoehtona osoittautuu kuitenkin monitahoiseksi ja ongelmalliseksi kysymykseksi.

Näkemys 'toista rikosta' tarkoittavan tuomioistuimen hypoteesin ongelmallisuudesta paljastuu erityisesti syyttäjän vetoamistaakan (syytesidonnaisuuden) ja tuomioistuimen prosessinjohtoon välisestä rajankäynnistä. Syytesidonnaisuus rajoittaa informatiivista prosessinjohtoa olennaisesti. Erityisesti menettelyn puolueettomuussyistä tuomioistuimen (informatiivisella) prosessinjohtolla ei saa 'auttaa' syyttäjää tämän vetoamistaakan eli syytesidonnaisuuden käyttämisessä. Tässä yhteydessä on paikallaan palata lähemmin KKO:n ratkaisuun 1998:16.²⁹⁵ Ratkaisun keskeinen oikeusohje on, että syyttäjän tulee nimenomaisesti vedota kaikkiin sellaisiin konkreettisiin oikeustositseikkoihin, joiden tämä katsoo perustelevan syytteen mukaiseen rikokseen syyllistymistä. Ratkaisussa on täsmennetty syytesidonnaisuuden merkitystä korostamalla syyttäjän *vetoaman* teonkuvauksen todella sitovan tuomioistuinta. Perusteluissaan KKO kuitenkin jätti erään keskeisen tuomioistuimen roolia täsmäntävän näkökulman – ts. syytesidonnaisuuden selvittämiseen tähtäävän materiaallisen prosessinjohtoon – käsittelemättä: tapauksessa kyse oli nimenomaan syyttäjän aktiivisesta tosiseikkoihin vetoamisvelvollisuudesta.

Viimeksi mainitusta puutteesta huolimatta ratkaisusta on mahdollista johtaa syyttäjän ja tuomioistuimen välistä 'syytesidonnaisuuden työnjakoa' koskevia kannanottoja. Esimerkiksi Vaitoja katsoo, että tuomioistuin on oikeutettu *selvittämään* syyttäjän näkemystä siitä, mihin konkreettisiin tosiseikkoihin syyttäjä tarkoittaa vedota osoituksena teon abstraktin tunnusmerkistön täytymisestä, *vain silloin, kun on aihetta epäillä syyttäjän tarkoittavan johonkin tällaiseen seikkaan vedota* (esim. kun vetoaminen tehdään epäselvästi tai kun on muuten pääteltävissä, että vetoamatta jättäminen johtuu inhimillisestä erehdyksestä, unohduksesta tms. virheestä).²⁹⁶ Periaatteessa syytesidonnaisuutta olisi mahdollista tulkita 'tiukemminkin' siten, että kaikenlainen tuomioistuimen toiminta, joka tähtää syyttäjän vetoamisvelvollisuuden täsmäntämiseen tai selventämiseen (syytetylle vastaiseen suuntaan), katsottaisiin käsittelyperiaatteen (tai akkusatorisen menetelmän) vastaisena kielletyksi. Itse pidän kuitenkin edellä

²⁹⁴ Ks. *Diesen ym.* 2000 s. 78–79 ja 137.

²⁹⁵ Ratkaisua käsiteltiin edellä jaksossa 3.3.1 (s. 136 av. 150).

²⁹⁶ Ks. *Vaitoja* 1999a s. 116–117, samoin vaihtoehtoisista syyteperusteista *SOU* 1982:26 s. 134. Ks. myös *HE* 82/1995 vp. s. 84, joka nähdäkseni tukee esitettyä tulkintaa siitä, että konkreettiseen vetoamistaakkaan liittyviä epäselvyyksiä tulisi selventää vain oikeudenkäynnin aikana esille tulleissa varsin selvissä virhetilanteissa.

mainittua 'lievennettyä' näkemystä useimmissa tapauksissa kokonaisprosessuaaliselta näkökulmalta perusteltuna (syyttäjän ilmeisten virheiden korjaamisella voidaan välttää tarpeeton muutoksenhaku).²⁹⁷

Syytesidonnaisuudesta (oikeudenkäynnin kohteen määrittelystä) ei kuitenkaan ole kyse silloin, kun tuomioistuin tekee oikeudellisia tulkintoja syyttäjän (tai asianomistajan ROL 7 luvun mukaisessa menettelyssä) *vetoamista oikeustoisiseikoista*. Edellyttäen, että tulkinta 'mahtuu' oikeudenkäynnin kohteeseen – eli että syyttäjä on vedonnut relevantteihin oikeustoisiseikkoihin ja että tulkinta ylipäättään mahtuu syytteen oikeusvoimavaikutuksen piiriin²⁹⁸ – on tuomioistuimella paitsi oikeus, myös yleinen velvollisuus altistaa asianosaisten keskusteluun kysymys toisen (lievemman tai vakavamman) rikostunnusmerkistön soveltumismahdollisuudesta kyseisen tapauksen faktoihin.²⁹⁹ Tällöin kyse ei ole oikeudenkäynnin kohteen määrittelystä (syytesidonnaisuudesta). Selvää on, että tuomioistuimen tulee joka tapauksessa rationaalisesti ja objektiivisesti määritellä sille esitettyjen ja oikeudenkäynnissä *vedottujen* tosiseikastoväitteiden juridinen merkitys. Hypoteesimetodi ei rajoita tätä tuomioistuimen kenties keskeisintä harkintavaltaa tai siihen liittyviä prosessinjohtovelvollisuuksia: syytteiden hylkäämiseen ei tietenkään tule 'väen väkisin' pyrkiä, eikä vaihtoehtoisten hypoteesien konstruointia voida 'muuten vaan syytettä vastustavana' perustaa toista tekoa tarkoittaviin vaihtoehtoihin hypoteeseihin. Vaihtoehtoisen hypoteesin tulee aina olla oikeudenkäyntiaineistossa konkretisoitunut (mm.

²⁹⁷ Ks. myös *Lappalainen* 2002 s. 86–87 vastaavasta puolueettomuusproblematiikasta siviiliprosessissa. Kirjoittajan mukaan asianosaisten 'provosointi' uusien vaatimusten esittämiseen tai uusiin oikeustoisiseikkoihin vetoamiseen ei riko tuomioistuimen puolueettomuusvaatimusta, koska vastaavasti puolueellisuutta voitaisiin nähdä myös tuomioistuimen passiivisuus po. suhteissa. Kyse on nimenomaan vain kysymyksen esille nostamisesta ja asianosaisten tahdon selvittämisestä, siitä, tahtooko asianosaisten jotain vaatia tai johonkin vedota (tästä syystä menettely on myös dispositiivisen periaatteen mukaista). Rikosprosessissa materiaalsen prosessinjohtoon liikkumataila on kuitenkin rajoitetumpi. Tuomioistuimen puheenjohtajan menettely, jonka seurauksena syyttäjä tulee esim. esittäneeksi vaatimuksen tai vedonneeksi oikeustoisiseikkaan, johon syyttäjä ei muuten olisi kiinnittänyt huomiota, tulee nähdä lähtökohtaisesti torjuttavana.

²⁹⁸ KKO:n ratkaisut 1992:72 ja 1993:164 koskivat tuomioistuimen velvollisuutta informatiiviseen prosessinjohtoon näkemyksistään syytteessä kuvatun teon poikkeavasta oikeudellisesta arvioinnista. Oikeusvoimavaikutuksesta ja syytteen tarkistamisesta seikkaperäisesti ks. *Koponen* 1997 passim. ja *Jokela* 2000a s. 224–229 sekä KKO:n ratkaisut 1999:36 ja 2000:37 (rikosprosessi) sekä KKO 1992:45 ja 2001:136 (siviiliprosessi). – Se, että tuomioistuimen näkemys todellisuudessa tapahtuneesta ei mahdu lainkaan syytteen teonkuvauksen määrittävän oikeusvoimavaikutuksen piiriin, ei ole este 'muu rikos' -perusteella tapahtuvaan syytteen hylkäämiseen. Tilanteessa syyttäjän on mahdollista nostaa uusi syyte oikeusvoimavaikutuksen estämättä. Tätä ei kuitenkaan tule pitää prosessuaalisena epäoikeudenmukaisuutena, vaan menettely lähinnä toteuttaa oikeudenkäynnin varmuustavoitetta: jähän lopullisen tuomion tekeminen uuden, mahdollisesti kattavamman ja aineellista totuutta paremmin vastaavan näytön varaan. Muutoksenhakutuomioistuin voi oman vapaan todistusharkintansa perusteella joko katsoa alioikeuden pohtiman hypoteesin perustelluksi tai ei: siinä mielessä kyse ei ole suorasta syyttäjän avustamisesta.

²⁹⁹ Ks. mm. *Lappalainen* 1993 s. 41.

ROL 11:3:n soveltuminen toisaalta osoittaa, ettei sen tarvitse rajoittua syytteen teonkuvauksen oikeusvoiman piiriin).

Oikeusvoiman samoin kuin tätä (mahdollisesti) suppeamman syytesidonnaisuuden piirin sisällä pysyvien *faktatulkintojen juridista arviointia* koskevien poikkeavien näkemystensä saattamiseen kontradiktoriseen keskusteluun tuomioistuimella on siis lähtökohtainen velvollisuus. Vedottujen oikeustosisekkujen juridisessa tulkitsemisessa kyse ei ole oikeudenkäyntiaineiston rikastuttamisesta syytteelle vastaisesti silloinkaan, kun tuomioistuin pitää mahdollisena, että syytteessä tarkoitettu teko (voi) tarkoittaa toista tai vakavampaa rikosta. Tällaisessa informatiivisessa prosessinjohdossa kyse on ensisijaisesti asianosaisten huomion kiinnittämisestä siihen, että tekoa voidaan arvioida syyttäjän vaatimuksista poikkeavalla tavalla. Tuomioistuimen kuvatuunlainen toiminta tarkoittaa pääsääntöisesti erilaisen subsumptiomahdollisuuden näkemistä, tai tosiseikkojen toisenlaista (oikeudellista) törkeysarvostelua syyttäjän vetoaman teonkuvauksen puitteissa. Kyse on *oikeuskysymyksen tasolla tapahtuvasta harkinnasta*, laajasti ymmärrettynä *jura novit curia* -oikeusohjeen soveltamisesta.

Edellä lausuttu voidaan tiivistää siten, että *pääsääntöisesti tuomioistuin ei ole oikeutettu ottamaan prosessinjohdossaan oma-aloitteisesti esille kysymyksiä vaihtoehtoisista kanneperusteista, vaihtoehtoisesta syytteestä tai syytteen tarkistamisesta. Tuomioistuimen ei myöskään tulisi rikastavasti ottaa esille kysymystä siitä, tahtooko syyttäjä vedota johonkin oikeustosisekkaan syytteen-sä perusteeksi (paitsi ehkä poikkeuksellisesti juuri mainituissa ilmeisen erehdyksen tilanteissa)*. Mutta kuten sanottu, teon poikkeavaa törkeysarvostelua tai syyttäjän selvästi *vetoamiin* konkreettisiin oikeustosisekkoihin liittyviä erilaisia subsumointimahdollisuuksia koskevien kysymysten esille nostamiseen tuomioistuimella on paitsi oikeus, myös nimenomainen velvollisuus (vaikka tulkinta oli syytetylle vastainenkin).³⁰⁰

V Syytetylle vastaista ja siten kiellettyä kyselyoikeuden käyttöä voi merkitä myös se, että tuomioistuin osallistuu aktiivisesti prosessissa esitettävien *näyttökysymysten rikastuttamiseen* tai 'kehittämiseen' syytetylle vastaisesti. Omatoiminen syytetylle haitallisten uusien todistustosisekkojen tai apufaktojen esille ottaminen voi estyä jo sillä perusteella, että po. seikat tarkoittaisivat de facto prosessin kohteen laajentamista syytetylle vastaisella tavalla yllä kuvatuin tavoin (esim. sellaisen syytettä tukevan tai muuten syytetylle vastaisen oikeustosisekan esille ottava kysely, johon syyttäjä ei ole vedonnut). Toisaalta aktiivinen uuden näytön kartuttaminen ei nähdäkseni muutenkaan ylipäättään sovi

³⁰⁰ Nimenomaisesti vedottuihin konkreettisiin tosiseikkoihin rinnastaisin siis myös seikat, joihin syyttäjä *selvästi* tarkoittaa vedota, mutta jotka jäävät erehdyksestä tms. ilmeisestä virheestä sivuutetuiksi.

rikostuomarin rooliin. Tällainen toiminta on nähdäkseni torjuttava tuomioistuimen puolueettomaan asemaan perustuen.

Hypoteesimallin mukaisesta hypoteesinmuodostuksesta on erotettava myös kysymys siitä, millaisia näytöllisiä johtopäätöksiä tuomioistuin tekee vapaan harkintansa perusteella asianosaisten esille ottamista todisteista (tai todisteista, jotka ovat tulleet puolueettomasti tuomioistuimen aloitteesta selvitettyiksi). Tuomioistuin voi joka tapauksessa vapaasti pohtia *todistustosiseikkojen näytöllistä merkitystä erilaisten kokemussääntöjen kautta*. On selvää, että tuomioistuin voi ja sen tuleekin vapaassa todistusharkinnassaan arvioida sille esitettyjen todisteiden näyttövaikutusta vapaasti. Tämä voi merkitä mm. sitä, että tuomioistuin katsoo myös sellaisten *todistustosiseikkojen* tukevan syytettä, joita syyttäjä ei itse ole ottanut esiin (vaan jotka ovat ilmenneet esim. puolustuksen omasta todistelusta). Vapaan todistusharkinnan 'ydinajatus' on juuri siinä, että todisteista voidaan tehdä periaatteessa minkälaisia tahansa päätelmiä faktisista tosiseikoista (historiallisesta totuudesta). Tässä vapaassa tosiseikastoharkinnassa – yhtä vähän kuin tuomioistuimen vapaudessa *arvottaa* tosiseikkoja juridisesti yllä esitetyn tavoin – ei voida nähdä mitään, mikä tekisi menettelystä epäoikeudenmukaisen tai puolueellisen.

Tuomioistuin saattaakin syyttäjän todistustosiseikkoja koskevista väitteistä riippumatta pohtia tekijöitä, jotka horjuttavat puolustushypoteesia tarkoittavia tosiseikastomahdollisuuksia tai – tulkintoja (tuomioistuin voi esim. päätyä katsomaan, että syytetyn toisenlaisia tapahtumia tarkoittava väite on tekaistu eli väärä, vaikka syyttäjä olisi tältä osin jättänyt vastakuulustelun tai -todistelun suorittamatta). Toisin kuin konkreettisten tosiseikkojen (erilaisen) juridisen arvostelumahdollisuuden näkemisen kohdalla, tuomioistuimella ei liene yleistä velvollisuutta tehdä informatiivisella prosessinjohdolla tiettäväksi tällaisten näytönarviointia koskevien pohdintojensa sisältöä tai suuntaa pääkäsittelyn aikana. Erilainen johtopäätös selittyy sillä, että viimeksi mainitussa tilanteessa *kyse on näyttöarvon määrittelystä jo esitetylle todistelulle* eikä erilaisten oikeudellisten tulkintojen näkemisestä taikka uusien vaihtoehtoisten hypoteesien keksimisestä tai pohtimisesta. Viimeksi mainittujen pohdintojen esille tuomiseen tuomioistuimella on yleinen informointivelvollisuus (ainakin siinä vaiheessa, kun vaihtoehto näyttäytyy tuomioistuimelle jo varteenotettavana eikä vain epämääräisenä 'aavisteluna'), koska menettelyllä ikään kuin 'laajennetaan' prosessin tosiseikastopohjaa, ja mahdollistetaan ja edellytetään erilaista asianosaisargumentointia ja -todistelua. Yleisesti kiellettyäkään todistelujohtopäätösten oikeudenkäynnin aikainen informointi ei toisaalta ole. Tällaisten informointien piilevä – tai ainakin objektiivisesti epäiltävissä oleva – tarkoitus voi kuitenkin olla esim. asianosaisten huomion kiinnittäminen siihen, että tämä tarvitsee lisätodistelua jostain teemasta. Tässä mielessä kuvatunkaltaista 'vihjailua' tulee soveltaa sikäli varovaisesti, ettei menettely anna perusteita epäillä tuomioistuimen puolueettomuutta.

Vapaassa todistusharkinnassa nimenomaan hypoteesinmuodostuksesta kyse on 'vasta' silloin, kun tuomioistuin arvioi, *missä määrin toiset tapahtumat voivat tulla kyseeseen* vaihtoehtoina syytteessä kuvatulle menettelylle. Kyse voi olla siitä, että aihetodisteista 'kootaan' konkreettisille tosiseikoille erilaisen merkityksen antava kokoava selitysmalli, tai siitä, että pohditaan syytetyn esittämien tai tuomioistuimen itsensä oikeudenkäyntiaineistosta löytämien vastaväitteiden (tyyppiä 'tekijä on ulkopuolinen kolmas henkilö') todennäköisyyttä. Tällaisessa toiminnassa kyse on nimenomaan syytetylle edullisena sallitusta syytteen pitävyyden kontrolloinnista, tosiseikkojen vahvistamisen menettelystä.

Korostettakoon vielä, että tosiseikaston aktiivinen (syytetylle vastaisena kielletty) rikastuttaminen vaihtoehtoisia hypoteeseja konstruoitaessa voi tarkoittaa joko a) *oikeudenkäynnin kohteen laajentamista sellaisiin oikeustositseikkoihin, joihin syyttäjä ei ole nimenomaisesti itse vedonnut (syyttäjän 'avustamista' vetoamistaakassa)* tai b) *syytteen tueksi vedottujen oikeustositseikkojen luotettavuutta lisäävien todistusositseikkojen yksipuolista rikastuttamista tai täsmentämistä syytetylle haitallisesti*. Tällaiset tilanteet tarkoittaisivat de facto, että tuomioistuin avustaisi syyttäjää tämän päätodistelussa ja/tai rangaistusvaatimustensa perustelmissa.

Edellä esitetty lienee tehnyt selväksi sen, ettei vaihtoehtoista hypoteesinmuodostusta yleisesti koskevaa edellytystä 'syytetylle edullinen' tai 'syytetylle haitallinen' voida soveltaa yksiselitteisen riidattomasti tai ehdottomasti. Erityisesti jura novit curia -oikeusohjeen soveltaminen (ja siihen liittyvän subsumption vuorovaikutuksellinen luonne) samoin kuin syytesidonnaisuuden rajoissa pysyminen voi tehdä rajanvedosta 'vapaasti' sallitun oikeudellisen tulkintatoiminnan ja toisaalta syytetyn eduksi rajoitetun tosiseikaston asiallisen "täydentämisen" välillä vaikean.³⁰¹

VI Ideaalitulanteessa vaihtoehtoisten hypoteesien huomioiminen tulisi aloittaa jo ennen asian (mahdollista) pääkäsittelyä arvioitaessa, onko juttu ratkaistavissa asianmukaisesti olemassa olevan selvityksen perusteella (*valmisteluhypoteesit*). Myös pääkäsittelyn aikana tuomioistuimen tulee olla valmis huomioimaan uusia vaihtoehtoja sekä arvioimaan sitä, tarvitaanko asiassa lisäselvitystä jonkin seikan tueksi vai tuleeko syyte hylättäväksi selvittämiskynnyksen täytymättä jäämisen perusteella (*selvittämishypoteesit*). Menettelyn kontradiktorisuuden kannalta olisikin suotavaa, että tuomari tulisi pohtimaan vaihtoehtoista hypoteesia jo todistelun vastaanottamisen aikana (eikä vasta todistusharkintavaiheessa). Tuomioistuimen reagointimahdollisuudet oikeudenkäynnin aikana riippuvat pitkälti siitä, minkä luonteisella todistuskeinolla lisäselvitystä asiaan olisi ajateltavissa. Jos kyse on todisteesta, jonka hankkiminen käy parhaiten

³⁰¹ Lähemmin tuomioistuimen materiaalisesta prosessin johdosta ks. jaksossa 6.1.2 esitettävää.

päinsä poliisin toimesta, voidaan syyttäjä määrätä hankkimaan kyseinen – syytetylle edullinen – todiste ja lykätä pääkäsittely täksi ajaksi (ROL 6:10.1,2). Menettelyä on kuitenkin pidettävä varsin poikkeuksellisenä. Tuomioistuin voi toisaalta myös materiaallisen prosessinjohtonsa puitteissa, kyselyoikeuttaan käyttäen pyrkiä selvittämään vaihtoehtoista hypoteesia. Koska kyse on syytetylle edullisen seikan selvittämisestä, ei menettely sinänsä aiheuta puolueettomuuskysymyksiä. Se, että tuomioistuin pohtii asiaa joltain toiselta(kin) näkökulmalta kuin mistä asianosaiset esittävät todistelua, saattaa käydä ilmi myös 'vain' välillisesti tuomioistuimen materiaallisesta prosessinjohdosta: tällöin jompi kumpi asianosainen saattaa pyytää lykkäystä tätä seikkaa tarkoittavan negatiivisen tai positiivisen todistelun hankkimiseksi. Periaatteessa estettä lykkäyksen myöntämiseen ei ole, jos lailliset edellytykset menettelyyn täyttyvät.

Kuten sanottu, estettä vaihtoehtoisten hypoteesien konstruointiin ja pohtimiseen 'vasta' todistusharkintavaiheessa, ei ole (vaikka tällaiseen seikkaan tai näkökohtaan ei näin saadakaan asianosaisten nimenomaisia kommentteja). Todistusharkinnassa tuomioistuin voikin harkita jäljelle jäävien vaihtoehtoisten hypoteesien vartenotettavuutta (*todistusharkintahypoteesit*).³⁰² Jos päätösharkintavaiheeseen siirryttäessä 'jäljellä' on vielä falsifioimattomia relevantteja vaihtoehtoisia hypoteeseja, tulee niitä tällöin arvioida *erikseen* päähypoteesia vastaan. Teoriassa, erillisten vaihtoehtoisten hypoteesien syytettä vastaan puhuvaa näyttöarvoa ei saa 'laskea yhteen'. Vain keskenään yhteensopivat vaihtoehtoiset hypoteesit voi kumuloida syytettä vastustamaan (esim. rakenteellisen näytön muodostamana 'optimaalisena kokemussääntönä'). Vastanäytön todistusvoima tulisi nimittäin väärin arvioiduksi (liioitelluksi), jos keskenään ristiriitaiset – jopa toisensa poissulkevat – vaihtoehtoiset hypoteesit kumuloitaisiin todistusharkinnassa yhtä päähypoteesia vastaan.³⁰³ Todistusharkinnan lopputulos riippuu kokonaisarviosta siitä, missä määrin vaihtoehtoiset hypoteesit ovat saaneet tukea käytettävissä olevasta oikeudenkäyntiaineistosta, tai vaihtoehtoisesti, onko oikeudenkäyntiaineisto ylipäättänsä mahdollistanut relevanttien vaihtoehtojen pohdinnan riittävässä määrin (jos ei, saattaa päähypoteesi tulla hylätyksi selvittämiskynnyksen ylittymättä jäämisen johdosta). Selvittämiskynnyksen ylittyminen edellyttää, että tällaisia potentiaalisia 'haarautuvia polkuja' ei tulisi olla olemassa, tai että ne ovat ainakin niin epätodennäköisiä, ettei niitä ole välttämätöntä ottaa huomioon.

³⁰² *Diesen* 1993 s. 607 s. Vrt. *Lindell* 1987 s. 256, joka Trankelliin viitaten korostaa ns. hypoteesitodennäköisyyden (eli vaihtoehtoisten hypoteesien olemassaolon todennäköisyyden) olevan suurimmillaan esitutkinnassa tai ylipäättään tutkinnan alkuvaiheissa.

³⁰³ *Diesen* 1993 s. 619 s., *Diesen ym.* 2000 s. 79 ja *Diesen* 1997 s. 71: "Vid den inledande granskningen av enstaka bevis/bevismedel handlar det inte om någon kvalitativ beräkning av bevisningens styrka, utan om att samla ihop omständigheter, som vid falsifieringsförsöken eventuellt kan förenas med någon alternativ förklaring."

VII Vaarana hypoteesimallin soveltamisessa on, ettei itse päähypoteesin 'pitävyys' sellaisenaan kiinnitetä riittävästi huomiota pääpainon saattaessa kohdistua liiallisesti yksinomaan vaihtoehtoisten hypoteesien poissuljentaan.³⁰⁴ Vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen osoittautuessa mahdottomiksi tai epäuskottaviksi on nimittäin luontevaa ajatella, että jäljelle jäävä päähypoteesi olisi ainoa mahdollinen variaatio, jolloin päähypoteesin saatettaisiin katsoa olevan jo tällä perusteella toteen näytetty. Mainittu eliminaatiotodistelu on kuitenkin vain harvoin käytännössä mahdollinen, koska tarkoitettuun deduktiiviseen johtopäätökseen voidaan päätyä varmasti vain silloin, kun päätöksentekijä tuntee kaikki asiaan vaikuttavat tekijät ja muuttujat.³⁰⁵ Rikosprosessissa ei useinkaan voida olla varmoja, ettei muita mahdollisia selityksiä tapahtumalle ole, eikä vaihtoehtoisten hypoteesien poissuljentakaan välttämättä ole riittävän luotettavaa. Tämän takia onkin ensiarvoisen tärkeää kontrolloida jo *ennen* vapauttavien hypoteesien harkintaa ja arviointia, *onko itse päähypoteesi riittävän perusteltu ("itsensä kantava")*.³⁰⁶ Jos näin ei ole, ei vaihtoehtoisten hypoteesien pohdinnalle ole edes tarvetta – syyte tulee muutenkin hylätyksi.

On myös muistettava, ettei vaihtoehtoisten hypoteesien eliminointi välttämättä sinänsä todista mitään toisista vaihtoehdoista. Vaihtoehtoisten hypoteesien tultua eliminoiduksi, jäljelle jäävän vaihtoehdon, ts. syyttäjän teonkuvauksen, puolesta puhuva näyttö kuitenkin painaa 'koko painollaan' ilman, että näyttöä heikentäisi vaihtoehtoisten tapahtumainkuvausten suuntainen näyttö.³⁰⁷ Eliminoinnin etu on siis siinä, että olemassa oleva näyttö ei enää jakaudu tai pirstaloidu useiden eri teemojen välille, vaan kohdistuu kokonaisuudessaan päähypoteesin arviointiin. Todistusharkinnasta tulee tällöin rakenteeltaan yksinkertaisempaa ja helpommin hallittavissa olevaa.

³⁰⁴ Ks. *Diesen* 1997 s. 41–42.

³⁰⁵ Ks. *Diesen* 1997 s. 27.

³⁰⁶ *Diesen* 2000 s. 307 ja *Diesen* 1997 s. 42.

³⁰⁷ Ks. *Klami* 2000 s. 59.

4 Todistamis- ja hyödyntämiskiellot henkilötodistelussa

4.1 TODISTAMISKIELLOT

I Edellä tutkimuksen yleisessä osassa käsitellyillä seikoilla on vaikutusta henkilötodistelua ohjaavina ja selittävinä taustatekijöinä. Tarkoitus on ollut valottaa mm. rikosprosessin toimijoiden roolien taustalla vaikuttavia rooliperiaatteita, todistelumenettelyynkin kuuluvien menettelynormien soveltamiseen vaikuttavia tulkintaperiaatteita, todistusoikeudellisia käsitteitä sekä yleisemminkin seikkoja, jotka selittävät todistelutoiminnan luonnetta ja todistusharkintakysymysten 'yhteisyyttä' itse kullekin rikosprosessin subjektille. Tutkimuksen erityisessä osassa käsitellään seikkoja, jotka vaikuttavat suuremmin juuri henkilötodisteluna esitettävään todisteluun. Tarkastelukulma siirtyy vaihteittain yhä eksplisiittisemmin tuomioistuimessa noudatettavaan todistajankuulustelumenettelyihin. Tämän neljännen luvun näkökulma on silti vielä pitkälti 'taustoittava' – kyse on henkilötodistelua henkilöllisesti ja asiallisesti rajoittavista todistamis- ja hyödyntämiskielloista. Nämä rajoittavat tekijät vaikuttavat suoraan siihen, millä tavoin henkilötodistelua ei saa suorittaa.

Käsillä olevassa jaksossa käsiteltävillä todistamis-¹ ja hyödyntämiskielloilla on välitöntä vaikutusta tuomioistuimen materiaaliselle ja muodolliselle prosessinjohdolle, koska viime kädessä päätös todisteen hyväksymisestä tai torjumisesta kuuluu tuomioistuimelle. Kyseessä olevat näkökohdat vaikuttavat myös suoraan henkilötodistelua esittävän asianosaisen toimintaan, koska todistamis- ja hyödyntämiskielloin 'suojattujen' seikkojen tulisi estää mm. tiettyä teemaa koskevien tai tietyllä tavalla esitettävien kysymysten esittäminen, samoin kuin rajoittaa mahdollisuuksia lukea esitutkintapöytäkirjaa kuulustelun tukena. Todistelukysymyksistä juuri kysymys todisteiden hyödyntämiskelpoisuudesta on usein myös tärkein ihmisoikeuksien ja prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden kannalta.² Hyödyntämiskieltokysymykset voivatkin liittyä välittömästi perus- ja ihmisoikeuksien suojaan rikosprosessissa, eli asiaa voidaan lähestyä yhtenä perusoikeusmyönteisen laintulkintamenetelmän ilmentymänä.

¹ Kirjallisuudessa puhutaan sekä todistuskelloista että todistamiskielloista (ks. mm. Jonkka 1992a s. 79 av. 3). Tässä tutkimuksessa on valittu viimeksi mainittu termi.

² Ks. Lehtimaja 1978a s. 443, Clayton – Tomlinson 2001 s. 4–5 ja Dencker 1977 s. 7.

Todistamis- ja hyödyntämiskieltoyksymysten käsittelyn aloittaminen yleiseltä, teoreettiselta tasolta, on välttämätöntä käytännön oikeuselämässä esiintyvien konkreettisten tulkintaongelmien pohjustamiseksi ja paremmaksi hahmottamiseksi. Tekstissä pohditaan ensin aihepiirille relevanttia käsitteistöä ja todistamiskieltojen lähempää luonnetta (4.1), minkä jälkeen tarkastellaan yksilöidymmin hyödyntämiskieltoyksymysten mahdollisia ratkaisutapoja sekä suhdetta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusnäkökohdille ja perusoikeussuojan vaatimuksille (4.2). Tämän jälkeen on toivottavasti luotu riittävä teoreettinen pohja henkilötodistelussa esille nousevien konkreettisten menettelyongelmien pohdinnalle (4.3).

II Aivan ensin todistamiskielto on määriteltävä. Todistamiskielloilla tarkoitetaan laajasti ymmärrettyä kaikkia poikkeamia OK 17:2:ssa ilmaistusta vapaan todistelun periaatteesta. Suppeammassa merkityksessä todistamiskielto tarkoittavat (oikeudellisia) todisteiden *hankkimis- ja esittämiskieltoja*, joihin joissain tapauksissa liittyy tehosteena todisteen hyödyntämiskielto.³ Todistamiskielto voi siis estää joko todisteen hankkimisen tai jo hankitun todisteen esittämisen näyttönä oikeudenkäynnissä. Tässä tutkimuksessa todistamiskielto ymmärretään suppeamman määritelmän tarkoittamalla tavalla oikeudellisia kieltonormeina, joilla lainsäätäjä on itse rajoittanut vapaan todistelun alaa. Todistamiskielto ovat voimassa koko rikosprosessissa esitutkinnasta pääkäsitelyyn asti, ja ne velvoittavat yhtä lailla poliisia, syyttäjää kuin tuomioistuintakin.

4.1.1 Todistamiskieltojen jaottelu

I Vakiintuneesti todistamiskielto jaetaan todistusteemakieltoon, todistuskeinokieltoon ja todistusmetodikieltoon. Jaottelussa huomio on siinä, mitä on kielletty. Luonnollisesti useampi kieltoyyppi voi esiintyä myös samanaikaisesti.⁴

Todistusteemakielto kieltää tiettyyn tosiseikkaan kohdentuvan todistelun, eli se vastaa kysymykseen, mitä ei saa todistaa. Todistusteemakielto ts. estää suuntaamasta tutkintaa sellaisiin oikeus- tai todistustosiseikkoihin, joista voidaan tehdä päätelmiä tietyn todistusteeman todennäköisyydestä. Esimerkiksi todistajankuulustelussa todistusteemakielto voi ilmetä siten, että tuomioistuin on velvollinen estämään tiettyjen kysymysten esittämisen tai tällaisiin kysy-

³ Ks. mm. *Dencker* 1977 s. 4–5. Hyödyntämiskielto käsitteestä ks. jäljessä jakso 4.2.1.

⁴ Ks. *Hormia* 1978 s. 21 s. ja 103, *Lappalainen* 2001a s. 143, *Koriath* 1994 s. 20 ja *Eisenberg* 1999 s. 158.

myksiin vastaamisen. A maiore ad minus⁵ -ajatuksen mukaan 'kiellettyihin' todistustositseikkoihin liittyviä aputositseikkojakaan ei saa tutkia, eli kaikenlaiset todistamisteemakiellon suojaamaan tosiseikastoon kohdistuvat todisteluyritykset on torjuttava. Todistusteemakiellon kannalta on periaatteessa irrelevanttia, millä todistuskeinolla kyseistä seikkaa koskevaa todistelua pyritään esittämään; todistusteemakiello estää kaikkien tiettyä teemaa koskevien todistuskeinojen käytön.⁶

Esimerkkinä todistusteemakiellosta, OK 17:23.1:n 2 kohdan mukaan kukaan ei saa todistaa siitä, mikä valtakunnan turvallisuuden tähden tai sen oikeuksien tahi etujen suojelemiseksi on vieraalta valtiolta pidettävä salassa. Valtakunnan turvallisuutta koskeva tieto on siis sinänsä kielletty todistelun aihe, josta näyttöä ei saa esittää millään todistuskeinolla tai -menetillä.⁷ Vastaavasti tuomioistuimen suljettujen ovien takana käymien neuvotteluiden sisältö on kielletty todistelun teema tuomarinvalan (OK 1:7) mukaan.⁸ OK 17:24.1:n 2 virkkeen mukaan todistajalla on liike- tai ammattisalaisuuksia koskeva vaittolo-oikeus, jolleivät erittäin tärkeät syyt vaadi, että todistajaa kuulustellaan niistä.⁹ Periaatteessa myös aikaisemman tuomion oikeusvoimavaikutus voi toimia todistusteemakiellon tavoin: lainvoimainen syyttömäksi julistava tuomio estää todistelun esittämisen henkilön syyllisyydestä.¹⁰

Todistuskeinokiello estää määrättyllä todistuskeinolla tapahtuvan todistelun joko sinänsä sallitusta todistelun kohteesta tai tietystä nimenomaisesta seikas-

⁵ Argumentum a maiore ad minus -päättelysäännöstä (päättely suuremmasta pienempään) lähemmin ks. *Aarnio* 1982 s. 108.

⁶ Ks. *Hormia* 1978 s. 68, *Hormia* 1979 s. 1 ss., *Lundqvist* 1998 s. 27 s. ja 161 ja *Koriath* 1994 s. 13.

⁷ EIT:n ratkaisun *Tinnelly and Sons and McElduff* 10.7.1998 (77 §) mukaan valtakunnan turvallisuusintressi ei saa syrjäyttää täysin muita intressejä, vaan oikeudenkäyntimenettelyä tulisi tällaisissa tapauksissa pyrkiä modifioimaan siten, ettei oikeudenkäynnistä muodostu asianosaisille epäoikeudenmukaista. Ratkaisu koski access to justice -näkökulmaa; tähän nähden eri asia on, missä määrin valtion turvallisuusasioista päättävä viranomainen (ministeriö) 'sallii' tuomioistuimessa mm. esitettävän todistelua kielletyistä teemoista. Oikeudenkäynnin julkisuudelle asetettavat rajoitukset "hintana" siitä, että todistelua po. teemoista sallitaan esitettävän, voinee tällöin olla hyväksyttävissä RL 12 luvussa tarkoitettujen maapetosrikosten kriminalisointitarkoituksen turvaamiseksi. Ks. yleisesti menettelyjulkisuuden intressin punninnasta muita intressejä vastaan *KM 2002:1* s. 17 ss. ja 38.

⁸ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 245.

⁹ Yksityiskohtaisesti liike- ja ammattisalaisuuksista puolustusstrategiselta kannalta ks. *Dahs* 1983 s. 300–304. PoL 36.1 §:n mukaan poliisilla on oikeus saada tietoja rikosten ennaltaehkäisemistä ja selvittämistä varten yksityisiltä yhteisöiltä yritys-, pankki- tai vakuutussalaisuuden estämättä. Toisaalta ETL 27.1 §:n mukaan kuulusteltava voi silti vedota tehokkaasti liike- ja ammattisalaisuuksien suojaan myös esitutkinnassa.

¹⁰ Ks. *Eisenberg* 1999 s. 159. Lisäksi PL 25 §:n 1 momentin mukaan eduskuntavaalit ovat salaiset: perustuslain tasoinen vaalisalaisuus on nähtävä yleisesti kiellettyä todistelun teemana mielestäni yleisemminkin eli mm. myös neuvon antavien kansanäänestysten, kunnallisvaalien ja europarlamenttivaalien yhteydessä. Käytännössä mainittu todistusteemakiello lienee vain kuriositeetti, koska kyseisiä seikkoja koskeva todistelun tarve ei voine yleensä aktualisoitua. – Rikostuomion oikeusvoimaa myöhemmässä riitajutussa on käsitelty *Lappalainen* 1986a s. 453 ss.

tosta. Periaatteessa todistuskeinokielto sallii todistelun esittämisen teemasta toisen todistuskeinon avulla.¹¹ Erityisesti monet henkilötodisteista on katsottu sellaisiksi, että niissä aktualisoituvat salassapito- ja luottamuksensuojaintressit syrjäyttävät prosessin varmuusperiaatteen edellyttämän tiedonintressin.

OK 17:23.1:n 1 kohdan mukaan virkamies ei saa todistaa seikoista, joihin nähden hänellä on virkaan perustuva vaitiolovelvollisuus. OK 17:23.1:n 3 kohdan mukaan lääkäri, apteekkari tai kätilö tahi heidän apulaisensa eivät vastoin asianosaisen suostumusta saa todistaa siitä, mitä he asemansa perusteella ovat saaneet tietää ja mitä asian laadun vuoksi on salassa pidettävä.¹² Säännöksen 4 kohdan mukaan asiamiehellä ja oikeudenkäyntiavustajalla on vastaava kielto todistaa siitä, mitä päämies on hänelle asian ajamista varten uskonut.¹³ Papin vaitiolovelvollisuudesta (rippisalaisuudesta) säädetään kirkkolain (1054/93) 5 luvun 2 §:ssä, 6 luvun 12 §:ssä sekä ortodoksisesta kirkkokunnasta annetun lain (521/69) 43 §:ssä.¹⁴ Virkamies, lääkäri, pappi ja oikeudenkäyntiavustaja tai -asiamies¹⁵ ovat sinänsä sallittuja todistuskeinoja, mutta nimenomaan vaitiolovelvollisuutensa piiriin kuuluvien asioiden suhteen he ovat kiellettyjä todistuskeinoja.¹⁶ Tältä osin säännöksissä yhdistyy sekä todistusteema- että todistuskeinokielto. Tasavallan presidenttiä koskee absoluuttinen todistuskeinokielto OK 17:22:n perusteella.¹⁷ Wienin vuoden 1961 diplomaattisia suhteita koskevan yleissopimuksen (SopS 4/70) 31.2 artikla säättää diplomaattisten edustajien todistamiskiellostä. OK 17:20:n lähiomaisten kokonaiskieltäytymisoikeus, OK 17:24.1:n 1 virkkeen itsekriminointisuoja tarkoittava vaitiolo-oikeus¹⁸ sekä 2 ja 3 momenttien mukainen lähdesuojasääntely ilmentävät myös todistuskeinokieltoja.

¹¹ Ks. *Hormia* 1978 s. 20, *Hormia* 1979 s. 49, *Lundqvist* 1998 s. 162, *Peters* 1966 s. 114 ja *Koriath* 1994 s. 13.

¹² Ks. säännöksen tulkinnasta mm. *Tirkkonen* 1972 s. 246–250 ja *Helminen ym.* 2002 s. 343.

¹³ Ks. mm. *Lappalainen* 2001a s. 224–230 ja *Tirkkonen* 1972 s. 250 ss. Ks. myös *HE 22/1994 vp.* s. 17–18.

¹⁴ Papista todistajana lähemmin ks. *Ervo* 2001a s. 407–433.

¹⁵ Käsitteellinen selvennys: Oikeudenkäyntiasiamies on henkilö, jonka itse asian käsittelystä poissa oleva päämies on valtuuttanut toimimaan puolestaan oikeudenkäynnissä – puolustusasianajaja, julkinen oikeusavustaja tai muu avoimella asianajovaltakirjalla toimiva puolustustehtävää hoitava henkilö (jonka tulee 1.6.2002 voimaan tulleen OK 15:2:n ja ROL 2:2.1:n muutoksen jälkeen olla pääsääntöisesti lakimies) ovat juuri oikeudenkäyntiasiamiehiä. Oikeudenkäyntiavustajan toimeksianto on rajoitetumpi, koska tällainen henkilö toimii oikeudenkäynnissä läsnä olevan päämiehensä rinnalla. Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 251, *Lappalainen* 1995 s. 297, *Lappalainen* 2001a s. 228, *Havansi* 2002 s. 65 ja *Pölönen* 1997a s. 153 s. Valaisevasti julkisen puolustajan roolista ja asemasta oikeudenkäyntiasiamiehen (ombud) ja oikeudenkäyntiavustajan (bitrade) ’välimaastossa’ ks. *Ebervall* 2002 s. 289–291 ja 347.

¹⁶ Ks. *Frände* 1999 s. 347 s. ja *Dalakouras* 1988 s. 107. Mielestäni voidaan yhtä hyvin sanoa, että siinä kun lääkäri, pappi, oikeudenkäyntiasiamies ja -avustaja ovat sallittuja todistuskeinoja (millä saa todistaa), on tätä todistuskeinoa toisaalta rajoitettu tiettyyn todistusteemaan (salassapidettävät tiedot) kohdistuvalla todistustestemakiellolla.

¹⁷ Ks. *Helminen* 1992 s. 70 ja *Pölönen* 1997a s. 150. Kansanedustajien PL 30 §:n mukainen parlamentaarinen immuniteetti ei oikeuta todistamisesta kieltäytymiseen.

¹⁸ Ks. *Ervo* 2002 s. 816, joka puhuu ’myötäväikuttamattomuusperiaatteesta’. Ks. myös *Lie* 2002 s. 91 ”forbud mot selvinkriminering”. Kirjallisuudessa puhutaan myös ns. *nemo tenetur se ipsum*

OK 17:11.1:n asema todistamiskieltona kaipa lyhyttä tarkastelua. Momentin 1 kohdassa kielletään käyttämästä todisteena oikeudenkäynnin varalta laadittua yksityisluontoista kertomusta, ellei tuomioistuिन sitä erityisestä syystä salli.¹⁹ Momentin 2 kohdassa kielletään käyttämästä todisteena esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa.²⁰ OK 17:11:n yleisenä rationa on turvata todistelun välittömyyttä siten, että kertomuksen laatijaa voidaan kuulla suullisesti oikeudenkäynnissä.²¹ Sääntelyä relativoi OK 17:11.2:n, jonka mukaan esitutkintakertomus voidaan kuitenkin ottaa oikeudenkäynnissä huomioon, jos kertomuksen antajaa *ei voida* kuulustella oikeudenkäynnin aikana. OK 17:32.2 täydentää sääntelyä siten, että esitutkintapöytäkirjaan ja muille asiakirjoille tallennettuja lausumia voidaan lisäksi käyttää silloin, kun todistaja, asianomistaja tai syytetty poikkeaa aikaisemmasta kertomuksestaan tai kun mainittu henkilö ei voi tai halua lausua mitään asiasta (säännös soveltuu kaikissa kuulustelun vaiheissa).²²

Ensisijaisesti todistelun *välittömyyttä* koskevan OK 17:11:n soveltamisessa on kiinnitettävä huomiota myös EIT:n *kontradiktorisuutta* koskevaan ratkaisukäytäntöön. EIT:n mukaan kontradiktorisuuden kannalta riittää, että syyteyllä on jossain rikosprosessin vaiheessa ollut mahdollisuus kuulustella häntä vastaan kuultavia todistajia. Se, että syyteyllä ei esitutkinnassakaan ole ollut (vasta)kuulustelumahdollisuutta, puhuu vahvasti kirjallisen lausuman käyttöä tarkoittavan poikkeuksen (17.11.2) soveltamista vastaan. Toisaalta on huomioitava myös mahdollinen muu syyllisyydestä todistava näyttö. Jos syyllisyyttä tukevaa muutakin näyttöä on olemassa ja/tai jos syyteyllä on ollut aikaisempi (vasta)kuulustelumahdollisuus, tulee OK 17:11.2:n mukainen menettely helpommin mahdolliseksi.²³

accusare -oikeudesta. Oikeus on turvattu myös KP-sopimuksen 14 art. 3 kappaleen g-kohdassa (oikeus olla tulematta pakotetuksi todistamaan itseään vastaan tai tunnustamaan syyllisyytensä) yhtenä syytetyn vähimmäisoikeutena oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä.

¹⁹ Yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen käyttämisestä ks. mm. KKO 1978 II 70.

²⁰ HE 82/1995 vp. s. 143 s. OK 17:11.1 2 kohdan tarkoittamana 'muuna asiakirjana' kyseeseen tulee ETL 44 §:n mukaisesti kirjattu suppean esitutkinnan kuulustelukertomus ja toiselle tuomioistuimelle annettu lausunto (esim. ääninauhoitteesta kirjalliseen muotoon purettu todistajankuulustelu). Säännös koskee myös muunlaisia tallenteita kuten ääni- ja videonauhoituksia.

²¹ Vanhaan rikosprosessuaaliseen menettelyyn liittyi se epäkohta, että todistelun suullisuus ja välittömyys toteutui ainoastaan todistajien kohdalla. OK 17 luvun 32 §:n 2 momentissa kiellettiin nimittäin vain todistajan aikaisemman kertomuksen lukeminen, joten e contrario tästä seurasi, että tuomioistuिन sai lukea mm. asianomistajan ja syytetyn aikaisemmat esitutkintakertomukset. Ks. Tirkkonen 1972 s. 289 s. Epäkohta korjattiin OK 17 luvun 11 §:n muutoksella (690/97), jolloin kiellettiin *kaikkien* esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle tallennettujen todistelutarkoitusta palvelevien lausumien lukeminen.

²² Kuulusteltavan kertomuksen muuttuminen tai laiminlyönti vastata tiettyä seikkaa koskevaan kysymykseen ei tosin oikeuta lukemaan koko esitutkintakertomusta, vaan muutos tai vaitiolo mahdollistaa vain kulloinkin kyseessä olevaa seikkaa koskevien esitutkintakertomusten osien lukemisen. Kokonaisuudessaan esitutkintakuulustelu voidaan lukea vain silloin, kun kuulusteltava ei osaa tai halua lausua *mitään* asiasta. Ks. mm. Schellenberg 2000 s. 99 ja Lie 2002 s. 172.

²³ Ks. Frände 1999 s. 353 ja 378.

Kontradiktorista periaatetta koskevassa oikeuskäytännössä vahvistettu oikeusohje on osin ongelmallinen (ks. tästä edellä jaksossa 2.4.3 (III) s. 93 ss.). Pidän kuitenkin sen valossa mahdollisena estää myös *ainoana* näyttönä olevan välillisen kirjallisen kertomuksen käyttö näyttönä siinäkin tapauksessa, että kertomuksen antaja on sittemmin kuollut tai jos jokin muu mahdolluudesta estää kuulemisen, jos syytetyllä ei ole aikaisemmin ollut mahdollisuutta kyseisen todistajan kuulusteluun ja jos rikoksen selvittämisen intressi ei ole erityisen vahva: tämä aineellisen totuuden tavoittelun kannalta epäedullinen tilanne on hyväksyttävä syytetyn prosessuaalisia perusoikeuksia suojelevan rikosprosessin ”hinnaksi”. Yleisellä tasolla oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kannalta puolustuksen esittämien kirjallisten selvitysten hyväksyminen näytöksi on lisäksi helpommin perusteltavissa kuin syyttäjäpuolen kirjallisten lausumien käyttö.²⁴

OK 17:11:n ilmaisema kielto ei ole kaikin osin ehdoton. Säännöksessä on kyse tuomioistuimen harkintavallassa olevasta ohjeellisesta, välittömyysperiaatetta korostavasta menettelysäännöstä, josta poikkeuksen tekeminen on mahdollista osin ’vapaan’ fakultatiivisesti (yksityisluontoisen kertomuksen käyttö), osin laissa lähemmin säädettyissä puitteissa (todistajan kuulemisen mahdottomuus ja kertomuksen muuttuminen). *Todistamiskiellosta voidaan nähdäkseni yleensä puhua vain silloin, kun laissa on osoitettu selvät, pakottavat normit jonkin todistelun kiellettyä pitämisestä.* Yksityisluontoisen kertomuksen käytön kieltä ei siten oikeastaan voida nähdä lainkaan todistamiskieltona.

Toisaalta esitutkintakertomuksen käyttöön liittyvä sääntely (OK 17:32.2) voidaan nähdä ainakin osittain todistamiskieltona. OK 17:32.2:n sääntely on sääntöluonteista, koska esitutkintakertomukseen voi pääkäsitellyssä vedota vain varsin selvin edellytyksin eli kuulusteltavan muutettua kertomustaan (sisällöllisesti tai laajuutensa osalta). Säännös on ehdoton, mikä oikeuttaa lähtökohtaisesti todistamiskiellosta puhumisen.²⁵ Myös OK 17.11.2:n säännön voi sanoa olevan sääntöluonteinen, vaikka säännös voi edellyttää tapauskohtaista harkintaa siitä, milloin todistajan kuuleminen (esim. sairauden laadun mukaisesti) on edellytetyllä tavalla mahdotonta (”ei voida”).²⁶ Pääsääntö eli kielto käyttää esitutkintapöytäkirjaa pääkäsitellyssä on kuitenkin selvä.

Kontradiktorisen periaatteen kannalta OK 17:11.2:ia tai 17:32.2:ia ei kui-

²⁴ Ks. *Frände* 1999 s. 350 ja *Hormia* 1978 s. 116 s. Yhtenä harkinnassa huomioitavana seikkana voidaan mielestäni pitää sitä, onko kirjallisen esitutkintakertomuksen ohella käytettävissä myös ääni- tai videonauhoitus kyseisestä esitutkintakuulustelusta. Nykyistä kattavampi syytettyjen (ja myös todistajien) kertomusten nauhoittaminen poliisin toimesta vähentäisi EIS 6 artiklan mukaista painetta muiden positiivisten vaikutustensa – kuten tunnistamisesta paremman selvyyden saamisen – ohella (ks. jakso 5.1.4). Ks. *Oikeusministeriö* 2002 s. 39–40 ja *Heaton-Armstrong – Wolchover* 1999 s. 236.

²⁵ Tulkintaepäselvyyksiä voi tosin seurata siitä, milloin kertomuksen katsotaan olevan sillä tavoin tai siinä määrin aikaisemmasta poikkeava, että esitutkintakertomukseen tukeutuminen tulee mahdolliseksi.

²⁶ Ks. tähän liittyen KKO 2001:73 ja ratkaisua kommentoiden *Pölönen* 2002a s. 76 ss.

tenkaan voida soveltaa tarkkarajaisesti ”on / off” -tyylisesti, vaan esitutkintakertomuksen sallittavuus näyttönä riippuu mm. todisteen keskeisyydestä suhteessa muuhun näyttöaineistoon ja siitä, onko syytetyllä ollut mahdollisuus kuulustella kyseisen lausuman antanutta henkilöä aikaisemmassa prosessin vaiheessa.²⁷ ’Itsessään’ OK 17:11:n ja 17:32.2:n kieltoluonne perustuu lähinnä *todistelun välittömyyden ja luotettavuuden turvaamiseen*. Säännösten soveltamisedellytykset eivät kuitenkaan määräydy yksinomaan näiden intressien mukaisesti. Myöhemmin (jaksossa 4.3) selviää, että OK 17:11:n ja erityisesti 17:32.2:n soveltaminen on usein keskeisessä osassa henkilötodistelun hyödyntämiskieltojen asettamisen kannalta. Tällä tarkoitan sitä, että *säännösten sanamuodollinen (tai välittömyysperiaatteen mukainen) soveltamisala saattaa kaivautua muiden todistamiskieltojen perusteiden johdosta* (kuten itsekriminointisuoja- tai lähiomaissuojaperusteilla).

Todistusmetodikielto estää sinänsä sallitusta teemasta ja sallitulla todistuskeinolla esitettävän todistelun, jos menettely todistetta hankittaessa kuitenkin on ollut tai olisi virheellinen. Todistusmetodikielto vastaa kysymykseen, millä tavalla todistetta ei saa hankkia tai esittää tuomioistuimelle.²⁸ Jos henkilönkuulustelussa ei esim. noudateta ETL 24 §:n ja OK 17:33.5:n säännöksiä käyttämällä painostusta tai kiellettyjä johdattelevia kysymyksiä, on todiste hankittu laittomalla tavalla (metodilla).²⁹ Eräistä veri- ja muita periytyviä ominaisuuksia koskevista tutkimuksista annetun asetuksen (674/76) 3 §:n mukaan veritutkimuksen isyyden selvittämistä varten voi tehdä vain laillistettu lääkäri. Muiden henkilöiden suorittamana tutkimus on tehty väärällä tavalla eli todistusmetodikieltoa rikkoen.³⁰ Todistusmetodikieltoa tarkoittavat myös ns. *elementaariset*

²⁷ EIT:n oikeuskäytännössä on vahvistunut sinänsä selväpiirteiset tulkintalinjat siitä, milloin ei välittömän esitutkintakertomuksen käyttö syytettyä vastaan on ylipäättään mahdollista. Kyse on kuitenkin vain tulkintalinjoista, eikä yksiselitteisen selvistä ratkaisusäännöistä.

²⁸ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 143, *Jonkka* 1992a s. 79 erit. av. 5, *Lundqvist* 1998 s. 162 ja *Kleinknecht* 1966 s. 1537.

²⁹ ETL 24 §:n soveltamisessa tulee ottaa huomioon myös PL 7 §:ssä tarkoitettu henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden suoja sekä kidutuksen kieltö. Lähemmin OK 17:33.5:n erityisluonteesta ks. jaksossa 4.3.6 esitettävää.

³⁰ Ratkaisun KKO 1999:50 voidaan sanoa koskevan todistusmetodikieltoa perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta – kun laissa ei ollut säädetty perusoikeuksia rajoittavasta toimenpiteestä, ei verinäytteen suorittamismääräystä saanut antaa. Kyseisessä tapauksessa verinäytteitä ei ollut ehditty ennen lainvoimaista päätöstä suorittaa, mistä syystä ratkaisussa ei käsitelty kysymystä siitä, olisiko väärin otettuja verinäytteitä saanut ottaa ratkaisua tehtäessä huomioon (ts. hyödyntämiskielto kysymys jätettiin auki). Ks. ratkaisusta *Kangas* 1999 s. 395–397 sekä jaksossa 4.2.1 (s. 213 av. 108). Ruotsin oikeuskäytännössä (NJA 1986, 489) HD suositti varovaisuutta veren alkoholianalyysin tulosten arvioinnissa, kun verinäytteen oli ottanut laboratorioassistentti eli muodollisesti epäkelvoinen henkilö. Todisteen käyttö näyttönä kuitenkin sallittiin. Samaan lopputulokseen päätyi Saksassa BGHSt 24 (1972), 125–132; ks. *Koriath* 1994 s. 36, ks. myös *Eisenberg* 1999 s. 172. Saksassa hyödyntämiskieltoon päädytty mm. silloin, jos toimenpiteelle ei alun perinkään ollut tuomioistuimen lupaa ja se on suoritettu henkilön tahdon vastaisesti.

todistusmetodikiellot eli absoluuttisesti kielletyt epäillyn prosessuaalisia vähimmäisoikeuksia ja ihmisoikeuksia loukkaavat tutkintametodit, esim. kidutus yms. metodit, jotka alistavat epäillyn pelkäksi tutkinnan objektiksi.³¹ Viimeksi mainittujen elementaaristen todistamiskieltojen vastaiset menettelyt on tavanomaisessa oikeudessa sanktioitu tehokkaasti, koska tällöin todisteeseen yleensä myös liitetään hyödyntämiskielto.

Perinteinen todistamiskieltojen jaottelu todistusteema-, todistuskeino- ja todistusmetodikieltoihin ei ole täysin kriittistä vapaa. Mainittujen kolmen todistamiskielto-tyypin voidaan nimittäin katsoa kuuluvan erillisiin oikeudellisiin piireihin siten, että todistusteemakiellot on säädetty valtiollisten orgaanien keskinäisissä suhteissa vallitsevien tai yhteiskunnassa yleisesti suojelunarvoisina huomioitavien intressien johdosta (valtion turvallisuus, tuomioharkinnan salaisuus ja liike- ja ammattisalaisuudet), kun taas todistuskeino-kielto ja todistusmetodikielto kohdistuvat valtion ja yksityisen väliseen suhteeseen, eli ne olisi säädetty pitkälti syytetyn oikeusturvaintressien vuoksi (esim. kielletyt kuulustelumetodit ja esitutkintapöytäkirjan kelpaamattomuus todisteeksi). Periaatteessa viimeksi mainittuja ryhmiä voidaan pitää sisällöllisesti tyhjinä tai merkityksettöminä, koska jo ns. rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimuksen (joka edellyttää, että kaikkien viranomaisten puuttumisvaltuuksien tulee olla laissa säädettyjä) e contrario -tarkastelu johtaisi samaan lopputulokseen eli siihen, ettei tiettyä laissa vahvistamatonta menettelytapaa saa käyttää.³² Näkemys on sinänsä perusteltu, mutta näillä vakiintuneilla käsitteillä on silti asian jäsentämistä helpottava merkitys, joten käsitteistä ei ole tässä luovuttu.

II Todistamiskielto saetaan mieltää myös *prosessieconomisten intressien* turvaamiseksi. Käytännössä merkittävää todistuskeinon käyttämisen rajoitusta merkitsee nimittäin OK 17 luvun 7 §:n säännös tarpeettoman tai epätarkoituksenmukaisen todistelun estämisestä. Säännös ei kuitenkaan ilmaise todistamiskieltoa, koska siinä on kyse yksittäistapauksittain tapahtuvasta todisteen esittämisen torjumisesta eikä tietyn todistuskeinon, -teeman tai -metodin yleisestä torjumisesta tyyppinä. Koska säännös ei rajoita tuomioistuimen totuudentutkimisvelvollisuutta tai -oikeutta, ei kyse ole varsinaisesta todistamiskiellosta.

³¹ *Hormia* 1978 s. 207–208 ja 223. Elementaarinen todistelumetodikielto ei tarvitse perustakseen lakia tai välttämättä edes perustuslakia, koska ihmisoikeuksia loukkaavat totuudentutkimismetodit on katsottu kielletyiksi suoraan tavanomaisen oikeuden perusteella. Suomessa (tai Ruotsi-Suomessa) kidutukseen on suhtauduttu historiallisesti torjuvasti, vaikka kidutusta käytännössä onkin jonkin verran esiintynyt. Muodollisesti ns. kidutushuoneet lakkautettiin 27.8.1772 annetulla kuninkaallisella kirjeellä. Ks. *Aalto* 1967 s. 13 ss., *Niemi – Kiesiläinen* 1997 s. 445 ja *Pellonpää* 1999 s. 269. Ks. myös 38. tuomarinohje sekä yleisesti kidutuksen käytöstä Euroopassa *Robberstad* 1999 s. 67 s.

³² Ks. *Koriath* 1994 s. 27–28. Kriittisesti todistamiskieltojaottelusta myös *Dalakouras* 1988 s. 105 ss. ja *Dencker* 1977 s. 26. Ks. rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimuksesta lähemmin jaksossa 4.2.5 esitettävää.

Todistelupyynnön epääminen merkitsee vain sitä, ettei (sinänsä luvallista) todistelua pidetä asianmukaisena juuri kyseisessä tapauksessa.³³

Kuten yllä on ilmennyt, todistajana olovelvollisuutta rajoittavat säännökset voidaan lukea todistamiskieltojen joukkoon. Kyse on tilanteista, joissa lain-sääätäjä on asettanut tiettyjä muita intressejä totuuden selvittämisen intressiä tärkeämmiksi. Todistajan kelpoisuus- eli habilitaattikysymykset kuitenkin näh-dään yleensä todistamiskieltojen ulkopuolisena seikkana.³⁴ Tosiasiassa todis-tajaksi kelpaamattomuus esimerkiksi nuoren iän tai mielenterveydellisten häi-riöiden johdosta voi johtaa siihen, ettei henkilöä voida kuulla oikeudenkäynnis-sä todistajan ominaisuudessa tai muutenkaan todistelutarkoituksessa. Vaikka todistajan yleistä kelpoisuutta koskevat säännökset voivat näin rajoittaa vapaan todistusteorian mukaista todisteluvapautta, ei kyse ole todistamiskiellosta, kos-ka kyseessä on yksittäistapaukselliseen harkintaan perustuvasta päätöksen-teosta.

4.1.2 Todistamiskieltojen henkilötodistelussa ja reaalitodistelussa

Todistamiskieltojen asemaan yhtäältä henkilötodistelussa ja toisaalta reaalitodistelussa (erityisesti takavarikkosääntelyssä) ei voida tässä syvemmin puut-tua. Koska aihepiirillä on välillistä relevanssia jatkon esitykselle, otetaan joitain huomioita kuitenkin esille. Rinnakkaisen sääntelyn ongelmallisuus paljastuu tarkasteltaessa säännöksiä, joissa henkilöllisiä todistamiskieltoja täydennetään tai ”jatketaan” reaalitodisteita koskevilla editiokielloilla ja takavarikkokielloil-la.³⁵ Todistamiskieltojen sääntely ei näyttäydy sisällöllisesti yhtenevänä eri todis-tuskeinojen välillä, koska – sääntelyn päinvastaisesta peruslähtökohdasta huoli-matta – reaalitodistelu on osoittautunut laajemmin mahdolliseksi kuin henkilö-todisteluun velvoittaminen.³⁶ On tarpeen selvittää, millaisia nämä epäyhte-neväisyydet ovat ja mihin ne perustuvat.

OK 17 luvun 12 §:n mukaan asiakirjan *editiovelvollisuus* ei koske syytettyä ja häneen nähden lähiomaisena olevaa henkilöä. Myös virkamies tai muu OK 17:23:n mukaan vaitiolovelvollinen (tai se, jonka hallussa asiakirja on ja jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty) on vapautettu asiakirjan esittämis-velvollisuudesta. Editiovelvollisuus sulkeutuu pois myös 17:24:n itsekrimi-

³³ Ks. *Hormia* 1978 s. 129 ss. ja 137 s.

³⁴ *Lappalainen* 1988 s. 34–35 tosin pitää erottelua jossain määrin makuasiana.

³⁵ Ks. esim. *Esko* 1986 s. 26: ”Oikeudenkäymiskaaren todistamiskieltoja koskevat säännökset ovat asianajosalaisuuden sisällön muotoutumisessa meillä avainasemassa sikäli, että sekä yleisen asiakirjojen esittämisvelvollisuuden (editiovelvollisuuden) rajoitukset että takavarikkomenette-lyssä noudatettavat rajoitukset on johdettu todistamiskielloista.”

³⁶ Ks. *HE 14/1985 vp.* s. 66–67 sekä *Helminen ym.* 2002 s. 368–369 ja 684.

nointisuojan³⁷ ja lähdesuojasääntelyn tilanteissa. OK 17 luvun 57 §:ssä vapautetaan vastaavasti katselmusesineen esiintuonnista rikoksesta syytetty ja hänen lähiomaisensa sekä henkilö, jolla on OK 17:24:een perustuva oikeus olla kertomasta seikkaa tai vastaamatta kysymyksiin.

OK 17 luvun 12 §:n 3 momentin mukaan yksinomaan henkilökohtaista käyttöä varten laadittua kirjoitusta (mm. päiväkirjaa) ei tule määrätä tuotavaksi oikeuteen, elleivät erittäin tärkeät syyt sitä vaadi. Säännös suojaa yksityisyyden piiriä vain relatiivisella ja tuomioistuimen harkintavallassa olevalla kielolla. Tämän vuoksi kyse ei ole varsinaisesta todistamiskiellostä: sanottu ei tosin tarkoita sitä, etteikö tämänkin säännöksen tulkinnan tulisi olla perusoikeusmysteistä.

Editiovelvollisuus luonnollisesti koskee vain asiakirjoja tai esineitä, jotka henkilöllä on hallussaan. Muualta kuin suojattujen henkilötahojen hallusta löydetty asiakirjat ja esineet ovat vapaasti mm. *takavarikoitavissa* todistusaineistona käytettäväksi. Muutenkin takavarikkosääntely mahdollistaa reaalityodistelun ja samalla henkilöllisten todistamiskieltonormien kiertämisen tilanteissa, joissa editiomääräys – tai henkilötodisteluun velvoittaminen – olisi kielletty. PKL 4 luvun 2 § estää mm. takavarikoimasta syytetyn tai tämän lähiomaisten hallussa olevan keskinäisen tiedonannon ja suojaa myös OK 17:23:n vaitiolooperusteita sekä lähdesuojaa takavarikkokiellon muodossa. Useassa näistä tilanteista takavarikko kuitenkin tulee mahdolliseksi, jos kyse on ns. *ylitörkeästä rikoksesta* eli teosta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta.³⁸ Kaikissa tapauksissa on lisäksi niin, että ainoastaan jos asiakirja on vaitiolo-oikeudella privilegoidun tai vaitiolovelvollisuudella velvoitetun henkilön *hallussa*, on takavarikko kielletty.³⁹ Muiden henkilöiden hallusta vastaavat asiakirjat voi vapaasti takavarikoida lievempienkin rikosten tutkinnassa ja todistamiskieltooperusteesta riippumatta.⁴⁰ Takavarikkomahdollisuus kaventaa todistamiskieltooperusteiden ehdottomuutta siten, että sanotuilla edellytyksillä

³⁷ Ks. EIT:n ratkaisu *J. B.* 3.5.2001 (63–71 §), jossa verotusmenettelyssä uhkasakoin ja rangaistukseen tehostettu velvollisuus luovuttaa viranomaisille asiakirja-aineistoa, joka saattoi johtaa verolainsäädännön mukaiseen rikossyytteen, katsottiin itsekriminointisuojan ja EIS 6.1 art. vastaiseksi. Ks. tosin myös ratkaisu EIT *Saunders* 17.12.1996 (69 §): ”The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which *has an existence independent of the will of the suspect* such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.” (kurs. PP).

³⁸ (Yli)törkeiden rikosten korostuneesta selvittämisintressistä ks. mm. *Lappalainen* 1986a s. 57.

³⁹ Ks. *Jokela* 2002 s. 169 s. takavarikkokieltosääntelyn hallussa-käsitteestä. Kirjoittaja katsoo perustellusti, että asiakirjan ei voida katsoa olevan henkilön ’hallussa’ takavarikoinnin estävän seurauksin, jos asiakirja on jätetty välikäsien tai ns. bulvaanien haltuun.

⁴⁰ Ks. *Helminen ym.* 2002 s. 684–685.

samasta *teemasta* voidaan esittää korvaavia esine- tai asiakirjatodisteita (siis eri todistuskeinoja). Liike- ja ammattisalaisuuksia ei suojata lainkaan takavarikkokielloilla.⁴¹ Myöskään esinetodisteiden takavarikkoa eivät rajoita mitkään todistamiskielto, vaan PKL 4 luvun 1 §:n mukaan esine voidaan tältä osin vapaasti takavarikoida mm. todisteena käytettäväksi.⁴²

Toisin kuin henkilötodistelussa, asiakirjan takavarikkosäätelyssä edes *papin tai syytetyn oikeudenkäyntiavustajan* ja epäillyn/syytetyn välistä kommunikaatiota tarkoittavat asiakirjat eivät nauti täysin ehdotonta suojaa. Ylitörkeissä rikoksissa asiakirjan takavarikko ei PKL 4:2:n ja siinä viitatus ETL 27.2 §:n mukaan kylläkään ole mahdollista puolustajan, papin tai epäillyn hallusta, mutta takavarikko on kuitenkin mahdollinen, jos asiakirja on tavattu muualta kuin mainittujen henkilöiden hallusta. Jos tertiuksen hallusta tavattu asiakirja sisältää esim. puolustuksen keskinäisen tiedonannon (kuten syytetyn kirjeen asianajajalle), perustunee reaalityodistelumahdollisuus siihen, että tilanteessa syytettyä tai tämän avustajaa ei velvoiteta aktiivisesti joustamaan asianajosalaisuudesta, jolloin syytetyn ja tämän avustajan välistä luottamussuhdetta ei murenneta yhtä suurella määrällä kuin tilanteessa, jossa vastaavista seikoista velvoitettaisiin todistamaan suullisesti. Rippi- ja asianajosalaisuudesta voidaan joustaa vain sillä perusteella, että takavarikoitava asiakirja on 'kulkeutunut' tertiukselle. Taustalla lieenee eräänlainen presumptio siitä, että jouduttuaan ulkopuolisten käsiin, katsotaan asianomaisten luopuneen tiedon salassapitotahdostaan.⁴³

Realityodistelumahdollisuudet *lähiomaissuojaa* tarkoittavien asiakirjojen kohdalla ovat vielä suuremmat kuin asianajo- tai rippisalaisuutta koskevien asiakirjojen kohdalla: lähiomaissuojaan perustuva takavarikkokiello nimittäin väistyy tertiuksen hallussapitoperusteen lisäksi myös ylitörkeissä rikoksissa. Tämä ei kuitenkaan nähdäkseni tee tyhjäksi sitä jäljessä esitettävää näkemystä, että lähiomaisten oikeutta olla suullisesti todistamatta läheiselleen vastaisesti tulee pitää ehdottomasti suojeltavana oikeutena. Vastaavalla tavalla kuin puolustajan tai papin tapauksessa, keskeinen takavarikkomahdollisuutta justifyoiva seikka on se, ettei lähiomaista pakoteta *aktiivisesti* omin toimin toimimaan epäillylle tai syytetylle vastaisesti. Aktiivisesta toimimisesta ei yleensä voine olla kyse takavarikon kohdalla.⁴⁴

⁴¹ Ks. HE 22/1994 vp. s. 16.

⁴² Saksalainen lainsäädäntö toteuttaa vaitioloperusteiden suojaa johdonmukaisemmin säätämällä ehdottoman takavarikointikiellon (samoin kuin henkilönkatsastuskiellon) tilanteissa, joissa todistajalla on esim. lähiomaissuojaan perustuva kokonaiskiellytymisoikeus tai joissa kyse on esim. papin tai oikeudenkäyntiavustajan vaitiolo-oikeuksista, ks. lähemmin mm. *Roxin* 1998 s. 210 ss. ja *Peters* 1966 s. 130–135.

⁴³ Ks. *Hormia* 1978 s. 344–345 ja *Virolainen* 1998 s. 401–402.

⁴⁴ Näissäkin tilanteissa tosin jättäisin 'sijan' perusoikeusmyönteiselle laintulkinnalle siten, että esim. vahvasti yksityiselämän suojaa rajoittavaan asiakirjan hyödyntämiseen ei tulisi ryhtyä, jos mainittu oikeudenloukkaus olisi epäsuhtainen po. rikoksen selvittämisen intressiin nähden. Lähemmin reaalityodistelun suhteesta henkilötodisteluun todistamiskieltojen kannalta ks. jäljempänä jaksossa 4.3.3.4 esitettävää.

4.1.3 Todistamiskieltojen absoluuttisuus ja relatiivisuus

Edellä puheena olleesta on jo käynyt ilmi, että todistamiskieltonormeiksi ymmärrän pääsääntöisesti vain tuomioistuimen harkintavaltaa ehdottomasti sitovat todistelu(kielto)normit.⁴⁵ Todistamiskieltojen jäsentäminen *absoluuttisena* tai *relatiivisena* on tästä todistamiskieltojen 'tunnistamissäännöstä' erillinen asia. Mm. Hormian tarkoittamalla dikotomialla viitataan siihen, liittyykö todistamiskiellon rikkomiseen oikeudellisena seuraamuksena myös todisteen hyödyntämiskielto; absoluuttiset todisteen esittämiskiellot ovat voimassa poikkeuksetta, kun taas relatiivisen todistamiskiellon vastaisesti hankittu todiste on periaatteessa mahdollista esittää todisteena tuomioistuimessa. Vaikka Hormia ei tätä aivan suoraan sanokaan, ymmärrän hänen siis tarkoittavan absoluuttisten todistamiskiellon määritelmään kuuluvan sen, että säännös *tarkoittaa samalla todisteen hyödyntämiskieltoa*. Tämä onkin lähtökohtana perusteltu.

Ylipäättensä absoluuttiset todistamiskiellot ovat harvinaisia oikeusjärjestelmässämme, koska pääsääntöisesti todistamiskiellon rikkomisesta ei ole katsottu seuraavan todisteen hyödyntämiskieltoa. Oikeusjärjestelmästämme on kuitenkin löydettävissä joitain absoluuttiseksi luokiteltavissa olevia todistamiskieltoja. Yksi näistä on OK 17 luvun 23 §:n 1 momentin 2 kohdan kielto esittää todistelua valtakunnan turvallisuuden ja etujen suojelemisen kannalta salassa pidettävistä seikoista (absoluuttinen todistusteemakielto).⁴⁶ Tuomioistuimella ei ole oikeutta tällaiseksi arvioidun todistelun vaatimiseen vastoin tietojen käytöstä päättävän viranomaisen suostumusta. Toinen absoluuttinen todistamiskielto on papin vaitiolovelvollisuus; edes ripittäytyneen oma suostumus ei oikeuta pappia todistamaan siitä, mitä tämä on ripissä tai sielunhoidossa saanut tietoonsa (todistuskeinokielto). Papin vaitiolovelvollisuus ei väisty edes kaikkein törkeimpien rikosten tutkinnassa.⁴⁷ Edelleen epäillyn tai syytetyn ja tämän

⁴⁵ Jatkossa pyrin perustelemaan myös muunlaisten normien – erityisesti keskeisten oikeusturvnormien – oikeusvaikutuksiltaan todistamiskieltoihin rinnastettavaa luonnetta.

⁴⁶ OK 17 luvun 22 §:n kielto kutsua tasavallan presidenttiä todistajaksi voidaan ymmärtää yhtenä valtakunnan etuja/turvallisuutta konkretisoivana ilmentymänä. OK 17 luvun 23 §:n 1 momentin 1 kohdassa säädetyn *virkasalaisuuksien* suojan voinee myös sanoa olevan absoluuttisen siten, ettei vaitiolovelvollisuuden vastaisesti esille tullutta saa hyödyntää todistusharkinnassa (näin mm. *Lappalainen* 2001a s. 221 ja *Helminen ym.* 2002 s. 686). Ainoastaan ylempi viranomainen voi poistaa virkasalaisuuden suojan ja tällöinkin vain ei-julkisten asiakirjojen osalta, joiden salassapidosta viranomainen muutenkin määrää. Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 245. Yleisesti virkasalaisuuksien sisältö, ehdottomuus ja laajuus voi vaihdella huomattavasti eri tilanteissa, mistä syystä virkamiehen todistamisvelvollisuuden ja vaitiolovelvollisuuden väliseen suhteeseen (ja siitä mahdollisesti seuraavan hyödyntämiskieltoyksymykseen) ei voi *yleistävästi* ottaa täsmällistä kantaa (ks. *HE 22/1994 vp.* s. 17).

⁴⁷ Ks. *Ervo* 2001a s. 417 ss., *Frände* 1999 s. 365, *Lappalainen* 2001a s. 230 ja *Lundqvist* 1998 s. 316. Hormian kannan muutoksesta absoluuttiseen suuntaan vrt. *Hormia* 1978 s. 94 ja *Hormia* 1979 s. 115. Perusteena sille, että suostumus ei riitä poistamaan vaitiolovelvollisuutta on, että sääntelyfunktiona on myös uskonnon harjoittamisen suojaaminen yleisemmällä tasolla.

oikeudenkäyntiavustajan tai -asiamiehen välistä luottamussuhdetta (päämiehen oman disponointien puitteissa) suojellaan absoluuttisesti: OK 17 luvun 23 §:n 1 momentin 4 kohta (yhdessä 3 momentin kanssa) sekä PKL 5a luvun 10 § (samoin kuin PoL 31d §) ilmaisevat siten ehdottomia todistamiskieltoja.⁴⁸ Lisäksi epäillyn tai syytetyn lähiomaiselle OK 17 luvun 20 §:ssä säädetty kokonaiskieltäytymisoikeus voidaan nähdä absoluuttisena todistuskeinokieltona (siltä osin kun henkilö itse ei todistamiseen suostu); lähiomaisen vaitiolo-tahtoa ei saa missään olosuhteissa tai millään keinolla kiertää.⁴⁹ Vastaavin edellytyksin katson myös, että OK 17:24:ssä tarkoitettu ns. itsekriminointiin tai läheisen kriminointiin velvoittamisen kiello (ks. jaksossa 4.1.6 s. 203) on niin perustava osa rikosprosessuaalista järjestelmäämme, että säännöksen mukaan todistajalle tai asianomistajalle kuuluvaa vaitiolo-oikeutta on suojattava absoluuttisena todistuskeinokieltona.⁵⁰

Ratkaisun KKO 1960 II 92 mukaan yhtenä asiassa syytettynä olevan henkilön isällä ei ollut OK 17 luvun 20 §:ään perustuvaa oikeutta kieltäytyä todistamasta sellaisista seikoista, jotka koskivat toista samassa jutussa syytettyä. Henkilölle ei ts. synny kaikkia rikosasian vastaajia koskevaa kokonaiskieltäytymisoikeutta vain sillä perusteella, että joku syytetyistä on todistajaan nähden OK 17 luvun 20 §:ssä tarkoitettussa suhteessa. Tällöin lähiomaista kuulusteltaessa on kuitenkin kiinnitettävä huomiota OK 17 luvun 24 §:n 1 momentin säännökseen siitä, että todistajalla on oikeus kieltäytyä kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, jos sitä ei voisi tehdä saattamatta todistajaa itseään tai tämän lähiomaista syytteen vaaraan. Viimeksi mainitussa suhteessa vaitiolo-oikeutta lienee tulkittava joustavasti kuulusteltavalle edullisesti erityisesti silloin, jos kanssasyytettyjen teon-

⁴⁸ Tässä on jätettävä vain toteamuksen varaan, että rikoksesta epäiltynä oleva asianajaja ei ole sellaisenaan aukottomasti suojattu rikosprosessuaalisilta pakkokeinoilta pelkästään asemansa tai aina edes toimeksiantonsa johdosta, ks. *Fredman* 2002 s. 71 ss. ja *Pölönen* 2002b.

⁴⁹ Ks. *Virolainen* 1998 s. 424. Lähiomaissuojan ei tulisi näin ollen olla riippuvainen myöskään siitä, oliko henkilö mainitussa suhteessa (esim. naimisissa) jo esitutkinnassa – riittävää vaitiolo-oikeudelle täytyy olla, että henkilö on pääkäsittelyn aikana mainitussa lähiomaissuhteessa (ks. *Volk* 2001 s. 130). Päinvastoin esim. epäillyn kihlatun määrittelyn tulisi tapahtua ”sielullisen elementin” mukaisesti siten, että esim. alaikäisten kihlaustarkoitusta voitaisiin suojella, mutta sitä vastoin jättää täysivaltaisten henkilöiden tekaistu kihlaus vaitiolo-oikeussuojaa vaille, näin mm. *Roxin* 1998 s. 210. Ks. myös *Lappalainen* 2001a s. 218 ja *Havansi* 2002 s. 144–145, jotka rinnastaisivat parisuhteen rekisteröinnin ja ns. parisuhdekihlauksen avioliittoon ja kihlaukseen OK 17:20:n tulkinnessa. Näkemys on 1.3.2002 voimaan tulleen rekisteröidystä parisuhteesta annetun lain (9.11.2001/950) 8 §:n mukainen. Säännöksen 1 momentin mukaan parisuhteen rekisteröinnillä on lähtökohtaisesti samat oikeusvaikutukset kuin avioliiton solmimisella. 4 momentista ilmenee, että laissa tai asetuksessa olevaa säännöstä, joka koskee aviopuolisoa, sovelletaan myös tässä laissa tarkoitettun parisuhteen osapuoleen, jollei toisin säädetä. Edelleen osapuoliin, jotka aikovat rekisteröidä parisuhteensa, sovelletaan, mitä kihlakumppaneista säädetään, jollei toisin säädetä.

⁵⁰ Mainitut todistamiskielto ovat absoluuttisia nimenomaan henkilötodistelussa. Sitä, missä määrin ja millä perusteilla mainittuja todistamiskieltoja on mahdollista kiertää asiakirjoja takavarikoimalla ja reaalityodistelua esittämällä, on lyhyesti käsitelty edellisessä jaksossa.

kuvaluksissa on (paljon) liittymäkohtia toisiinsa. De facto kuulusteltavalle syntyy OK 17:20:stä riippumaton vaitiolo-oikeus, jos kanssasyytettyjä syytetään täsmälleen samasta teosta rikoskumppaneina tämän lähiomaisen kanssa (avunannon tai yllytyksen suhteen teonkuvaukset eivät välttämättä ole aivan yhtä identtiset, mutta varovaisuus on silti paikallaan).⁵¹

Voidaan tietysti kysyä, miksi juuri mainitut tilanteet tulee nähdä ehdotonta suojaa vaativina. Ehkä selitys löytyy siitä, että kyseessä ovat yhteiskunnallisesti erittäin merkittävien instituutioiden kuten valtion suvereniteetin kunnioittaminen, henkilön 'intiimpiiriin' ytimen suojele tuomiovaltaa käytettäessä, uskonnonharjoittamisen 'pyhyys' tai rikoksesta syytetylle oikeusvaltiossa kuuluvat keskeisoikeudet puolustuksensa järjestämiseksi⁵²: sääntelyn taustalla on yksinkertaisesti katsottu olevan niin tärkeitä intressejä, että niiden on automaattisesti sallittu ohittavan aineellisen totuuden selvittämistavoite prosessuaalisen järjestelmän toiminnoissa. Näiltä osin voidaan puhua hyvin perustein *lainsäätäjän suorittamasta (rikos)prosessin itserajoituksesta*. Muissa tilanteissa aktualisoituvien suojeleintressien ei välttämättä voida sanoa olevan vastaavalla tavalla niin merkittäviä, että ne voisivat *sääntöluonteisesti* syrjäyttää prosessiin kuuluvan aineellisen totuuden selvittämistavoitteen.

Absoluuttisten kieltojen sääntöluonteiseksi katsominen tarkoittaa alustavaa kannanottoa useaan konkreettiseen hyödyntämiskieltojen tulkintatilanteeseen. Monen tällaisen kysymyksen ollessa moniselitteinen ja mm. oikeuskäytännön valossa vaikeatulkintainen, palataan niihin vielä lähemmin jaksossa 4.3.

⁵¹ Ratkaisusta ja tässä käsitellystä problematiikasta ks. *Hormia* 1979 s. 64–66. Saksan oikeuskäytännössä lähiomaiselle myönnetään useamman syytetyn tapauksessa täysi vaitiolo-oikeus (potentiaalisen konfliktitilan vuoksi), ks. *Roxin* 1998 s. 210. – Ks. lähiomaissuojasta vielä jäljempänä jaksossa 4.3.3.1 mm. ratkaisuiden KKO 1985 II 93 (s. 268) ja KKO 1995:66 (s. 264) näkökulmista.

⁵² Itsekriminointisuoja koskee paitsi nimenomaisia rikosteon tunnustuksia sisältäviä lausuntoja, periaatteessa myös muitakin syytetyksi tulleen henkilön viranomaisille antamia lausumia, joita voidaan käyttää tätä vastaan esim. tuomioistuimessa annettavan kertomuksen luotettavuutta alentavina aputositseikkoina. Näin EIT:n ratkaisussa *Saunders* 17.12.1996 (71 §): In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature – such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact – may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility.” Ratkaisussa talousrikoksia selvittävälle viranomaiselle (Department of Trade and Industry) annettujen lausuntojen – joiden antamiseen sittemmin syytetyksi tulleella henkilöllä oli aikanaan laillinen velvollisuus – käyttö syytetä tukevinä todisteina katsottiin olevan itsekriminointisuojan vastaista, kun kyseiset lausumat muodostivat keskeisen osan syyttäjän todistelua. Ks. myös EIT:n ratkaisut *I. J. L., G. M. R. and A. K. P.* 19.9.2000 (82–83 §), EIT *Heaney and McGuinness* 21.12.2000 (55–59 §) ja EIT *Quinn* 21.12.2000 (53–60 §).

4.1.4 Todistamiskieltojen adressaatit

Lähtökohtana on perinteisesti pidetty, että todistamiskiellot kohdistuvat vain niihin viranomaisiin, jotka rikosprosessuaalisen lainsäädännön nojalla vastaavat rikosten ennaltaehkäisystä, tutkimisesta ja selvittämisestä ja aikaansaavat prosessia käynnistäviä, muokkaavia ja päättäviä toimia. Adressaatteja ovat siten esitutkintaviranomaiset, syyttäjät ja tuomioistuimet.⁵³ Vastaavasti vain näiden tahojen oikeuden- tai todistamiskiellon vastaisen toiminnan on katsottu johtavan todistamiskiellon aktualisoitumiseen. Sääntöä täydentää se, että rikos-oikeudenhoidon organit eivät saa tietoisesti kiertää todistamiskieltoja toimituttamalla kiellonvastaisia toimenpiteitä ulkopuolisten (yksityisten tai julkisten) välikäsien kautta sen sijaan, että suorittaisivat nämä toimet itse.

Rikosprosessissa toimivien *asiantuntijoiden* nähdään kuitenkin olevan erikoisasemassa, jos he suorittavat toimeksiantoaan nimenomaan esitutkintaviranomaisen, syyttäjän tai tuomioistuimen pyynnöstä tai määräyksestä ja toimivat siten näiden avustajina. Onkin lähdettävä siitä, että asiantuntijaa sitovat samat todistamiskiellot esim. todistajankuulustelua suorittaessaan kuin esitutkintaviranomaisiakin. Kyselyoikeuden sisällölliset ja metodologiset rajoitukset koskevat myös niitä, jotka tutkinnanjohtajan tai tuomioistuimen puheenjohtajan luvalla esittävät kysymyksiä kuulusteltavalle henkilölle.⁵⁴

Tässä yhteydessä jätetään vain toteamuksen varaan, että todistamiskiellot eivät pääsääntöisesti koske yksityishenkilöitä tai heidän hankkimiaan (mahdollisesti laittomia) todisteita. Yksityishenkilönkin – so. henkilön, joka ei kuulu esitutkintaviranomaisiin tai oikeudenhoidon orgaaneihin – menettely voi tosin aktualisoida kysymyksen hyödyntämiskiellon soveltamisesta.⁵⁵ Tietyt OK:n todistamiskiellot kuitenkin sitovat myös yksityishenkilöitä. Mm. epäillyn tai syytetyn avustaja, lääkäri ja pappi ovat velvollisia noudattamaan vaitiolovelvollisuuttaan joka tapauksessa. Nämäkin todistamiskiellot kohdistuvat tosin samalla myös tuomioistuimeen, jonka on viime kädessä valvottava, että vaitiolovelvollisuutta ja kaikkia muitakin (erityisesti absoluuttisia) todistamiskieltoja noudatetaan.

4.1.5 Todistamiskieltojen asettaminen ja tulkinta

Hormia pitää todistamiskieltojen tärkeimpänä tulkintasääntönä *sanamuodon mukaista tulkintaa*, ja suhtautuu varauksellisesti teleologisen tulkintametodin soveltamiseen todistamiskieltokysymyksissä (teleologisesta metodista ks. edellä

⁵³ Näin mm. *Peters* 1966 s. 94.

⁵⁴ Ks. *Hormia* 1978 s. 229–230.

⁵⁵ Asiaan palataan lähemmin jaksossa 4.3.7.

jaksossa 2.2.1 esitettyä). Syy varauksellisuuteen viimeksi mainitussa suhteessa johtuu lähinnä rikosprosessin oikeusvarmuussyistä: teleologinen tulkinta voisi johtaa epäyhtenäiseen soveltamiskäytäntöön alueella, jonka tulee olla selkein lain säännöksiin säännelty.⁵⁶ Näkemys on perusteltu. Rikosprosessin oikeusvarmuus ja ennustettavuus edellyttää, että kaikkia menettelysäännöksiä, mukaan lukien todistamiskieltoja, sovelletaan yhtenäisten kriteerien mukaan. Rikosprosessin asianosaisten tuleekin voida luottaa siihen, että oikeudenkäynnissä saadaan käyttää kaikkea vapaan todistelujärjestelmän mahdollistamaa todistelua ilman, että tuomioistuin yllättävästi kieltäisi jonkin todisteen käytön.

Todistamiskieltojen ennustettavalla soveltamisella voidaan toisaalta nähdä toinenkin suunta. Sanotulla voidaan nimittäin viitata myös siihen, erityisesti puolustuksen näkökulmasta vähintään yhtä tärkeään seikkaan, että todistamiskielto vastaisesti hankittua todistelua ei menettelyn oikeudenmukaisuuden takaamiseksi yleensä tulisi sallia esittää näyttönä oikeudenkäynnissä, vaan että tällaiset rikosprosessuaalisen järjestelmän omien normien vastaiset ja viranomaistoimivallan ulkopuolelle jäävän menettelyn tuloksena saadut todisteet neutraloitaisiin hyödyntämiskielloilla. Tähän näkökulmaan palataan jatkossa tarkemmin.

Jo sanamuotoon kiinnittyvän tulkintametodin preferointi itsessään johtaa siihen, että todistamiskieltojen asettamisen katsotaan kuuluvan lainsäätäjälle. Lainsoveltaja on siinä määrin sidottu voimassa olevan oikeuden säännösmateriaaliin, ettei lainkäyttäjä saa itsenäisesti johtaa uusia todistamiskieltoja.⁵⁷ Vapaan todistelun periaatetta rajoittavina poikkeuksina sekä viranomaisten rutinitoimintoja ohjaavina normeina todistamiskieltojen voidaankin aina katsoa tarvitsevan perustakseen sitovan oikeusnormin. Hormia ilmaisee tämän lähtökohdan selvästi mutta mielestäni liian kategorisesti: ”todistamiskieltojen puuttuminen ilmaisee lainkäyttäjää sitovasti, että oikeusjärjestys ei pidä todistelu-

⁵⁶ Ks. *Hormia* 1978 s. 106 ja 113 av 28, samoin *Koriath* 1994 s. 68. Oikeusvarmuuden käsitteestä ks. *Havansi* 2002 s. 19.

⁵⁷ Ks. *Hormia* 1978 s. 212 s. ja 220 ja *Kleinknecht* 1966 s. 1539: todistamiskieltojen asettaminen ei kuulu lainkäyttäjälle muuten kuin poikkeuksellisesti aidon oikeusaukon tapauksessa. Oikeusaukon käsitteestä lähemmin ks. *Brusiin* 1938 s. 24 ss. ja erityisesti s. 45 ss.: Aidosta oikeusaukosta voidaan puhua, kun normin asettaja on tietoisesti päättänyt jättää normin kokonaan säätämättä (sen sijaan osittain puutteellisen eli joustavan normin asettaminen tai soveltaminen ei tarkoita normiaineiston aukollisuutta). Normin puutteellisuus voi olla myös ei- tarkoitettua – jos puutteellisuus on niin olennainen, että se rinnastuu normin olemattomuuteen, on kyse oikeusaukosta (lievempi puutteellisuus johtaa soveliaan ratkaisunormin konstruointiin in casu analogiaa hyväksi käyttäen). Ks. myös *Brusiin* 1938 s. 52 ss. ns. oikeudettoman (tai oikeustyhjän) tilan -ongelmasta (rechtsleerer Raum): tietyt elämänilmiöt on tarkoitettukin jättää oikeusjärjestelmän ulkopuolelle ja toisten normatiivisten järjestelmien (kuten moraalien tai uskonnon) mittarein arvosteltavaksi. Käsite on ongelmallinen epämääräisyytensä ohella mm. myös siksi, että jokin näennäisesti oikeudettomaan tilaan kuuluva ongelma saattaa kuitenkin olla ratkaistavissa oikeusperiaatteiden avulla.

toimesta aiheutuvia perusoikeuksien rajoituksia rikostutkintatavoitteen valossa epäsuhtaisena”.⁵⁸ Esimerkiksi ammattisalaisuuksien ja erilaisten luottamussuheteiden suojaksi säädetty todistamiskiellot sekä persoonallisuuden oikeussuojaa palvelevat säännökset pohjautuvat (eri vahvuisina) suoraan perustuslain suojamiin oikeushyviin. Lainsäätäjä on tarkoitetuissa suhteissa sivuuttanut rikosvastuun toteuttamisintressin muiden arvojen tieltä. Yleensä todistamiskiellot perustuvatkin Suomen oikeusjärjestelmässä *kirjoitettuun lakiin*, mutta myös *ta- vanomaisessa oikeudessa* vahvistuneet oikeusperiaatteet voivat johtaa todistamiskieltoon.

Hormia vastustaa ”tuomarioikeutta” – kylläkin mielestäni jo pitkälti vanhentuneeksi käyneellä – näkemyksellä, että tuomari rikkoisi totuudentutkimisvelvoitettaan vastaan, jos hän jättäisi asiaa selvittävän todisteen huomioimatta sellaiseen todistamiskieltoon vedoten, jolla ei ole perustaa rikosprosessuaalisessa lainsäädännössä tai perustuslaillista tulkintapohjaa.⁵⁹ Uudessa rikosprosessissa tuomarin vastuu syytteen toteen näyttämisestä on kuitenkin olennaisesti rajoitetumpaa kuin aikaisemmin. Lähinnä tuomarin vastuu asian selvittämisestä kohdistuu epäillyn oikeusturvatakeet huomioivaan riittävän kattavan selvityksen turvaamiseen ja menettelyn asian- ja oikeudenmukaisuudesta huolehtimiseen. Tuomarin totuudentutkimisvelvoite on siten ratkaisevalla tavalla aikaisempaa vähämerkityksellisempi, ja vastaavasti mahdollisuudet todisteen torjumiseen perusoikeusloukkaukseen tai oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille asetettuihin vaatimuksiin vedoten huomattavasti suuremmat. Tämän tuomarin aseman muutoksen tulisi näkyä *hyödyntämiskielto*kysymyksissä. Todistamiskieltojen asettamisen suhteen näkisin silti vahvan pääsäännön edelleen olevan, että niistä päättäminen kuuluu lainsäätäjän toimivaltaan. Usean hyödyntämiskielton asettamisen suhteen näen tilanteen päinvastaisena.

4.1.6 Todistamiskieltojen suojeluintressit

I Koska todistamiskielloista päättäminen kuuluu lainsäätäjän toimivaltaan, on todistamiskieltojen suojeluintressejä etsittävä lakinormien säätämisperusteista. Karkeasti ottaen todistamiskielton perustavat näkökohdat voidaan jakaa neljään pääryhmään. Ensinnäkin todistamiskielton oikeusperusta voi löytyä a) rikosprosessin sisäisistä intresseistä eli tarpeesta edistää *rikosvastuun toteuttamisintressiä* (todistelun luotettavuus, sanktiojärjestelmän toimivuus ja todistelun välittömyys). Toisaalta b) todistamiskielto saattaa perustua ’sisäsyntyisesti’ edellisille näkökohdille vastakkaisiin näkökohtiin eli tarpeeseen turvata *asian-*

⁵⁸ Hormia 1978 s. 213.

⁵⁹ Hormia 1978 s. 216 s.

osaisten (ml. asianomistajan) oikeusturvaintressejä ja kunnioittaa heidän perusoikeuksiaan (yksityisyyden, kotirauhan ja perhesiteiden sekä muiden perusoikeuksien kunnioittaminen sekä epäillyn ja syytetyn nemo tenetur se ipsum accusare -suoja). Kolmantena ryhmänä kyseeseen tulee c) erilaisten 'ulkoprosessuaalisten' tavoitepäämäärien toteuttaminen todistamiskieltojen avulla: tällaisia intressejä luovat mm. taloudellisen vaihdannan ja erilaisten ammatillisten luottamussuhteiden edistäminen ja valtion turvallisuuden ylläpito. Kutakin ryhmää koskee lisäksi nähdäkseni jakamattomasti d) vaatimus rikosprosessin eettisestä tai moraalisesta moitteettomuudesta.⁶⁰ On huomattava, että moni (heti jatkossa lähemmin käsiteltävä) 'itsenäinen' todistamiskielton oikeusperuste on sovitettavissa useampaan kuin yhteen tässä mainitun luokittelun pääryhmistä. Ryhmittely onkin esitetty vain apukonstruktiona moniulotteisten todistamiskieltoyksymysten paremmaksi hahmottamiseksi – ja osaksi nimenomaan problematiikan moniulotteisuuden esille tuomiseksi.

II Yksi todistamiskieltoihin yleisesti liitetty oikeusperuste on rikosprosessijärjestelmän sisäinen eli todistelun luotettavuuden lisääminen aineellisen rikosvastuun toteuttamisintressissä.⁶¹ Tässä merkityksessä todistamiskieltojen oikeusperuste ei välttämättä ole aina rikosprosessin ensisijaiselle tarkoitukselle eli rikosvastuun toteuttamisintressille vastainen. Esimerkiksi OK 17 luvun 20 §:n lähiomaissuoja perustuu (muiden näkökohtien ohella myös) ajatukseen lähiomaisten epäluotettavuudesta todistuskeinona ja siten yleisellä tasolla todistelun luotettavuuden edistämiseen. Vastaavasti ETL 24 §:n kuulustelumetodikiellon taustalla on pitkälti – joskaan ei tässäkään yksinomaan – todistelun luotettavuuden takaaminen yleisellä tasolla.⁶² Edelleen välittömyysperiaatteen samoin kuin tietyssä määrin myös kontradiktorisen periaatteen yhtenä funktiona on turvata todistelun luotettavuutta.

Viimeksi mainittuihin näkökohtiin perustuu myös kuulopuhetodistelun kieltävä angloamerikkalainen *hearsay rule*. Sääntö ilmentää ajatusta, jonka mukaan toisen käden kautta kuultu lausuma on epäluotettava ja siksi torjuttava. Säännön mukaan mikä tahansa kirjallinen tai suullinen lausuma on torjuttava kuulopuheena, jos lausumaa ei ole sen antaja esittänyt oikeudessa todistajana kuultuna. Sääntöön on kuitenkin tehty sekä Englannissa että USA:ssa useita poikkeuksia. Tässä yhteydessä sallittakoon lyhyehkö ekskursio mainittuun hearsay ruleen – sääntö valaisee joitain oikeusjärjestelmiemme perustavia eroja mutta toisaalta tuo esiin myös sellaisia pohdinnan arvoisia näkökohtia suullisen todistelun analysoinnista, joihin ei perinteisesti ole meillä erityisen paljon kiinnitetty huomiota.

⁶⁰ Ks. mm. Dencker 1977 s. 56.

⁶¹ Ks. Hormia 1978 s. 112, Koriath 1994 s. 43 ja Dencker 1977 s. 37.

⁶² Ks. vastaavan StPO 136a §:n osalta Peters 1966 s. 156, Dencker 1977 s. 37 ss. ja Eisenberg 1993 s. 110.

Common law:ssa kehittynyt hearsay rule perustuu lähtökohtaiseen ajatukseen siitä, että mikä tahansa henkilön lausuma tai kertomus voi olla epäluotettava a) havainnointi- tai b) muistivirheen takia, c) henkilön vilpillisyyden johdosta tai d) kommunikaatiovirheen takia.⁶³ Näiden virheiden ajatellaan tulevan kontrolloiduksi ristikuulustelussa (cross-examination).⁶⁴ Koska kuulopuhetodistelussa ei ole mahdollisuutta ristikuulustella havainnot alkuaan tehnyttä ihmistä, ei todisteen näyttöarvoa voida luotettavasti selvittää. Todistelua pidetään tästä syystä niin epäluotettavana, että sen esittäminen jurylle on pääsääntöisesti kiellettyä.⁶⁵

Tarkemmin ilmaisten common law -järjestelmän hearsay rule kieltää todistajaa raportoimasta toisen henkilön lausumasta, jos todistelun tarkoituksena on selvittää mainitun toisen henkilön lausuman sisältämän tosiseikan luotettavuutta tai olemassaoloa.⁶⁶ Sen sijaan hearsay rule ei estä todistajaa kertomasta toisen henkilön lausunnon sisällöstä, jos todistelun tarkoituksena on esim. selvittää ulkopuolisen lausuman tapahtuminen sinänsä. Kiellon estämättä todistelun esittäminen toisen henkilön lausumasta on sallittua mm. tarkoituksessa osoittaa syytetyn toimineen pakkotilassa. Tämän osoittamiseksi on relevanttia esittää todistelua uhkaajan lausunnosta, jonka sisältö – riippumatta siitä pitääkö lausunnon sisältö sinänsä paikkansa vai ei – pelotti tai ahdisti syytettyä.⁶⁷ Tietystä määrin hearsay rulea voidaankin kiertää kysymystaktiikalla, jossa tiedustellaan, mitä todistaja *teki* tai millä tavoin todistaja *reagoi* siihen, mitä toinen henkilö *sanoi*.⁶⁸

Hearsay rule soveltuu suullisten tosiseikastolausumien ohella myös kirjallisessa muodossa oleviin lausumiin, esimerkiksi rekistereihin, kirjaapitoon, muistilappuihin sekä lisäksi sellaisiin ruumiinliikkeisiin, jotka tarkoittavat tiettyä henkilön faktuaalista ilmaisua (esim. viittomakieli, nyökkäys, pään ’pudistus’, sormella viittaus jne.).⁶⁹ Sääntö soveltuu myös tapauksiin, joissa

⁶³ Ks. esim. *Tapper* 1995 s. 569–570. Vastaavasti myös *Priifer* 1986 s. 9 ss. ja *Dahs* 1983 s. 308.

⁶⁴ Ristikuulustelulla viitataan tässä yhteydessä nimenomaan common law’n cross-examinationiin; käsitettä ei tule sekoittaa OK 17:33.2:ssä tarkoitettuun vastakuulusteluun eikä OK 17:33a §:n 1 momentin vastakkainkuulusteluun, jossa kuullaan useampaa todistajaa yhtäaikaaisesti (ks. *Jokela* 2000a s. 252 ja 336, *Lappalainen* 1992 s. 145, *Lappalainen* 2001a s. 242 ja *Helminen ym.* 2002 s. 279) – vastakkainkuulustelua kutsutaan joskus hieman harhaanjohtavasti myös ristikuulusteluksi, näin mm. *Virolainen* 2000a s. 676 ja *Jokela* 2000a s. 336. Vrt. myös *Helminen ym.* 2002 s. 289, jotka kutsuvat ristikuulusteluksi kuulustelua, jossa kaksi tai useampi tutkija kuulustele samanaikaisesti kuulusteltavaa.

⁶⁵ Tutkimuksissa on toisaalta havaittu myös se seikka, että tuomarin jurylle antamalla ohjeistuksella tietyn jo vastaanotetun todisteen jättämiseksi todistusharkinnan ulkopuolelle exclusionary rulen takia on hyvin vähän tosiasiallista merkitystä, ks. *Fife-Schaw* 1999 s. 260.

⁶⁶ *Tapperin* 1995 s. 46 mukaan hearsay rule voidaan tiivistää seuraavasti: ”an assertion other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any facts asserted.” Ks. myös *Ekelöf – Boman* 1992 s. 26 ja *Choo* 1996 s. 1.

⁶⁷ Ks. esim. *Choo* 1996 s. 2 tapauksesta *Subramaniam v. Public Prosecutor* ([1956] 1 WLR 965): ”Evidence of what had been said to Subramaniam by the terrorists was relevant to whether he had been acting under duress, regardless of the truth or falsity of what was said”; ja ”statements could have been made to the appellant by the terrorists, which, whether true or not, if they had been believed by the appellant, might reasonably have induced in him an apprehension of instant death if he failed to conform to their wishes”.

⁶⁸ *Choo* 1996 s. 2–3.

⁶⁹ Ks. *Tapper* 1995 s. 564 ja *Choo* 1996 s. 74.

kyse ei ole nimenomaisesta kommunikoinnista sanoin tai elein, mutta kun käytöksestä tai puheesta voi *päätellä* tietyn seikan tai teeman olemassaolon. Esimerkiksi kuolleen merikapteenin käyttäytymisestä (”Kapteeni lähti aluksella merille vaimonsa ja lapsiensä kera tutkittuaan sen ensin tarkoin”) voitaisiin päätellä kapteenin pitäneen alusta merikelpoisena (todistusteema). Kapteenin käyttäytyminen korvaa sen, ettei hän nimenomaisesti lausunut kenellekään: ”Tämä alus on mielestäni merikelpoinen”. Koska hearsay rule estäisi välillisen todistelun nimenomaisesta lausumasta, estää se vastaavalla tavalla käyttämästä kapteenin käytöstä todisteena merikelpoisuus-teemasta.⁷⁰ Toisin sanottuna välillinen kuulopuhetodistelu on kielletty paitsi nimenomaisista lausumista, myös välillisistä todistustositseikoista eli aihetodisteista (implied assertions). Tällaisenaan hearsay-doktriini menee analyttisyydessään huomattavasti suomalaista todistusoikeudellista järjestelmää pidemmälle.

Suomessa kuulopuhetodistelua ei ole sellaisenaan kielletty, ja tuomareiden suhtautuminen siihen vaihtelee.⁷¹ Kuulusteltavan siis saatetaan sallia kertoa siitä, mitä hän on kuullut toisten henkilöiden sanovan. Tuomioistuimen, jossa lautamiehet päättävät ratkaisusta yhdessä ammattituomarin kanssa, ilmeisesti katsotaan juryä paremmin pystyvän arvioimaan riskitekijöitä, jotka liittyvät tällaiseen kuulopuhetodisteluun. Todistelua ei siis yleensä torjuta ainakaan yksinomaan sen *välillisyyden tai epäluotettavuuden* johdosta. Toisaalta kuulopuhetodistelussa kyse ei ole pelkästään todistelun välittömyydestä. Kyse on laajemmin ymmärrettynä myös *oikeudenkäyntimenettelyn kontradiktorisuudesta*. Rajankäynti tässä suhteessa voi olla liukuvaa.

Kuten todettua, EIT on useissa ratkaisuissaan katsonut, ettei syyksilukevaa tuomiota saa perustaa *pääosin* sellaiseen kertomukseen, jonka osalta syytetyllä ei ole ollut vastakuulustelumahdollisuutta missään prosessin vaiheessa. Sinänsä kuulopuhetodistelu voi tarkoittaa juuri tällaista tilannetta. Tilanne, jossa koko todistusteeman puolesta puhuva todistelu perustuu kontradiktorisuutta loukkaavaan kuulopuhetodisteluun on suhteellisen helppo havaita, ja tällaisiin tilanteisiin onkin oikeuskäytännössä puututtu (ks. edellä 2.4.3). Muussa tapauksessa – eli kun teeman tueksi on yhdistettynä sekä välitöntä näyttöä että ei-kontradiktoria kuulopuhetodistelua – tilanne on vaikeampi. Esim. rakenteellisessa näytön arvioinnissa ei voida yksiselitteisesti jälkikäteen analysoida (ja tuskin myöskään tuomioistuimen näyttöratkaisun perusteluista lukea), missä määrin syytteen mukainen päähypoteesi on muiden todisteiden kanssa samansuuntaisena saanut vahvistusta ei-kontradiktorisista kuulopuhetodisteista. Kuulopuhetodistelu voi tilanteessa jäädä tosiasiallisesti vaikuttamaan syytettä tukevasti. Tätä

⁷⁰ Esimerkki ratkaisusta Wright v. Doe d. Tatham [1837] 7 Ad. & E. 313, 112 ER 488, ks. Choo 1996 s. 75 ss. ja 92.

⁷¹ Ks. Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 197 ja Lappalainen 2001a s. 168. Vastaavasti myös Ruotsissa (ks. Lundqvist 1998 s. 127) ja Saksassa (ks. Schellenberg 2000 s. 57–58).

kautta oikeusjärjestelmämme hyväksyy ei-välittömän ja ei-kontradiktorisen todistelun *jossain määrin*, tarkemman sääntelyn ja oikeuskäytännön puuttuessa yksittäistapauksissa mahdollisesti suurissakin määrin. Ainoa, joka on pääsääntöisen selvästi kiellettyä, on tuomion perustaminen *kokonaisuudessaan* kontradiktorista periaatetta toteuttamattomaan näyttöön.⁷² Muilta osin kuulopuhetodistelun hyväksyttävyyys tuomion perusteena jää oikeuskäytännön varaan.⁷³

EIT:n oikeuskäytännönkin valossa minkään *jyrkän* kuulopuhetodistelun kiellon omaksuminen Suomessa ei ole perusteltua. Kuulopuhetodistelun sallimisen puolesta puhuu myös vapaan todistusharkinnan periaate. Kuulopuhetodistelun kategorinen a priori leimaaminen epäluotettavaksi ja tästä säännöstä vastaavasti yleisellä tasolla tehtävät poikkeamat eivät huomioi, että yksittäistapauksissa kuulopuhetodiste voikin olla täysin luotettava. Tällaisen todisteen poissulkeminen todistusharkinnassa käytettävästä näyttöaineistosta ei olisi rationaalista oikeudenkäynnin varmuustavoitteen ja aineellisen totuuden selvittämisyhtymyksen kannalta.⁷⁴ Lähdettäessä oletuksesta – kuten tietysti tulee –, että tuomioistuimmemme ylipäätään ovat kykeneviä suorittamaan kriittistä todistusharkintaa, täytyy myös kuulopuhetodistelun näyttöarvon harkinta sinänsä sallia.

Parhaan todistusaineiston periaatetta⁷⁵ on kuitenkin pyrittävä toteuttamaan optimaalisesti, eli *lähtökohtaisesti kuulopuhetodistelua ei tulisi a) poliisin hankkia tai syyttäjän esittää eikä b) tuomioistuimen vastaanottaa, jos tarjolla on välittömämpääkin todistelua*.⁷⁶ Kuulopuhetodistelun välttäminen edistää myös prosessuaalista tasa-arvoa syyttäjän ja syytetyn välillä, koska syyttäjällä lienee yleensä paremmat mahdollisuudet kuulopuhetodistelun käyttöön. Suhtautumalla torjuvasti esim. poliisin välilliseen kuulemiseen esitutkinnassa kuullun todistajan *sijaan*, voidaan yleisellä tasolla myös turvata epäiltyjen oikeuksien toteutumista ja asianmukaisten esitutkintakäytäntöjen noudattamista.⁷⁷ Yli-

⁷² Yleisesti problematiikasta ks. *Grünwald* 1966 s. 500–501.

⁷³ Lähiomaissuojasta ja kontradiktorisuudesta kuulopuhetodistelun soveltamisedellytysten kannalta ks. jaksossa 4.3.3.4 (s. 289 ss.) esitettävää.

⁷⁴ Ks. myös jaksossa 4.3.6 (s. 309) siitä, että todistamiskieltoa tai hyödyntämiskieltoa ei yleisemminkään tule perustaa yksinomaan todistelun epäluotettavuusargumenttiin.

⁷⁵ Ks. *Ekelöf – Boman* 1992 s. 58 ja 27 s., *Jokela* 1998 s. 241 ja 255 ja *Virolainen* 1988 s. 81 ja 111. Myös *HE 15/1990 vp.* s. 107 puhutaan siitä, että tuomioistuimella tulisi olla mahdollisuus selvittää asia käytettävissä olevan parhaan mahdollisen todistusaineiston perusteella.

⁷⁶ Ks. *Ekelöf – Boman* 1992 s. 27 ja *Rückel* 1986 s. 208. *Klami* 2000 s. 43 suhtautuu kriittisesti kuulopuhetodistelun sallimiseen tilanteessa, jossa todistaja ei paljasta lähdeään. Näkökanta on oikean suuntainen, mutta liian kategorisesti ei tulkintasuositusta voine noudattaa, koska todistajan perusteet lähteestä vaikenemiseen voivat vaihdella aina tietoisesta valehtelusta toisen henkilön suojeluun ja lailliseen salassapito-perusteeseen. Tuomioistuin voi prosessinhoitovaltansa puitteissa ennen todistelun vastaanottamista tai kysymyksen vastaamista selvittää, mihin kuulopuhetodistelun käyttäminen perustuu ja joustavasti arvioida, mikä vaikutus tällaisen todistelun vastaanottamisella olisi näytön luotettavuudelle.

⁷⁷ Ks. *Choo* 1996 s. 14 s., 38 ss. ja 193.

päättänsä kuulopuhetodistelun minimointi johtaa nähdäkseni parempaan menettelylliseen oikeudenmukaisuuteen ja oikeusturvaintressien tehokkaampaan huomioimiseen.

Tiivistäen voidaan todeta, että todistelun luotettavuutta ei voida pitää ainoana eikä selvästikään riittävänä selityksenä todistamiskielto perustavista suojelufunktioista. Todistusoikeudessamme ei ole muutenkaan katsottu tarpeelliseksi torjua kategorisesti todistelua, jota sellaisenaan voidaan pitää epäluotettavana: esimerkiksi sellainen todistelu, joka on saatu todistajan niskoittelun seurauksena langetetun vankeusrangaistuksen tai sen uhan avulla (OK 17:37), on täysin sallittua, vaikka periaatteessa tällä tavalla 'pakottamalla' saatua todistajankertomusta voidaan pitää lähtökohtaisesti hyvinkin epäluotettavana.⁷⁸ Sen sijaan menettelyn kontradiktorisuusvirheet voivat olla tekijä, joka perustelee todistelun oikeudenkäyntiaineistosta pois sulkemista.

III Tarkasteltakoon sitten muitakin todistamiskieltojen suojaamia oikeushyviä kuin todistelun välittömyyttä, luotettavuutta tai kontradiktorisuutta. Joidenkin todistamiskieltojen funktiona on turvata valtion salassa pidettäviä intressejä tai virkasalaisuuksia (OK 17:23.1:n 1 kohta ja 17:22).⁷⁹ Vastaavasti suojattuja ovat myös tietyt yksityiset salaisuudet kuten eräät liike- ja ammattisalaisuudet sekä PL 10 §:n takaama yksityisyyden ja kotirauhan suoja. Liike- ja ammattisalaisuuksilla on haltijalleen taloudellista arvoa, mistä syystä markkinatalouteen perustuvissa yhteiskunnissa taloudelliselle kasvulle tärkeitä liike-elämän salaisuuksia suojataan oikeudenkäynnissä.⁸⁰ Demokraattisen yhteiskunnan oikeusjärjestelmään kuuluu taata syytetylle mahdollisimman tasavertainen asema syyttäjään nähden, mitä tavoitetta edistetään suojaamalla puolustusasianajan oikeusinstituutiota valtiovallan puuttumisilta mm. asianajajan vaitiolovelvollisuutta koskevalla sääntelyllä.⁸¹ Aikakautisen painotuotteen julkaisijan ja ohjelmatoimittajien vaitiolo-oikeus puolestaan perustuu lähdesuojan merkitykseen demokraattisia arvoja edistävälle vapaalle tiedonvälitykselle ja mielipiteenvaihdolle.

Jotkin todistajan vaitiolo-oikeutta ja -velvollisuutta ilmaisevat säännökset on tarkoitettu suojaamaan yhtäältä *perhesiteitä ja yksityisyyttä*, toisaalta niiden funktiona on edistää todistelun luotettavuutta. Sukulainen todistajana on psykologisesti taipuvainen olemaan myötämielinen lähiomaiselleen eli hän on taval-

⁷⁸ Ks. *Dencker* 1977 s. 40 ja *Dalakouras* 1988 s. 116. Ks. myös *HE 14/1985 vp.* s. 30–31 ja *Helminen ym.* 2002 s. 348–350 ETL 28 §:n mukaisesta menettelystä esitutkinnassa 'niskoittele-
van' todistajan todistamaan velvoittamisesta.

⁷⁹ Virkasalaisuudesta todistajan vaitiolovelvollisuuden luovana tekijänä ks. *Lappalainen* 2001a s. 221–224. Ks. myös *Peters* 1966 s. 106 ss.

⁸⁰ Ks. *Hormia* 1978 s. 152.

⁸¹ Ks. *Ebervall* 2002 s. 209 asianajajan vaitiolovelvollisuuden ja syytetytyn valehteluoikeuden (laajemmin *nemo tenetur se ipsum accusare* -oikeuksien) välisestä suhteesta.

lista alttiimpi syyllistymään perättömään lausumaan ja siten samalla heikentämään todistelun luotettavuutta. Perimmäisempi syy mainitulle todistamiskielolle on, että ihmisoikeuksia ja yksityisyyden suojaa kunnioittavan rikosprosessin ei tule pakottaa ihmisiä pettämään perheensä luottamusta velvoittamalla hänet aktiivisesti *toimimaan* psykologisia ristiriitoja aiheuttavalla tavalla.⁸² Hormia katsoo perustellusti, että OK 17 luvun 20 §:ssä säädetty kokonaiskieläytymisoikeus perustuu ensisijaisesti perhesiteiden ja yksityisyyden kunnioittamiseen, ja säännöksen prosessin sisäisiä tarkoituksia edistävä vaikutus on nähtävä vain lähinnä seurauksena edellisestä.

Nemo tenetur se ipsum accusare -periaate antaa syytetylle oikeuden valita sen, haluaako hän vaikuttaa jollain lailla aktiivisesti rikosprosessin kulkuun vai ei. Periaatteen nojalla syytetyllä on oikeus pysyä täysin passiivisena koko rikosprosessin ajan (henkilötietojen ilmoittamisvelvollisuutta lukuun ottamatta; PoL 10.1 § ja RL 16:5), eikä häntä voi velvoittaa myötävaikuttamaan itsensä tuomitsemiseen. Periaate – jota voidaan kutsua myös itse- ja läheiskriminointisuojaaksi – suojaa lisäksi epäillyn ja syytetyn lähiomaisia: myös epäillyn OK 17:20:ssä tarkoitetut lähisukulaiset voivat salata tuntemansa tosiseikan tai kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, jos se on välttämätöntä itseensä tai lähiomaiseensa kohdistuvan syytteen vaaran välttämiseksi (OK 17:24.1).⁸³ Tämä itsevaarantamiselta suojaava vaitiolo-oikeus perustuu pohjimmiltaan ihmisarvoon ja itse oikeuden aatteeseen: syytetyn ja tämän lähiomaisen vaiti-

⁸² Ks. esim. *Peters* 1966 s. 115 ja *Grünwald* 1966 s. 497. Kuten jo jaksossa 4.1.2 on mainittu: se, että (mahdollisesti yksityisestä salaisuudesta kertova) esinetodiste kuten kirje tai päiväkirja voidaan ns. ylitörkeiden rikosten kohdalla takavarikoida syytetyn tai tämän lähiomaisen hallusta (PKL 4:2), ei merkitse ristiriitaa lähiomaiselle myönnetyn vaitiolo-oikeuden kanssa, koska takavarikointi toimenpiteenä jättää sen kohteen *passiiviseksi*; henkilöltä ei ts. edellytetä aktiivista toimimista läheistään vastaan. Samoin on arvosteltava tilannetta, jossa vaitioloon oikeutettu on ilmaissut jotain (esitutkintaviranomaisiin nähden) ulkopuoliselle tertiukselle, jota sittemmin kuullaan (kuulopuhe)todistajana mm. tästä lausumasta. Ks. *Hormia* 1978 s. 342 ja *Peters* 1966 s. 119–120.

Ylipäättänsä korostetun intiimisisältöisten päiväkirjojen julkistamisen oikeudenkäynnissä ilman laatijan suostumusta tulee olla vain rajoitetusti mahdollista: Jo yksistään henkilökohtaisten *salaisuuksien paljastamisen tosiseikka itsessään* – ja sitä enemmän tällaisten merkintöjen käyttö itseään tai lähiomaistaan vastaan rikosoikeudenkäynnissä – merkitsee sikäli vakavaa puuttumista henkilön yksityiselämän suojaan, että seikalle tulisi antaa merkitystä myös hyödyntämiskiellon asettamista perustelevana argumenttina. Periaatteessa ratkaisevaa merkitystä ei tulisi olla sillä, millä tavoin päiväkirjamerkinnät tulivat viranomaisten tietoon. Ks. tämän suuntaisesta Saksan oikeuskäytännöstä mm. *Dencker* 1977 s. 102 ss. ja 110 ja *Peters* 1966 s. 154.

⁸³ Syytteen vaaran käsitteestä lähemmin ks. jaksossa 4.3.3.2. – Tosiasiassa *nemo tenetur se ipsum accusare* -periaate ei toteudu epäillyn tai syytetyn kohdalla niin täydellisesti kuin tekstissä kirjoitetusta voisi päätellä. Rikoksesta epäiltyyn ja syytettyyn voidaan mm. kohdistaa rikosprosessuaalisia pakkokeinoja, ja hänelle saatetaan esittää rikosta selvittäviä kysymyksiä pitkän prosessin. OK 17:5, jonka mukaan tuomioistuin voi harkintansa mukaan tehdä syytetyn vaitioloista näytöllisiä johtopäätöksiä, on erityisesti omiaan kaventamaan itseksiminointisuoja. Tähän perustuen epäillyllä ja syytetyllä voi sanoa olevan oikeusjärjestelmässämme jonkinasteinen toimimisvelvollisuus.

olo-oikeuden avulla voi välttyä ”totuudessapysymishalun ja itsesäilytystarpeen väliseltä kamppailulta”.⁸⁴ Monissa tapauksissa syytetyn tai lähiomaisen vaitiolo merkitsee ainoan käytettävissä olevan tietolähteen umpeutumista. Joissain tapauksissa periaatteen voi kuitenkin sanoa myös palvelevan rikosprosessin funktiota todistelun luotettavuutta lisäten, koska sääntelyllä vähennetään psykologiassa pakkoillassa annettuja epäluotettavia lausuntoja.⁸⁵

Kuulopuhetodistelun tarkastelu osoitti, että oikeudenkäynnin ja todistelun kontradiktorisuus voi myös olla merkittävä todistamiskieltojen suojeluintressi. Nykyisessä rikosprosessissa kontradiktorisuuden toteutuminen on niin keskeinen oikeudenkäynnin elementti, että todistamis- ja hyödyntämiskielto voi hyvin perustua kontradiktorisen periaatteen rikkomiselle. Kontradiktorisuus on muun ohella omiaan edistämään menettelyn välittömyyttä ja aineellisen totuuden löytämistä prosessissa, mutta kontradiktorisuudella on myös tiettyä itseisarvoa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kannalta. Kontradiktorisuus suojelee siis yleisesti (rikos)prosessuaalisen menettelyn tausta-arvoja kuten luottamusta oikeudenhoitoon ja syytetyn – ja muiden ihmisten – oikeussuojaa.⁸⁶

Yleisimmillään todistamiskieltojen oikeusperuste on persoonallisuuden oikeussuoja tai *perus- ja ihmisoikeudet*, joihin myös useat edellä käsitellyt oikeusperusteet viime kädessä viittaavat. Lähtökohtana on pidettävä, että lainsäätäjät suorittaa abstraktilla tasolla perusoikeusnormien tulkintaa ja punnintaa suhteellisuusperiaatteen valossa todistamiskielloista säättäessään. Perustuslaisissa eri tavoin turvatut persoonallisuuden suojan ilmentymät implikoivat rikosprosessiin keinon ja tarkoituksen oikeasuhtaisuudesta siten, että räikeä epäsuhta näiden välillä voi johtaa todistamiskieltoon.⁸⁷ Yleisemminkin todistamiskieltojen funktioksi on esitetty menettelyn moraalisen puolustettavuuden edistämistä. Todistamiskielloilla voidaan nähdä olevan relevanssia myös rikosprosessissa tuomittavien rangaistusten hyväksyttävyydelle sekä tuomitun näkökulmasta (erityispreventio) että ns. suuren yleisön luottamuksen näkökulmasta (yleispreventio).⁸⁸ Tämänäsuuntainen argumentaatio on yleensä pohjimmiltaan instrumentalistista, koska se perustuu olettamukseen, että rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuus ja sitä kautta myös tehokkuus yhteiskuntarauhan ylläpitäjänä todella heikkenisi laittomien tai epäluotettavien todisteiden käyttämisen funktiona.⁸⁹

⁸⁴ Ks. mm. *Fitger* 2002 (36:13).

⁸⁵ Ks. *Hormia* 1978 s. 174 ja 176 (sitaatti).

⁸⁶ Ks. *Hormia* 1978 s. 119–120 ja 125–129.

⁸⁷ *Hormia* 1978 s. 186.

⁸⁸ Ks. *Koriath* 1994 s. 43–44. Todistamiskieltojen erityisestävistä funktiosta ks. *Dalakouras* 1988 s. 116–117 ja *Dencker* 1977 s. 57–59 sekä yleisestävistä funktiosta *Dencker* 1977 s. 59 ss.

⁸⁹ Rikosprosessin yleisestävistä funktiosta ks. mm. *Robberstad* 1999 s. 221–222; ks. myös *Tolvanen* 1999 s. 87–88.

4.2 HYÖDYNTÄMISKIELLOT

4.2.1 Käsite ja lähtökohdat

I Todistamiskielloissa kyse on siis abstraktilla tasolla tehdyistä arvo- ja tavoitepäämäärävalinnoista, (rikos)prosessin itserajoituksista, jotka saavat ilmaisunsa yleensä kirjoitetussa laissa. *Hyödyntämiskielloista* puhutaan juuri todistamiskiellojen yhteydessä, mutta kyse ei ole kuitenkaan samasta asiasta. Hyödyntämiskiellot erottaa todistamiskielloista jo se, ettei hyödyntämiskielloista säädetä laissa. Usein hyödyntämiskielto tarkoittaa todistamiskiellon oikeusseurausta: todistamiskiellon rikkomisesta voi seurata kielto hyödyntää todistetta tuomiossa. Toisaalta hyödyntämiskielto voi tulla kyseeseen myös ilman, että menettelyssä olisi loukattu mitään todistamiskielloa. Todistamiskiellon rikkominen ei myöskään automaattisesti johda hyödyntämiskieltoon. Hyödyntämiskiellon määritelmän tulee siten olla laajempi kuin vain se, että kyse olisi todistamiskiellon oikeusseuraamuksesta. Yleisesti määritellen hyödyntämiskielloissa voidaan sanoa olevan kyse siitä, voidaanko kiellonvastaisesti hankittu tai muuten (perus)oikeuksien rajoittamiseen johtava todiste hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon, eli voidaanko sitä hyödyntää (käyttää) todistus- ja tuomioharkinnassa.⁹⁰

Hyödyntämiskiellon asettaminen on ns. *menettelylliseen todistusoikeuteen liittyvä oikeuskysymys*. Todisteen hyödyntämättä jättäminen tarkoittaa käsitteellisesti sitä, ettei todistetta oteta todistus- tai ratkaisuharkinnassa *lainkaan huomioon*. Hyödyntämiskiellon asettaminen merkitseekin todisteen rajamista *formaalilla perusteella* kokonaan oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle. Hyödyntämiskiellotkysymykset eivät siten liity periaatteessa lainkaan ns. intellektuaaliseen todistusoikeuteen tai vapaan todistusteorian mukaiseen todisteen näyttöarvon arviointiin. Näytönarviointia ei voida suorittaa ollenkaan sellaisen todisteen osalta, joka on suljettu pois oikeudenkäyntiaineistosta. Myös muun, sallitun, todistelun ”intellektuaalisessa” todistusharkinnassa tulee lähteä siitä, että pois rajattua todistetta ei oteta lainkaan huomioon (esim. todisteiden yhteisvaikutustilanteissa).

Todisteen hyödyntämisellä voidaan tarkoittaa esille tulleen todisteen liittämistä esitutkintapöytäkirjaan, hyödyntämistä syyteharkinnassa tai esittämistä näyttönä rikosasian tuomioistuinkäsittelyssä. Tällöin näkökulma on lähinnä esitutkintaviranomaisen ja syyttäjän. Toisaalta todisteen hyödyntämisellä voidaan ymmärtää myös tuomioistuimen todistusharkinnassa oikeudenkäyntiaineistoon tarjotulle *todisteelle annettavaa merkitystä*. Tämän mukaan todisteen voidaan sanoa tulleen hyödynnettäväksi, jos sillä on vaikutusta oikeus- tai todistustosi-

⁹⁰ Hyödyntämiskiellon sijasta voidaan yhtä hyvin puhua myös (todisteen) käyttökiellosta.

seikkojen arvioimiseen, tai jos sille ylipäättänsä annetaan jotain relevanssia tuomioperusteiden muotoutumisessa. Viimeksi mainittua, tuomioistuimen viimekätiseen oikeudelliseen ratkaisuvaltaan huomion suuntaavaa näkemystä on pidettävä hyödyntämiskieltoproblematiikan normiteoreettiselta näkökannalta perustellumpana.⁹¹ Todisteen hyödyntämiskielto tarkoittaa tämän mukaisesti sitä, että *tuomioistuin jättää jonkin (relevantin) todistelutuloksen huomioon ottamatta todistusharkinnassa todistamiskiellon tai muun hyödyntämiskieltoa tukevan argumentin perusteella.*

Viimeksi mainittuun näkemykseen sitoutuminen johtaa siihen, että hyödyntämiskiellot voivat olla jossain määrin vaikeasti ennakoitavia poliisille ja syyttäjälle. Esitutkintaviranomaisen oman käsityksen jonkin todisteen sallittavuudesta tuleekin olla luonteeltaan väliaikainen. Oikeusturvasyyt vaativat, että varsinainen tai lopullinen oikeudellinen päätöksenteko rikosprosessissa tapahtuu vasta tuomioistuintasolla.⁹² Todisteiden hyödyntämisen kannalta kuitenkin myös esitutkinnassa ja syyteharkinnassa suoritetaan jossain määrin *lopullista*, tosiasiallista (ennakoivaa) oikeudellista ratkaisutoimintaa. Näin tapahtuu, jos esitutkintaviranomainen tai syyttäjä jättää jonkin todisteen hyödyntämiskiellon vastaisena tai muulla perusteella pois tutkintaineistosta. Tällöin mahdollisen virheen vaikutus katkeaa eikä hyödyntämiskielto-ongelma tule enää tuomioistuimessa esiin.

Hyödyntämiskiellot jaetaan vakiintuneesti *itsenäisiin ja epäitsenäisiin*, joskaan se ei ole käsitteellinen välttämättömyys.⁹³ Itse näen jaottelun käytännössä toimivana ja perustan jatkon esityksen osittain tälle erottelulle. Käytännössä useat hyödyntämiskiellot ovat sikäli *epäitsenäisiä*, että todisteen hyödyntämisen kielto edellyttää aikaisemmin tapahtunutta todistamiskiellon rikkomista. Tällaiset hyödyntämiskiellot aktualisoituvat vasta todistamiskiellon primäärifunktion eli todisteen hankkimista rajoittavan tarkoituksen pettäessä. Epäitsenäisen hyödyntämiskiellon tarkoituksena on korjata retrospektiivisesti tapahtunut virhe siten, että kiellonvastaisesti saadun seikan esittäminen ja virheen eneneminen estetään oikeudenkäynnissä.

Itsenäinen hyödyntämiskielto perustuu muuhun kuin edeltävään todistamiskiellon rikkomiseen: sen sijaan sen konstituoi prospektiivinen arvio todisteen tulevan hyödyntämisen oikeudenvastaisista seurauksista. Itsenäisen hyödyntämiskiellon tarkoitus on estää oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja/tai muita perusoikeuksia vaarantavan todistelutuloksen hyödyntäminen näyttonä.⁹⁴ Itse-

⁹¹ Ks. *Hormia* 1978 s. 256–257. Näin myös *Koriath* 1994 s. 21 ja *Eisenberg* 1999 s. 95–96.

⁹² Ks. *Dalakouras* 1988 s. 134 sekä jäljessä jaksossa 4.2.3 (s. 227) hyödyntämiskieltopunninnan oikeusvarmuudesta esitettävää.

⁹³ Epäitsenäisestä ja itsenäisestä hyödyntämiskiellosta ks. *Lundqvist* 1998 s. 28 s., *Pölönen* 1997a s. 155, *Koriath* 1994 s. 22 ja 25, *Dalakouras* 1988 s. 107–108 sekä *Schlüchter* 1998 s. 8–10.

⁹⁴ Ks. *Dencker* 1977 s. 10 ja 109 ja *Dalakouras* 1988 s. 108.

näinen hyödyntämiskielto liitetään kirjallisuudessa tyypillisesti poliisin epäkonventionaalisiiin tutkintam metodeihin kuten todisteprovokaatioon, peitetoimintaan tai yleisemmin pakkokeino toimivaltuuksien ylittämiseen tai väärinkäyttöön.⁹⁵ Lisäksi itsenäiset hyödyntämiskiellot voivat tulla kyseeseen yksityishenkilön laittomien todistelutoimien seurauksena sekä erityisesti yksityiselämän ydinalueelle kohdistuvien todistelutoimien yhteydessä. Kaikissa tapauksissa itsenäisiä hyödyntämiskieltoja perustellaan suoraan perus- tai ihmisoikeusloukkauksilla (-rajoituksilla), jotka aiheutuisivat todisteen hyödyntämisestä.⁹⁶

Teoriassa itsenäiset hyödyntämiskiellot voidaan nähdäkseni ainakin osittain perustaa perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin. Tässä suhteessa erityistä relevanssia on perusteella, jonka mukaan ”*lailla ei voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta.*”⁹⁷ Asiallisesti tätä perusoikeusrajoitusta voidaan tehokkaasti täydentää ja suojata estämällä perusoikeuksien ydinalueen suojaa loukkaavien todisteiden käyttö todisteena. Perusoikeuksien ydinalueen määrittely voi luonnollisesti aiheuttaa rajanveto-ongelmia, mutta periaatteessa esim. henkilökohtaisen koskemattomuuden, yksityisyyden tai viestinnän luotamuksellisuuden perusoikeuksien keskeistä sisältöä koskevat loukkaukset voivat aktualisoitua myös käytännössä. Näiden (tai muiden) perusoikeuksien olennaiset loukkaukset voidaan nähdä niin merkittävinä, että loukkausten katsotaan sellaisenaan johtavan itsenäiseen hyödyntämiskieltoon (jopa ilman, että tukeuduttaisiin punnintaratkaisuun).

Pohdinnanarvoinen näkökohta – vaihtoehtona itsenäisen hyödyntämiskielon asettamiselle – voi tosin erityisesti yksityiselämän reuna-alueita koske-

⁹⁵ Käytännössä ns. epäkonventionaalisilla toimivaltuuksilla tarkoitetaan lähemmin välikäsen käyttöä, soluttautumista, poliisiprovokaatiota (rikos- tai todisteprovokaatiota), valeostoja, valvottua läpilaskua, tiedottajien (”vasikoiden”) käyttöä, sekä ns. front storen (poliisin bulvaaniyrityksen) käyttöä. Ks. mainituista toimintatavoista lähemmin *Piispanen* 1998 s. 183–190 ja *Jokela* 2002 s. 178–184. Ks. myös *Lundqvist* 1998 s. 231 ja 248, *Lindberg* 1997 s. 216 ja *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 165–166. EIT:n oikeuskäytännössä ratkaisussa *Teixeira de Castro* 9.6.1998 on katsottu (39 §), että rikosprovokaation avulla saatujen todisteiden (poliisimiesten todistajanlausumat) hyödyntäminen tuomioperusteissa oli EIS 6 art. vastaista, kun poliisit toiminnallaan aktiivisesti yllyttivät kantelijaa rikoksen tekemiseen. Ihmisoikeustuomioistuin totesi selvästi, ettei yleinen rikosvastuun toteuttamisintressi oikeuta käyttämään rikosprovokaation avulla saatuja todisteita; ks. ratkaisusta mm. *Lundqvist* 1999 s. 903–911, *Virolainen* 1998 s. 263 s. ja *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 103.

⁹⁶ Ks. *Dalakouras* 1988 s. 139, jonka mukaan itsenäiset hyödyntämiskiellot perustuvat perusoikeuksien, ihmisarvon ja yleisen persoonallisuuden oikeussuojan suojeluun. Kirjoittajan näemyksen mukaan viimeksi mainittujen osalta voidaan edelleen suorittaa jaottelu yksityiselämän ydinalueeseen, keskeisalueeseen ja reuna-alueeseen. Pääsääntöisesti itsenäinen hyödyntämiskielto koskisi vahvasti kahta ensiksi mainittua, kun taas vain persoonallisuuden oikeuspiirin reuna-alueille sijoittuvat intressit väistyisivät helpommin rikosvastuun toteuttamisintressin tieltä hyödyntämiskieltopunninnassa. Ks. *Dalakouras* 1988 s. 48–57 ja 138–147.

⁹⁷ *PeVM* 25/1994 vp. s. 5. Ks. rajoitusedellytyksestä *Viljanen, V-P.* 2001 s. 38 ja 229–250, jonka mukaan perusoikeuden ydinalueen suoja on sääntöluonteista ja absoluuttista. Kyse ei siis ole punninnasta, vaan joko/tai -luonteisesta määrittelystä siitä, ollaanko perusoikeuden ydinalueella vai ei.

vissa menettelyloukkauksissa olla se, että *oikeudenkäynnin ja oikeudenkäyntiaineiston julkisuudelle asetettavat rajoitukset* saattavat riittää 'neutraloimaan' tietyn todisteen hyödyntämisestä aiheutuvaksi arvioidut oikeudenloukkaukset. OikJulkL 5b §:n 1 momentin mukaan esim. tuomion perusteluissa ei pääsääntöisesti saa käsitellä tietynlaisia salassa pidettäväksi säädettyjä tietoja, jollaisia tietoja JulkL 24 §:n 1 momentin 26 kohdan mukaan ovat esim. tiedot rikoksesta epäillyn, asianomistajan tai muun rikosasiaan liittyvän henkilön yksityiselämää käsittelevistä arkaluonteisista seikoista samoin kuin tiedot rikoksen uhrista, jos tiedon antaminen loukkaisi rikoksen uhrin oikeuksia tai hänen muistoaan tai läheisiään.

II Tässä jatkotarkastelun lähtökohtana on, että tietyt erityisen suojelunarvoiset intressit samoin kuin perus- ja ihmisoikeutena voimassa oleva oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin sekä tuomioistuimen yleinen velvollisuus perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan voi oikeuttaa tuomioistuimen – tarvittaessa todistamiskielloista riippumattomaan – *hyödyntämiskielлон tapauskohtaiseen asettamiseen*. Vastaavalla tavalla kuin perusoikeusmyönteisessä laintulkinnassa, kyse on nimenomaan yksittäistapauksissa aktualisoituvien tapaustekijöiden lähemmästä punninnasta (erilaisten hyödyntämiskieltoargumenttien valossa). Kyse ei ole ensisijaisesti normin asettamisesta, vaan eri suuntaan puhuvien intressien välisestä punninnasta siten, että rikosvastuun toteuttamisintressi yhtäältä ja erilaiset oikeusturva- ja perusoikeusintressit toisaalta voisivat toteutua optimaalisella tavalla kussakin konkreettisessa tilanteessa.⁹⁸

Tuomioistuimessa laillista oikeudenkäyntiaineistoa on (vain) pääkäsittelyssä esitetty aineisto (ROL 11:2). Esitutkintapöytäkirja ei sellaisenaan kuulu oikeudenkäyntiaineistoon. Esitutkintapöytäkirja voi kuitenkin tulla oikeudenkäyntiaineiston osaksi OK 17:11:n tai 17:32.2:n kautta. Hyödyntämiskieltoyksymysten jatkotarkastelun näkökulma lähteekin tässä pääsääntöisesti *tuomioistuin-kuulusteluissa aktualisoituvasta tilanteesta, jossa asianosainen saattaa tai pyrkii saattamaan esitutkintakertomuksen osaksi oikeudenkäyntiaineistoa OK 17:11:n tai 17:32.2:n perusteella*. Kyse on tilanteista, joissa välitöntä henkilötodistelua ei joko enää voida suorittaa tuomioistuimessa (OK 17:11.2), tai joissa kuulusteltava tuomioistuinlausunnossaan poikkeaa siitä, mitä hän aikaisemmin (esitutkinnassa, syyteharkintavaiheessa tai tuomioistuimessa) on kertonut, tai jos kuulusteltava selittää, että hän ei voi tai halua lausua mitään asiassa (OK 17:32.2). Hyödyntämiskieltojen kannalta mainittuja tilanteita tarkastellaan yhtäältä erilaisten esitutkinnan virhetilanteiden (esim. kuulusteltavan oikeuksista ilmoittamatta jättämisen) ja toisaalta tiettyjen absoluuttisesti suojeltavien todistamiskieltointressien (esim. lähiomaissuojan) valossa. Hyödyntämiskieltoyksymykset voivat aktualisoitua pääkäsittelyn henkilötodistelussa myös

⁹⁸ Normin asettamis -luonteen hyödyntämiskieltojen ratkaisut voivat tosin saada siinä vaiheessa, jos ratkaisulinja vakiintuu niin selvästi, että voidaan puhua (uudesta) todistamiskiellosta.

”omaehtoisesti” siten, että kyse ei ole esitutkinta-aineiston hyödynnettävyydestä, vaan nimenomaan (vasta) oikeudenkäynnissä esitettävästä todisteesta (esim. kielletystä kysymyksestä tai kuulusteltavan vaitiolovelvollisuudesta).

Useimmissa tilanteissa todistamis- ja hyödyntämiskieltoperusteita tarkastellaan kuitenkin juuri *OK 17:11:n ja 17:32.2:n soveltamista rajoittavina tekijöinä* – todistamis- tai hyödyntämiskiellot voivat estää esitutkintapöytäkirjan tuomioistuimessa lukemisen tilanteissa, jossa lukeminen muuten voisi tulla *OK 17:11:n tai 17:32.2:n* perusteella kyseeseen. Näin rajattuna *todistamis- ja hyödyntämiskielto*kysymykset näyttäytyvät *nimenomaan myös tuomioistuimessa suoritettavan henkilötodistelun kysymyksinä*. Esitutkintapöytäkirjan lukemisen estäminen vaikuttaa olennaisella tavalla henkilötodistelun etenemiseen ja muotoutumiseen. Kyse on henkilötodistelua henkilöllisesti ja asiallisesti rajoittavista tekijöistä. Kuten sanottu, jatkotarkastelussa sanotulla tavalla rajattu henkilötodistelun hyödyntämiskielto (*OK 17:11:n tai 17:32.2:n soveltamisen kielto*) voi perustua joko esitutkinnassa tapahtuneeseen virheeseen, tai – itsenäisesti ja absoluuttisesti suojeltavien intressien tapauksessa – tulla kyseeseen myös tilanteissa, jossa esitutkinta on ollut kaikin puolin asian- ja lainmukainen.

III Mainittujen kuulusteluja rajoittavien tilanteiden oikeudelliseen arviointiin ei voida siirtyä aivan suoraan. Hyödyntämiskieltoja tulee ensin tarkastella yleisemmältä tasolta. Lähtökohta hyödyntämiskieltoyksymysten tarkastelulle on Suomessa ”hankala”: selvä pääsääntö on meillä toistaiseksi ollut, että todistamiskiellon rikkomisesta ei ole yleensä katsottu seuraavan kieltoa hyödyntää todistetta näyttönä tuomioistuimessa. Todistamiskielloilla ei siis ole katsottu olevan sellaista imperatiivista luonnetta, että niiden rikkomisesta seuraisi hyödyntämiskieltoa tai automaattisesti edes pitävää muutoksenhakuperustetta. Perinteisesti lienee katsottu, että esim. laittoman kotietsinnän tuloksena takavarikoituun esinetodisteeseen voidaan vedota näyttönä syytteen tueksi. Myös painostamalla saatuun esitutkintakertomukseen on periaatteessa (ollut) mahdollista vedota näyttönä OK 17:32.2:n sallimissa rajoissa. Hyödyntämiskiellon on katsottu seuraavan ainoastaan oikeusviranomaisten erittäin törkeästä menettelystä todisteen hankkimisessa, esim. kun todiste on hankittu kiduttamalla tai muuten ihmisarvoa loukaten. Tämä kenties vahvin hyödyntämiskieltonormi perustuu kirjoittamattomaan tavanomaiseen oikeuteen.⁹⁹

⁹⁹ Elementaarinen todistamiskielto voitaneen ainakin osittain perustaa myös YK:n kidutuksen ym. vastaiseen yleissopimukseen (SopS 59–60/89), jonka 15 artiklan mukaan: ”Jokainen sopimusvaltio huolehtii siitä, *ettei mitään* lausuntoa, joka todetaan saadun kidutuksella, *käytetä todisteena* oikeudellisissa menettelyissä, paitsi kidutuksesta syytettyä vastaan todisteena siitä, että sellainen lausuma on annettu.”

Muulta osin suomalainen pitkälti sääntelemätön oikeustilanne on eurooppalaisesti harvinaislaatuinen. Lundqvist on osoittanut mm. kansainvälisen rikosyhteistyön sekä erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen osaltaan asettavan tosiasiallisia rajoituksia todisteiden hankinnalle ja käytölle. Ks. *Lundqvist* 1998 s. 228–230 ja erit. av. 32:ssa viitattu kirjallisuus. OikApuL 27 §:n

Myös EIT:n ratkaisukäytännöstä on tehtävä sellainen johtopäätös, ettei laitomasti hankitun todistusaineiston hyödyntäminen oikeudenkäynnissä sellaisenaan merkitse oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä edellyttävän EIS 6 artiklan loukkaamista. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuiden valossa on toisaalta myös selvää, että syyksilukevan tuomion perustaminen *yksinomaan tai pääosin* laittomasti hankitulle näytölle voi olla ongelmallista ihmisoikeuksien (fair trial) kannalta.¹⁰⁰ Pääsääntöisesti EIT on kuitenkin jättänyt hyödyntämiskieltokysymykset kansallisesti ratkaistaviksi.

Suomessa hyödyntämiskiellon soveltamista koskevia tulkintoja ei voi juurikaan perustaa laintasoiisiin oikeuslähteisiin, vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön tai edes yleisesti systematisoituneeseen oikeustieteelliseen käsitteistöön.¹⁰¹ On valitettavaa, että todistamiskieltoproblematiikan ehdottomasti keskeisin ongelma eli kysymys siitä, tuleeko todistamiskiellon rikkomisesta seurata todisteen hyödyntämiskiello, on pitkälti kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä sivuutettu ja edelleen vailla selvää vastausta.

Sikäli kun hyödyntämiskielloja on kirjallisuudessa käsitelty, on perinteisesti tyydytty katsomaan, että riittävä seuraamus todistamiskiellon rikkomisesta olisi todisteen näyttöarvon jollain tavoin normaalia kriittisempi arviointi, so. todisteen näyttöarvon madaltaminen.¹⁰² Argumentoinnissa saatetaan myös viitata hyödyntämiskiellon soveltamisen aikaansaamiin vaikeisiin käytännöllisiin tai psykologisiin ongelmiin, jotka kohtaavat ratkaisijaa eli yleensä käräjätuomaria.¹⁰³ Kerran tietoon saadun seikan huomiotta jättäminen ja 'tietoisuudesta pois pyyhkiminen' onkin luonnollisesti kognitiivisesti vaativa tehtävä. Sama asia voitaneen ilmaista siten, että aineellisen totuuden periaatteen voidaan nähdä vaikuttavan 'painavammin' silloin, kun tietty todiste on jo esitetty ja otettu

2 momentin mukaan suomalaisten viranomaisten onkin noudatettava oikeusapua antavan ulkomaan viranomaisen antamia määräyksiä mm. luovutetun tiedon käytön rajoituksista (esim. missä rajoissa luovutettua tietoa saa käyttää muissa prosesseissa). Säännös voi siten de facto tarkoittaa nimenomaisesti velvoittavaa todistamiskielloa (näin *Lundqvist* 1998 s. 232). Ratkaisussa KHO 21.11.2000 dnro 2388/2/99 katsottiinkin, ettei vieraan valtion oikeusapuna antamia tietoja saanut käyttää lahjaverotuksessa – ratkaisussa tiedon *hyödyntämiskiello* perustettiin suoraan oikeusapua antaneen vieraan valtion asettamiin ehtoihin, joita OikApuL 27.2 §:n mukaan on noudatettava. – Ks. myös apulaisoikeuskanslerin päätös 23.9.2002 dnro 574/1/01, jonka tapaustiedoista ilmenee, että tutkinnanjohtaja oli tuomittu tuottamuksellisesta virkavelvollisuuksien rikkomisesta, kun hän ei ollut vangitsemisasiassa rajannut tuomioistuimelle esitettävää aineistoa siten kuin oikeusaputeitse tiedot antanut Sveitsin valtio oli edellyttänyt, ja ylipäättensä salannut tällaiset erityisrajoitukset tuomioistuimelta. Yleisesti oikeusapumenettelyistä ks. *Helminen ym.* 2002 s. 61–74.

¹⁰⁰ Ks. *Pellonpää* 2000 s. 373–374, *Helminen ym.* 2002 s. 107 ja *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 103.

¹⁰¹ *Hormia* 1978 s. 303. Hormian tutkimus on tietysti itsessään vakiinnuttanut käsitteistöä. Usean todistamis- ja hyödyntämiskieltokysymyksen voi silti edelleen katsoa olevan Suomessa varsin täsmennyttömän.

¹⁰² Vrt. esim. *Lappalainen* 1988 s. 143, jossa käsitellään esteellisen todistajankertomuksen ”jälkihoitoa”. Kirjoittajan kanta tuntuu sittemmin muuttuneen ”hyödyntämiskielloystävällisemmäksi”, ks. *Lappalainen* 2001a s. 232.

¹⁰³ Ks. mm. *Jonkka* 1992a s. 48.

vastaan, verrattuna tilanteeseen, jossa seikkaan ja sen todistukselliseen merkitykseen voidaan suhtautua vain hypoteettisina arveluina ennen sen esittämistä. Tuomari on psykologisesti vaikeassa päätöstilanteessa, koska hänen tulee kyetä suorittamaan todistusharkinta siten, että kielletyn todisteen merkitys ja näyttöarvo eliminoiduu yhtä hyvin subjektiivisesta harkintaprosessista kuin myös 'auki kirjoitettavista' ja julistettavista tuomioperusteista.

Toisaalta, tuomari kohtaa vastaavia tai ainakin lähes vastaavia ristiriitatilanteita jatkuvasti muutenkin vapaaseen todistusharkintaan pohjautuvassa näytönarvioinnissa, eikä mainittua hyödyntämiskiellosta johtuvaa psykologista dilemmaa tässä suhteessa tule pitää ainut- tai erityislaatuksena.¹⁰⁴ Ei ole mitään syitä epäillä, etteivätkö tuomarit olisi kykeneviä hyödyntämiskielloa tarkoittavan näyttöaineiston erottelun tekemiseen tuomioperusteita laatiessaan.¹⁰⁵

Oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on viime aikoina esitetty enemmän tulkintakannanottoja ja ratkaisuja, joissa todisteen hyödyntämiskiellon turvaavien intressien on katsottu olevan merkittävämpiä kuin todisteen merkitys aineellisen totuuden löytämisessä. Tällaista 'uudempaa' ajattelua edustaa erityisesti Virolainen, joka katsoo, että *vapaan todistelun periaate on usein liian kevein perustein asetettu hyödyntämiskiellon edelle*. Vapaan todistelun periaatetta ei ts. saisi automaattisesti tulkita siten, että se oikeuttaisi aineellisen (tai prosessuaalisen) totuuden tavoittelun nimissä hyödyntämään todistamiskiellojen vastaisesti tai muuten laittomasti hankittuja todisteita oikeudenkäynnissä. Todistusharkinta olisi siis vapaata vain siltä osin, kun kyse on laillisesti tuomioistuimen arvioitavaksi saatetuista todisteista.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Erityisesti preklusiosäännöksen soveltaminen (siviiliprosessissa) on kognitiivisena suorituksena pitkälti verrattavissa tietyn todisteen huomiotta jättämiseen (ks. *Hirvonen* 1995 s. 449). Toisaalta myös tilanteet, joissa rikosasiassa järjestetään uusi pääkäsittely (ROL 11:2.1:n mukaan tällöin tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se, mitä on esitetty tässä käsittelyssä) tai jossa juttu on palautettu ylemmältä oikeudelta uuteen käsittelyyn, voivat de facto tarkoittaa ensimmäisellä alioikeuden käsittelykerralla kertyneen aineiston hyödyntämiskielloa. Vastaava ongelmatilanne tulee vastaan silloinkin, jos syytettyä vastaan on aikaisemmin ollut jotenkin asiaan liittyvä rikosprosessi, mutta se on päättynyt lainvoimaiseen syyttömäksi julistamiseen. Ks. tästä problematiikasta *Eisenberg* 1999 s. 181–185. Vrt. *Pölönen* 1997a s. 169 s. 'tietoisuudesta pois pyyhkimisen' ongelmallisuudesta lausuttuun – tältä osin sallittakoon kirjoittajalle oikeus muuttaa aikaisemmin esittämänsä näkemystä.

¹⁰⁵ Ks. *Lundqvist* 1998 s. 180 ja 320. Hyödyntämiskiellon asettaminen esitetyille ja ennen kaikkea jo vastaanotetulle todisteelle voi periaatteessa johtaa tuomioistuinta kohtaan suuntautuviin puolueettomuusepäilyihin (ks. problematiikasta mm. *Grünwald* 1966 s. 500–501). Itse en näe menettelyä tältä osin ongelmallisena erityisesti siihen lähtökohtaan viitaten, että todisteen hyödyntämisen torjumisen tulisi tapahtua yksinomaan syytetyn eduksi. Puolustuksella muutoksenhakuintressiä – tai intressiä jäävätä tuomioistuin – ei luonnollisestikaan ole, jos jonkin syytettyä vastaan puhuvan todisteen käyttö on estetty. Käytännössä lautamieskokoonpanossa ainakin objektiivista puolueettomuutta puheenjohtaja voi edistää estämällä etukäteen sellaisen todisteen esittäminen, jonka hän katsoo joka tapauksessa olevan hyödyntämiskelvoton: näin ainakaan lautamiehet eivät tule tuntemaan kielletyn todisteen sisältöä.

¹⁰⁶ Ks. *Virolainen* 1998 s. 425 ja *Virolainen* 2000a s. 677. Myös *Ervo* 1996 s. 75 – nimenomaisesti hyödyntämiskielloista puhumatta – korostaa ihmisoikeuksien tosiasiallista kunnioittamista ja

*Hyödyntämiskielto*kysymykset onkin syytä irrottaa vapaan todistelun piiristä: laillisen oikeudenkäyntiaineiston ylittäviltä osin käytettävissä olevien todisteiden hyödynnettävyyttä tulee arvioida todistelulle nimenomaisesti asetettujen oikeudellisten esteiden ja niiden taustalla vaikuttavien oikeusturva- sekä perus- ja ihmisoikeusaspektien näkökulmasta. Tutkimuksellisen teesin voi ilmaista tämän neljännen luvun osalta seuraavasti: *todistelun 'vapaudella' ei voi perustella tai sallia mielivaltaista todistelumenettelyä*. Käytännössä sanottu tarkoittaa, että edellä jaksossa 3.4.1 (s. 144) kuvatun vapaan todistusteorian ensimmäistä osaelementtiä (tuomioistuimen rajoittamatonta oikeutta käyttää todisteena mitä tahansa todistuskeinoa tai tosiseikkaa) ei voida hyväksyä sellaisenaan.

Aikaisempi 'nihkeä' suhtautuminen hyödyntämiskieltojen asettamiseen selittyy pitkälti suullis-pöytäkirjallisen menettelyn luonteella. Menettelyssä kuulusteltavien kertomukset muunnettiin kirjallisiksi pöytäkirjauksiksi, ja tätä kirjallista aineistoa kartutettiin pitkin prosessia. Tuomioistuimen kokoonpanot saattoivat myös muuttua kesken alioikeuskäsittelyn, jolloin uusi tuomari perehtyi asiaan nimenomaan pöytäkirjatun aineiston kautta. Vastaavasti hovioikeuksissa käsittely perustui alioikeuden asiakirjavihkoon. Tällaisessa järjestelmässä hyödyntämiskieltojen asettaminen oli vaikeaa, koska käytännössä hyödyntämiskieltojen asettaminen olisi saattanut edellyttää "pöytäkirjan sivujen pois repimistä". Suullis-pöytäkirjallisessa tuomioistuintuottuissa on ollut yleisemminkin nähtävissä tietynlaista virallistoimintoisuutta ja ainakin angloamerikkalaiseen oikeuskulttuuriin verrattuna jopa tiettyä 'salamyhkäisyyttä'.¹⁰⁷ Tuomion perusteet eivät suullis-pöytäkirjallisessa menettelyssä nimittäin näyttäyty yhtä avoimilta kuin jury-menettelyissä, joissa valamiehistö ratkaisee jutun saman todistusaineiston perusteella kuin mikä on esitelty esim. tuomioistuinyleisölle. Tähän verrattuna uudistettukin rikosprosessimme on angloamerikkalaista esikuvaa "virallistoimintoisempi" ja vähemmän avoin – meillä ainakin osa asian ratkaisevasta tahosta eli tuomioistuimen puheenjohtaja on usein perehtynyt esitutkinta-aineistoon jossain määrin ennen oikeudenkäyntiä. Akkusatorinen (käsittelyperiaatteen leimaa) menettely mahdollistaa hyödyntämiskieltojen asettamisen joka tapauksessa huomattavasti aikaisempaa "helpommin". Kun menettely on nyttem-

suojaamista. Vastaavasti von Eyben 1986 s. 214 pitää joustamatonta suhtautumista hyödyntämiskieltojen asettamiseen valitettavana. Ks. myös *Lehtimaja* 1980 s. 466–468, *Lindberg* 1997 s. 213 ja *Lundqvist* 1998 s. 257 ja 226: "Det förhållandet att ett bevis, som åtkommit eller uppdragits i strid med en rättsregel eller en rättsgrundsats, kan användas berättigar inte med nödvändighet slutsatsen att det får utnyttjas."

Vrt. *Robberstad* 1999 s. 177–178, jossa kirjoittaja tuntuu katsovan inkvisitoriseen prosessiin (jollaisena hän pitää Norjan rikosprosessuaalista järjestelmää) sellaisenaan kuuluvan vahvan pääsäännön, että kaikki todistelu on sallittua. Itse en voi yhtyä näkemykseen Suomen osalta ensinnäkään sen takia, että edellä todetuin tavoin (ks. jaksossa 2.3.3.2 s. ?) en pidä Suomen järjestelmää ytimeltään inkvisitorisena. Toinen vastaväite Robberstadin kantaa vastaan perustuu siihen, että esim. Saksan rikosprosessi – joka on selvästi inkvisitorinen järjestelmä – tunnustaa hyödyntämiskieltoja hyvinkin suuressa määrin.

¹⁰⁷ Ks. myös *Lappalainen* 1993 s. 38–39 vanhan suullis-pöytäkirjallisen menettelyn taipumuksesta passiivoida tuomareita.

min myös hovioikeuksissa pitkälti suullista ja välitöntä, mahdollistuu hyödyntämiskieltojen soveltaminen myös muutoksenhakuvaiheissa (ja sitä kautta alioikeuksissa) entistä helpommin.

Yleisellä tasolla edeltävää hyödyntämiskielloille myönteistä 'teesiä' perustelee se, että pitkistä perinteistä ja vahvasta tavanomaisoikeudellisesta statuksesta huolimatta *vapaan todistelun periaatteella ei ole suoraa perustaa perustuslais- sa, tai muutenkaan välitöntä perusoikeuksien suojelufunktiota* – toisin kuin useilla todisteen hyödyntämiskielon puolesta puhuvilla perusteilla. Ylipäätän- sä vapaan todistelun periaate käsitteenä on sikäli ongelmallinen, että sillä on perusteltu ja edelleen perustellaan perusoikeuksien rajoituksia oikeudenkäyn- nissä. Teoreettisesti asiaa tarkastellen vapaa todistelu prosessissa ei kuitenkaan ole sellainen perusoikeuksien rajoitusedellytys, joka aina täyttäisi kaikki rajoi- tuksille yleisesti asetettavat edellytykset (lailla säättämisen vaatimus, täsmälli- syys- ja tarkkarajaisuusvaatimus, rajoitusperusteen hyväksyttävyyysvaatimus, perusoikeuden ydinalueen koskemattomuusvaatimus, suhteellisuusvaatimus, oikeusturvavaatimus ja ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimus; ks. edellä jaksossa 2.4.1 s. 69).¹⁰⁸

Prosessuaalisin perustein toteutettavat (perus)oikeuksien rajoitukset lienee silti mahdollista kiinnittää yleisemmin prosessin yhteiskunnallisiin tehtäviin tai tavoitepäämääriin, mitä kautta tällaisten perusoikeusrajoitusten voinee sanoa olevan mahdollisia myös ilman mainittujen rajoitusedellytysvaatimusten täyt- tymistä. Asian luonteesta täytyy esim. itsestään johtua, että perusoikeuksia voidaan tietyssä määrin rajoittaa mm. rikosoikeudenkäynnin – lähemmältä sisällöltään sääntelemättömässä – henkilötodistelussa rikosvastuun toteutta- misintressissä (esim. velvoittamalla kuulusteltava henkilö paljastamaan itsensä tai perheenjäsenensä yksityiselämän suojan piiriin kuuluvia seikkoja). Samalla rikosprosessissa kuitenkin yleensä suojellaan ja turvataan toisten perusoikeuk- sien (horisontaalista) toteutumista. Päinvastainen, jokaisessa oikeudenkäynti- menettelyn vaiheessa ja jokaisessa toimenpiteessä tarkasti perusoikeuksien ra- joitusedellytyksistä kiinni pitävä näkemys ei olisikaan mainitussa asiayhteydes- sä millään tasolla mielekäs.¹⁰⁹ Selvänä kuitenkin pidän, että tämän 'epäkohdan' eli rikosoikeudenkäyntimenettelyn luonnostaan aiheuttamien perus- ja ihmis-

¹⁰⁸ KKO:n ratkaisu 1999:50 on valaiseva perusoikeuksien rajoitusedellytysten olemassaolon tärkeydestä: ratkaisussa kiellettiin verinäytteen ottaminen isäksi väitety (kuolleen) henkilön omaisilta isyyden selvittämiseksi, koska laissa ei ollut säädetty tarkoitettua henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puuttuvasta rajoituksesta. Se seikka, että vastaanpuhuvina argumentteina oli myös tärkeitä perusteita (lapsen oikeus saada tieto biologisista vanhemmistaan), ei KKO:n mielestä sallinut punnintaratkaisun tekemistä kyseisten intressien välillä – ratkaisu perustui 'suoremmin' perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin. 'Riittävää' ratkaisulle oli jo se, ettei perus- oikeusrajoituksesta ollut säädetty laissa. Ks. tältä osin ratkaisusta *Viljanen, V-P.* 2001 s. 98–101.

¹⁰⁹ Läheisesti tässä puheena olleeseen ajatuksenkehittelyyn liittyen vrt. *Viljanen, V-P.* 2001 s. 102–104.

oikeusrajoitusten minimointiin – tai pikemminkin optimointiin muihin intresseihin suhteutettuna – täytyy aktiivisesti pyrkiä. Yhtenä merkittävänä keinona perusoikeusrajoitusten (ja suoranaisten perusoikeusloukkausten) vähentämiseen näen hyödyntämiskieltojen asettamisen kiellonvastaisesti hankituille tai muuten oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen tai muihin epäsuhtaisiin perusoikeusrajoituksiin johtaville todisteille.

Parannusta hyödyntämiskieltoyksymysten selvittämiseksi voivat merkitä myös näyttökysymysten perusteluille asetettavat vaatimukset: Hyödyntämiskiellon merkitys korostuu samalla kun näyttökysymyksen perusteluiden laadulle asetetaan entistä pidemmälle meneviä vaatimuksia.¹¹⁰

4.2.2 Hyödyntämiskieltoteorioista ja ratkaisumalleista

Periaatteessa kysymykseen siitä, tuleeko todistamiskiellon rikkomisesta seurata hyödyntämiskiellon asettaminen, voidaan asennoitua ainakin kolmella eri tavalla (jos hyödyntämiskiellon aktualisoitumisen kokonaan torjuva näkemys sivuutetaan): a) rikkomisesta seuraa aina hyödyntämiskielto, b) kysymyksen ratkaisu jätetään muutoksenhakutuomioistuimelle tai c) hyödyntämiskielto ei välttämättömyydellä seuraa todistamiskiellon rikkomisesta, vaan asia ratkaistaan yksittäistapauksittain alioikeudessa.¹¹¹

Ensimmäistä näkemystä voi perustella (rikos)prosessioikeuden muutosidonnaisuudella eli vaatimuksella siitä, että menettelyn on aina täytettävä tietyt lain vähimmäisvaatimukset. Näkemys ei kuitenkaan vastaa likimainkaan vallitsevaa oikeuskäytäntöä ja se syrjäyttää aineellisen totuuden tavoittelun periaatteen niin suurissa määrin, ettei siihen voi kaikissa tilanteissa *sellaisenaan* yhtyä¹¹² (ks. kuitenkin lähemmin jäljessä jaksossa 4.2.5 esitettävää). Toinen näkemys, joka vierittää vastuun hyödyntämiskieltoyksymyksistä muutoksenhakutuomioistuimelle, ainoastaan lykkää ongelmaa eikä tarjoa suoraan mitään positiivista ratkaisusääntöä. Näkemyksessä on vahvasti edustettuna tuomioistuinten oikeutta luova tai modifioiva tehtävä. Hyödyntämiskieltoyksymyksissä tätä viimeksi mainittua seikkaa, johon yleensä Suomessa on suhtauduttu varsin torjuvasti, ei sinänsä ole syytä lukea näkemuksen haitaksi,¹¹³ vaikka muutoin

¹¹⁰ Ks. Virolainen 1998 s. 425 ja Huovila 1999 s. 1171 s. Ks. mm. KKO 1984 II 114, jossa juttu palautettiin alioikeuteen näyttöratkaisun perustelemattomuuden johdosta sekä EIT:n ratkaisu *Hirvisaari* 27.9.2001 (EIS 6 art. loukkaus ratkaisuiden perustelemattomuuden johdosta).

¹¹¹ Ks. *Koriath* 1994 s. 31 ss. Ks. myös *Ervo* 2001a s. 421.

¹¹² Ks. mm. *Dencker* 1977 s. 14 ja *Dalakouras* 1988 s. 111–112.

¹¹³ Erityisesti EIT:n oikeuskäytäntö on tuonut – ja voi vastaisuudessaakin tuoda – rikosprosessiin sellaisia dynaamisia muutospaineita, joiden käsittelyyn ja ennaltaehkäisyyn tuomioistuinten tulkintakannanotot soveltuvat joustavuutensa puolesta erinomaisesti. Tuomioistuinten PL 3 §:n 2 momenttiin perustuva riippumattomuus tarkoittaa myös, että tuomioistuinten tulee saada

ratkaisumalli siis onkin ”tyhjä”.¹¹⁴ Kolmas näkemys on hajanaisin, monipuolisin ja vaikein – joskin myös kiinnostavin.

Viimeksi mainittuun näkökulmaan eli yksittäistapauksellisiin hyödyntämiskieltoratkaisuihin liittyen hyödyntämiskieltojen asettamisen voi ajatella tapahtuvan joko abstraktisti muotoillun normin tai periaatteen mukaan tai yksittäistapauksellisen intressipunninnan kautta. Hormia suhtautuu väitöskirjassaan useissa eri yhteyksissä kielteisesti formaalisti muotoiltuihin hyödyntämiskieltoihin ja puoltaa näiden osalta ongelmakeskeistä, pragmaattista lähestymistapaa. Myös Lundqvist puoltaa tiettyä elastisuutta hyödyntämiskieltojen soveltamisessa ja suhtautuu hyödyntämiskielton soveltamisesta esitettyihin teorioihin vain suuntaa-antavina harkinnan lähteinä.¹¹⁵ Edelleen Virolainen kannattaa intressivertailun pohjalta suoritettavaa tapauskohtaista punnintaa rikosvastuun toteuttamisintressin ja syytetyn oikeusturvaintressien välillä.¹¹⁶ Ongelmakeskeinen lähestymistapa moniulotteiseen hyödyntämiskieltoproblematiikkaan tuntuukin perustelluimmalta.

Abstraktisti tapahtuvan hyödyntämiskieltofunktioiden luokitteluiden ongelmana on, että ongelmanratkaisu pyrkii perustumaan johonkin tai joihinkin yksiselitteisiin kriteereihin. Perustelumalli on yksinkertaistava, mistä syystä kutakin kieltofunktiota vastaan on helppo löytää vasta-argumentteja. Esim. saksalaisessa keskustelussa (epäitsenäisten) hyödyntämiskieltojen funktioiden on katsottu löytyvän eri teorioiden mukaisesti mm. joistakin seuraavista: 1) moraalinen funktio, 2) erityisestävyyden korostamis -funktio, 3) yleisestävyyden korostamis -funktio, 4) kurinpitofunktio ja 5) oikeussuoja (tai -turva)funktio.¹¹⁷

Rikosprosessin moraalista moitteettomuutta korostava näkemys edellyttää valtion omilta toimilta eettisesti puolustettavissa olevaa menettelyä. Eettinen

päittää muun ohella myös todisteiden hyödyntämiseen liittyvistä kysymyksistä itsenäisesti. Tässä harkinnassa tuomioistuimet ovat luonnollisesti vapaita käyttämään kaikkia perustelluiksi katsomiaan argumentteja, mm. perus- ja ihmisoikeusnäkökohtia.

¹¹⁴ Lähtökohtaisesti hyödyntämiskieltoratkaisua on pidettävä oikeudellisena ratkaisuna, oikeuskysymyksenä, jonka vääränlainen tulkinta voi sinänsä olla muutoksenhakuperuste. Eri asia on, missä määrin hyödyntämiskieltoratkaisu voidaan samaistaa yleisiin muutoksenhakuperusteisiin tai erottaa niistä. Menettely, jossa yhtäältä evätään hyödyntämiskielton mahdollisuus mutta toisaalta pidetään mainittua päätöstä – mahdollisesti palautuksen aiheuttavana – muutoksenhakuperusteena, olisi tosin kestävä: tällöinhän alioikeus tulisi tekemään tietoisesti laittoman ratkaisun. Toisaalta hyödyntämiskieltoargumentit ovat voimassa myös rikoksen esitutkinnassa, jolloin ennakoitavat valitusperusteet eivät voi olla pohdinnassa määrääviä: voihan myös olla, ettei esitutkinta koskaan edes johda oikeudenkäyntiin. Hyödyntämiskieltoratkaisua ei siis sellaisenaan voi perustaa muutoksenhakukriteereihin, vaan todisteen sallittavuutta koskevien argumenttien tulee olla itsenäisesti kunkin tuomioistuimen (ja oikeusasteen) pohdittavissa. Ks. lähemmin *Lundqvist* 1998 s. 166, *Dalakouras* 1988 s. 109–112 ja *Dencker* 1977 s. 16–21.

¹¹⁵ Ks. *Lundqvist* 1998 s. 240 ja 241. Saksalaisista todistamiskielton ja hyödyntämiskieltojen yhdistävistä teorioista kriittisesti ks. *Koriath* 1994 s. 25 s.

¹¹⁶ Ks. *Virolainen* 1998 s. 426. Samansuuntaisesti myös *Peters* 1966 s. 147, *Dencker* 1977 s. 114 ja *Dalakouras* 1988 s. 121 s.

¹¹⁷ Jaottelu *Lundqvistin* 1998 s. 165–166.

hyväksyttävyys on luonnollisesti toivottava rikosprosessin ominaisuus, mutta yksistään sillä ei hyödyntämiskieltoja voi perustella: rikosprosessin yhtenä keskeisenä tehtävänä on nimittäin sosiaalisen järjestyksen ylläpitäminen rangaistuksia rikoksiin syyllistyneille tuomitsemalla, ei moraalisen 'ylivertaisuuden' osoittaminen sinänsä. Erityisestäävyyttä korostava ajattelumalli lähtee siitä, että syytetyn ei tule kokea kärsineensä vääryyttä valtiovallan taholta, koska tällöin hän ei välttämättä hyväksy ratkaisua, ja rangaistuksen erityisestääv vaikutus jää saavuttamatta. Näkemys perustuu liiaksi – empiirisesti todistamattomalle – ajatukselle rikostuomioiden käyttäytymistä ohjaavasta vaikutuksesta, jotta sitä voisi hyväksyä yleiseksi hyödyntämiskiellojen perustelevalle teoriaksi.¹¹⁸ Viimeksi mainittu vasta-argumentti pätee yhtä lailla hyödyntämiskieltojen yleisestäävyyttä korostavaan teoriaan (jonka mukaan rikosprosessin auktoriteetin ja siten myös tehokkuuden nähdään laskevan epäasianmukaisen menettelyn funktiona).¹¹⁹

(Poliisin) ohjaus- tai kurinpitofunktio -ajattelu näkee hyödyntämiskieltojen perustelun siinä, että sitä kautta voidaan estää jatkossa tapahtuvat poliisitoiminnan epäasianmukaisuudet – koska poliisin ei kannata enää ryhtyä laittomiin toimiin menettelyn 'hedelmien' tullessa torjutuiksi. Näkemystä on helppo vastustaa väittämällä, että rikosvastuun toteuttamisintressiä ei voi 'kuitata' yksinomaan tällä viranomaistoimintaa ohjaavalla perusteella, joka ei edes ole luonteeltaan vertailukelpoinen niihin arvoihin/tavoitepäämääriin nähden, joihin kriminalisoinneilla (ja niiden tehoisaksi tekevillä menettelysäännöillä) tähdätään. Kurinpitofunktion tehokkuutta ei myöskään ole saatu luotettavasti empiirisesti vahvistettua.¹²⁰

Oikeussuoja-ajattelu perustuu oikeusvaltiokäsitykseen, jonka mukaan valtion tulee paitsi huolehtia rikosten selvittämisestä, myös tietyistä tätäkin arvokkaammista intresseistä. Näkemysten 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 tarkoitettu sovellettavaksi ehdottomasti siten, että kaikenlaisia menettelyvirheitä pidettäisiin sanotulla tavalla hyödyntämiskiellojen aiheuttavina, vaan har-

¹¹⁸ Lähemmin erityisestäävyydestä ks. esim. Tolvanen 1999 s. 81 ss.

¹¹⁹ Yleisprevention tehon 'mittaamisessa' huomioitavista tekijöistä ks. Lappi-Seppälä 2000 s. 60–68.

¹²⁰ Kurinpitofunktion mukainen ajatus siitä, että poliisia estetään 'hyötymästä' virheellisestä menettelystään, ei myöskään ole mitenkään yksiselitteisesti arvioitavissa; poliisin 'hyötyminen' usein – mutta ei kylläkään aina – tarkoittaa nimittäin samalla sitä, että suojellaan ihmisten perusoikeuksia laittomilta teoilta rikosoikeuden keinoin. On tosin huomattava, että virka-aseman väärinkäytön kriminalisoinnin (RL 40:7) edellyttämällä 'hyödyllä' ymmärretään myös virkamiehen virkatehtäviin kuuluvien laillisten tavoitteiden saavuttamisen tavoittelua (näin KKO 2000:112, josta Viljanen, P. 2001b s. 264–265).

kinnassa on mukana suhteellisuusperiaatteen nojalla tapahtuva punninta rikosvastuun selvittämisen intressiä vastaan. Vasta-argumenttina oikeussuojateorialle esitetään yleensä, että virheellisellä menettelyllä aiheutettu vahinko on jo tapahtunut, eikä sitä pystytä enää (ainakaan kokonaan) neutralisoimaan. Argumentti ei kuitenkaan ole osuva, koska oikeussuoja-ajattelun mukainen mahdollisuus todisteen torjumiseksi ei välttämättä edellytä 'vahingon korjaamismahdollisuutta': todistelu saatetaan torjua oikeusturvaa vaarantavana muillakin perusteilla.¹²¹ Mainituista 'teorioista' oikeussuojafunktio on avoimin sisällyttämään itseensä myös muiden teorioiden tarkoittamia näkökohtia, mistä syystä se on valittu jatkotarkastelun lähtökohdaksi.

Edellä sanotut hyödyntämiskieltofunktiotaottelut ovat koskeneet ennen kaikkea epäitsenäisiä hyödyntämiskieltoja. Hyödyntämiskieltooperusteita on pyritty luokittelemaan vastaavalla tavalla myös itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta. Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa¹²² tällaisina itsenäisen hyödyntämiskieltojen konstituioivina näkökohtina on mainittu mm. seuraavat: 1) oikeudenloukkauksen vakavuus (Schweretheorie), 2) prosessuaalisten sääntöjen loukkaus (doppelfunktionellen Prozeßhandlungen -Lehre), 3) oikeuspiiriteoria (Rechtskreistheorie), 4) normien suojelutarkoitus -teoria (Schutzzwecklehre) ja 5) punnintateoria (Abwägungslehre).¹²³ Menettelyllä aiheutetun (tai todisteen hyödyntämisellä aiheutuvan) oikeudenloukkauksen

¹²¹ Ks. *Lundqvist* 1998 s. 166–169.

¹²² Saksalaisen teorianmuodostuksen hyödynnettävyyttä Suomessa vähentää se, että toisin kuin Suomessa, Saksan rikosprosessuaalisessa lainsäädännössä on joitain säännöksiä, joissa selvästi määrätään todistamiskieltoa rikkova todistelutulos hyödyntämiskelvottomaksi. Keskeisin tällainen säännös on StPO § 136a III, joka säädettiin pitkälti reaktiona natsihallinnon käyttämille kidusmenetelmille (ks. lähemmin *Dencker* 1977 s. 34–35 ja *Eisenberg* 1993 s. 91–135). Säännöksen tukeudutaan toistuvasti hyödyntämiskieltoargumentoinnissa tavalla, joka ei Suomessa ole vastaavasti mahdollista. Saksalaisen lainsäädännön (mm. § 393 II Abgabenordnung, § 51 Bundeszentralregistergesetz ja § 7 III Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses) ja runsaamman oikeuskäytännön (mm. BGHSt 14 (1960) s. 358–377; BGHSt 19 (1964) s. 325–334; BGHSt NJW 1988 s. 1037–1039 sekä BverfG 80 (1990) s. 367–383) johdosta jo kysymyksenasettelun lähtökohta Saksassa on 'edennyt' siihen, että jokaisen todistamiskieltonormin rikkomisen seurauksena ei välttämättä pidetä hyödyntämiskieltoa (ks. mm. *Roxin* 1998 s. 181 ja *Eisenberg* 1999 s. 165) – siinä kun meillä kysytään vielä lähinnä, voiko hyödyntämiskieltoja vapaan todistusteorian vallitessa ylipäätään olla olemassa (ks. myös *Lundqvist* 1998 s. 230).

Saksalaisessa oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on johdettu suuri joukko hyödyntämiskieltoja erilaisista menettelynormiloukkauksista (lähinnä normitarkoituksen ja mainitun punnintaopin avulla). Näiden lisäksi myös itsenäinen hyödyntämiskielto voi tulla kyseeseen suoraan perustuslaista johdettavilla perusteilla (näin erityisesti epäillyn perusoikeuksien, oikeusvaltio-ideaalin toteutumisen ja yksityiselämän suojan alueella, mm. päiväkirjojen ja salaisten ääninauhoitusten käytön yhteydessä): Yleisesti syytetyn perusoikeus- tai intiimipiiri jaetaan ns. Sphärentheorien mukaan absoluuttisesti suojattuun ydinalueeseen, intressipunninnan alaiseen keskeisalueeseen sekä reuna-alueeseen (normaalit sosiaaliset kontaktit, jotka eivät nauti erityistä suojaa); ks. *Roxin* 1998 s. 191 ss., *Koriath* 1994 s. 90 s. ja *Eisenberg* 1999 s. 172–173. Suurista eroista huolimatta näen kuitenkin uudemman, punnintaoppia tarkoittavan teorian varsin hyvin meillä sovellettavaksi teoriaksi.

¹²³ Ks. tiivis yhteenveto saksalaisesta teorianmuodostuksesta *Lundqvist* 1998 s. 171–175.

vakavuus on yksi mahdollinen peruste itsenäisen hyödyntämiskiellon puolesta muiden joukossa, mutta yksistään sillä perusteella po. ratkaisua ei voi riittävän perustellusti tai täsmällisesti määrittää. Menettelysääntöjen loukkauksen tosiasiaista sinänsä hyödyntämiskiellon johtava argumentti ei myöskään ole sellaisenaan riittävä, koska hyödyntämiskielto voi seurata muillakin perusteilla kuin prosessuaalisten sääntöjen loukkauksesta.¹²⁴

Abstraktisti revisiomuutoksenhaun ratkaisevana ”testinä” käytettävän ns. *oikeuspiiriteorian* (Rechtskreisstheorie) mukaan revisio-oikeus ja samalla hyödyntämiskielto seuraa silloin, jos todisteiden hankinnassa rikottu oikeuslause oli tarkoitettu suojaamaan syytetyn tai tämän lähimaisten oikeuspiiriä (kuten menettelyn objektiivisuutta tai puolustusoikeuksia tarkoittavia säännöksiä).¹²⁵ Normien suojelutarkoitukseen perustuva teoria on lähellä oikeuspiiriteoriaa, koska siinä mahdollinen hyödyntämiskielto johdetaan (sivuutetun) normin suojelutarkoituksesta: teorian suurin ongelma on tietenkin vaikeudessa määritellä täsmällisesti kunkin normin ’luonnetta’ tai viimekätistä tarkoitusta (joita voi olla useitakin). Pelkästään suojelutarkoituksesta hyödyntämiskieltoratkaisun johtava malli voi myös johtaa siihen, että joissain tapauksissa sinänsä pienet menettelyvirheet voisivat johtaa hyödyntämiskieltoon samalla kun todisteen käyttö sallittaisiin vakavamman oikeudenloukkauksen yhteydessä.¹²⁶

Nykyisin saksalaisessa oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa vallitsevan ns. *Abwägungslehren* (punnintaopin) mukaan hyödyntämiskieltoyksymyksissä on punnittava vastakkain rikosten selvittämisen tärkeyttä ja epäilyllä oikeuksien turvaamista.¹²⁷ Punnintamalli on johdonmukainen epätasnaisten hyödyntämiskieltojen kohdalla puheena olleen oikeussuojafunktiomallin kanssa.

Nykyinen järjestelmä – jossa hyödyntämiskielloista ei säädetä laissa ja niiden asettaminen myöskin käytännössä on poikkeuksellista – saattaa totunnaisesti ensi katsannolta vaikuttaa lainkäytön ennakoitavuuden kannalta paremmalta kuin mihin jatkossa esitettävät ajatukset hyödyntämiskielto-olettamasta ja punnintamallista johtaisivat. Nykymenettelyn ’sokeus’ perusoikeuksien tehokkaille suojelunäkökohdille on kuitenkin niin vakava epäkohta perusoikeusmyönteisen lainsoveltamisen kannalta, että vallitsevaan tilaan ei mielestäni voida tyytyä. Tästä syystä tässä pyritään kehittelemään oikeussuojateorian ja punnintamallin viitoittamaa tietä pitkin suuntaviivoja ratkaisumallille, joka välttää edellä mainitun kritiikin mahdollisimman suuressa määrin. Yleisen ratkaisumallin hah-

¹²⁴ Ks. *Lundqvist* 1998 s. 242.

¹²⁵ Paljon kritiikkiä osakseen saaneesta oikeuspiiriteoriasta ks. mm. *Roxin* 1998 s. 182, *Grünwald* 1966 s. 490 s., *Dencker* 1977 s. 29 ss., *Hormia* 1978 s. 268 ss., *Kleinknecht* 1966 s. 1539, *Eisenberg* 1999 s. 166, *Dalakouras* 1988 s. 124–125 ja *Koriath* 1994 s. 35 ss. Oikeuspiiriteorian ongelmana on mm., että syytetyllä on oikeus muiltakin osin virheettömään menettelyyn, eikä siis vain hänen suojakseen tarkoitettujen menettelynormien noudattamiseen. Toisaalta kaikkien syytetynkään suojaksi säädettyjen normien rikkomisesta ei voi seurata hyödyntämiskieltoa.

¹²⁶ Kriittisesti *Schutzzwecklehrestä* ks. *Lundqvist* 1998 s. 172–174.

¹²⁷ Ks. *Abwägungslehrestä* lähemmin mm. *Dalakouras* 1988 s. 131–138 ja *Eisenberg* 1999 s. 166 s.

mottelu (4.2.3–4.2.6) on välttämätön oikeudenkäynnissä esille tulevien konkreettisten hyödyntämiskielto-ongelmien ratkaisemiseksi (henkilötodistelun ongelmatilanteita tarkastellaan jaksossa 4.3).

4.2.3 Perusoikeusmyönteinen punninta ratkaisumallina

I Hyödyntämiskiellojen soveltamisen *normipohjaksi* on nähdäkseni otettava perus- ja ihmisoikeussäännökset sekä kansallisen lainsäädännön normit oikeudenkäymiskaaressa, rikosoikeudenkäyntilaissa ja esitutkintalainsäädännössä, ja – kuten jo mainittu – ratkaisuheuristiseksi lähtökohdaksi näiden eri lähteiden ilmaisemien oikeusperiaatteiden välinen *punninta*.¹²⁸ Hormia on painottanut hyödyntämiskielto-kysymyksen sidonnaisuutta lainsäädännön tarkoitukseen sekä kannattanut yksittäistapauksellista rikoksen selvittämisentressin ja syytetyn oikeusturvaintressin välistä punnintamallia jo ennen perusoikeusuudistusta, jolloin arvosidonnaisen argumentoinnin mahdollisuudet hyödyntämiskielto-kysymyksissä lisääntyivät suuresti. Hormian näkemyksen mukaan hyödyntämiskieltoratkaisun tulisi olla *teleologinen* siten, että lainsoveltaja jatkuvasti pitäisi mielessään kysymystä siitä, miksi todistamiskielto on asetettu, eli ikään kuin pyrki toimimaan lainsäätäjän käden jatkeena abstraktin todistamiskieltonormin nimenomaisen sääntelyalueen ulkopuolelle jäävissä konkreettisissa yksittäistapauksissa.¹²⁹

Itse en voi sellaisenaan yhtyä viimeksi mainittuun ajatukseen. Edellä (2.2.1) on todettu, että prosessuaalisen tulkintaongelman (kuten juuri todisteen hyödyntämistä koskevan kysymyksen) ratkaisemista tarkoittavan tuomioistuimen päätöksen ei tule määräytyä ns. sanktiomekanismimallin mukaan tai muutenkaan yksinomaan aineellisen rikosoikeuden tavoitteiden perusteella (ks. tästä myös jaksossa 6.1.1). Prosessuaalisen normin tulkinnan tulee sitä vastoin lähteä ensisijaisesti prosessioikeudellisesta kontekstista, jonka yhtenä (keskeisenä) osana tulee ottaa huomioon myös menettelyn oikeudenmukaisuusaspektit. Prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen täyttymisen tulee olla 'itse-näisesti' lainsoveltajan kussakin yksittäistapauksessa arvioitava kysymys. Tässä ratkaisussa ei voida – ainakaan yksinomaan – tukeutua lainsäätäjän tahdon tai tarkoituksen määrittelyyn.

Lähtökohtani on, että hyödyntämiskieltoratkaisun tulee olla sikäli finalistinen, että *huomioon otetaan todisteen hyväksymisestä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle mahdollisesti aiheutuvat negatiiviset seuraamukset*. Useissa tapauksissa tätä tarkoitaviin johtopäätöksiin ei liene mahdollista päästä teleo-

¹²⁸ Tämän lisäksi pidän myös sääntötyypistä hyödyntämiskieltoseuraamusta perusteltuna tiettyissä tapauksissa, ks. tästä lähemmin jaksoissa 4.2.5 ja 4.4.

¹²⁹ Ks. *Hormia* 1978 s. 257 ja 267 ss. Ks. myös *Dalakouras* 1988 s. 121.

logisesti lainsäätäjän abstraktin – mahdollisesti ylimalkaisesti tai epäselvästi ilmaistun – tarkoituksen analysoinnin kautta. Tässä mielessä puhuisin mieluummin hyödyntämiskieltokysymysten *finalistisesta* kuin teleologisesta ratkaisemisesta.¹³⁰ Finalismilla tarkoitan korostaa paitsi aineellisesti suuntautunutta lain ’objektiivisen’ ration analysoinnin ja noudattamisen tärkeyttä, myös yksittäistapauksellista perusoikeusherkkää asennoitumista hyödyntämiskieltokysymysten ratkaisuun. Finalistinen ja yksittäistapauksellinen tarkastelu tuo päätöksentekoon väistämättä juuri sellaista suhteellisuusperiaatteen mukaista punnintaa, jota Hormia on vastustanut.¹³¹

Nähdäkseni Hormian näkemys myös kiinnittää huomion liian yksinomaisesti nimenomaisen todistamiskielton rikkomista tarkoitaviin tilanteisiin ja käsittelee itsenäisiä hyödyntämiskielto-tilanteita perusoikeussuuntautuneen laintulkinta-ajattelun näkökulmasta liian vähäisissä määrin. Hormian hyödyntämiskieltopunninnan pitkälti torjuva katsantokanta on siinä määrin ’lainsäätäjää kunnioittava’, että se ei kaikissa tilanteissa mahdollista tehokasta perusoikeuksien suojelufunktion toteutumista tuomioistuinkäytännössä. Väistämättä jo ’oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin’ käsite on itsessään joustava ja arvostuksiin perustuva, mistä syystä *prosessuaalinen päätöksenteko ei voi aina ohjautua yksinomaan selvien lain säännösten perusteella*.

Nykyään painotetaan yleisesti materiaalisen, so. tosiasiallisen ja sisällöllisen oikeudenmukaisuuden vaatimusta. Tämä näkökulma tulee ottaa huomioon myös todisteen hyödyntämistä koskevissa kysymyksissä. Ratkaisevaa tulee olla menettelykokonaisuuden tosiasiallinen ’reiluus’ syytetyn (ja myös asianomistajan) näkökulmasta. Itse pidän selvänä, että myös – ja itse asiassa erityisesti – todisteen hyödyntämiskysymykset ovat sellaisia tekijöitä, jotka vaikuttavat prosessin reiluuteen. Perusoikeusudistus on siis nähdäkseni muuttanut (myös) hyödyntämiskieltokysymysten arviointia niin paljon, että Hormian viitoittamaa reittiä on kehitettävä eteenpäin vastaamaan perusoikeusmyönteisen laintulkinnan perustavia lähtökohtia.¹³² Tuomioistuimella täytyy olla vallassaan estää muutoksenhaussa selvästi kumoutuvaksi tulevat tai perus- tai ihmisoikeuksia liikaa rajoittavat tai loukkaavat menettelyt hyödyntämiskielto asettamalla.

¹³⁰ Periaatteessa erottelu voitaneen palauttaa ajatukseen laintulkinnan tavoitteista: edellä jaksossa 2.2.1 (s. 27) on erotettu ns. subjektiivinen ja objektiivinen laintulkinta, ja kannatettu lainsäädännön ’objektiivista’ tulkintaa siinä mielessä, että kulloinkin ratkaisevaa tulisi olla lain ratio vallitsevissa oloissa [*ex nunc*] tulkittuna – ei sen sijaan lainsäätäjän ’historiallinen’ tahto lain säätämisen ajankohtana.

¹³¹ Ks. myös Viljanen, V-P. 2001 s. 225: ”Se, että lainsäätäjä on katsonut voivansa säätää tavallisella lailla perusoikeusrajoituksesta suhteellisuusvaatimuksen estämättä, ei vapauta konkreettisesti soveltamistilanteesta ottamasta uudelleen huomioon suhteellisuusvaatimusta, joka tällöin voi esimerkiksi edellyttää lakiin sisältyvien, perusoikeuksiin puuttumiseen oikeuttavien toimivaltasäännösten supistavaa tulkintaa.”

¹³² Myös Lundqvistin hyödyntämiskielto teoria on varsin varovainen eli pitkälti de lege lata -pohjainen.

II Vakiintunut aikaisempaan oikeustilaan kuulunut HM 92.2 §:n tulkinta, jonka mukaan tuomioistuimet eivät saaneet tutkia lain perustuslainmukaisuutta, oli pitkään merkittävä este tuomioistuinten mahdollisuuksille tehokkaalla tavalla suojella ja huomioida kansalaisten perusoikeuksien täysimääräistä toteutumista.¹³³ Perusoikeusuudistuksen myötä tuomioistuimille on nyt kuitenkin annettu huomattavasti aikaisempaa vapaammat kädet itsenäiseen harkintaan vaikeissa intressikollisiotilanteissa. *Perusoikeusmyönteiseen* laintulkintaan johtaneella perustuslain muutoksella (edellä 2.4.2) voidaan nähdä olevan vaikutusta myös hyödyntämiskysymysten ratkaisemiselle: *todisteen hyödyntämisen kieltäminen tai salliminen on nimittäin oikeuskysymys ja sikäli mahdollinen perusoikeustyöväällisen laintulkinnan soveltamisalue*. Arvioitavaksi tulevat erityisesti PL 10 §:ssä tarkoitettuun yksityiselämään¹³⁴ ja viestinnän luottamuksellisuuden suojaan sekä ennen kaikkea PL 21 §:ssä tarkoitettuun oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntivaatimukseen liittyvät näkökohdat.

Perustuslain 106 §:n perusteella tuomarin tulee jättää soveltamatta ilmeisesti perustuslain vastainen normi antamalla etusija perustuslaille. Kyse on aidosta perustuslainmukaisuuden valvontasäännöksestä, vaikka ilmaisu 'antaa etusija' onkin hieman epätasällinen, ja kyse on yksittäistapauksellisesta kontrollista. Tuomioistuimen tulee huolehtia siitä, ettei laintulkinnan lopputulos konkreettisesti ratkaisutilanteessa ole ilmeisesti perustuslain tai perusoikeuksien vastainen. Kyse ei ole lakien perustuslainmukaisuuden arvioinnista yleisellä tasolla, in abstracto, vaan nimenomaan yksittäistapauksittain normin soveltamatta jättämisestä, jos soveltamisen lopputulos juuri kyseisessä tapauksessa johtaisi perustuslain vastaiseen lopputulokseen.¹³⁵ Lainkäyttäjän PL 106 §:n mukainen normikontrolli eroaa perustuslakivaliokunnan etukäteisestä valvonnasta juuri siinä, että tuomioistuimen tulee arvioida lain soveltamisen perustuslainmukaisuutta konkreettisesti oikeustapauksessa, kun taas perustuslakivaliokunnan pohdinta on abstraktimpaa. Viimeksi mainittu ei välttämättä ole voinut ottaa huomioon kaikkia käytännössä mahdollisia perusoikeuksien kollisiotilanteita. Se, että tuomioistuin jättää lain säännöksen PL 106 §:n perusteella soveltamatta, ei näin ollen tarkoita säännöksen mitätöimistä, vaan sitä, että normin soveltamista ei juuri kyseisen tapauksen olosuhteissa pidetä perusoikeuksien näkökulmasta asianmukaisena.¹³⁶

¹³³ Keskustelusta ks. esim. *Ilveskivi* 2000 s. 117 ss.

¹³⁴ Yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamiseen ja suojaamiseen tähtäävien prosessuaalisten normien supistavan tulkinnan kiellosta (ts. vastapainona aineellisen totuuden periaatteelle) ks. *Viro-lainen* 2000a s. 677. Ks. myös *Diesen ym.* 2000 s. 17.

¹³⁵ Ks. *Scheinin* 1991a s. 339 ja *Jokela* 1998 s. 25. Ks. myös EOA:n päätös 1255/4/87, jota on kommentoinut *Piispanen* 1998 s. 186.

¹³⁶ Näin mm. *Viljanen, V-P.* 1999d s. 699 s. ja *Ilveskivi* 2000 s. 124–125.

Periaatteessa PL 106 §:n tulkinta samoin kuin perusoikeusmyönteinen lain- tulkinta yleisemmin voivat johtaa *contra legem* -lopputulokseen. Loppu- tulosta voidaan teoreettisella tasolla justifioida käyttämällä apukonstruktiona käsitystä ns. *normatiivisesta sensuurista*, jota suoritetaan oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen normatiivisten periaatteiden tasolla. Normatiivinen sensuuri kohdistuu erityisesti oikeuden ns. pintatason – eli lähinnä lakien ja muiden säädösten, tuomioistuinratkaisuiden sekä oikeustieteen lausumien sisältämään – uuteen aineistoon.¹³⁷ Rikosprosessin alalla normatiivinen sen- suuri saattaa alistaa lainsäätäjän poliittis-tavoiterationaalit, instrumentaaliset pyrkimykset (kuten vahvasti rikosten selvittämisenintressiä edistämään tarkoi- tetut uudet rikosprosessuaaliset pakkokeinot) yleisemmille ja painavammille oikeusjärjestelmän perusarvopohdinnoille. Tätä kautta lainsoveltaja voi oi- keuden syvemmille tasoille tukeutuen tehdä esimerkiksi sellaisen juridisen ratkaisun, jossa pyritään suojelemaan perus- ja ihmisoikeuksia liiallisilta puuttumisilta, ts. perusoikeusmyönteisen tulkinnan vaikkapa hyödyntämis- kielto asettamalla tilanteessa, jossa esitutkintaviranomaiset ovat tulkinneet toimivaltuusnormia liian yksipuolisesti tai laajentavasti. Perusoikeusnormit samoin kuin valtiosisäiseksi velvoittavaksi oikeudeksi inkorporoidut ihmis- oikeussopimusten säädökset mahdollistavat tällaisen välittömän siirtymän oikeuden pinnanalaisten kerrostumien sisältämiin periaatteisiin (siitä huoli- matta, että mainitut perusoikeusnormit ovat itsessään lainsäätäjän asettamia ja siten oikeuden pintatasolle sijoittuvia 'positivoituneita' normeja).¹³⁸

*Hyödyntämiskielto*ratkaisun perustaminen suoraan PL 106 §:ään näyttäisi kui- tenkin olevan mahdollista vain hyvin marginaalisesti.¹³⁹ Perustuslainvastaisen lain syrjäyttämismahdollisuuden rajaaminen 'ilmeisiin' tapauksiin heikentää olennaisesti säännökseen perustuvaa perusoikeusvalvontaa. Tulkinnanvaraisis- sa tapauksissa tuomari ei saakaan antaa etusijaa perusoikeusnormistolle lain sanamuoto ohittaen. Ilmeisyyden tai tulkinnanvaraisuuden arviointi voi luon- nollisesti aiheuttaa ongelmia. Käytännössä se, että perustuslakivaliokunta on kyseistä lakia ja perusoikeusongelman aiheuttanutta normia käsitellyt ja lausu- nut asiasta, johtanee de facto pitkälti siihen, ettei *ilmeisestä* perustuslainvastai- suudesta enää voida puhua.¹⁴⁰ Esimerkiksi PKL 5a luvun 3 §:ssä yleisesti

¹³⁷ Ks. Tuori 2000 s. 236. Tarkoitettua ns. rajoitussuhteen vastapari on ns. justifikaatiosuhde, jossa oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen periaatteet justifioivat oikeuden pintatason sisältöjä (ks. mt. s. 263). Ks. myös Brusiin 1938 s. 64: "Syvemmin katsoen ei supistava tulkinta näinollen merkitse tuomitsemista "lakia vastaan", vaan ainoastaan lain erillisesti nähtyä kielellistä ulko- kuorta vastaan."

¹³⁸ Ks. Tuori 2000 s. 247.

¹³⁹ Yleisemminkin PL 106 §:n oletettavasti vähäisestä käytännön sovellettavuudesta ks. Hauta- maki 2002 s. 134. PL 106 §:n merkittävyttä hyödyntämiskieltoyksymyksissä vähentää myös se, että sanamuotonsa puolesta säännös koskee vain tuomioistuimia, ei sen sijaan poliisia eikä syyttäjää. Ns. ennakoivia hyödyntämiskieltoja ei siten voida perustaa PL 106 §:ään. PL 22 §, josta lähemmin pian jäljempänä, kuitenkin soveltuu myös esitutkintaviranomaisiin.

¹⁴⁰ Ks. Scheinin 1991a s. 202 ja 205–207, Saraviita 1999a s. 891, Viljanen, V-P. 2001 s. 351–353 ja 358–359 ja Lavapuro 2001 s. 140. Siitä, että perustuslakivaliokunta on lakia käsitellyt, ei kuitenkaan johdu ehdotonta estettä PL 106 §:n soveltamiselle tuomioistuimissa, koska valio- kunta ei välttämättä ole tullut huomioineeksi kaikkia käytännössä esille tulevia tilanteita.

rangaistusasteikkoon viittaamalla mahdollistettua televalvontaa ei voitane (enää) pitää tarkoitettulla tavalla 'ilmeisesti' perustuslain (PL 10.3 §) vastaisena, koska perustuslakivaliokunta on käsitellyt lain perustuslainmukaisuutta (PeVL 7/1997) mm. nimenomaan siltä osin, tuleeko pakkokeinon käyttö sitoa vain perusoikeuden rajoitussäännöksessä lähemmin yksilöityjen rikostyyppien selvittämiseen.

Televalvonta-ongelman osalta siteerattakoon lähemmin mainittua perustuslakivaliokunnan argumentaatiota havainnollisena esimerkkinä edellä sanotusta: "Esitykseen sisältyy se jo voimassa olevasta laista aiheutuva valtiösääntöoikeudellinen ongelma, että esitutkintaviranomaisen oikeus tunnistamistietojen saamiseen ei ole sidoksissa tiettyihin rikostyypppeihin. Kuitenkin hallitusmuodon 8 §:n 3 momentissa on vain tietyin perustein tehty sallituksi säätää lailla välttämättömiä rajoituksia luottamuksellisen viestin salaisuuteen, muun muassa yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta taikka kotirauhaa vaarantavien rikosten tutkinnassa." Tämän perustuslain sanamuodollisen ongelman valiokunta kuitenkin 'selitti pois' sillä, että tunnistamistietojen suojan katsottiin kuuluvan luottamuksellista viestiä koskevan *perusoikeuden ydinalueen ulkopuolelle*. Perusteluilla pyrittiin nähdäkseni oikeuttamaan se, miksi perustuslain selvästä sanamuodosta tässä tapauksessa kuitenkin saisi poiketa: "Valiokunta pitääkin mahdollisena, että luottamuksellisen viestin salaisuutta koskevan perusoikeuden ydinsisällön ulkopuolelle jäävä tunnistamistietojen saamisoikeus ehdotettuun tapaan jää sitomatta tiettyihin rikostyypppeihin, etenkin kun sääntely kokonaisuutena täyttää perusoikeuksien rajoittamisen yleiset edellytykset, kuten vaatimukset sääntelyn tarkkarajaisuudesta ja sääntelyn taustalla olevan perusteen hyväksyttävyydestä. Valiokunta on antanut arvioinnissaan erityistä merkitystä sille, että tunnistamistietojen saaminen vaatisi aina tuomioistuimen luvan ja asianomistajan suostumuksen."¹⁴¹

Tässä in extenso siteerattu kannanotto näyttäisi tarkoittavan, että menettelyn tuomioistuinkontrolli ja yleisesti riittävät oikeusturvatakeet poistaisivat tarpeen noudattaa perusoikeuden rajoituksille asetettuja edellytyksiä sekä tarpeen poikkeuslakimenettelyyn (laki säädettiin VJ 66 §:n järjestyksessä) lievemmäksi arvioitavilta tai vain perusoikeuden 'periferisemmälle' suojelualueelle ulottuvilta puuttumisilta.¹⁴² Ratkaisulla on nähdäkseni kavennettu luottamuksellisen viestin perusoikeuden suojelualaa varsin merkittävällä tavalla, ja joka tapauksessa tehty laajentava tulkinta PL 10.3 §:n sanamuodosta. On tietysti ymmärrettävää, että hyödyntämiskiellon asettaminen PL 106 §:n perusteella on problemaattista enää sen jälkeen, kun tuomioistuinten on 'sallittu' televalvontalupa myöntää. Perustuslakivaliokunnan perustelu

¹⁴¹ Ks. PeVL 47/1996 vp., PeVL 2/1996 vp. ja PeVL 5/1999 vp. s. 2–3. Ongelmasta kriittisesti ks. Rautio 1997a s. 187–193, Pölönen 1997a s. 14–18 ja 121 sekä Pölönen 1997b s. 1216–1219. Vrt. Viljanen, V-P. 2001 s. 55–56 ja 249, joka tuntuu hyväksyvän perustuslakivaliokunnan kuvattua argumentaation.

¹⁴² Perusoikeuksien ydinalueen koskemattomuutta koskevaa ajatusta (yhtenä osana perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä) onkin käytännössä käytetty lähinnä käänteisesti, kuten juuri kuvatussa tapauksessa, ks. tästä Viljanen, V-P. 1999b s. 174–175 ja Viljanen, V-P. 2001 s. 249.

'estää' tosin pitkälti etukäteisenkin perusoikeuskontrollin luvan myöntämisvaiheessa. Tämä näyttää olevan lainsäätäjän arvovalinta. Teoriassa tulkinta ei kuitenkaan voine estää tuomioistuimia soveltamasta PL 106 §:ää ainakaan sellaisissa tilanteissa, joissa sen käsiteltäväksi tulee esitutkintaviranomaisen alun perin itsenäisesti päättämä telepakkokeino, joka vasta jälkikäteen alisteetaan tuomioistuimen käsiteltäväksi.

*III Ristiriidan ilmeisyyttä ja perustuslakivaliokunnan 'tulkintamonopolia' tarkoittavat näkökulmat kuitenkin rajoittavat perusoikeusmyönteisen laintulkinnan soveltamisalaa nähdäkseni vain siltä osin kun kyse on suorasta PL 106 §:n soveltamisesta. Sen sijaan PL 22 §:ssä säädetty julkisen vallan velvoite perusoikeuksien aktiiviseen turvaamiseen, johon perusoikeusmyönteisen laintulkinnan periaatekin nojaa, velvoittaa yleisesti – mm. syyttäjiä ja tuomioistuimia – perusoikeusystävälliseen laintulkintaan, mukaan lukien hyödyntämiskieltoesitysten perusoikeusherkkään ratkaisemiseen. *Velvollisuus perusoikeusmyönteiseen tarkastelutapaan hyödyntämiskieltoesityksissä tarkoittaa, että vapaan todistelun periaatetta ei (enää) voida pitää yhtä aukottomasti voimassa olevana kuin nykyistä perustuslakia edeltävällä ajalla.* Oikeuskysymyksenä todisteen hyödyntämisenkin tarkastelun tulisi kytkeytyä laajempaan prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden ja perusoikeuksien aktiivisen suojelun näkökulmaan.*

Todisteen hyväksymisen torjuminen perusoikeusargumenteilla (esim. oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuden perusteella) ei nähdäkseni nostata esiin kysymystä siitä, että tuomioistuin menisi luvatta lainsäätäjän 'alueelle', tai että menettely olisi vallan kolmijako-opin vastaista. 'Vapaan harkinnan' alueella tapahtuvaa perusoikeusoptimointia ei myöskään voitane missään tilanteessa tulkita kannanotoksi in abstracto minkään nimenomaisen – sallitun todistelun alaa koskevan – säännöksen perustuslainvastaisuudesta – koska lainsäädännössä ei yksinkertaisesti ole tarkkarajaisesti normeerattu todisteiden hyväksymiseen liittyvää problematiikkaa. Perusoikeusmyönteinen tulkinta ei voi olla lakia vastaan, jos laki ei asiasta mitään säädä.

Edellä jaksossa 2.4.3 (s. 94) on todettu, että EIT arvioi todisteiden hyödynnettävyyttä yhtenä oikeudenkäyntikokonaisuuden oikeudenmukaisuuteen vaikuttavana tekijänä. Mainittua ihmisoikeustuomioistuimen linjaa ihmisoikeutena voimassa olevan oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tehokkaaksi suojelemiseksi paitsi voidaan, nähdäkseni myös *pitää* soveltaa perusoikeuspohjaiseen oikeudenmukaisuusharkintaan. Vielä selventäen: *katson tuomioistuimilla olevan perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen laintulkintaan perustuvan velvollisuuden todisteen hyödyntämiskielton tapauskohtaiseen asettamiseen tilanteessa, jossa todisteen hyödyntäminen johtaisi oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen, perus- tai ihmisoikeusloukkaukseen tai muuhun rikoksen selvittämistäintressiin nähden suhteettoman vakavaan perus- tai ihmisoikeusrajoitukseen.* Mainittu harkinta ja sen edellyttämä ratkaisu on tuomioistuimen tehtävä viran puolesta.

Nähdäkseni hyvinkin merkittävä, käytännössä täysin edellä punnintamallista lausutun suuntainen, muutos lainsäädäntömme tausta-ajatuksissa on nähtävissä esitutkinta- ja pakkokeino- ym. lakien muutosesityksessä (HE 52/2002 vp.). PKL 5a luvun 13 §:n tarkoittaman telekuuntelun tai teknisen kuuntelun käytössä syntyvän ns. ylimääräisen tiedon sääntelyn yhteydessä lainsäätäjät yhtäältä toteaa, ettei ylimääräisen tiedon käyttöä *esitutkinnassa* ja esitutkinnan (uudelleen)suuntaamisessa ole tarkoitettu kieltää. Mainitut tiedot rinnastetaan normaaleihin vihjetietoihin.¹⁴³ Vapaan todistelun periaatteen johdosta lainsäätäjät ei myöskään katso perustelluksi säätää ylimääräisen tiedon käyttöä *oikeudenkäynnissä* yleisesti estävää kieltoäännöstä. Tämän jälkeen argumentointi kuitenkin jatkuu seuraavasti: ”Se, että lakiin ei ehdoteta otettavaksi ylimääräisen tiedon käyttöä koskevaa yleistä kieltä, ei tarkoita sitä, että ylimääräisen tiedon käyttö todisteena oikeudenkäynnissä olisi aina sallittua. *Tuomioistuimien voi ilman laissa olevaa säännöstäkin asettaa yksittäistapauksessa käyttökiellon.* Käytännössä asia ratkaistaan arvioimalla ja *punnitsemalla* yhtäältä harkittavana olevalla käyttökiellolla suojattavia etuuksia tai arvoja ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia sekä toisaalta todisteen merkitystä ja pyrkimystä aineellisen totuuden selvittämiseen. Jättämällä ylimääräisen tiedon käyttö *tietoisesti tuomioistuimen tapauskohtaiseen harkintaan* saavutetaan erilaiset etuudet paremmin huomioonottava lopputulos kuin laissa säädettävällä yleisellä käyttökiellolla.”¹⁴⁴ (kurs. PP)

Vaikka kannanotto kohdistuu nimenomaan telepakkokeinoihin, tulee siinä ilmaistulle ajatukselle yksittäistapauksellisesta hyödyntämiskiellonpunninnasta antaa yleisempääkin relevanssia. Edellä sanotun valossa punnintamalli on nähtävänä ’oikeana’ ja ilahduttavasti nyttemmin jopa lainsäätäjänkin tarkoittamana menettelytapana hyödyntämiskieltoesityksissä.¹⁴⁵ Tämän lisäksi korostaisin, että todisteen hyödyntämiskelpoisuutta arvioitaessa entistä enemmän huomiota tulisi kiinnittää siihen, onko syytetylle vastaisen *todisteen hankkimismenettely ollut kaikin puolin menettelysääntöjen mukaista*. Kielteisessä tapauksessa tulisi arvioida virheellisellä menettelyllä aiheutetun perusoikeusrajoituksen tai -loukkauksen laatua ja vakavuutta sekä sen vaikutusta oikeudenkäynnin oikeu-

¹⁴³ Ks. HE 52/2002 vp. s. 27–28. Näin myös Ruotsissa, ks. Lindberg 1997 s. 215. Ks. myös Fredman 2002 s. 80 (av. 5).

¹⁴⁴ HE 52/2002 vp. s. 27–28.

¹⁴⁵ Sanamuotonsa puolesta esityksessä tarkoitettu punnintamalli tarkoittaisi nimenomaan *itsenäisen* hyödyntämiskiellon asettamista – tilanteissa ei ole rikottu todistamiskielloa tai muutenkaan menettelysääntöjä. Pidän selvänä, että vastaavaa punnintaa voi ja tulee suorittaa myös *epäitseenäisten* todistamiskiellojen – sekä rajoitetummin hyödyntämiskielto-olettaman – tilanteissa (kun kyse ei ole absoluuttisista todistamiskielloista). Hyödyntämiskiellonpunnintaa näyttäisi edellyttävän myös Poll 32d § 1 mom.: säännöksen mukaan tuomioistuimien voi asettaa poliisin itsenäisesti suorittaman televalvonnan tai teknisen tarkkailun avulla saatujen ”tietojen käytölle tarpeelliseksi katsomiaan ehtoja.”

denmukaisuudelle, ja punnita näitä näkökohtia rikosvastuun toteuttamisintressiä vastaan.¹⁴⁶

Lähemmin jaksossa 4.2.5 perusteltavalla tavalla erityistä merkitystä voitaisiin tällöin antaa sille, *onko kyse nimenomaisesta todistamiskiellon rikkomisesta* vai muunlaisesta epäsäännöllisyydestä tai virheestä. Edellisessä tapauksessa perusoikeusjärjestelmää ja rikosprosessuaalisen järjestelmän oikeusturvakokonaisuutta sekä eettistä moitteettomuutta edistettäisiin mielestäni parhaiten asettautumalla *lähtökohtaisesti* todisteen hyödyntämiskiellon asettamisen puolelle. Jos kyse ei ole nimenomaisen todistamiskiellon loukkaamisesta, voidaan punnintatilannetta pitää sikäli tasaisempana, että mitään presumptiota hyödyntämiskiellon puolesta tai vastaan ei sellaisenaan omaksuttaisi, vaan pohdittaisiin in casu menettelyvirheen mahdollista vaikutusta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle ja sitä kautta todisteen hyödyntämiskelpoisuudelle.

Syytetyn puolesta puhuvien todisteiden laittomuutta tai virheellisyyttä arvioitaessa huomioon otettavat näkökulmat ovat erilaiset kuin syyttäjän todisteiden hyödynnettävyyden arvioinnissa, koska ensiksi mainitussa tilanteessa syytetyn oikeusturvaintressi voidaan jättää harkinnan ulkopuolelle. Todisteen käyttöä vastaan puhuviksi argumenteiksi jäävät lähinnä ne mahdolliset perusoikeusloukkaukset tai -rajoitukset, joita todisteen hankkiminen tai esittäminen on aiheuttanut/aiheuttaisi esim. rikoksen asianomistajalle tai muille henkilöille. Toisaalta tätä vastustavana argumenttina on syyttömän tuomitsemisen välttämisen – merkittävä – arvo- tai tavoitepäämäärä. Näkisin, että viimeksi mainitusta arvosta/tavoitteesta johtuen syytetyn syyttömyyden puolesta puhuvien todisteiden torjunta on käytännössä lähes mahdotonta. Syytetyn puolesta puhuvien todisteiden torjumista rajoittaa myös equality of arms -periaate, jonka mukaan ”...each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent”.¹⁴⁷ Oikeudenmukaisten puolustautumismahdollisuuksien takaaminen syytetylle on siis itsessään niin merkittävä arvo, että potentiaalisten syytettyä vastustavien todisteiden hyödyntämisen sallimisen tulee vahvan pääsääntöisesti syrjäyttää muut – hyödyntämiskiellon puolesta puhuvat – intressit.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Perusoikeusvaikutusten arvioinnissa tulisi huomioida kaikki syytetyn intressipiiriin koituvat vaikutukset. Epäsuhtainen oikeudenloukkaus voi tehdä sinänsä sallitusta tutkintakeinosta in casu kielletyn (tietenkään sanottua ei voi soveltaa päinvastoin siten, että laissa tuntematon perusoikeuksia rajoittava menettely saisi oikeutuksen siitä, että se arvioitaisiin sinänsä oikeasuhtaiseksi).

¹⁴⁷ Näin EIT ratkaisussa *Dombo Beheer B.V.* 27.10.1993 (33 §). Vrt. *Kleinknecht* 1966 s. 1543, joka perustelee hyödyntämiskielltomahdollisuutta myös syytetyn puolesta puhuvien todisteiden kohdalla käytännöllisellä ”mahdottomuudella” erottaa syytetylle edulliset ja haitalliset todistelementit toisistaan.

¹⁴⁸ Ks. kuitenkin *Fredman* 2002 s. 72 s. asianajajien erikoislaatuudesta asemasta itsekriminointisuojan suhteen. Kirjoittajan mukaan asianajaja ei saa yleensä uhrata päämiehensä intressejä (asianajosalaisuutta) edes siinä tilanteessa, että menettelyllä asianajaja voisi osoittaa oman syyttömyytensä. Päinvastaisen menettelyn Fredman näkee mahdolliseksi silloin, jos kyse on juuri asiakkaan tekemästä ilmiannosta tai pakkotilasta (esim. pidättämisen tai vangitsemisen uhatessa).

Pidän myös perusteltuna itsenäisten hyödyntämiskieltojen johtamista suoraan muistakin perusoikeusargumenteista: esimerkiksi yksityiselämän *ydinalueeseen* kuuluvien syytetyn (tai tämän lähiomaisen) päiväkirjamerkintöjen, arkaluonteisten kirjeiden, salaisten nauhoitusten tms. käyttämisen todisteena tulisi edellyttää erityisen vahvaa rikoksen selvittämistä, jos kyseisiin todisteisiin vedotaan vastoin niiden suojaamien henkilötahojen suostumusta (ja kun oikeudenkäyntijulkisuuden rajoitusten ei voida katsoa riittävästi suojelevan näitä perusoikeusrajoituksia). Kyseisen tietojen luonteella täytyy olla ratkaiseva merkitys hyödyntämiskieltoharkinnassa – vähäisemmässä määrin yksityiselämän suojaan puuttuvien todisteiden hyväksikäyttö voinee tulla helpommin mahdolliseksi vahvan rikosvastuun selvittämistä johdosta (esim. vakavan virkarikoksen selvittämiseksi).

IV Edellä sanottua vastustava argumentointi, jonka mukaan rikosentekijän tulisi varautua siihen, että hänen perus- tai ihmisoikeutensa jäisivät vain rajoitusti voimaan rikoksen tekohetkestä lähtien, ei ole perusoikeusjärjestelmämme mukainen. On selvää, että rikosentekijän perusoikeuksia voidaan ja pitää rajoittaa rikoksen selvittämiseksi: tarpeellisia pakkokeinoja on käytettävä mm. riittävän todistusaineiston saamiseksi ja seuraamuksen langettamisen varmistamiseksi.¹⁴⁹ Tällöin joudutaan puuttumaan esim. epäillyn tai syytetyn omaisuuden, yksityisyyden ja henkilökohtaisen vapauden suojaan. Kaikkien puuttumisten tulee silti olla oikeassa suhteessa rikosprosessin tarkoitukseen ja toimenpiteen kohteeksi joutuneen henkilön perus- ja ihmisoikeuksiin nähden.¹⁵⁰ Rikosentekijän perusoikeudet eivät ole sillä tavoin rajoittuneita, että hänen oikeutensa oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin – johon kuuluu mm. todisteiden hankkiminen laillisia menettelyitä kunnioittaen – olisi sinänsä jollain tavoin rajoitumpi kuin esim. siviiliasiaa oikeudessa ajavan tai sellaiseen vastaavaan henkilön.¹⁵¹ Kaikilla asianosaisilla on oikeus, perus- ja ihmisoikeus, oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Oikeudenkäynti itsessään ei siten saa olla syytetyn kannalta sellainen 'paha', jolla käydään rikosasian edustamaa 'pahaa' vastaan. Menettelyn täytyy olla laillinen ja kauttaaltaan oikeudenmukainen käsiteltävänä olevan rikosteen pahuudesta ja epäoikeudenmukaisuudesta huolimatta.¹⁵²

Hyödyntämiskieltoyksymysten ratkaisemisen tulisi yleisesti ottaen tapahtua sikäli systemaattisesti, että oikeusvarmuus ei järky yllättävien ratkaisuiden johdosta (tai niiden pelosta). Ylipäättänsäkin prosessuaalisen ongelmanratkaisun tulee tapahtua strukturoidusti siten, että ratkaisu on etukäteen ennakoita-

¹⁴⁹ Ks. mm. *Honig* 1967 s. 39–41.

¹⁵⁰ Ks. esim. *Peters* 1966 s. 140–141.

¹⁵¹ Ks. *Viljanen, V-P.* 2001 s. 104 ss.

¹⁵² Ks. *Lindberg* 1997 s. 198 ja *Ebervall* 2002 s. 90. Kaikkien oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin voidaan perustaa myös PL 6 §:n yhdenvertaisuusperiaatteeseen.

vissa ja sen perusteet jälkikäteen kontrolloitavissa.¹⁵³ Hyödyntämiskieltopunninnan luonne arvostuksiin perustuvana päätöksentekona luonnollisesti vaikeuttaa mainitun ennakoitavuutta korostavan vaatimuksen täyttymistä. Nähdäkseni tässä hahmoteltua perusoikeusmyönteistä punnintamallia voidaan kuitenkin pitää riittävästi oikeusturvaan huomiota kiinnittävänä yleisesti sovellettavissa olevana – suuntaa antavana – normatiivisena ratkaisumallina. Hyödyntämiskieltoratkaisu on mahdollista perustaa sillä tavoin avoimesti mm. perusoikeusargumentteihin, että ratkaisu voidaan asettaa oikeuskäytännössä ja -tieteessä hahmottuneiden perusoikeuspunnintaa tarkoittavien suuntalinjojen mukaiseksi, tai – jos tällaista oikeuskäytäntöä tai doktriinia ei vielä ole riittävästi hahmottunut – joka tapauksessa (oikeusjärjestelmän sisäisesti) ”objektivoituneisiin” ja siinä mielessä eirrationalaalsiin ja ei-yllätyksellisiin argumentteihin.¹⁵⁴

Vaikeutena on ”ensimmäisten askelten ottaminen”, koska tällöin oikeusturvaepäselvyydet ovat suurimmillaan. Toisaalta mitä enemmän (syyttäjät ja) tuomioistuimet ratkovat hyödyntämiskielto-oikeusmyönteisiä perusoikeusmyönteisen laintulkinnan metodia hyväksi käyttäen, sitä matalammaksi hyödyntämiskielto-oikeus ”kynnyksen” laskee, koska uudet ratkaisut voi perustaa jo jossain määrin institutionalisoituneisiin lähteisiin ja kannanottoihin.¹⁵⁵ Myös pian jäljessä perusteltava ajatus ns. hyödyntämiskielto-olettamasta vahvemmin ratkaisun suuntaa ohjaavana ratkaisumallina olisi omiaan vakiinnuttamaan oikeuskäytäntöä yhdenmukaisemmaksi ja ennustettavammaksi.

4.2.4 Todistamiskielto lain säännöksissä

Kuten edellä todettiin, hyödyntämiskielto jaetaan epäitsenäisiin ja itsenäisiin: epäitsenäinen hyödyntämiskielto tarkoittaa tilannetta, jossa todisteen käytön

¹⁵³ Lundqvist 1998 s. 235 ja 241.

¹⁵⁴ Oikeuskäytännössä muovautuvien tyyppitapausten ja peruspunninta-asetelmien vakiintumisen oikeusturva parantavasta vaikutuksesta ks. *Dalakouras* 1988 s. 134 ss. Ks. myös *Peters* 1966 s. 147 ja *Brusiin* 1938 s. 185–186 ja 125: ”Sen seikan tunnustaminen, että tuomari täten saattaa joutua itse muodostamaan ratkaisun pohjaksi pantavan oikeusnormin, ei johda mielivaltaan, kunhan tuomarin harkinta kiinteästi ankkuroidaan historiallisesti muodostuneisiin yhteiskunnallisiin realiteetteihin.”

¹⁵⁵ Ks. myös *Lundqvist* 1998 s. 175 ja *Lavapuro* 2001 s. 145: ”... oikeuden perustavasta periaatteellisuudesta lähtevään oikeudelliseen ajatteluun sitoutuneelle juuri yleiset perusoikeusnormit asettavat oikeudelliset rajat harkinnalle, joka ilman perusoikeuksia olisi positiivisoikeudellisen sääntelyn piiriin vaikeasti saatettavissa. *Perusoikeudet eivät tässä merkityksessä siten vähennä oikeusvarmuutta vaan lisäävät sitä*... Juuri sisällöllisiä johdonmukaisuusvaatimuksia esittävät, yleisten rajoitusedellytysten tyyppiset meta- tai sidosperiaatteet jäsentävät yhteisöllisesti perusteltavissa ja oikeutettavissa olevia ratkaisuja, ja muuntavat oikeudellisesti sidotuksi sen, mikä muuten saattaisi olla oikeuden näkökulmasta harkinnanvaraista.” (kurs. PP) – Ks. myös VKSV 2001 s. 25: ”Ennakkopäätöksillä on oikeuskäytäntöä yhtenäistävä vaikutus ja siten niiden voidaan katsoa edistävän perustuslaissa taattua yhdenvertaisuutta lain edessä.”

torjuminen perustuu edeltävään todistamiskiellon rikkomiseen, itsenäinen hyödyntämiskielto tarkoittaa hyödyntämiskieltoa, joka voi aktualisoitua todistamiskiellosta riippumatta. Epäitsenäisten ja itsenäisten hyödyntämiskieltojen erottamiseksi – ja koska edellä (s. 226) viitattiin siihen, että hyödyntämiskielto-kysymysten tulkinta voisi olla jotenkin erilaista nimenomaisten kielto-tilanteiden rikkomistapausten ja muiden virhetilanteiden välillä – on tarpeen arvioida, mitkä kaikki normit ylipäättensä ovat luettavissa todistamiskieltojen piiriin.

Peters on jakanut prosessuaaliset normit kolmeen osaan hyödyntämiskielto-kysymyksen ratkaisun näkökulmasta: varsinaiset todistamiskieltonormit (ns. Beweisverfolgungsverboten) kieltävät jonkin menettelyn ehdottomasti ja nimenomaisesti. Toisaalta hän jaottelee menettelynormit myös ehdollisiin todistelumenettelykieltoihin (Beweisverfahrensverbotten) tai puhtaisiin todistelusääntöihin (Beweisregelungen). Näistä ensiksi mainittuja ovat sellaiset todistelu-lua rajaavat säännökset, jotka tekevät todistelun sallimisen riippuvaisiksi esim. ulkopuolisen disponoinnista (kuten vaitiolo-oikeuden käytöstä) tai joistain asiallisista edellytyksistä (kuten ”syytä epäillä” -vaatimuksesta pakkokeinolle). Viimeksi mainittuja puhtaita todistelusääntöjä ovat normit, jotka eivät sinänsä rajoita totuudentutkimismenettelyä, vaan jotka vain säättävät noudatettavan menettelyn lähemmästä kulusta. Petersin mukaan hyödyntämiskielto voi perustua vain kahteen ensiksi mainittuun kategoriaan kuuluvan normin rikkomiseen, mutta ei pelkkiin konstitutiivisiin tai regulatiivisiin todistelusääntöihin.¹⁵⁶ Jaot-telun tausta-ajatus on hyödyllinen pohdittaessa hyödyntämiskieltoseuraamusta prosessuaalisen normin rikkomisen seuraamuksena.

Lainsäädännöstämme löytyy joitain säännöksiä (todistamiskieltonormeja), jotka *nimenomaisesti estävät esitutkintaviranomaisia, syyttäjiä ja tuomioistui-mia hankkimasta tietynlaista todistelua*. Tällaisia normeja ovat mm. OK 17:20 ja 22–24:n säännökset todistajana toimimisvelvollisuuden rajoituksista, PKL 5a:10:n ja PolL 31d §:n kuuntelukiellot, ETL 24 §:n kielletyt kuulustelumeto-dit,¹⁵⁷ PKL 4 luvun 2 §:n säännökset asiakirjan takavarikkokielloista sekä OK 17:32.2:n pääsääntöinen kielto käyttää esitutkintapöytäkirjaa todisteena.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ks. Peters 1966 s. 95–96 ja 100–103 sekä mm. Dencker 1977 s. 25 ss., Dalakouras 1988 s. 104–105 ja Grünwald 1966 s. 491–492.

¹⁵⁷ ETL 24 §:n luonnetta todistamiskieltona pohditaan lähemmin jaksossa 4.3.2.

¹⁵⁸ Myöhemmin jaksosta 4.3.1 käy ilmi, että todistamiskielloiksi katsottavia – lakiin kirjaamatto-mia mutta soveltamistarkkuudeltaan ja oikeusseuraamuksiltaan lain säännökseen läheisesti rin-nasteisia – normeja on löydettävissä myös esitutkintapöytäkirjan kiellettyä sisältöä koskevasta ohjeistuksesta/käytännöstä. Selviää todistamiskieltoja tarkoittavat myös tuomarivalan (OK 1:7) velvoite pitää tuomioharkinta salaisena sekä papin rippisalaisuus (KirkkoL 5:2 ja OrtodL 43 §). Myös OK 17 luvun 33 §:n 5 momentissa nimenomaisesti kielletään käyttämästä johdattelevia kysymyksiä pääkuulustelussa – pääsääntöisessä vuorokuulustelujärjestyksessä kyseessä on si-nänsä selvä todistusmetodikielto, mutta todistamiskieltonormina säännös kuitenkin eroaa muista tässä mainituista mm. siinä, että säännöstä on mahdollisuus tehdä poikkeus. Tästä syystä OK 17:33.5:n problematiikkaa käsitellään myöhemmin erikseen (ks. jakso 4.3.6).

Ainakin nämä normit ovat tunnistettavissa todistamiskielloiksi: kussakin säännöksessä on joko *nimenomaisesti kielletty tietty todistelumenettely* eli ilmaistu, mitä ei saa tehdä, tai ilmaistu, mikä oikeuttaa todistamisesta kieltäytymiseen. Sen sijaan lainsäädännöstämme tai muusta normiaineistosta ei löydy yhtään sellaista normia, jossa nimenomaisesti ilmaistaisiin näkemys siitä, tuleeko todistamiskielion rikkomisesta seurata hyödyntämiskielto vai ei.¹⁵⁹ Mainitut säännökset siis ilmaisevat ”vain” sen, millaista todistelua ei saa esittää näyttönä, mutta nämä normit eivät anna menettelyohjetta sitä tilannetta varten, että – syystä tai toisesta – kiellettyä todistelua onkin hankittu, ja sitä tarjotaan todisteeksi rikosasian oikeudenkäynnissä.

Yllä mainitut nimenomaiset todistamiskieltonormit eroavat esim. ’normaaleista’ pakkokeinoedellytysnormeista siinä, että viimeksi mainitut ovat puhtaasti konstitutiivisia, tietyn menettelytavan lailliseksi säätäviä normeja (esim. takavarikosta säätävä PKL 4 luvun 1 §, matkustuskiellosta säätävä PKL 2 luvun 1 § tai televalvonnasta säätävä PolL 31c §). Esimerkin toimivaltuusnormeissa säädetään (positiivisesti) jostain määrätystä noudatettavasta menettelytavasta, mutta niissä ei ole sinänsä kielletty mitään todisteiden hankintaa suoraan liittyvää toimintatapaa. Kuvatonlaisten normien ei voi sanoa olevan todistamiskieltoja.

Lisäksi rikosprosessuaalisesta lainsäädännöstä löytyy normeja, joissa tietty menettelytapa säädetään joko pakolliseksi tai kielletyksi: esim. PKL 4 luvun 8 §:ssä säädetään takavarikoidun asiakirjan avaamiseen oikeutetuista henkilöistä (ja e contrario toimenpiteen suorittamiseksi epäkompetentit henkilöt). Myöskään tällaiset säännökset eivät ole varsinaisia todistamiskieltonormeja, koska kyse ei ole suoraan sallitun todistelun alaa koskevasta sääntelystä, jonka taustalta olisi löydettävissä lainsäätäjän tarkoitusta tiettyjen todisteiden kieltämisestä tai muitakaan samaan suuntaan vaikuttavia näkökohtia. Sinänsä lienee mahdollista, että lukuisien regulatiivisten menettelysääntöjen loukkaus voi tehdä oikeudenkäyntimenettelystä kokonaisuutena katsottuna epäoikeudenmukaisen: tämä ei kuitenkaan vielä tarkoita, että virheiden tulisi konstituoida mitään todistetta koskevaa hyödyntämiskieltoa.

Todistamiskieltonormeiksi en lue myöskään PolHRekL:n tai PKL:n säännöksiä siitä, millaista aineistoa saa tai ei saa tallettaa poliisin ylläpitämiin henkilörekistereihin.¹⁶⁰ Relevantteja säännöksiä mainituissa säädöksissä ovat PolHRekL 12 §, jossa nimenomaisesti kielletään tallettamasta poliisilain mukaisella teknisellä kuuntelulla saatua ns. ylimääräistä tietoa. PKL 5a luvun 13 §:ssä säädetään PKL:n mukaisen telekuuntelun ja teknisen kuunte-

¹⁵⁹ Ks. Virolainen 1998 s. 424–425.

¹⁶⁰ Ks. poliisin henkilörekistereistä mm. Pölönen 1997a s. 77–79. PolHRekL on ehdotettu kumottavaksi ja sen tilalle on ehdotettu säädettävän laki henkilötietojen käytöstä poliisitoimissa, ks. HE 93/2002 vp.

lun käytön yhteydessä syntyneen ylimääräisen tiedon hävittämisvelvollisuudesta ja rekisteröintiedellytyksistä. Nimenomainen kielto on ilmaistu 'negatiivisesti' ilmoittamalla tyhjentyvästi tilanteet, joissa ylimääräisen tiedon saa rekisteröidä: muissa tilanteissa tallenne on hävitettävä, eikä sitä saa luonnollisesti myöskään rekisteröidä. PolHRekL 10 ja 11 §:ssä sääntelytekniikka on vastaava yksittäiseen tehtävään liittymättömien tietojen ("saa kerätä ja tallettaa vain") ja arkaluonteisten tietojen ("silloin, kun"; "ainoastaan silloin, kun") kohdalla.

Säännösten varsinaisena suojelufunktiona on nähdäkseni PL 10 §:n 1 momentissa tarkoitettu *henkilötietojen suoja* (osana laajempaa *yksityiselämän suoja*): henkilötietojen suoja on turvattu subjektiivisena oikeutena juuri yksityiselämän suojan 'kautta'.¹⁶¹ Perusoikeusuudistuksen esitöissä PL 10.1 §:n säännöstarkoitukseksi mainitaan tarve suojata yksilön oikeusturva ja yksityiselämän suoja henkilötietojen käsittelyssä ja käytössä, minkä lisäksi viitataan yleiseen tarpeeseen saada lain tasoista sääntelyä henkilötietojen suoja-
ta.¹⁶² Vaikka henkilötietojen suojassa on siis kyse subjektiivisesta perusoikeudesta, en kuitenkaan näe siitä voitavan johtaa hyödyntämiskieltoperusteita. Kyse on lähinnä vain 'teknisistä' tai regulatiivisista poliisin toimintatapoja säättävistä normeista sen ohella, että lainsäädännöllä taataan tietojenkäsittelyn yleistä asianmukaisuutta. Rekisteröintirajoituksia lieventää lisäksi PolHRekL 22 §, jonka mukaan poliisin henkilörekistereihin rekisteröityjä tietoja saa käyttää muihinkin kuin alkuperäisiin tarkoituksiin poliisilain 1 §:ssä mainittujen poliisin yleisten tehtävien hoitamiseksi. Rekisterirajoitusten ei myöskään ole katsottu rajoittavan poliisin oikeutta harkinnanvaraisesti suunnata tutkintaa uusien tietojen valossa (vaikka itse tietoja ei saisi-
kaan rekisteröidä).¹⁶³

Lundqvistin esitys prosessuaalisten normien ns. suojeluintresseistä havainnollistaa pakottavien menettely- ja oikeusturvasäännösten 'luonnetta' hieman eri näkökulmasta. Lundqvist kytkee (epäitsenäisen) hyödyntämiskielton soveltumisen oikeussäännön tai -periaatteen loukkaamiseen. Yhtäältä loukkaus voi tarkoittaa, että ihmisten perusteltu odotus valtiovallan oikeudettomilta puuttumisilta ei ole toteutunut. Lundqvist tarkoittaa ns. *muodollisella suojeluintressillä* juuri edellä sanottua, ts. sitä, että valtion väkivaltamonopolin tulee aina toimia lakien puitteissa.¹⁶⁴ Toisaalta ns. *aineellisilla suojeluintresseillä* kirjoittaja tarkoittaa yksilön tai laajemman henkilöpiirin suojeluintressejä.¹⁶⁵ Epäillyn tai syytetyn aineelliset suojeluintressit perustuvat akkusatorisen rikosoikeudenkäyntimenettelyn perusteisiin ja ne voi edelleen jakaa aktiivisiin ja passiivisiin.

¹⁶¹ Näin *Viljanen, V-P.* 1999c s. 340 s. Ks. myös *Viljanen, V-P.* 2001 s. 79 s.

¹⁶² Ks. *HE 309/1993 vp.* s. 53.

¹⁶³ Ks. *Pölönen* 1997a s. 76 ja *Pölönen* 2002b s. 1061 av. 28.

¹⁶⁴ Ks. myös *Viljanen, V-P.* 2001 s. 67 siitä, että perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten mukaan (lähemmin lailla säättämisen vaatimuksen mukaan) kaikkia julkisen vallan käyttäjiä koskee vaatimus, jonka mukaan perusoikeutta ei saa rajoittaa, ellei rajoituksesta tai rajoitusvaltuudesta ole säädetty laissa.

¹⁶⁵ Ks. *Lundqvist* 1998 s. 243.

Passiivisia (aineellisia) suojeleuintressejä ovat mm. syytetyn oikeus olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen tai itsensä tuomitsemiseen, oikeus tulla kohdelluksi syyttömänä prosessin aikana sekä yleinen oikeus ihmisarvoiseen kohteluun. Passiiviset suojeleuintressit perustuvat pitkälti syytetyn subjektiasemaan tutkinnassa ja ilmentävät siten perustavia rikosprosessuaalisia arvoja: epäilty ei saa olla vain tutkinnan objekti. Sen sijaan *aktiiviset* suojeleuintressit perustuvat nimenomaan syytetyn asianosaisasemaan, ja niiden tarkoitus on edesauttaa aineellisesti oikeaan lopputulokseen päätymistä. Niinpä syytetyllä tulee olla oikeus kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan puhuvia todistajia kontradiktorisen periaatteen edellyttämällä tavalla sekä oikeus esittää myös omaa todistelua syyttömyytensä puolesta.¹⁶⁶

Lundqvistin käsitteellinen jäsentely kiinnittää huomion todistamiskieltojen erilaisiin suojeleuintresseihin, jotka vaikuttavat – mahdollisesti vaihtelevalla intensiteetillä – hyödyntämiskieltopunninnassa. Erityisesti käsitys ns. muodollisista suojeleuintresseistä johtaa ajatukset seuraavassa jaksossa lähemmin käsiteltäväksi tulevaan näkemykseen rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimuksesta ja siitä seuraavaan hyödyntämiskielto-olettamaan todistamiskiellon rikkomisen seurauksena.

4.2.5 Rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimus ja hyödyntämiskielto-olettama

Rikosoikeudellisen tai rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimuksen – yleisimmässä merkityksessään – ymmärrän siten, että esitutkintaviranomaiset tarvitsevat nimenomaisen lakitasoisen toimivaltuusnormin kaikkiin sellaisiin toimenpiteisiin, joilla puututaan ihmisten perus- ja ihmisoikeuksiin. Tällaisten toimenpiteiden ja menettelyiden suhteen pätee (liberalistinen) sääntö: kaikki mitä ei ole sallittu, on kiellettyä. Mainittu legaliteettivaatimus edellyttää itsestään selvästi myös PL 2.3 §:n mukaista lain ja perustuslain tarkkaa noudattamista.¹⁶⁷ *Rikosoikeudellisen* legaliteettiperiaatteen pääasiallinen vaatimus on rikoslainkäytön lakisidonnaisuus (nullum crimen, nulla poena sine lege), jolla tarkoitetaan lähemmin rikoslainsäädännön perustumista kirjoitettuun lakiin, lain- ja oikeusanalogian¹⁶⁸ kieltoa syytetyn vahingoksi, taannehti-

¹⁶⁶ Ks. Lundqvist 1998 s. 237–238.

¹⁶⁷ Ks. mm. *PeVM* 25/1994 vp. s. 27 ja *Lahti* 1996 s. 932–933. Ks. myös *Koriath* 1994 s. 53 ja 55–56: ”Das Prozeßrecht erklärt, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Formen es zu einer Strafverfolgung, einem Strafverfahren kommen darf, bestimmt also die Voraussetzungen, unter denen dies alles ’zulässig’ ist.”

¹⁶⁸ *Lainanalogialla* tarkoitetaan säännöksen soveltamista sen sanamuotoa laajemmalle tilanteeseen, joka on täysin rinnasteinen säännöksen tarkoittamaan tilanteeseen. *Oikeusanalogialla* tarkoitetaan tilannetta, jossa tapaus ei ole täysin rinnastettavissa lain säännöksessä tarkoitettuun

van rikoslainsäädännön kieltoa sekä rikostunnusmerkistöjen tarkkarajaisuusvaatimusta.¹⁶⁹ *Rikosprosessuaalisella* legaliteettiperiaatteella puolestaan tarkoitetaan syyttäjän syytepakkoa opportunitaettiperiaatteen vastakohtana.¹⁷⁰

Rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimus on käsitteellinen uutuus. Sitä ei tule sekoittaa rikosoikeudelliseen tai rikosprosessuaaliseen legaliteettiperiaatteeseen. Käsitteenä rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimus on läheistä sukua Lundqvistin muodollisille suojeluintresseille. Pidän erillisen käsitteen formulointia tarpeellisena, koska sen avulla rikosprosessuaaliset menettelyt on mahdollista luontevasti kytkeä perusoikeusmyönteisen lain tulkintametodin vaatimuksiin. Toisaalta käsite korostaa myös oikeusturvanäkökohtien itsenäisen suojelun tärkeyttä ja rikosprosessuaalisen järjestelmän omaehtoisia oikeusturvavaatimuksia aineellisen rikosoikeuden vaatimuksista 'erillään' huomioitavina seikkoina. Rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimuksen näkökulmasta todistamiskieltoja koskevat normit voidaan ymmärtää viranomaisille (negatiivisesti) suunnatuiksi 'sallimisnormeiksi': viime kädessä koko rikosprosessuaalisten normien kokonaisuus ilmaisee sen, mitä esitutkintaviranomaiset ovat oikeutettuja tekemään rikosvastuun toteuttamisintressistä vastuuta kantaessaan. Käsite on käyttökelpoinen nimenomaan hyödyntämiskieltoyksymysten perusteluna, koska se korostaa myös muita todistelujärjestelmän tausta-arvoja kuin perinteinen vapaan todistusteorian argumentointi, joka huomioi lähes yksinomaan vain aineellisen totuuden ja rikoksen selvittämisen intressit.¹⁷¹

Olellainen kysymys todistamiskieltojen yhteydessä on, onko olemassa yhtä tai useampaa kriteeriä, jonka tai joiden perusteella todistamiskiellosta voitaisiin sanoa seuraavan myös todisteen hyödyntämiskielto. Edellä on katsottu, että näitä kriteereitä tulisi etsiä ja täsmentää rikosvastuun toteuttamisintressin sekä oikeusturva- ja perusoikeusnäkökohtien välisen punninnan kautta. Yllä määritellyllä tavalla ymmärrettävä rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimus voi tosin antaa aiheen jyrkempäänkin suhtautumiseen todistamiskieltoihin. Rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimuksen 'todesta ottama' kanta siitä, että pakottavia menettelysäännöksiä tulee tarkasti noudattaa, johtaa

tilanteeseen, mutta jossa lain henki tai yleiset (mahdollisesti tarkasti formuloimattomat) oikeusperiaatteet puoltavat säännöksen soveltamista. Ks. *Brusiin* 1938 s. 142 ja 156 ss., *Ranta* 2001 s. 155 ja *Aarnio* 1982 s. 106.

¹⁶⁹ Ks. *Frände* 2001 s. 42–62, *Tolvanen* 1999 s. 211 ss. ja *Viljanen, V-P.* 1999b s. 168 s. Ks. myös *Frände* 1989 s. 2–4, *Lahti* 1999 s. 597–598, *Nuutila* 1998 s. 175 s. ja *Melander, S.* 2002 s. 940.

¹⁷⁰ Rikosprosessuaalisesta legaliteettiperiaatteesta ks. *Ignatius* 1900 s. 205–213, *Tirkkonen* 1969 s. 282 ss. ja *Roxin* 1998 s. 84 ss. sekä opportunitaettiperiaatteesta esim. *Jääskeläinen* 1997 s. 12 ss., *Jokela* 2002 s. 203–204 ja *Jonkka* 1992a s. 39 ss.

¹⁷¹ Erityisesti on painotettava, ettei käsitettä tule soveltaa virkarikosten tunnusmerkistön arvioinneissa: virkarikos voi perustua ainoastaan nimenomaisen kieltoäännöksen rikkomiseen, ei sen sijaan yleensä e contrario -vertailuun laissa sallitun, kielletyn tai tuntemattoman menettelyn välillä.

ajatukset siihen, että *epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen kriteereitä voidaan etsiä todistamiskieltoja perusteleavan sääntelyn kokonaisuudesta ja tausta-arvoista.*

Edellä jaksossa 4.1.6 (s. 197–198) todistamiskieltojen keskeisimmät funktiot tiivistettiin neljään pääryhmään: a) rikosvastuun toteuttamisintressiin, b) oikeusturva- ja perusoikeusintressien suojeluun, c) ulkoprosessuaalisten tavoitepäämäärien edistämiseen sekä d) menettelyn eettisen moitteettomuuden turvaamiseen. Arvioitaessa edellä todistamiskielloiksi mainittuja säännöksiä – joita siis ovat ainakin ETL 24 §, PKL 5a:10, PolL 31d §, PKL 4:2, OK 17:32.2, OK 17:20, OK 17:22, OK 17:23, KirkkoL 5:2 ja 6:12, OrtodL 43§ ja OK 17:24 – mainittujen näkökohtien valossa huomataan, että ne toteuttavat samanaikaisesti useampaa todistamiskieltojen perustavaa funktiota. OK 17:20:n voidaan katsoa olevan tarkoitettu yksityisyyden suojelun ohella myös todistelun luotettavuuden takaamiseen, koska säännöksellä poistetaan lähimaisia koskeva ristiriita toden puhumisen ja läheisen henkilön suojeluintressin välillä, ja siten välttää lähtökohtaisesti epäluotettavalta todistelulta. Vastaava tarkoitus on myös OK 17:24:n *nemo tenetur se ipsum accusare* -säännöllä (säännöksen pääsisältö on kuitenkin perustava oikeusvaltiollisen rikosprosessin arvonäkökohta rikoksesta syytetyn asemasta prosessisubjektina). Selvää on, että välillisesti todistamiskielto palvelevat myös rikostuomioiden hyväksyttävyyden eli rikosoikeudellisen sanktiomekanismin toiminnan edistämistä, rikosprosessin eettisestä kestävydestä huolehtimista sekä rikosprosessin asianosaisen eli rikoksesta epäillyn tai syytetyn oikeusturvasta huolehtimista. Kyseessä ovat sellaiset tavoitteet, joita niiden ohjaamalta institutionaaliselta rikosprosessuaaliselta menettelyltä odotammekin. Todistamiskieltojen oikeusperusteet eivät ole helposti ”irrotettavissa toisistaan”. *Sääntely muodostaa pitkälti yhtenäisin kriteerein arvioitavan normikokonaisuuden.*¹⁷²

Rikosprosessin yhteiskunnallisina ’tehtävinä’ tai ’tavoitteina’ on edellä jaksossa 2.2.1 (s. 23) pidetty yhtäläisesti sekä konfliktien ratkaisemista ja rangaistuksen tuomitsemisesta rikoksiin syyllystyneille kuin myös oikeusturva- ja perus- ja ihmisoikeusnäkökohdista huolehtimista. Tämän mukaisesti rikosprosessi on pyritty järjestämään sellaiseksi, että syyllysyyskysymyksen ratkaisemiselle välttämätön aineellinen totuus saataisiin kulloinkin mahdollisimman korkealla todennäköisyydellä esiin. Tässä suhteessa rikosprosessuaalinen menettely ei kuitenkaan ole ideaalinen siinä merkityksessä, että totuus aina löytyisi, tai että sen aina olisi edes tarkoitettu tulevan löydettäväksi. Aineellisen totuuden etsintää rajoittaa prosessin oma ’arkkitehtuuri’, joka ilmenee prosessuaalisina sääntöinä. Prosessille asetettuja laatuvaatimuksia ilmentävät menettelysäännöt muodostavat puitteet rationaaliselle ja oikeudenmukaiselle – joskin

¹⁷² Ks. *Engisch* 1977 s. 80 yleisesti sääntelyration monitulkintaisesta luonteesta (erotuksena ’yhdestä’ identifioitavasta lain säännöksen tarkoituksesta).

aineellisen totuuden kannalta epätäydelliselle – oikeudenkäynnille.¹⁷³ Sanottu vastaa edellä rikosprosessissa viime kädessä tavoiteltavasta ns. prosessuaalisesta totuudesta esitettyä. Rikosprosessuaaliset säännöt ja periaatteet mm. määräävät todistustaakasta (ml. tuomitsemiskynnyksestä), tarjoavat asianosaisille mahdollisuuksia oman näkökantansa argumentointiin, säätävät laillisesta oikeudenkäyntiaineistosta sekä myös *nimenomaisesti siitä, millaista todistelua ei saa käyttää* oikeudenkäynnissä. Rikosprosessin 'varsinaisen' tarkoituksen eli rikosvastuun toteuttamisintressin toteuttamisen on siten ylipäättensä tarkoitettu olevan mahdollista ainoastaan prosessin omien sääntöjen (kuten mainittujen todistamiskieltonormien ja muiden laatuvaatimusta tarkoittavien kriteereiden) puitteissa.

Pakottavien menettelysääntöjen tarkka noudattaminen on (itsestään selvästi) edellytys sille, että niiden taustalla olevat rikosprosessuaaliset ja yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet käytännössä myös realisoituisivat. Prosessuaalisten normien tulkinnassa ei voidakaan kiinnittää huomiota ainoastaan aineellisen totuuden löytymiseen tai rikosoikeudellisen sanktiomekanismin mahdollisimman tehokkaaseen toimimiseen, vaan lainsoveltajan on pyrittävä antamaan suojaa mm. myös syytetyn oikeuksien turvaamisnäkökohdille sekä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen liittyvälle 'eettisen kantavuuden' edistämistavoitteelle. Perustuslakimme yksi ylimmistä periaatteista eli PL 2 §:n 3 momentista ilmenevä lainalaisuusperiaate edellyttää sekä lakien että perustuslakien tarkkaa noudattamista kaikessa virkatoiminnassa.

Tästä näkökulmasta on nähdäkseni perusteltua katsoa, että *todistamiskieltonormien keskeisenä (tausta)funktiona – prosessuaalisten sääntöjen "itsesääntelynä" ja osana menettelyn normien kokonaisuutta – on huolehtia siitä, että kaikkia, vaihtelevia arvo- ja tavoiteperiaatteita ilmentäviä todistus oikeudellisia sääntöjä ja näkökohtia kunnioitetaan ja noudatetaan*. Tästä säännöstason näkökulmasta ajatusta voidaan edelleen jatkaa siihen, että tehokas todistelu-sääntöjen ilmaisemien arvo- ja tavoiteperiaatteiden noudattamisen turvaaminen edellyttää, että *nimenomaisen todistamiskiellon vastaisesti hankittu todiste olisi myös lähtökohtaisesti (prima facie) hyödyntämiskelvoton*.¹⁷⁴ Mielestäni näke-

¹⁷³ Ks. Jonkka 1992a s. 1 ja 134–135: Jonkka näkee rikosprosessioikeuden roolin "oikeusvaltiollisesti oikeusturvaa korostavana ja rikosvastuun toteuttamistavoitetta konkreettisissa tapauksissa rajoittavana". Vastaavansuuntainen näkemys on myös Jääskeläisen 1997 s. 121 ss. ns. *normatiivis-prosessuaalisessa preventioteoriassa*. Ks. myös Grünwald 1966 s. 489: "eine gleichrangige Funktion des Strafprozeßrechts neben der Ordnung der Strafverfolgung auch ihre Begrenzung ist."

¹⁷⁴ Ks. Virolainen 1998 s. 426: "Itse olen valmis kannattamaan sitä, että *todistuskieltoon kuuluisi pääsäännön mukaisesti* myös se, ettei kiellon vastaisesti hankittua todistetta tulisi sallia ottaa huomioon todistusharkinnassa; en siis asettaisi vapaan todistelun periaatetta hyödyntämiskiellon edelle." (kurs. PP). Vastaavasti Jokela 2000a s. 58 (samoin Jokela 2000b s. 534) muistuttaa YK:n vuonna 1990 Havannassa pidetyn kriminaalipoliittisen maailmankongressin päätöslauselmassa syyttäjän tehtävistä sanotusta: "Syyttäjä ei saa käyttää syytetyn ihmisoikeuksia vakavasti loukat-
ten hankittua todistusaineistoa muita kuin niitä vastaan, jotka ovat syllistyneet kyseisiin mene-

mys on perusoikeusmyönteisen laintulkintaperiaatteen perusteltu sovellutus todistamiskieltojen alueella. Näin ymmärretty perusoikeusmyönteinen ajattelu ei loisi suoraan uusia todistelussääntöjä, mutta se kuitenkin ikään kuin muuttaisi suhtautumista jo vanhastaan voimassa olevassa todistuslainsäädännössämme oleviin todistamiskieltonormeihin, ottaisi ne uudella tavalla ”todesta”. Lainkäyttäjillä ei voi olla erivapautta suhtautua nimenomaan todistamiskieltoihin ’leväperäisemmin’ kuin muihinkaan menettelysääntöihin. Säännöt on tarkoitettu noudatettaviksi.

Mainitulla tavalla selväpiirteinen suhtautuminen todistamiskieltoihin edistää pitkällä aikavälillä menettelyn ennustettavuutta ja välittömästi syytetyn oikeus- turvaa. Tarkoitettu asennoituminen todistamiskieltoihin ei nähdäkseni voisi johtaa rikosprosessin oikeudenmukaisuudelle asetettujen vaatimusten toteutu- matta jäämiseen. Päinvastoin, hyödyntämiskiellon asettaminen lähtökohtai- seksi seuraukseksi nimenomaisen todistamiskiellon loukkaamisesta parantaisi syytetyn asemaa ja menettelyn oikeudenmukaisuutta. Itsestään selvä seuraus ja vastapaino näkemyksen hyväksymisestä olisi tietysti rikossyytteen hylkäämi- nen tietyissä tapauksissa sen johdosta, että tietty laillisten menettelymuotojen tuntemattomalla tai vastaisella menettelyllä hankittu todiste jätetään todistus- harkinnassa huomiotta. Mielestäni tämä seuraus olisi kuitenkin useimmissa tapauksissa hyväksyttävä, koska käytännössä esimerkiksi telekuuntelukiellon tai OK 17:20–23 vaitiolosäännösten vastaisesti hankittua todistelua ei usein- kaan tuomioistuimille esitetä.

Sen sijaan OK 17:33.5:n johdattelukiellon rikkomista voi olettaa esiintyvän käytännössä, jäljessä puheena olevin tavoin (ks. jakso 6.2.3.1), suurissakin määrin. Tältä osin – samoin kuin ETL 24 §:n kohdalla – hyödyntämiskielto- olettaman soveltaminen sellaisenaan ei liene mahdollista, koska esikysy- myksenä tulee ratkaista ensinnäkin se, minkä asteinen oikeudenloukkaus johdattelulla on aiheutettu, ja toisekseen, mitä osia lausunnosta johdattelulla on mahdollisesti ’pilattu’. Käytännössä kumpaankaan kysymykseen on mah- dotonta asennoitua lähtökohtaisen jyrkästi (hyödyntämiskiellon puolesta pu- huvana argumenttina), koska muuten koko todistajankuulustelumenettely voitaisiin helposti ja tehokkaasti lamaannuttaa.¹⁷⁵

Esitettyä näkemystä ei myöskään pidä tulkita täysin ehdottomasti: prima facie -oletus hyödyntämiskiellosta ei tarkoittaisi sitä, etteikö poikkeus lähtökohtai- sesta presumptiosta voisi olla mahdollinen. Todisteen hyödyntäminen todista-

telmiin.” Ks. myös *Koriath* 1994 s. 59 ss., *Dencker* 1977 s. 134 ja *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 63 sekä *Dencker* 1977 s. 15 i.f.: ”Wolle man die Verwertung des gebotswidrig herangezogenen Beweismittels gestatten, ”dann würden alle Beweisverbote zu bloßen ”Soll”-Vorschriften hinabgedrückt...””.

¹⁷⁵ Aiheeseen palataan pian lähemmin jaksossa 4.3.2 ETL 24 §:n kannalta ja jaksossa 4.3.6 OK 17:33.5:n kannalta.

miskiellon rikkomisesta huolimatta voi esimerkiksi tulla kyseeseen silloin, kun kyse on erittäin vakavasta tai törkeästä rikoksesta ja/tai kun aktualisoituvan perus- tai ihmisoikeusrajoituksen merkitys ei ole menettelyn oikeudenmukaisuudelle keskeinen. Edellä sanottuun viitaten en silti pitäisi hyväksyttävänä poiketa hyödyntämiskielto-olettamasta säännönmukaisesti ainoastaan rikoksen vakavuuteen eli korkeaan selvittämisisntressiin vedoten: tällöinhän kyse ei enää olisi varsinaisesta hyödyntämiskieltopresumptiosta. Tässä edustettu kanta tarkoittaa, että *lähtökohtaisen tarkastelukulman todistamiskieltojen rikkomistapauksissa tulisi olla oikeusturva- ja perusoikeusintressien suojelemisessa*, ei rikoksen selvittämisisntressin korostamisessa. Ilman erityisen painavia vastasyitä selväksi todistamiskieltonormiksi tunnistettavan säännöksen rikkominen tulisi siten 'sanktioida' hyödyntämiskielto asettamalla.

Ajatus hyödyntämiskielto-olettamasta on yhdenmukainen perusoikeusmyönteiseen laintulkintametodin kanssa, ja se edistää rikosprosessioikeuden sisäistä johdonmukaisuutta. Nimenomaisen todistamiskieltonormin loukkaus (ks. niistä edellä jaksossa 4.2.4) johtaisi *lähtökohtaisesti oikeusturvan puolelle* 'virittyneeseen' *punnintaan*, jossa arvioidaan, riittävätkö rikosvastuun toteuttamisintressiä palvelevat näkökohdat sivuuttamaan syytetyn suosimisen ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteet ja siten 'palauttamaan punnukset vaaka-tasoon, tai kallistumaan toiselle puolelle', mikä mahdollistaisi todisteen hyödyntämisen. Koska kyse kuitenkin on viime kädessä punnintaratkaisuna käsiteltävästä kysymyksestä, tulee mainittua punnintamallia käsitellä vielä lähemmin. Siitä seuraavassa.

4.2.6 Hyödyntämiskieltojen punnintamallin soveltamisesta

Selvää on, että perusoikeusmyönteisesti kallistuneessa hyödyntämiskieltopunninnassa perusjännite vallitsee rikoksen selvittämisisntressin sekä syytetyn oikeusturvanäkökohtien ja perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien välillä. Näiden vastakkaisten näkökohtien yhteensovittamisen tai punninnan tulee aina tapahtua siten, että oikeudenkäynnistä muodostuu kaiken kaikkiaan oikeudenmukainen.¹⁷⁶ Toistaiseksi lausuttu on ollut varsin abstraktista. Puhe on myöskin ollut pääosin vain tilanteista, joissa menettelyllä on loukattu jotain nimenomaista todistamiskieltonormia. Konkreettisempaa ongelmanratkaisua ajatellen tässä jaksossa pyritään lähemmin *erittelemään hyödyntämiskieltoyksymyksen punnintaratkaisussa mahdollisesti käytettäviä argumentteja ja näkökohtia*. Pitkälti samat näkökohdat soveltuvat paitsi edellä puheena olleiden epäitsenäisten hyö-

¹⁷⁶ Ks. edellä jaksossa 2.4.3 (s. 94 av. 308) EIT:n ratkaisusta *Khan* 12.5.2000 ilmenevästä oikeusohjeesta, jonka mukaan tuomioistuinten tulisi harkita nimenomaan menettelyn oikeudenmukaisuusnäkökohtia arvioidessaan laittomasti hankitun todistelun sallittavuutta näytönä.

dyntämiskielto-tilanteiden arviointiin (eli mahdolliseksi perusteiksi hyödyntämiskielto-olettamasta 'vapautumiseksi'), myös itsenäisten hyödyntämiskielto-tilanteiden ratkaisargumenteiksi.

Reunahuomautuksena mainittakoon kuitenkin ensin punnintamallin soveltamista yleisesti rajoittavasta näkökohdasta. Tarkoiton ns. *elementaarisia todistelumenetelmäkertoja* eli niin räikeitä ihmis- tai perusoikeuksien loukkauksia todisteen hankkimisessa, joista ainoa mahdollinen todistuslauseellinen seuraamus on todisteen hyödyntämiskielto.¹⁷⁷ Koska elementaaristen todistämiskieltojen ilmaisemien perusarvojen loukkaamista ei sallita missään tapauksissa, ei varsinaisesta punninnasta näiden arvojen kohdalla voida puhua.¹⁷⁸ Yleisemminkin edellä tarkoitetut *absoluuttiset todistämiskielto* tarkoittavat *de facto* (sääntöluonteista) todisteen hyödyntämiskieltoa, jolloin punnintaratkaisu ei tule kyseeseen.

Useassa (mm. myöhemmin jaksossa 4.3 käsiteltävässä) tilanteessa konkreettisen lähtökohdan tulee olla, että *luovutaan ajatuksesta kiinteistä kriteereistä, joiden vallitessa voitaisiin yksiselitteisesti sanoa hyödyntämiskieltoon aktualisoituvan*. Absoluuttiset todistämiskielto pois lukien, jokaisesta menettelyvirheestä tai jokaisesta todistämiskieltoon rikkomisesta ei välttämättä seuraa todisteen hyödyntämis- tai käyttökieltoa. Kyse on yksittäistapauksellisesta harkinnasta, jossa vastakkain punnitaan yhteisöllistä rikosten selvittämisen intressiä ja ihmisten yksilöllisiä oikeuksia, lähemmin perus- ja ihmisoikeuksia sekä eri luonteisia oikeusturvanäkökohtia. Yleensä yksikään punnintakriteeri ei sellaisenaan riitä, vaan periaatteessa ratkaisutilanteessa on arvioitava yhtä aikaa kaikkia relevantteja näkökohtia. Toisaalta keskeinen lähtökohta punnintamallissa on myös, että todistamis- tai hyödyntämiskieltojen (ainoana) tarkoituksena ei nähdä aineellisen totuuden edistämistä (tai yksinomaan todistelun luotettavuuden edistämistä): todistämiskieltoon sivuuttamisella loukattuja intressejä ei siksi myöskään voi aina kompensoida vapaassa todistusharkinnassa pelkästään todisteen näyttöarvon vähentämisellä.¹⁷⁹

Punnintaratkaisun tekemistä rajoittavana reunaehtona tulee joka tapauksessa pitää sitä, ettei hyödyntämiskieltoa tule asettaa todisteelle, joka (voisi) todistaa syyttömän syyttömyyden puolesta. "Kieltoajatus" syrjäytyy syyttömän tuomitsemisen välttämisen intressin tieltä. Muissa tapauksissa nimenomaisen todistämiskieltoon vastaisen menettelyn tulee kuitenkin *lähtökohtaisesti* johtaa hyödyntä-

¹⁷⁷ Ks. *Jonka* 1992a s. 80.

¹⁷⁸ Tällöinkin tosin saatetaan joutua punnintoihin arvioitaessa sitä, millä edellytyksillä kyse on niin törkeästä ihmis- tai perusoikeuden loukkauksesta, että hyödyntämiskielto olisi siitä automaattisena seurauksena. Useimmiten kyse ei ole tällaisista 'ilmeisyyksistä', vaan käytännössä yleensä joudutaankin pohtimaan oikeudenloukkauksen merkitystä erityisesti rikoksen selvittämisen intressin tärkeyden kautta.

¹⁷⁹ Näin *Lundqvist* 1998 s. 175–176.

miskieltoon. Jos kyse ei toisaalta ole nimenomaisen todistamiskiellon rikkomisesta vaan muunlaisesta menettelyvirheestä tai oikeudenloukkauksesta, on läh-
tökohta punninnalle tasapainoisempi, jolloin painava rikoksen selvittämisen-
ressi saattaa helpommin sivuuttaa oikeusturvaintressit.¹⁸⁰

Punninnan tulee joka tapauksessa olla kokonaisvaltaista, ja siinä tulisi mm. kiinnittää huomiota siihen, missä määrin todisteen mahdollinen hyödyntäminen tulisi lisäämään oikeudenloukkausta tai aiheuttamaan uuden oikeudenlouk-
kauksen. Erityisesti huomiota tulisi kiinnittää kulloinkin *loukatun tai rajoitetun oikeuden laatuun*: painavankaan rikostutkintaintressin ei tulisi helposti syr-
jäyttää epäillyn tai syytetyn *itsekriminointisuoja-oikeuksia* tai oikeutta menette-
lyn *kontradiktorisuuteen*, ja ehdottomasti kiellettyä on sivuuttaa syytetyn pe-
rus- ja ihmisoikeuksiin (ihmisarvoon) vakavasti puuttuvat oikeudenlouk-
kaukset. Myös ns. lähiomaissuoja nähdään jatkossa pitkälti absoluuttisesti suo-
jeltavana oikeushyvinä. Toisaalta vähäisemmät oikeusturva- ym. oikeuksien
loukkaukset tai muuten lievät (keskeisempienkin) oikeuksien loukkaukset voi-
vat jäädä punninnassa painavan rikoksen selvittämisen intressin taakse.

Hyödyntämiskiellon soveltumiseen vaikuttaa ratkaisevasti siis myös tutkitta-
vana olevan *rikoksen vakavuus*, koska rikoksen vakavuus korreloi yleensä
varsin suoraviivaisesti rikosvastuun toteuttamisen intressin painoarvon kanssa.
Kuten jo edellä todettiin, korostunut rikoksen selvittämisen intressi voi joissain
tilanteissa perustella jopa kannattamastani hyödyntämiskielto-olettamasta poik-
keamisen, ainakin jos samalla kyseeseen tuleva perus- tai muun oikeuden
loukkaus on vähäinen. Itse rikoksen selvittämisen intressi eli käytännössä rikok-
sen vakavuus vaikuttaa hyödyntämiskieltoharkinnassa siten, että todisteen hyö-
dyntämisen tulisi olla vapaampaa erityisen vakavaa tai törkeää rikosta koskevaa
syytettä käsiteltäessä.¹⁸¹

Luonnollisena vastapainona edellä mainitun tekijän punninnassa tulee aina
ottaa huomioon, miten merkittävää oikeutta laittomalla menettelyllä on loukat-
tu, ja miten laaja/suuri tämä oikeudenloukkaus kyseisessä tapauksessa on ollut.
Loukatun tai sivuutetun säännöksen (aineellinen) suojelutarkoitus on myös
relevantti tekijä hyödyntämiskieltoharkinnassa. Kuten yllä on todettu, epäillyn
tai syytetyn prosessuaalista oikeusasemaa keskeisesti määrittävien oikeusturva-
säännösten (kuten menettelyn kontradiktorisuudesta tai itsekriminointisuo-
jasta

¹⁸⁰ Ks. *Eisenberg* 1993 s. 94. Tarkka rajanveto siitä, mitkä rikokset olisivat tarkoitetulla tavalla riittävän 'vakavia', on yleisellä tasolla tietenkin mahdotonta ja itse asiassa punnintamallin idean vastaista.

¹⁸¹ Näin mm. *Frände* 1999 s. 353 s., *Lindberg* 1997 s. 203 ja *Koriath* 1994 s. 88–89. Vrt. *Dencker* 1977 s. 125–126: mielestäni suhteellisuusperiaatteen nojalla tapahtuvaa punnintaa ei tule vastus-
taa argumentoimalla siten, että myös syytetyn (oikeusturva)intressi – siihen, ettei virheellisen
menettelyn tuottamaa todistetta käytettäisi häntä vastaan – kasvaisi samassa suhteessa rikoksen
selvittämisen intressin kanssa. Harkinnan tulee toki olla kokonaisvaltaista, mutta mainittuja intressi-
suuntia ei tule sekoittaa keskenään.

säätävien säännösten) sivuuttaminen puhuu vahvasti hyödyntämiskielto-olettamassa pysymisen tai itsenäisen hyödyntämiskielton asettamisen puolesta.¹⁸²

Rikoksen selvittämistä ei tule punninnassa ymmärtää esim. alueellisesti tai paikallisesti tai ylipäätään muuttuvien kriminaalipoliittisten tendensien mukaan määräytyvänä, vaan rikoksen yhtäältä abstraktin mutta kuitenkin ensisijaisesti konkreettisen eli juuri kyseiseen tapaukseen liittyvän vaarallisuuden/moitittavuuden mukaan määräytyvänä 'suureena'. Punnintamallin perusongelma voidaan kyllä nähdä juuri tässä suunnassa: Tulisiko tai voisiko todisteen hyödynnettävyyttä arvioida eri tavalla esim. tilanteessa, jossa syytteessä on yhtä aikaa rikoksen tekijä ja rikoksen avunantajaksi katsottu henkilö, koska viimeksi mainitun rikoksen selvittämistä varten voi matalamman sanktiouhan johdosta (RL 5:3) sanoa olevan vähäisempi? Olisiko prosessin lopputulos silloinkaan oikeuden- tai tarkoituksenmukainen, jos yksi syytetty tulee tuomituksi sellaisen todisteen perusteella, jota taas ei sallita käytettävän toista, lievemmästä teosta syytettyä vastaan, ja joka näin välttyy kokonaan rangaistukselta? Ennen kaikkea menettely voisi olla epätydyttävä oikeusvarmuuden ja yhdenmukaisen kohtelun kannalta. Johduttaanko tästä siihen, että selvittämistä yhtäältä ja oikeusturva- sekä perus- ja ihmisoikeusnäkökohtia toisaalta painottava punnintamalli ei – ainakaan sellaisenaan – soveltuisi tilanteissa, joissa käsitellään useampaa syytettyä tai syytteenalaista tekoa koskevaa oikeusjuttua?¹⁸³ Ensi katsannolta näin todella näyttäisi olevan. Viitattu ongelma voitaisiin toisaalta välttää sillä, että suhtauduttaisiin jyrkemmin todistamiskieltojen rikkomiseen siten, että merkitystä ei annettaisi kyseessä olevan rikoksen vakavuudelle. Tällöin kylläkin pitkälti mitätöitäisiin koko punnintamallin perusidea. Toisaalta kysymys lienee varsin marginaalinen, koska esitetyssä ongelmatilanteessa kuitenkin on kyse selvästä todistamiskieltonormin rikkomisesta, ja poikkeama tällöin relevantista hyödyntämiskielto-olettamasta vaatii erityisen painavia perusteita, eikä näin ollen tulle erityisen usein kyseeseen. Viimekätinen ongelma on joka tapauksessa vaikeasti vältettävissä. Paremmen hyödyntämiskieltoeorian puuttuessa mainittu epäkohta lienee vain hyväksyttävä.¹⁸⁴

¹⁸² Ks. *Lundqvist* 1998 s. 176.

¹⁸³ Ks. *Dencker* 1977 s. 96–97.

¹⁸⁴ Ks. *Dalakouras* 1988 s. 132–133 ja 134: ”Bei allen rechtlichen Interessenabwägungen und Wertungen ein Bereich der Unwägbarkeit und Unvorhersehbarkeit in Kauf genommen werden muß”. Puheena olevassa esimerkkitalanteessa todisteen käyttämisen kieltäminen (vain) avunantajan kohdalla voisi olla liian formaalinen ratkaisu, kun tapauksessa relevantit tosiseikat on joka tapauksessa voitu selvittää päätehtävän teon osalta. Lienee niin, että kyseen ollessa olennaisesti saman teonkuvauksen selvittämisestä, on laillisesti selvitettyjä tosiseikkoja voitava käyttää kaikkia samalla kertaa syytettynä olevia henkilöitä vastaan, riippumatta kunkin syytteen ilmaiseman rikoksen selvittämistä varten voimakkuudesta. Eri tavalla tilannetta voitaneen arvioida silloin, jos henkilöitä syytetään eri oikeudenkäynneissä ja erityisesti silloin, jos teonkuvaukset poikkeavat olennaisesti toisistaan (sinänsä rikostuomiossa selvitettyillä tosiseikoilla ei ole myöhempään syytejuttuun (tai siviiliasiaan) vaikuttavaa ns. positiivista oikeusvoimavaikutusta, ks. *Lappalainen* 2001a s. 402 ja 466–467).

Silloin kun kyse on esitutkinta-aineiston saattamisesta oikeudenkäyntiaineiston piiriin, voidaan merkitystä hyödyntämiskieltoharkinnassa antaa myös sille, onko esitutkintaviranomainen rikkonut todistamiskieltoa *tahallisesti vai tuottamuksesta* (poliisin ohjaus- tai kurinpitofunktio).¹⁸⁵ Jos kyse on ollut tahallisesta torjuttavaksi katsottavasta menettelystä, voidaan hyödyntämiskiellolla paitsi estää esitutkintaviranomaisia hyötymästä virheellisestä menettelystään, lisäksi saavuttaa jonkinasteista poliisitoimintaa ohjaavaa yleisestävää vaikutusta.¹⁸⁶ Poliisin ohjausfunktiota voidaan nähdäkseni ottaa huomioon yhtenä ratkaisuargumenttina, koska tuomioistuimilta muutenkin edellytetään lopullista ratkaisuvallan käyttämistä niin näyttö- kuin oikeuskysymystenkin suhteen – on siten tarkoituksenmukaista, että tuomioistuin voi ohjata mielestään virheellisiä poliisikäytäntöjä asianmukaisiksi. Tahallisuus tai moitittava tuottamus esitutkintaviranomaisten puolella voineekin olla sellainen argumentti, joka edelleen lisää hyödyntämiskielto-olettaman painoarvoa, tai itsenäisen hyödyntämiskiellon tapauksessa, puhuu itessään sen puolesta, että vaaka kallistuu hyödyntämiskiellon puolelle. Jos esitutkintamenettely virheellisyydestään huolimatta ei kuitenkaan osoita erityistä moitittavuutta, ei tämä (itsenäisen hyödyntämiskiellon tapauksessa) ’kallista vaakaa’ puoleen tai toiseenkaan. Epäitsenäisen hyödyntämiskiellon tapauksessa hyödyntämiskielto-olettama puolestaan jäisi alkuperäisellä painollaan edelleen voimaan.

Hyödyntämiskiellon oikeusperusteena normiadressaatin toimintaan tähdätyn *yleisestävyyden* merkityksen voi sanoa riippuvan oikeusjärjestelmän yleisestä toimivuudesta ja oikeusvarmuudesta; hyvin toimivassa järjestelmässä, jossa kansalaisten oikeudet on taattu ja viranomaistoiminnan väärinkäytöksiä esiintyy vähän, ei yleisestävyydsargumentilla ole normaalisti yhtä suurta painoarvoa.¹⁸⁷ Hormian mielestä yleisestävillä näkökohdilla ei olekaan erityisen suurta painoarvoa Suomessa poliisin korkeasta koulutustasosta ja varsin tehokkaasta hallinnollisesta kontrollijärjestelmästä johtuen.¹⁸⁸ Nykyään kun EIT on jo antanut joitain tuomioita Suomea vastaan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevien prosessuaalisten standardien rikkomisen johdosta, ei tällaista kategorista näkökantaa ole perusteltua ottaa laintulkintaa ohjaavaksi näkökannaksi.¹⁸⁹ Tuomioistuinkannanotot todisteiden hyödyn-

¹⁸⁵ Näin mm. *Roxin* 1998 s. 77.

¹⁸⁶ Vrt. tosin *Lundqvist* 1998 s. 227 ja *Kleinknecht* 1966 s. 1544.

¹⁸⁷ Ks. esim. *Helminen ym.* 2002 s. 242 suomalaisen poliisin epäasiallisten menettelyiden harvinaisuudesta.

¹⁸⁸ Ks. *Hormia* 1978 s. 261 s. ja 285, vastaavasti myös *Lundqvist* 1998 s. 236–237. Kriittisesti tästä hyödyntämiskieltooperusteesta ks. *Dencker* 1977 s. 52 ss. ja *Dalakouras* 1988 s. 114–115.

¹⁸⁹ Ks. EIT:n ratkaisut *Hokkanen* 23.9.1994 (yksityiselämän suojaa rikottu), Z 25.2.1997 (salassa pidettävien tietojen julkistaminen ja salassapitoaika yksityiselämän suojan vastaista), *Launikari* 5.10.2000 (oikeudenkäynnin viivästys) ja *Kuopila* 27.4.2000 (oikeudenmukainen oikeudenkäynti ei toteutunut, kun syytetyllä ei ollut kontradiktorisen periaatteen edellyttämää mahdollisuutta tutustua syyttäjän asiantuntijalausuntoon). Ks. myös EIT:n ratkaisut *Kerojärvi* 19.7.1995 (kuulematta jättäminen sotilasvamma-asiassa), *Raninen* 16.12.1997 (henkilökohtaisen vapauden

tämistä vastaan ovat tehokkaita keinoja väärinkäytösten minimoimiseksi ja joka tapauksessa toivottava 'sivuvaikutus' muiden hyödyntämiskieltooperusteiden ohella. Pitää lisäksi muistaa se näkökohta, että myös hyödyntämiskielon asettamisen vuoksi annettavalla vapauttavalla tuomiolla voidaan sanoa olevan 'yleisestävää' vaikutusta mm. prosessia kohtaan tunnettavan yleisen kiinnostuksen ja kunnioituksen johdosta (kenties tässä suhteessa voidaan tunnustaa myös jonkinasteisen erityisestävän vaikutuksen mahdollisuus). Ja vaikka vapauttava tuomio saattaisikin johtaa yksittäisen – vääryyttä valtion taholta kokemaan joutuneen – syyllisen rangaistukselta välttymiseen, ei tällainen ratkaisu nähdäkseni heikennä kyseisen oikeudenvastaisen teon vuoksi säädetyn kriminalisoinnin taustalla yleisesti vaikuttavaa suojelutarkoitusta.¹⁹⁰

Yleisesti ottaen keskeinen pohdinta-argumentti hyödyntämisproblematiikassa on myös se, onko todistamiskielon suojelutarkoitus käynyt tyhjiin jo todistamiskielon rikkomisella, vai merkitsisikö vasta todistelutuloksen hyödyntäminen suojatun intressin loukkauksen realisoitumista tai suurentumista. Kyse on todistamiskielon rikkomisen *korjaamiskelpoisuudesta* tai *peruuttamattomuudesta*. Sikäli kun todistamiskielon rikkomisella ei vielä ole aiheutettu peruuttamatonta vahinkoa, *tulisi lähtökohdaksi asettaa todistelutuloksen hyödyntämiskielto*. Sikäli kun "vahinko on jo aiheutettu" todistamiskielon rikkomisen kautta, tulee harkintaa jatkaa pohtimalla, aktualisoituuko tapauksessa muita argumentteja hyödyntämiskelvottomuuden puolesta, vai onko suojeluintressejä päinvastoin loukattu niin peruuttamattomasti, ettei enää ole perusteita rajoittaa asian tutkimista po. todisteen avulla.¹⁹¹ Korjattavissa oleva virhe puhuu joka tapauksessa vahvasti hyödyntämiskielto-olettamassa pidättäytymisen (tai hyödyntämiskielon asettamiseen päättymisen) puolesta. Nimenomaisen todistamiskielon rikkomisen tapauksessa toisaalta myös päinvastainen tilanne eli virheen peruuttamattomuus perustelee sinänsä hyödyntämiskielto-olettamaa, mutta toisaalta mahdollistaa avoimemman punninnan rikoksen selvittämisintressiin ja (mahdollisiin) muihin hyödyntämiskieltooperusteisiin nähden.

loukkaus kiinniotossa), *L* 28.4.2000 (suullisen käsittelyn puuttuminen huostaanottoriidassa), *Nuutinen* 27.6.2000 (tapaamisoikeutta koskevan oikeudenkäynnin liiallinen kesto), *K.S.* 31.5.2001 (viran puolesta hankitusta selvityksestä ilmoittaminen työttömyyskorvusasiasassa), *K.P.* 31.5.2001 (viran puolesta hankitusta selvityksestä ilmoittaminen työkyvyttömyyseläkeasiassa), *Hirvisaari* 27.9.2002 (tuomion perustelemattomuus oikeudenmukaisen kuulemisen vastaista), *Nikula* 21.3.2002 (syyttäjää arvostelleen ja herjauksesta tuomitun syytetyn puolustajan sananvapautta rajoitettu suhteettomasti) ja *Türkiye iş bankası* 18.6.2002 (riita-asian oikeudenkäynnin liiallinen kesto).

¹⁹⁰ Ks. *Dencker* 1977 s. 68: "wenn man von Erhaltung von Werten und Wertbewußtsein als Ziel des Strafes spricht, so geht es dabei letztlich um nichts anderes als um eine Art von Werbung für die Achtung vor den durch die Normen geschützten Werten, und ein Blickfang für diese verkündete Botschaft ist jedes Strafverfahren, das mit einem Freispruch wie das mit einer Verurteilung endete."

¹⁹¹ Näin *Grünwald* 1966 s. 492–493. Näkemykseen yhtyvät myös *Hormia* 1978 s. 275–276 ja 292, *Jonkka* 1992a s. 80, *Kleinknecht* 1966 s. 1542 ja *Lundqvist* 1998 s. 238.

Esim. vaitiolo-oikeuden tai -velvollisuuden suojaaman dokumentin oikeudettoman takavarikoinnin tulisi johtaa lähtökohtaisesti hyödyntämiskieltoon, koska muuten todistamiskiellon ratio voitaisiin kiertää ja tehdä tyhjäksi. Tässä aktualisoituvat siis ne yleiset perusteet, joilla hyödyntämiskielto-olettamaa itessään perusteltiin. Jos kyse ei ole nimenomaisen todistamiskiellon rikkomisesta vaan muunlaisesta menettelyvirheestä (tai jos ensiksi mainitussa tilanteessa rikoksen selvittämisen intressi on erityisen vahva ja/tai oikeudenloukkaus vähäinen), voidaan harkinnassa periaatteessa tukeutua myös hypoteettiseen ajatuskokeeseen, jonka mukaan todiste voitaisiin virheellisestä hankkimistavasta huolimatta hyödyntää, jos se olisi voitu saada myös laillisen menettelyn tietä (laittomassa kotietsinnässä löydetty esinetodiste voidaan periaatteessa hyödyntää, jos se olisi voitu laillisinkin tavoin löytää eikä esinettä ole esim. privilegioitu todisteena lainsäätäjän asettamalla todistamiskiellolla¹⁹²). Harkinnassa voidaan kiinnittää huomiota myös siihen, että henkilöön kohdistuvaan lainvastaiseen menettelyyn on yleensä suhtauduttava ankarammin kuin vain esineeseen kohdistuviin toimenpiteisiin, ja vastaavasti ulkopuoliseen kolmanteen henkilöön kohdistuvia toimenpiteitä on arvosteltava ankarammin kuin syytettyyn kohdistettuja pakkokeinoja.

Prosessuaalisen normin loukkauksen korjaamiskelvottomuus -argumentin voi toisaalta katsoa vaikuttavan myös tarkoitukselleen vastaisesti siten, että malli voi houkutella esitutkintaviranomaisia eräänlaiseen 'laissez-faire' -ajatteluun: mahdollisimman törkeä oikeudenloukkaus viranomaisten puolelta voisi johtaa siihen, että normin suojelutarkoitus tehdään tyhjäksi, jolloin hyödyntämiskiellon asettamiselle ei enää olisi perusteita.¹⁹³ HE 52/2002 vp. s. 27–28 esitetty perustelu nimenomaisen hyödyntämiskieltoasäynnöksen puuttumisen syyksi (PKL 5a:13 §:n tarkoittamaa ylimääräistä tietoa koskien) näyttäytyy ainakin ensi alkuun tarkoitettussa mielessä jossain määrin arveluttavalta: perusteluiden tausta-ajatus vaikuttaisi olevan varsin lakoninen näkemys siitä, ettei asiaa enää mitenkään voitaisi enää auttaa sen jälkeen, kun ylimääräinen tieto on kerran tullut esille. Lainalaisuusperiaatteeseen ja yleisiin oikeudenmukaisuusaspekteihin liittyvät näkökohdat tunnutaan sivuutetun kokonaan.

Hyödyntämiskieltoasäynnöksen ehdotuksesta puuttumisen taustalla vaikuttaa se, että HE:ssä ylimääräisen tiedon tarkistamis- ja hävittämisvelvollisuutta on tarkoitus lykätä rikosasian lainvoimaiseen ratkaisemishetkeen

¹⁹² Näin Grünwald 1966 s. 496, jonka teoria voidaan karkeasti kiteyttää kahteen elementtiin: a) todistamiskieltofunktion loukkauksen peruuttamattomuuden arviointi ja tätä täydentäen pohdinta siitä, b) olisiko todiste voitu saada myös laillisen menettelyn kautta (hän tosin myöntää jossain määrin myös muiden, kuten hyödyntämiskieltojen yleisestävän funktion mahdollisuuden, ks. s. 499). Vrt. Lundqvist 1998 s. 176, jonka mukaan punninnassa voidaan pääsääntöisesti ottaa huomioon ainoastaan konkreettisesti tapahtuneet oikeudenloukkaukset eivätkä esim. hypoteettiset pohdinnat siitä, olisiko todiste voitu saada myös laillisia menettelytapoja noudattaen, riittä oikeuttamaan todisteen hyödyntämistä.

¹⁹³ Ks. Koriath 1994 s. 69.

saakka (ks. HE 52/2002 vp. s. 71 – nykyään tietojen tarkistamis- ja tuhoamisvelvollisuus on jo ’ensi tilassa’). De lege lata PKL 5a:13:n säännöstulkinta estää – tai sen ainakin tulisi estää – tehokkaasti ylimääräisen tiedon rekisteröinnin ja samalla de facto hyödyntämisen näyttonä. Ehdotus mahdollistaisi päinvastoin ’vapaasti’ tapahtuvan tietojen rekisteröinnin ja tosiasiallisen käytön myös muiden kuin alunperin tutkittavana olevan rikoksen kohdalla. Tähän nähden on johdonmukaista, ettei lakiin (edelleenkaan) ehdoteta otettavan nimenomaista hyödyntämiskiellot säännöstä ylimääräiselle tiedolle: esitöissä tarkoitettu ’esitutinnan suuntaaminen’ nimittäin välttämättä edellyttää, että laissa ei tällaista kieltä ole. Toisaalta perusteluissa puhutaan tuomioistuimen yksittäistapauksessa mahdollisesti asettaman hyödyntämiskiellon puolesta, joten ylimääräisen tiedon hyväksikäytön mahdollisesti aiheuttama (perusoikeus)loukkaus on kuitenkin viime kädessä mahdollista neutraloida. Voidaan silti nähdä ongelmallisena, että perusteluiden mukaan tämä perusoikeussuoja olisi voimassa vasta oikeudenkäynnissä eikä lainkaan esitutkinnassa. Toisin kuin esitöissä sanotaan, kuuntelukieltonormien ration toteutuminen olisi nähdäkseni *periaatteessa* mahdollista turvata myös esitutkinnassa ylimääräisen tiedon tilanteissa. Toisaalta ehdotettu järjestely on kuitenkin linjassa sen edellä jaksossa 4.2.1 (s. 206) esitetyn näkemyksen kanssa, jonka mukaan viimekätisen päätöksenteon todisteen hyödyntämisen sallimisesta tekee – ja pitääkin tehdä – nimenomaan tuomioistuin (eikä esim. poliisi tai syyttäjä).¹⁹⁴

Rajoitetussa määrin huomiota voitaneen kiinnittää myös *syytetyn mielipiteeseen* siitä, voidaanko väärin hankittua todistetta hyödyntää. Luonnollisestikaan syytetty tai epäilty ei voi suostumuksellaan alun perin oikeuttaa ihmisarvoa loukkaavia tutkintametodeja,¹⁹⁵ mutta todisteen hyödyntämistä tarkoittava disponointi voi silti merkittävästi vähentää konkreettisessa yksittäistapauksessa muutoin aktualisoituvien perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien kantavuutta, ja siten mahdollistaa hyödyntämiskiello-olettamasta poikkeamisen.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Monissa tapauksissa voi olla lisäksi vaikeaa saavuttaa yksimielisyyttä siitä, minkälaisen loukkausten katsotaan olevan ’peruuttamattomia’; erityisesti jos arvioitsija painottaa esim. oikeudenkäyntimenettelyn oikeudenmukaisuusnäkökohtia, voidaan usea – muuten peruuttamatonkin – virhe nähdä ainakin osittain korjaamiskelpoisena. Tämänkin punninta-argumentin kohdalla – kuten kaikkien muidenkin – on kuitenkin pidettävä mielessä, ettei argumenttia voi soveltaa ehdottoman, yleisen säännön tavoin. Kussakin tapauksessa ratkaisun tulee perustua kaikkien tapauksessa aktualisoituvien relevanttien näkökohtien kattavaan kokonaisharkintaan.

¹⁹⁵ Ks. *Koriath* 1994 s. 47 vastaavasti StPO § 136a:sta, ks. myös *Kleinknecht* 1966 s. 1543–1544.

¹⁹⁶ Jos hyödyntämiskielloratkaisuun liittyy erityisen vahva julkinen intressi tai mielenkiinto, voitaneen huomiota kiinnittää myös siihen, millainen ”viesti” hyödyntämiskiellotulkinnalla tarkoitetaan/mahdollisesti tahattomasti voidaan välittää. Väärin tulkintojen vähentämiseksi syytetyn suostumus todisteen hyödyntämisen perusteena olisikin järkevää mainita nimenomaisesti menettelyn perusteena.

4.3 HYÖDYNTÄMISKIELLOT HENKILÖTODISTELUSSA

Edeltävällä teoreettisella tarkastelulla on pyritty perustelemaan lähtökohtia ja yleistä argumentaatiomallia hyödyntämiskieltokysymyksiin. Seuraavassa tätä mallia pyritään soveltamaan suoremmin ja konkreettisemmin juuri tuomioistuinkuulusteluissa esille tulevaan problematiikkaan. Erityisen merkittäväksi kysymyksen hyödyntämiskielloista tekee henkilötodistelun – eli tutkimuksen pääasiallisen teeman – kannalta se, missä laajuudessa ja millä ehdoin eri henkilötahtojen esitutkinnassa antamia kertomuksia on mahdollista käyttää suullisen todistelun korvaavana tai sitä täydentävänä näyttönä (erityisesti OK 17 luvun 32 §:n 2 momentin mukaisesti). OK 17:32.2 mahdollistaa esitutkintakertomuksen ääneen lukemisen oikeudenkäynnissä, mikä tekee kirjallisesta kertomuksesta osan henkilötodistelua.¹⁹⁷ Koska OK 17:32.2 kuitenkin tunnistettiin edellä todistamiskieltonormiksi, tulee säännöksen soveltamisessa – yhdessä muiden todistamiskieltooperusteiden kanssa – yleisesti ottaa huomioon sääntelyn ’itse-rajoitusluonne’. Paitsi että säännöstä on itsessään tulkittava ahtaasti kertomuksen muutostilanteissa, liittyy sen soveltamistilanteisiin (yhdessä OK 17:11:n kanssa) usein moni muukin todistamiskieltojen suojeluperuste (jatkossa huomiota kiinnitetään erityisesti kontradiktoriseen periaatteeseen, lähiomais-suojaan ja ns. itsekriminointisuojaan liittyviin tilanteisiin).

Kielletyn todistelun sääntelyn tulisi olla mahdollisimman johdonmukaista eri prosessin vaiheissa. Seuraavassa käsitelläänkin ensin sitä, miten erilaiset menettelyvirheet voivat vaikuttaa esitutkintapöytäkirjan laatimiseen ja siihen, missä määrin syyttäjä voi – tai missä määrin hänen tulee – ottaa hyödyntämiskielto huomioon jo syyteharkintavaiheessa. Pääasiallisesti jatkoesityksen taroituksena on kuitenkin valottaa sitä, miten olemassa olevaa esitutkintaselvitystä voi oikeudenkäynnin aikana käyttää. Arvioitavaksi tulee myös kysymys siitä, miten oikeudenkäynnissä ”itsenäisesti” tapahtunutta kuulusteluvirhettä voidaan tai tulee arvioida hyödyntämiskieltokysymyksen valossa. Mainittuja kysymyksiä lähestytään osin deskriptiivisesti – oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden kannanottojen kautta – ja osin normatiivisesti. Pyrin siis myös ottamaan kantaa tiettyihin käytännössä yleisimpiin tulkintatilanteisiin.

¹⁹⁷ Näin henkilötodistelusta Itä-Suomen hovioikeus 16.12.1999 (nro 1221). OK 17:11:n johdosta esitutkintakertomuksen ilmoittaminen kirjalliseksi todisteeksi ei sellaisenaan ole mahdollista – paitsi jos jo etukäteen on selvää, ettei kertomuksen antajaa voida (esim. kuoleman johdosta) kuulla oikeudenkäynnissä, eikä kyse ole kontradiktorista periaatetta kielletyllä tavalla loukkaavasta todistelutilanteesta (ks. jakso 2.4.3).

4.3.1 Esitutkintapöytäkirjan kielletty sisältö

I Esitutkintapöytäkirjan sisällön asianmukaisuudesta vastaa rikoksen tutkinnanjohtaja.¹⁹⁸ ETL 40 §:n mukaan esitutkintapöytäkirjasta ei saa jättää mitään olennaista pois eikä siihen saa sisällyttää mitään asiaan kuulumatonta. Säännöstasolla esitutkintapöytäkirjan laatimisesta ei ole juurikaan mainittua säännöstä yksityiskohtaisempia ohjeita. Esitutkintapöytäkirjan ja lähemmin kuulustelupöytäkirjan sallitusta ja kielletystä sisällöstä on kuitenkin tosiasiaassa olemassa tietyt konkreettisia, velvoittavia normeja: tällaiset lähemmät kirjaamissäännöt ovat muovautuneet oikeus- ja poliisikäytännössä osin oikeuskirjallisuuden kannanottojen perusteella.¹⁹⁹ Yksityiskohtaisimmin kuulustelukäytäntöjä 'kodifoidaan' ja ohjataan sisäasiainministeriön ns. *kirjaamissääntöohjeistuksella*.²⁰⁰ Nämä säännöt ovat varsin yksiselitteisiä ja tarkkarajaisia, mistä syystä samaistan ne nimenomaisina (ennakoivina) todistamiskieltoina velvoittaviksi normeiksi.²⁰¹

Todistamis- ja hyödyntämiskieltojen kannalta yksi merkittävimpiä tällaisia *esitutkintapöytäkirjan kirjaamissääntöjä* on, että alunperin todistajana kuullun henkilön lausuma on itsekriminointiin velvoittamisen kiellon takia jätettävä pois esitutkintapöytäkirjasta, jos henkilön *asema* kuulustelun jälkeen *muuttuu epäillyksi*.²⁰² Uusissa esitutkinnan kirjaamisohjeissa huomioidaan myös asianomistajan itsekriminointisuoja: asianomistajan ominaisuudessa saatua lausumaa, joka todistaa henkilöä itseään vastaan, ei saa sisällyttää pöytäkirjaan.²⁰³ Samoin on meneteltävä, jos epäillyn lähiomaista on kuultu esitutkinnassa todistajana ilman, että tälle olisi ilmoitettu hänen OK 17:20:n (ETL 27.1 §) mukaisesta kokonaiskieltäytymisoikeudestaan. Kirjaamisohjeistuksen mukaan henkilö, joka vetoaa kokonaiskieltäytymisoikeuteensa esitutkinnassa, estää samalla myös mahdollisesti aikaisemmin suoritettujen kuulustelukirjausten liittämisen esitutkintapöytäkirjaan.²⁰⁴ Kirjaus on jätettävä pöytäkirjan ulkopuolelle myös silloin, jos todistajalle ei syystä tai toisesta ole ilmoitettu tämän muusta oikeu-

¹⁹⁸ Ks. *HE 14/1985 vp.* s. 37, *Helminen* 1992 s. 160, *Virolainen* 1998 s. 291, *Helminen ym.* 1990 s. 236 s. sekä *Helminen ym.* 2002 s. 408–409.

¹⁹⁹ Ks. keskustelusta mm. *Jonkka* 1992b s. 708–712.

²⁰⁰ Sisäasiainministeriön poliisiosaston Esitutkinnan kirjaamisen menettely -ohjeisto (kolmas painos 1.1.1990) oli pitkään yksityiskohtainen virallishoje pöytäkirjan laatimisesta. Sisäasiainministeriö antoi 25.3.2002 uudet ohjeet esitutkintapöytäkirjan laatimisesta (ks. niistä *Helminen ym.* 2002 s. 240–241 ja 402).

²⁰¹ Ks. edellä jaksossa 4.2.1 (s. 206) ns. ennakoivista hyödyntämiskielloista esitettyä.

²⁰² Ks. *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 19–20 ja *Helminen ym.* 2002 s. 408. Näin myös *Eisenberg* 1999 s. 326.

²⁰³ Ks. *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 20 ja *Helminen ym.* 2002 s. 241.

²⁰⁴ Näin *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 18. Ohje on perusteltu ETL 27 §:n johdosta: säännöksen mukaan esitutkinnassa kuulusteltavan vaitiolo-oikeus ja -velvollisuus määräytyvät samalla tavalla kuin oikeudenkäynnissäkin (ks. näistä oikeuksista ja velvollisuuksista oikeudenkäynnissä jakso 4.3.3.1–4.3.3.2).

desta (tai velvollisuudesta; OK 17:23 ja 17:24) kieltäytyä todistamasta tai vastaamasta tiettyihin kysymyksiin esitutkintakuulustelussa. Todistajan myöhempi suostumus voi kuitenkin mahdollistaa aikaisemman (virheellisin edellytysin hankitun) kertomuksen sisällyttämisen pöytäkirjaan.²⁰⁵

Todistajan kuulustelukertomusta ei saa liittää esitutkintapöytäkirjaan silloinkaan, vaikka kuulustelu olisi alun perin suoritettu täysin asianmukaisesti, mutta jos kuulustelun jälkeen todistajan lähiomainen tulee rikoksesta epäillyksi. Kuvatussa tilanteessa ei ole ollut mahdollista tiedustella todistajalta tämän halukuutta käyttää kokonaiskieltäytymisoikeuttaan (koska po. oikeus syntyi vasta kuulustelun jälkeen). Jälkikäteen mahdollisuus on kuitenkin tarjottava, ja jos todistaja muuttuneessa tilanteessa tahtoo käyttää vaitiolo-oikeuttaan, on esitutkintaviranomaisen tätä toivomusta kunnioitettava ja jätettävä kuulustelukertomus esitutkintapöytäkirjan ulkopuolelle.²⁰⁶ Näissä tilanteissa ei myöskään ole mahdollista kuulla kuulustelun (virheellisesti) suorittanutta poliisimiestä todistajana.²⁰⁷ Esitutkintapöytäkirjaan ei myöskään saa sisällyttää esimerkiksi asiakirjaa, joka on takavarikoitu PKL 4:2:n vastaisesti,²⁰⁸ tai muuta nimenomaisen todistamiskiellon vastaisesti hankittua aineistoa.²⁰⁹

Edellä mainituista säännöistä on nähtävissä, että oikeusjärjestelmämme kunnioittaa todistajan, asianomistajan ja rikoksesta epäillyn ja tämän lähiomaisen itsekriminointisuoja sekä yksityisyyttä ja perhesiteitä *esitutkintavaiheessa* niin vahvasti, että näiden intressien on annettu selvästi syrjäyttää rikoksen selvittämisen intressi.²¹⁰ Epäillyn lähiomaista, todistajaa tai asianomistajaa ei saa pakottaa tai harhauttaa toimimaan läheiselleen vastaisesti. Jos näin syystä tai toisesta on kuitenkin tapahtunut, tai vaikka kyse ei olisi mistään harhauttamisesta vaan vain henkilön prosessuaalisen roolin muuttumisesta tutkinnan kes-

²⁰⁵ Ks. HE 14/1985 vp. s. 37, LaVM 9/1986 vp. s. 8, Helminen 1992 s. 129, Hormia 1978 s. 307 ja Virolainen 1998 s. 324.

²⁰⁶ Ks. Helminen 1992 s. 129 sekä Virolainen 1998 s. 291.

²⁰⁷ Ks. HE 14/1985 vp. s. 37, Helminen 1992 s. 129 ja Lundqvist 1998 s. 239 s. Ks. myös Jonkka 1992a s. 28–29.

²⁰⁸ Ks. Helminen 1992 s. 160. Ks. myös LaVM 9/1986 vp. s. 8 sekä ratkaisu KKO 2002:85, jossa vahvistettu oikeusohje täsmentää/laajentaa asiakirjan takavarikossa (joksi rinnastetaan myös tietokoneen kovalevyiltä tehtävien tiedostokopioiden hallussapito) huomioitavien asianosaisten henkilöpiiriä, ja nähdäkseni samalla de facto rajaa laillisesti takavarikossa pidettävää aineistoa sisällöllisesti (ks. myös tätä edeltävä palautusratkaisu KKO 2001:39): Kyseessä oli asianajajan kiintolevyllä sivullisia koskevista tiedoista, joita koski PKL 4:2:n tarkoittama asianajosalaisuuteen perustuva takavarikkokiello. KKO katsoi, ettei kiintolevyn kopion takavarikko saanut käsitellä sellaisia tiedostokopioita, jotka eivät koskeneet takavarikon perustana olevaa rikosepäilyä. Takavarikko oli siten kumottava näiden sivullisten osalta (HO oli aikaisemmin jättänyt takavarikkoon nähdessä sivullisten hakemuksen takavarikon kumoamisesta tutkimatta sillä perusteella, että po. asian asianajajan vastaava hakemus oli jo aikaisemmin hylätty; kyse oli oikeusvoiman ulottuvuudesta). Ks. ratkaisuista Pölonen 2002b passim.

²⁰⁹ Ks. Sisäasiainministeriön poliisiosasto 2002 s. 25: ”Esitutkintapöytäkirjaan ei saa liittää todistamiskiellon alaista aineistoa”.

²¹⁰ Ks. myös Helminen ym. 2002 s. 118.

täessä, tulee lähiomais- ja itsekriminointisuoja silti turvata vielä jälkikäteen tarjoamalla kuulusteltaville tehokas mahdollisuus vaitiolo-oikeuden käyttämisestä päättämiseen. Lähiomaissuoja täydentää edelleen se, että esitutkintapöytäkirjasta voi lähiomaisen disponoinnin perusteella tulla rajatuksi pois sellaisia-kin kuulustelukirjauksia, jotka on sinänsä hankittu täysin asianmukaisesti – näin tilanteessa, jossa myöhempi tutkinta osoittaa kuulusteltavan lähiomaisen itse asiassa olevan epäillyn asemassa (mistä ei vielä ollut tietoa lähiomaisen kuulustelun aikana).

Alkuperäisenä perustana em. esitutkin-
 talakia koskeva hallituksen esitys (HE 14/1985). Siinä mainituista esitutkintapöytäkirjan laatimisrajoituksista todetaan lähemmin seuraavaa: ”Jos esitutkin-
 nassa on jostakin syystä tullut esiin todistamiskiellon alaista todistusaineistoa, jota ei saa hyödyntää oikeudenkäynnissä, tällainen aineisto on jätettävä pois esitutkintapöytäkirjasta. Esitutkintapöytäkirjaan ei saa esimerkiksi liittää epäil-
 lyn omaisen kuulustelukertomusta, jonka hän on antanut tietämättömänä oikeu-
 destaan kieltäytyä todistamasta lähiomaistaan vastaan, kun ilmoitus tästä on kuulustelun alussa jäänyt epähuomiossa tekemättä” (kurs. PP).²¹¹ Lainsäätäjän kannanotto on epätasallinen, koska säännös tuntuisi edellyttävän esitutkintapöytäkirjan laatijalta täsmällisiä mahdollisuuksia arvioida sitä, millainen aineisto tulee myöhemmän tuomioistuimen tekemän arvion perusteella olemaan hyödyntämiskelvotonta. Tämä tehtävä lienee epärealistinen, koska edes tuomioistuimilla ei ole käytettävissään selviä kriteereitä mahdollisen hyödyntämiskieltokysymyksen ratkaisemiseksi, ja kriteerien soveltaminen jää joka tapauksessa yksittäistapauksellisen harkinnan varaan. Kannanotto tuntuu edellyttävän yksiselitteisten hyödyntämiskiellonormien olemassaoloa, vaikka näin ei pääsääntöisesti ole asian laita.

Kannanotto on nähdäkseni ymmärrettävä yleisellä tasolla esitettynä periaatteellisena näkemyksenä esitutkintapöytäkirjan kielletystä sisällöstä. Tätä periaatteellista näkemystä on edelleen täsmennetty mainituissa SM:n poliisiosaston esitutkintapöytäkirjan laatimisohteistossa yllä kuvatuin tavoin. Tosiasiallisesti ohjeistus oikeuttaa ja velvoittaa esitutkintaviranomaiset omalla päätöksellään eräänlaisen *ennakoivan hyödyntämiskiellon asettamiseen* sellaisessa tilanteessa, jossa esitutkintaviranomainen arvioi jonkin todisteen olevan jollain perusteella kielletty. De facto tämä esitutkin-
 nan raja-
 liseen tuomioon asti siten, ettei kyseistä todistetta käytetä myöhemminkään oikeudenkäynnissä. Tällöin todistamiskiellon rikkomisen aiheuttama haitta tulee tehokkaasti neutraloiduksi ’*ennakoivan hyödyntämiskiellon*’ avulla.²¹²

²¹¹ HE 14/1985 vp. s. 37 i.f.

²¹² Samansuuntaisesti myös *Jonkka* 1992a s. 81.

Siteerattua HE 14/1985:n kannanottoa voitaisiin lukea myös siten, että se koskisi vain epäitsenäistä hyödyntämiskieltoa eli sellaista hyödyntämiskieltoa, joka seuraa nimenomaisen todistamiskiellon rikkomisesta. Viitatus kannanoton sanamuodon ja asiayhteyden perusteella itsenäisiä hyödyntämiskieltoja ei kuitenkaan voi mielestäni asettaa erilaiseen asemaan esitutkintapöytäkirjan laatimisessa. Tällainen tulkinta olisi kestävä, koska myös itsenäistä hyödyntämiskieltoa tarkoittavat tilanteet voivat merkitä vakavaa loukkausta epäillyn tai syytetyn prosessuaalisia perusoikeuksia ja ihmisoikeuksia vastaan. Jaottelu itsenäisiin ja epäitsenäisiin hyödyntämiskieltoihin on lisäksi vain oikeustieteessä suoritettu teoreettinen jäsentely, jolta puuttuu sellainen institutionaalinen tuki eli lähinnä oikeuskäytännössä muodostunut tulkintakäytäntö, jotta käsitettä voisi ylipäätään pitää mahdollisena kriteerinä käsillä olevassa esitutkintapöytäkirjan laajuutta koskevassa kysymyksessä. Tämä näkökohta on tuskin myöskään voinut olla lainsäätäjän mielessä esitutkintalakia säädettäessä.

II Esitutkintaviranomaisen ennakoiva hyödyntämiskielto on kuitenkin vain 'ehdollinen' siten, että *syyttäjä* voi ainakin joissain tilanteissa oman arvionsa perusteella päätyä katsomaan, että todistetta voitaisiinkin käyttää näyttönä (esim. tilanteessa, jossa hyödyntämiskieltokysymys on tulkinnanvarainen). Edellytyksenä tälle on luonnollisesti, että syyttäjä on saanut jotain (epävirallista) kautta tietoonsa virheellisenä pidetyn todisteen jättämisestä esitutkintapöytäkirjan ulkopuolelle. Koska institutionaalinen tuki esitutkintapöytäkirjan ulkopuolelle pakollisesti jätettävästä aineistosta on kuitenkin vahvaa, eli ETL 40 §:ää koskeva lainsäätäjän tarkoitus $\approx$ todisteen huomiotta jättäminen, lienee pääsääntönä pidettävä, että tämä säännöstarkoitus ulottaa vaikutuksensa myös viralliseen syyttäjään.

Syyttäjä menettelee selvästi velvollisuuksiensa ja oikeuksiensa vastaisesti, jos hän päättää vedota edellä kuvatuin tavoin virheellisesti hankittuun näyttöön oikeudenkäynnissä. *Euroopan neuvoston suositus R (00) 19* on tässä suhteessa varsin yksiselitteinen: suosituksen mukaan syyttäjän ei tulisi vedota syytettyä vastaan sellaisiin todisteisiin, joiden syyttäjä tietää tai kohtuudella epäilee olevan hankittu lainvastaisesti.²¹³ *Helminen ym.* katsovat myös selvästi, että syyttäjän tulee kyetä puolustamaan esitutkinta-aineiston objektiivisuutta ja virheettömyyttä, ja että muunlaiseen aineistoon ei syytteen tueksi saa vedota.²¹⁴ Myös *valtakunnansyyttäjänviraston* ohjeistuksessa katsotaan, että syyttäjän tulee ottaa selvää käyttämiensä todistuskeinojen luotettavuudesta, ja

²¹³ Ks. Recommendation Rec(2000)19 of the Committee of Ministers to member states on the role of public prosecution in the criminal justice system 28 §: "Public prosecutors should not present evidence against suspects that they know or believe on reasonable grounds was obtained through recourse to methods which are contrary to the law. In cases of any doubt, public prosecutors should ask the court to rule on the admissibility of such evidence."

²¹⁴ *Helminen ym.* 2002 s. 160.

nähdään (ennakoivan) hyödyntämiskiellon asettamisen kuuluvan syyttäjän tehtäviin.²¹⁵

Yllä ennakoivasta hyödyntämiskiellosta sanottu koski pääosin esitutkinta-pöytäkirjaan liitetyn *todistajan* (tai asianomistajan) kuulustelukertomuksen poissulkemista tietyissä tilanteissa. Mainituissa virhetilanteissa syyttäjän tulisi-kin jättää vetoamatta todisteeseen. Nähdäkseni syyttäjän tehtävänä on muissa-kin tapauksissa – esim. epäillyn tai asianomistajan kertomusten kohdalla – pyrkiä ennakoimaan hyödyntämiskieltoja siten, että syyttäjä jättää vetoamatta selvästi laittomaksi katsomaansa todisteeseen haastehakemuksessa. Syyttäjällä lienee *velvollisuus* ennakoivan hyödyntämiskiellon asettamiseen ainakin sel-vissä (virhe)tilanteissa. Muissa tapauksissa eli kysymyksen todisteen hyödyn-tämiskelpoisuudesta ollessa aidosti tulkinnanvarainen, toiminee syyttäjä par-haiten roolinsa mukaisesti vetoamalla todisteeseen ja jättämällä hyödyntämis-kieltokysymyksen tuomioistuimen ratkaistavaksi.²¹⁶

4.3.2 Syytetyn esitutkintakertomuksen hyödyntämiskelpoisuus

I Edeltävässä jaksossa puhe oli todistamis- ja hyödyntämiskieltojen merkityk-sestä esitutkinta- ja syyteharkintavaiheissa. Tässä ja seuraavissa jaksoissa huo-mio kohdistuu välittömästi tuomioistuinkuulusteluissa esille tuleviin tilantei-siin. Edellä sanotun mukaisesti ’ennakoiva hyödyntämiskielto’ voi siis kohdis-tua myös *epäillyn* kuulustelupöytäkirjaan tai sen sisältämiin tietoihin. Epäillyn kuulusteluilla on kuitenkin tietynlainen erityisasema rikosjutuissa, koska ne muodostavat usein ratkaisevan tai keskeisen näytön, ja koska epäillyn/syytetyn prosessuaalinen asema on erityisellä tavalla suojeltu. Käytännössä epäillyn kuulustelupöytäkirjaa ei yleensä suljeta ennakoivalla hyödyntämiskiellolla pois prosessista ennen pääkäsittelyä. Tästä syystä on paikallaan erikseen pohtia, voiko esim. epäillyn oikeusturvatakeiden loukkaaminen johtaa tämän esitutkin-nassa antaman kertomuksen poissulkemiseen OK 17:11 ja 17:32.2:n sovelta-mistilanteissa.

Perusoikeusmyönteinen tarkastelukulma lähestyy kysymystä epäillyn esi-

²¹⁵ Ks. VKSV 2001 s. 18: ”Syyttäjällä on jo nykyisin... valta... olla hyödyntämättä sellaista aineistoa, jota tai jonka hankkimista syyttäjä ei pidä asianmukaisena.”

²¹⁶ Ks. *Hormia* 1978 s. 263, *Hormia* 1979 s. 163 s. ja *Lundqvist* 1998 s. 255. *Dencker* 1977 s. 98 puhuu syyttäjistä ”als Hehler des Beweismaterials”. Ks. kuitenkin myös *Jonkka* 1992a s. 129 ss., jossa kirjoittaja huomauttaa epäillyn oikeusturvaintressin olevan pääsääntöisesti – mutta ei vält-tämättä aina – prima facie järjestyksessä rikosten selvittämisintressiä edellä myös syyteharkinta-vaiheessa: tämän mukaisesti myös syyttäjän tulee tarvittavissa määrin pyrkiä suojelemaan perus-oikeuksien toteutumista syyteharkinnassa. Vastaavasti syyttäjän mahdollisuudesta olla vetoamatta ’epäasialliseen’ näyttöön ks. *Helminen ym.* 2002 s. 157. Oikeusturva- argumenteilla on joka tapauksessa korkeampi suhteellinen painoarvo tuomitsemisvaiheessa kuin sitä edeltävissä rikos-prosessin vaiheissa.

tutkintakertomuksen hyödynnettävyydestä luontevasti esitutkintakuulusteluita koskevien menettelysääntöjen noudattamisen näkökulmasta. Tarkastelussa erityisen merkittävä säännös on ETL 24 §, joka on edellä tunnistettu nimenomaisesti todistamiskielloksi; säännöksen rikkomistilanteissa tulkinnan lähtökohtana tulisi aikaisemmin sanotun mukaisesti olla periaatteessa hyödyntämiskielto-olettaman asettaminen näin syntyneelle esitutkintakertomukselle.

Epäillyn esitutkintakertomuksen hyödyntämiskieltopohdinnassa korostuvat luonnollisesti rikoksesta epäillyn suojelemiseksi säädettyjen säännösten noudattaminen ja erityisesti sellaiset normit, jotka määräävät epäillyn tai syytetyn oikeuksiin puuttumismahdollisuuksista ja näiden menettelyiden rajoista. Muussa prosessuaalisessa asemassa olevien henkilöiden kuulusteluissa tapahtuneet virheet eivät yleensä yhtä suoranaisesti vaikuta epäillyn oikeuksiin ja siten menettelyn oikeudenmukaisuuteen, joskin niidenkin noudattaminen voi olennaisesti vaikuttaa todisteiden saamiseen ja sitä kautta välillisesti menettelyn 'reiluuteen'. Esimerkiksi ETL 22 §:n vastaisesti aseman ilmoittamatta jättäminen todistajalle tai kuulustelutodistajan puute tuskin voi tarkoittaa sellaista syytetyn oikeuksien loukkausta, että seurauksena voisi olla kuulustelukertomuksen hyödyntämiskielto. Syytetyn oikeudenmukaisen kohtelun kannalta keskeisenä tekijänä tulee kuitenkin nähdä todistajan tai asianomistajan ETL 24 §:n vastainen kuulustelu, jolla on tarkoituksellisesti pyritty saamaan epäillylle vastaisia tietoja esiin – tällöin kyse on nimenomaisen todistamiskiellon rikkomisesta, mikä mahdollistaa hyödyntämiskiellon asettamisen. Toinen merkittävä poikkeus todistajan tai asianomistajan kuulustelun virheseuraamuksista (oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden näkökulmasta) voi johtua siitä, että kuulusteltavalle ei ilmoiteta tämän vaitiolo-oikeudesta.²¹⁷

Epäillyn tosiasiallinen 'riski' siitä, että hän tulee (tahattomasti) lausuneeksi jotain itselleen vastaista, on esitutkinnassa huomattavasti suurempi kuin oikeudenkäynnissä. Tästä syystä asianmukaisen puolustautumisen edellytyksenä on, että epäillylle on ennen kuulusteluja ilmoitettu tämän asema yksityiskohtaisesti. Velvollisuus epäillylle tehtävistä ilmoituksista onkin niin merkittävällä sijalla epäillyn oikeusturvajärjestelyissä, että myös ETL 29 §:n 1–2 momenttien säännökset voidaan nähdäkseni asettaa epäillyn esitutkintakertomuksen hyödyntämiskieltopohdinnassa erityisasemaan.²¹⁸ Suomessa rikoksesta epäillylle ei

²¹⁷ Näin syntyneen lähiomaistodistajan (tai -asianomistajan) kertomuksen hyödyntämiskielto-mahdollisuutta tarkastellaan seuraavassa jaksossa (4.3.3).

²¹⁸ Mm. *Robberstad* 1999 s. 47 i.f. lukee oikeuden avustajaan rikosprosessin johtaviin periaatteisiin. Myös *Jokela* 2000a s. 99 katsoo syytetyn oikeuden avustajaan olevan "yksi tärkeimmistä ihmisoikeussopimuksissa edellytetyistä syytetyn vähimmäisoikeuksista." Ks. myös *Jokela* 1998 s. 156–159. Vastaavasti *Helminen ym.* 2002 s. 170 pitävät oikeutta avustajan käyttöön yhtenä "lainsäimäisen oikeuden tärkeimmistä perusperiaatteista". Saksassa BGH katsoo, että epäillylle tehtävä ilmoitus tämän vaitiolo-oikeudesta samoin kuin tämän oikeudesta konsultoida avustajan kanssa kuuluvat perustavaa laatua oleviin prosessuaalisiin ihmisoikeuksiin, ja että ilmoittamatta jättämisen tulee johtaa näin virheellisesti syntyneen kertomuksen hyödyntämiskieltoon.

(valitettavasti) lain mukaan tarvitse kertoa hänen oikeudestaan olla vaiti tai vastaamasta kysymyksiin.²¹⁹ Sitä suuremmalla syyllä katson, että laiminlyönti yksilöidä rikosepäilyä tai ilmoittaa epäillylle tämän oikeudesta avustajaan ETL 29 §:n mukaisesti, muodostaa aina merkittävän menettelyvirheen, joissain tapauksissa mahdollisesti jopa loukkauksen epäillyn perus- tai ihmisoikeuksia vastaan.²²⁰ ETL 29 §:n vastainen menettely vaikuttaa suoraan ja keskeisellä tavalla rikoksesta epäillyn puolustautumismahdollisuuksiin ja harkintavallan käyttöön esitutkintaviranomaisen kysymyksiin vastatessa. Säännöksen tarkoituksena on turvata mm. syyttömyysolettaman ja itsekriminointisuojaan toteutuminen.²²¹ Näenkin painavia *perusteita sille, että esitutkintakuulustelun, joka on suoritettu näistä epäillyn oikeuksista informoimatta (tai kiistatta puutteellisesti/virheellisesti informoiden), käyttöä todisteena voidaan tehokkaasti rajoittaa.*

Rikosepäilyn yksilöinnille tulisi nähdäkseni asettaa suhteellisen pitkälle menevät vaatimukset. Periaatteessa epäillylle voidaan ilmoittaa häneen kohdistuvasta rikosepäilystä ainakin kolmella eri 'tarkkuustasolla': Ensinnäkin mahdollista on kertoa ainoastaan poliisin epäilemän rikoksen rubriikki (esim. "epäilemme sinua liikenteen vaarantamisesta"). Toisaalta rikosepäily voidaan yksilöidä tätä konkreettisemmalle tasolle viittaamalla tunnusmerkistön täyttävään lähempään tekemuotoon (esim. "epäilemme sinun vaarantaneen liikenneturvallisuuden *ajamalla ylinopeudella punaisia päin*"). Kolmas vaihtoehto on identifioida rikosepäily mm. ajallisesti ja paikallisesti niin tarkasti, että kuvaus rajaa täsmällisesti tutkittavan teon historiallisena tapahtumainkulkuna (esim. "epäilemme sinun vaarantaneen liikenneturvallisuuden *eilen kello 15.00 ajamalla 30 km/t ylinopeutta ja lisäksi vastoin punaisia liikennevaloja Mannerheimintien ja Lönnrotinkadun risteyksessä*"). Viimeksi mainittu yksilöinnin taso vastaa lähinnä syytteessä esitettävän tapahtu-

Lausunto, jonka epäily antaa olematta tietoinen vaitiolo-oikeudestaan, rajataankin Saksassa pois oikeudenkäyntiaineistosta menettelyllisen tasapuolisuuden ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden takaamiseksi. Ks. mm. *Roxin* 1998 s. 184 ss., *Koriath* 1994 s. 38–39 ja *Grünwald* 1966 s. 491.

²¹⁹ Kriittisesti tästä asiantilasta ks. myös *Virolainen* 1998 s. 317 ja siinä viitattu kirjallisuus sekä *Helminen* ym. 2002 s. 257.

²²⁰ Ks. *Jokela* 2002 s. 148–149 EIT:n avustaja-oikeutta koskevasta oikeuskäytännöstä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin näkökulmasta. Ks. argumentoinnista myös *Honig* 1967 s. 30 ss. ja *Eisenberg* 1999 s. 169–170. Vrt. *Hormia* 1979 s. 77; kirjoittajan mielestä "informointivelvollisuuden laiminlyöntiin ei voida kohdistaa moitetta ihmisoikeuksien ja perustuslain vastaisuudesta". Näen näkökannan asiallisesti kestävämmänä ja PL 21 §:n johdosta vanhentuneena.

²²¹ ETL 29 §:n vastaisesta menettelystä voi olla kyse silloinkin, kun asianajajan konsultaatio-oikeudesta on sinänsä ilmoitettu, mutta kun epäillylle ei ole annettu riittävästi apua oikeuden tosiasiallisessa käyttämisessä. Esimerkiksi ETL 24 §:n 2 momentin vastainen menettely, jossa kuulustelu on ilman erityistä syytä suoritettu kello 21 ja 6:n välisenä aikana – jolloin puolustusasianajajan saaminen kuulusteluun on erityisen vaikeaa – voi olla "raskauttava" seikka virheen oikeudellisia seurauksia pohdittaessa (ETL 24 § 2 momentin esitetyssä uudistuksessa – ks. *HE 52/2002 vp.* s. 36–37 – täsmennettäisiin poikkeavien kuulusteluajankohtien kriteereitä, millä ei kuitenkaan sinänsä olisi merkitystä hyödyntämiskielto mahdollisuuden kannalta).

mainkuvauksen tasoa. Vastaava tarkkuus ei luonnollisesti ole käytännössä aina mahdollinen esitutkintakuulustelun alussa, jossa rikosteon yksityiskohdat voivat olla esitutkintaviranomaiselle vielä tuntemattomia. Mielestäni on kuitenkin pidettävä selvänä lähtökohtana, että esitutkintaviranomaisen tulisi kulloinkin käytettävissä olevien tietojen perusteella mahdollisimman konkreettisesti viimeksi mainituin tavoin täsmentää epäiltyyn kohdistettava rikos-epäily – muunlainen menettely ei mahdollistaisi epäillylle puolustautumiskeinojensa ja -tarpeen asianmukaista harkintaa. Tutkinnan edetessä ja rikos-epäilyjen muuttuessa epäillylle on muutoksista myös ilmoitettava.²²²

II Niin ETL 24 §:n kuin 29 §:nkin virhetilanteissa kyse voi olla joko hyödyntämiskiellotseurauksen asettamisesta virheelliselle kertomukselle (OK 17:11.2:n tai 17:32.2:n soveltamisen eli esitutkintakertomuksen lukemisen estämisestä) tai 'vain' näyttöarvon kriittisestä tarkastelusta.²²³ ETL 24 §:n osalta edellä on lausuttu, että sen luonne todistamiskieltonormina voisi tietyissä tapauksissa johtaa nimenomaan hyödyntämiskieltoon. Tämän näkökannan puolesta voidaan esittää, että virheellisen kuulustelukertomuksen lukeminen ja tuomion mahdollinen perustaminen siihen olisi 'reilun pelin' idean vastaista (samoin kuin EIS 5 artiklan 2 kappaleen vastaista²²⁴). Vastaavasti hyödyntämiskielto-mahdollisuutta myös ETL 29 §:n virhetilanteissa tukee se näkökohta, että kyse on nimenomaisen epäillyn suojaksi säädetyn prosessuaalisen normin – joka ei kylläkään sanamuotonsa puolesta ilmene nimenomaisena todistamiskieltona – vastaisesta menettelystä. Näkemys hyödyntämiskiellotseuraamuksesta ei toisaalta ole riidaton. Mahdollista on myös katsoa, että virheellisesti syntynyttä epäillyn esitutkintakertomusta ei formaalein kriteerein – joista hyödyntämiskiellotratkaisussa loppujen lopuksi on kyse – suljettaisi kokonaan oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, vaan että virheellisen menettelyn tulisi näkyä siinä painoarvossa, joka esitutkintakertomukselle annetaan aputositseikkana tuomioistuimessa annetun kertomuksen luotettavuuden arvioinnissa. Näkemyksessä tuomioistuin siis arvioisi vapaan todistelun periaatteen mukaisesti, mikä näytöllinen vaikutus virheelliselle esitutkintakertomukselle voidaan antaa.

²²² Ks. Virolainen 1998 s. 286 ja 315, Helminen ym. 2002 s. 238 ja 255 sekä Clayton – Tomlinson 2001 s. 115–116. Oma kysymyksensä on, millä tavoin esitutkintaviranomaisen kuulusteluissa käyttämät kuulustelustrategiat voivat vaikuttaa mm. siihen, mitä tietoja kuulusteltavalle epäillylle kussakin vaiheessa annetaan (valehtelun selvittämiseksi voi olla esim. perusteltua lykätä joidenkin epäiltyä vastaan puhuvien todisteiden ilmoittamista). Mainittu kysymys koskee tosin nimenomaan *todisteita* eikä itse rikosteon yksilöintiä. Pitäisin siten joka tilanteessa kiinni täsmällisestä rikosepäilyn identifioinnista.

²²³ Ks. esim. *Koriath* 1994 s. 38, *Roxin* 1998 s. 186 ja *Grünwald* 1966 s. 495 StPO 136 §:stä, joka säättää selkeästi hyödyntämiskiellotseuraamuksen laittomasti suoritetuille epäillyn esitutkintakuulusteluille. De lege ferenda (Ruotsin osalta) samansuuntaisesti ks. myös *Ebervall* 2002 s. 161 av. 47.

²²⁴ EIS 6.3 art. mukaisesti *syytetyille* taatut vähimmäisoikeudet (ml. 6 art. 3 kappaleen a-kohdan mukainen oikeus saada viipymättä yksityiskohtainen tieto syytteiden sisällöstä ja perusteista) koskevat soveltuvien osin myös rikoksesta epäiltyä (EIS 5.2 art.), näin Virolainen 1998 s. 139.

Viimeksi sanottuun liittyen voidaan kysyä, *mikä on esitutkintapöytäkirjan luonne todisteena*. Lähtökohtaisesti esitutkintapöytäkirja ei kuulu lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon. OK 17:11:n pääsääntö on, että pöytäkirjaa ei saa käyttää näyttönä tuomioistuimessa. Koska esitutkintakuulusteluja voidaan kuitenkin tietyin edellytyksin oikeudenkäynnissä lukea, voivat esitutkintakirjaukset tätä kautta tulla oikeudenkäyntiaineiston piiriin.

Selvää on, että esitutkintapöytäkirjaan kirjatulle annetaan tilanteessa *jotain* todistuksellista merkitystä.²²⁵ Silloin, jos kuulusteltava ei oikeudenkäynnissä lausu tietyistä seikoista mitään, saattaa tuomioistuin pitää esitutkinnassa po. seikoista kerrottua luotettavana tietolähteenä, ja voi myös perustaa tuomion esitutkintakertomuksesta ilmeneviin faktalausumiin – luonnollisesti edellyttäen, että syyttäjä on OK 17:32.2:n mukaisesti saattanut pöytäkirjan oikeudenkäyntiaineiston piiriin. Tilanteessa esitutkintakertomuksen voitaneen sanoa olevan *todistusosiseikan* (suoran todisteen) ’asemassa’.²²⁶

Toisaalta silloin, jos kuulusteltava muuttaa esitutkintakertomustaan jonkin faktaväitteen osalta tuomioistuimessa, toiminee esitutkintakertomus lähinnä *vertailuaineistona tuomioistuimessa lausutulle*.²²⁷ Tällöin pöytäkirjasta luettava *voi* teoreettisesti ilmaisten olla *aputosiseikan* ’asemassa’. Koska aputosiseikka ei käsitteellisesti todista itsessään mitään oikeustositseikasta, ei aputosiseikkaan rinnastus ole kuitenkaan tässä asiayhteydessä riittävää tai kaikin osin täsmällistä. Esitutkintakertomus muuntuu tuomioistuimessa lukemalla osaksi suullista todistelua, ikään kuin tuomioistuimessa henkilökohtaisesti kuulusteltavan henkilön kertomuksen jatkeeksi tai täydennykseksi. Tällöin on selvää, että luetulla kertomuksella voi olla sekä suoran että epäsuoran todistusosiseikan asema. Laillisesta oikeudenkäyntiaineistosta säättävän ROL 11:2:n mukaan *todistusharkinnan tulisi kohdistua ensisijaisesti nimenomaan tuomioistuimessa annettuun kertomukseen*. Käytännössä OK 17:32.2:n tilanteissa todistusharkinta kuitenkin kohdistuu erottamattomasti sekä tuomioistuimessa suullisesti ilmaistuun että esitutkintapöytäkirjasta luettuun.

Mainittujen esitutkintavirheiden oikeusseuraamuksilla (hyödyntämiskielto vai ’kriittinen’ tarkastelu) lienee käytännöllistä relevanssia lähinnä vain OK 17:32.2:n soveltamistilanteissa.²²⁸ Kyse on siitä, mikä vaikutus esitutkinnassa tapahtu-

²²⁵ Ekelöf 1994 s. 154 katsoo kääntöpuolena välittömyysperiaatteelle tai parhaan todistusaineiston periaatteelle olevan, että: ”är det förhöret under förundersökningen som är det värdefullaste ur bevissynpunkt.”

²²⁶ Myös HE 190/2002 vp. s. 23–24 ehdotetun OK 17:11:n uuden 2 momentin mukaisessa menettelyssä, jossa videotallenne lapsen esitutkintakuulustelusta otettaisiin todisteena huomioon pääkäsittelyssä, voisi videotallenteella olla *suoran todistusosiseikan asema* (koska tallenne voitaisiin vastaanottaa myös silloin, kun lasta ei OK 17:21:n mukaan kuultaisi pääkäsittelyssä henkilökohtaisesti). Vrt. Ekelöf 1994 s. 154, jossa esitutkintapöytäkirjalle myönnetään (OK 17:32.2:n tilanteessa) vain ’vertailuaineisto-merkitys’.

²²⁷ Vertailuaineistosta puhutaan myös HE:ssä 190/2002 vp. s. 9 ja 24 (tilanteessa, jossa lasta päätetään kuulla tuomioistuimessa OK 17:21:n mukaisesti).

²²⁸ OK 17:11.2:n tarkoittamassa tilanteessa kyse on siitä, että kertomuksen antanut henkilö ei voida kuulla pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella. Syytetyn kohdalla kyse voi olla vain ns. *poissaolokäsittelystä* (ROL 8:11–12) – esim. syytetyn kuolema aiheuttanee syytteen luopumisen, jolloin OK 17:11.2 ei luonnollisesti tule missään vaiheessa sovellettavaksi. Poissaolo-

neelle todistamiskiellon loukkaukselle tai muulle virheelle tulee antaa, jos syytetty tuomioistuimessa vaikenee kokonaan tai muuttaa aikaisemmin kertomaansa sisällöllisesti. Lähtökohtaisesti OK 17:32.2 sallii esitutkintapöytäkirjan lukemisen kuvatussa tilanteessa. Voidaan kuitenkin kysyä, voisiko esitutkintapöytäkirjan lukeminen kokonaan estyä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusperusteilla esitutkintamenettelyssä tapahtuneen virheen perusteella? Yleisellä tasolla kyse on tällöin yhtäältä siitä, missä määrin menettely vaikuttaisi koko menettelyn oikeudenmukaisuuteen, ja toisaalta siitä, mikä painoarvo tälle mahdolliselle 'oikeudenmukaisuusrajoitukselle' tulisi antaa suhteessa rikosvastuun toteuttamisintressiin. Käytännöllisellä tasolla kyse on tietysti myös siitä, miten ja missä määrin selvitystä esitutkintavirheen laadusta ja lähemmästä luonteesta voidaan tai tarvitsee saada oikeudenkäynnin puitteissa. Tiettyjä kuulustelumennettelyitä koskevia reaalisia argumentteja voidaan siis myös ottaa huomioon.

ETL 29 §:n ja ETL 24 §:n loukkaamistilanteet voivat käytännössä ilmetä lukuisin eri tavoin. Erilaiset menettelyvirheet voivat loukata oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta erilaisissa määrin. Tahaton rikosepäilyn epäselvä muotoilu ennen epäillyn kuulustelua ei ole sama asia kuin epäillyn tietoinen harhaanjohtaminen siinä, että tällä ei olisi oikeutta avustajaan. Vastaavasti satunnaiset kuulustelijan "epäasialliset" kommentit tai kysymykset epäillyn kuulustelun aikana eivät muodostane identtistä oikeudenloukkausta siihen nähden, joka aiheutuu fyysisellä pahoinpitelyllä tunnustukseen pakottamisesta. Lieneekin selvää, että minkä tahansa ETL 29 §:n ja 24 §:n vastaisen menettelyn kohdalla hyödyntämiskieltoseuraamus ei ylipäättänsä (edes teoriassa) voi tulla kyseeseen. Ongelmallisia tilanteita ovat ne, joissa esitutkinnassa aiheutettu oikeudenloukkaus on erityisen vakava. Tällöin hyödyntämiskieltoajatus (vaihtoehtona esitutkintakertomuksen lukemisen sallimiselle ja 'kriittiselle' tarkastelulle) näyttäytyy perustellummalta.

käsittelyiden edellytyksenä on lain mukaan, että syytetyn läsnäolo – ja siten todistelutarkoituksessa kuuleminen – ei ole tarpeen asian selvittämiseksi. Poissaolokäsittely lienee ylipäättään mahdollinen lähinnä silloin, kun syytteen hyväksyminen ei edellytä epäillyn/syytetyn esitutkintakertomuksen käsittelyä. Käytännössä esitutkintapöytäkirja voinee tosin toimia poissaolokäsittelyissäkin suorana todisteena ainakin siltä osin, että siitä voidaan vahvistaa syytetyn tunnustaneen esitutkinnassa syytteenalaisen teon. Todistelun välittömyys edellyttäisi, ettei poissaolokäsittelyissä epäillyn esitutkintakertomusta tätä enemmän luetaisi – syyttäjällä tulee olla tapahtumista riittävästi muuta näyttöä. Näkemystä tukee myös ROL 6:6.3, jonka mukaan poissaolajutuissa tuomioistuimen on "tarpeen mukaan asiakirjoista selostettava, mitä poissaoleva asianosainen on asiassa esittänyt." (ks. myös HE 82/1995 vp. s. 86). Esityöt antavat nähdäkseni ymmärtää, että kyse olisi lähinnä vain asianosaisen vaatimusten ja niiden perusteiden lukemisesta (syytetyn kohdalla tapahtumien tunnustamisesta tai vaatimusten myöntämisestä), ei sen sijaan tämän todistelutarkoituksessa ilmaistun lukemisesta. ROL 6:6.3 tulee joka tapauksessa nähdä OK 17:11:ssa tarkoitettuna 'laissa säädettynä poikkeuksena' välittömyysperiaatteesta. – Teoriassa esitutkintavirheen (ETL 24 §:n tai 29 §:n loukkauksen) voisi ajatella johtavan juuri hyödyntämiskieltoseuraamukseen OK 17:11:n tilanteissa. Yllä poissaolokäsittelyn edellytyksistä lausutun valossa tilanne lienee todella vain teoreettinen.

Formaali hyödyntämiskieltoseuraamus on tosin ongelmallinen myös viimeksi mainittujen vakavien virhetilanteiden kohdalla. On sinänsä mahdollista katsoa, että syytetyn oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei toteudu, jos tuomioistuimien perustaa (OK 17:32.2:n kautta) syyksilukevan tuomion todisteluun, jota hankittaessa epäillyn tai syytetyn oikeuksia on loukattu erityisen vakavalla tavalla. Perinteisesti esim. elementaarisia hyödyntämiskieltoja on perusteltu juuri tämäntyyppiseen ajatteluun pohjautuen. Ongelmallista kuitenkin on, että kaikkein vakavimpiakaan virhetilanteita ei voida edes summittaisesti 'luetteloida'. Vakavatkin virhetilanteet voivat lisäksi edellyttää lähempää todistelua, jotta *virheen tapahtuminen* ylipäätänsä voitaisiin oikeudenkäynnissä *todentaa*. Erilaisten virhetilanteiden *vaikutus menettelyn oikeudenmukaisuudelle* on luonnollisesti myös arvioitava tapauskohtaisesti. Tuomioistuimen on siis välttämättä saatava lähempää näyttöä ETL 29 ja 24 §:ien virhetilanteista (mm. kuulusteluolosuhteista ja esitutinnan lähemmästä kulusta), jotta virheiden vaikutusta menettelyn oikeudenmukaisuudelle ja siitä mahdollisesti seuraavaa hyödyntämiskieltoa ylipäätään voitaisiin arvioida. Hyödyntämiskielto tulisi siis monessa tapauksessa perustumaan ja kohdentumaan sellaiseen todistukseen, jonka sisältöä on jo käsitelty yksityiskohtaisesti pääkäsittelyn aikana. Hyödyntämiskielton asettaminen edellyttäisi tällöin kykyä rajata sittemmin torjuttavana pidettävä seikka todistusharkinnan ulkopuolelle.²²⁹

Voi toisaalta olla myös niin, että oikeudenkäynnissä esitutkintavirheestä esitettävä todistelu kohdistuu vain esim. kuulusteluolosuhteisiin ja kuulustelun tapahtumien selvittämiseen siten, että 'virhetodistelu' ei itsessään ainakaan suoraan paljasta sittemmin mahdollisesti kiellettäväksi katsottavan todisteen sisältöä. Puolustus saattaa esim. 'ehittää' nopeasti vetoamaan esitutkintavirheeseen ennen kuin syyttäjä on saanut esitutkintapöytäkirjasta mitään luettua. Pidän tärkeänä korostaa, että virheväitteestä mahdollisesti seuraava asianosaisten keskustelu ja todistelu tuomioistuimen tulisi joka tapauksessa lähtökohtaisesti sallia, jos esitutkintavirheen selvittely on asianmukaista ja relevanttia. Virhekeskustelulla ja -todistelulla voi nimittäin olla todistusharkinnassa (OK 17:7:nkin tarkoittamaa) näytöllistä merkitystä – hyödyntämiskieltoimahdollisuuden tulkinnasta riippumatta – muun todistelun luotettavuutta selventävinä aputositseikkoina. Informaatiolla esitutkintakuulustelun virheellisyydestä voi hyvinkin olla olennaista merkitystä sille, miten tuomioistuin suhtautuu pöytäkirjaan kirjatun seikan luotettavuuteen (itse kirjauksen oikeellisuuden kannalta

²²⁹ ETL 24 ja 29 §:ien todistamiskielto poikkeavat useasta muusta todistamiskielto-tilanteesta siinä, että po. säännökset edellyttävät tapauskohtaista arviointia. ETL:n säännökset eivät ts. ilmaise todistamiskieltonormin sisältöä täysin yksiselitteisesti. – Edellä jaksossa 4.1.1(I) (s. 186) on todettu, että todistamiskiellosta voidaan yleensä puhua vain silloin, kun laissa on osoitettu selvät, pakottavat normit jonkin todistelun kiellettynä pitämisestä. Nähdäkseni ETL 24 ja 29 §:t tulee in casu -luonteestaan huolimatta kuitenkin lukea todistamiskielloiksi.

tai arvioiden virheellisen menettelyn kausaalista vaikutusta kuulusteltavan antaman vastauksen sisällölle).²³⁰

Ns. 'itsensä manifestoivissakin' esitutinnan virhetilanteissa *menettelyn virheellisyys on viime kädessä aina suhteutettava myös siihen, mitä esitutkinnassa on tullut selvitetyn, ts. 'virheellisen' todisteen sisältöön*. Kertomuksen muuttumistilanteissa esitutkintakuulustelun virheellisyys on yleensä juuri se syy (ratio), johon kertomuksen muuttumisen väitetään perustuvan. On siten välttämätöntä saada selvitystä siitä, minkälainen virhe on mahdollisesti ollut kyseessä. Esitutinnan kuulusteluolosuhteilla ja -metodeilla voi hyvinkin olla kausaalista vaikutusta sille, minkälaisia vastauksia esitutinnan kuulusteltava on antanut, tai miten vastaukset on kirjattu kuulustelupöytäkirjaan. Selvityksen perusteella hyödyntämiskieltoseuraamus ei välttämättä näytä perustellulta, vaikka esim. näyttöä olisi jostain räikeästäkin esitutinnan menettelyvirheestä (esim. epäillyn pahoinpitelystä), jos virheellisellä menettelyllä ei katsota olevan vaikutusta sille, mitä epäilty on esitutkintakuulusteluissa lausunut. Toisaalta silloinkin kun esitutinnan kuulusteluvirheellä katsotaan olevan kausaalista vaikutusta epäillyn lausuman sisällölle (tämä lienee tavalla tai toisella useimpien virhetilanteiden pääsääntö), saattaa kertomuksen lukeminen ja tuomion osittain perustaminen siihen olla hyväksyttävää oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden näkökulmasta.

Keskeinen havainto ETL 29 ja 24 §:ien soveltamistilanteista on, että *on joka tapauksessa olennaista vertailla tuomioistuimessa annettua kertomusta esitutkintakertomukseen*. Hyödyntämiskieltoa ei käytännössä voida asettaa siten, että tämä *vertailu* estettäisiin jollain formaalilla kriteerillä. Hyödyntämiskiellon mahdollisuus koskisi siten todisteita, jotka tulevat väistämättä, tavalla tai toisella, oikeudenkäynnissä käsiteltäviksi ja mm. tuomioistuimen lautamiehille tutuiksi. Hyödyntämiskiellon asettaminen edellyttäisi välttämättä tietoon tulleen seikan 'häivyttämistä pois tietoisuudesta' ratkaisua tehtäessä. Tämä voi olla vaikeaa.

Edellä oikeudenkäynnin kontradiktorisuudesta puhuttaessa (jaksossa 2.4.3 (III)) EIT:n oikeuskäytännön on kuitenkin nähty tukevan vastaavanlaista tulkintatapaa kontradiktorisuusvirheiden arvioimiseksi. Menettelyn oikeudenmukaisuuden lopullinen arviointi voi olla vaikeaa, mutta ongelman vaikeus ei silti oikeuta sen sivuuttamista keskeisissä esitutkintavirhetilanteissa mielestäni yhtään vähempää kuin kontradiktorisuusvirhetilanteissakaan. Molemmissa on kyse oikeudenmukaisuuden arvioinnista ja turvaamisesta.

Vakavimmissa virhetilanteissa ETL 24 ja 29 §:t voivat siten nähdäkseni loppujen lopuksi johtaa hyödyntämiskiellon asettamiseen siten, että esitutkintapöytäkirjan lukeminen OK 17:32.2:n perusteella kielletään, tai että esille tullut

²³⁰ Vetoamis- ja todistustaakkaa hyödyntämiskiellon perustavista seikoista käsitellään yleisesti jaksossa 4.3.9.

joka tapauksessa rajataan jälkikäteen tuomioharkinnan ulkopuolelle. Mainittujen ETL:n säännösten perusteella asetettava *hyödyntämiskielto on luonteeltaan epäitsenäinen*, koska hyödyntämiskielto perustuu edeltävään todistamiskieltoon rikkomiseen. Hyödyntämiskiellon harkinta on kuitenkin tehtävä jo lähtökohtaisesti 'kokonaan avoimesti' (kyse ei ole hyödyntämiskielto-olettamasta), eli käytännössä hyödyntämiskieltopohdinta muistuttaa pitkälti ns. itsenäisen hyödyntämiskiellon asettamistehtävää.

Sanotusta huolimatta näen edellä puheena olleen 'kriittisen todistusharkinnan' kuitenkin käytännössä hyvin merkittävänä ja realistisena menettelyvaihtoehtona. Useissa tilanteissa, joissa esitutkintavirheen 'tahraaman' todistelun hyödyntämisen ei katsota loukkaavan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta, on kyse silti siitä, että oikeudenkäynti- ja esitutkintakertomuksia arvioidaan ikään kuin yhtenä kokonaisuutena esille tulleen virheellisen menettelyn valossa. Selvityksellä virheellisestä menettelystä samoin kuin esitutkintakertomuksen sisällöllä on tällöin merkitystä lähinnä apotosiseikkoina tuomioistuimessa annetun (muuttuneen) kertomuksen näyttöarvoa arvioitaessa. Kuitenkin silloin, kun esitutkinnan virhe on ollut niin olennainen, että syyksilukevan tuomion perustaminen virheen/oikeudenloukkauksen perusteella syn-tyneeseen kertomukseen tekisi koko oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen, pidän oikeampana tulkintana nimenomaan (formaalin) hyödyntämiskiellon asettamista. Mahdollista on, että esim. pahoinpitelemällä tai muulla törkeällä oikeudenloukkauksella saatu tunnustus on 'oikea', ts. 'aineellista totuutta' vastaava. Tällöin syytetyn tuomitseminen olisi materiaalisesti sinänsä aivan oikea lopputulos. Prosessuaalista oikeudenmukaisuutta korostavalla hyödyntämiskiellolla on silti mahdollista puuttua tällaisiin menettelyvirheisiin. Hyödyntämiskiellon puolesta puhuu paitsi esitutkintaviranomaisten ohjaus- tai yleisestävyyshankinto, myös syytetyn perusoikeussuoja – syyksilukevasta tuomioista pidättäytyminen saattaa usein olla pieni "hinta" siitä, että saadaan yleisellä tasolla – eli *oikeuskysymyksenä käsitellyllä hyödyntämiskiellolla* – turvattua oikeudenmukaisesti toimiva rikosprosessi.²³¹

Edeltävän pohdinnan lopputuloksen voi tiivistää kahteen huomioon: a) *hyödyntämiskielto-olettamaa ei voida soveltaa* ETL 24 §:n eikä ETL 29 §:n virhetilanteissa ensiksi mainitun selvästä todistamiskieltoosanamuodosta ja viimeksi mai-

²³¹ Toki on mahdollista, että vakavan oikeudenloukkauksen aiheuttaman 'kriittisen näyttöharkinnan' seurauksena virheellisesti syntyneelle todisteelle ei anneta 'mitään näyttöarvoa' syytteen tueksi. 'Ei mitään näyttöarvoa' tarkoittaa de facto samaa kuin hyödyntämiskielto. Tällaiset 'ei mitään' tai 'vain vähäistä merkitystä' -rajaukset tai näyttöarvon määrittelyt ovat tietenkin hyvin vaikeita, koska näyttöä on kuitenkin vapaasti arvioitu. Selvää joka tapauksessa on, että näinkin menettelemällä syyte voi jäädä toteen näyttämättä, jolloin menettely ei syytetyn näkökulmasta loppujen lopuksi välttämättä muodostu epäoikeudenmukaiseksi. ETL 24 ja 29 §:n kohdalla tätä ei kuitenkaan voida pitää sinänsä 'viimeisenä sanana' tai aina riittävänä argumenttina hyödyntämiskieltovaihtoehdon torjumisen perusteeksi. 'Kriittisen tarkastelun' ratkaisumallilla ei nimittäin esim. poliisin kurinpitofunktiota voida toteuttaa yhtä hyvin kuin formaalilla kannanotolla tietyn menettelyn laittomana pitämisellä – ja tähän kannanottoon kytkeytyvällä nimenomaisella 'hyödyntämiskielto-sanktiolla'.

nitun keskeisestä oikeusturvafunktiosta huolimatta. Ratkaisu olisi käytännössä toimimaton ja liiaksi aineellisen totuuden tavoitteluintressin sivuuttava. Viime kädessä b) *yksittäistapauksellinen hyödyntämiskielto voi kuitenkin tulla kyseeseen* mainittujen säännösten loukkaamistilanteissa – kyseessä täytyy tosin olla oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta keskeisesti loukkaavasta menettelystä/todisteesta.

III ETL 29 §:n kohdalla hyödyntämiskieltoseuraamuksen periaatteessa mahdollistavasta 'räikeästä' virhetilanteesta voitaneen puhua esim. silloin, kun epäillylle ei ole pyynnöstä huolimatta annettu mahdollisuutta saada avustajaa kuulusteluun tai kun epäiltyyn kohdistuva rikosepäily on yksilöity tarkoituksellisesti väärin – esim. todellisuutta suppeampana tai tarkoituksellisen epätasallisenä –, jotta epäilty saataisiin näin kertomaan itselleen vastaisesti myös muiden epäiltyjen rikosten kohdalla. 'Optimaalista' (ks. edeltävä Mannerheimintie-esimerkki) heikommalla tarkkuudella mutta kuitenkin asianmukaisella 'tasolla' suoritetusta rikosteon yksilöinnistä ei yleensä voine johtua hyödyntämiskieltoseuraamusta. Tällaisen seurauksen yleisenä edellytyksenä täytynee olla, että menettelyllä on tosiasiallisesti aikaansaatu olennaisesti virheellinen käsitys siitä, mistä teoista henkilöä epäillään.

Myös ETL 24 §:n 1 momentin loukkaus voi siis johtaa hyödyntämiskieltoon esitutkintapöytäkirjan lukemisen kiellon tai huomiotta jättämisen muodossa. Lähemmin säännöksen mukaan kuulusteltavaa on kohdeltava rauhallisesti ja asiallisesti, ja tunnustuksen tai määrättyyn suuntaan käyvän lausuman saamiseksi kuulusteltavalta ei saa käyttää tietoisesti vääriä ilmoituksia, lupauksia tai uskotteluja erityisistä eduista, uuvuttamista, uhkausta, pakkoa taikka muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelu-kykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja tai menettelytapoja. Todistusmetodi-kiellon tarkoituksena on suojata paitsi todistelun luotettavuutta, myös epäillyn ja muiden esitutkinnassa kuulusteltavien ihmisten ihmisarvoa ja persoonallisuuden oikeussuojaa (PL 7 §).²³² Säännös turvaa menettelyn oikeudenmukaisuutta ja ilmentää oikeusvaltiollisista asennoitumista rikosprosessiin. Säännöksellä on siten vaikutusta myös esitutkintaviranomaisten toimintaa yleisesti ohjaavana normina.

Pakottamalla saadulle tunnustukselle tai muulle lausumalle ei periaatteessa tulisi antaa minkäänlaista näyttöarvoa, koska tällainen kertomus ei ole syyte-

²³² *Hormia* 1978 s. 311. Kuten todettu, Saksassa kuulustelumethodin loukkaamisen seurauksista on nimenomainen säännös: StPO 136a § 3 momentin mukaan kuulustelumethodikiellon (joka muistuttaa pitkälti ETL 24 §:ää) rikkomisesta seuraa absoluuttinen kuulustelukertomuksen hyödyntämiskielto siten, ettei kuulusteltava edes suostumuksellaan voi oikeuttaa näin saadun kertomuksen käyttämistä näyttönä (säännös nähdään ihmisarvon koskemattomuudesta säättävän GG 1 §:n suorana ilmaisuna). Ks. *Jerouschek* 1992 s. 504, *Roxin* 1998 s. 201, *Dencker* 1977 s. 8–9 ja 75, *Schellenberg* 2000 s. 53, *Lundqvist* 1998 s. 211 s. sekä *Virolainen* 1998 s. 425 av. 2.

tyn/kuulusteltavan oma lausuma, vaan ulkoisen tahdontoiminnan eli suggestion tai painostamisen tuote.²³³ Kuten sanottu, oikeudenmukaisuus- ja poliisitoiminnan yleisestäävyysperusteet voivat yksittäistapauksessa puhua sen puolesta, että tällaisessa todistusmetodikieltotilanteissa syntynyt kertomus suljetaan täysin oikeudenkäyntiaineiston ja todistusharkinnan ulkopuolelle hyödyntämiskielto asettamalla. Kaikkein 'räikeimmissä' tilanteissa säännöksen mahdollisesti aiheuttama todisteen hyödyntämiskielto ei edes välttämättä edellytä voimaan astuakseen kausaalipohdintaa siitä, onko kielletyn menettelyn ja lausunnon sisällön välillä syy-seuraus -suhde. Lähtökohtaisesti riittää, että tarkoitettu kausaalisuhde on ainakin lähellä.²³⁴ Kausaalisuhteiltaan epävarmassa mutta muuten erityisen törkeässä virhetilanteessa ETL 24 §:n vastaista menettelyä arvioitaessa tällaisen kausaalisuhteen olemassaolo tulee mielestäni presumoida. Vastaavalla tavalla kuin ETL 29 §:n tulkinnan yhteydessä, näen perustelluksi ajatella, että räikeästi ETL 24 §:n vastaisesti suoritettua epäillyn kuulustelua ei välttämättä saisi käyttää todisteena tuomioistuimessa, vaikka epäilty (tuomioistuimessa asianmukaisesti kuultuna) poikkeaisikin aikaisemmin lausumastaan: sekä esitutkintapöytäkirjan esittäminen näyttönä että suullinen todistelu esitutkintakuulustelun kulusta merkitsisivät ETL 24 §:n todistamiskielton kiertämistä ja mahdollisesti epäillyn perus- tai ihmisoikeuksien tyhjäksi tekemistä.²³⁵

Edellä on puhuttu epäillyn kuulustelupöytäkirjan hyödyntämiskiellostä. Käytännössä harvinaisempi mutta teoriassa mahdollinen ETL 24 §:n tarkoittama virhetilanne voi kohdistua myös *todistajana tai asianomistajana* kuulusteltavan kuulustelussa: myös näitä voidaan painostaa sopimattomasti ja jopa ihmisoikeuksia loukat. Epäillylle tai sittemmin syytetylle vastaisten todisteiden hankkiminen mainitulla tavalla voi merkitä menettelyllistä epäoikeudenmukaisuutta syytetyn kannalta ja yleisemminkin 'leväperäistä' suhtautumista esitutkintavirheiden oikaisemiseen, jollaista tuomioistuinten ei tulisi sallia. Pidän siten mahdollisena asettaa hyödyntämiskielto myös todistajan tai asianomistajan esitutkintakertomuksiin, jos käsillä on näyttöä räikeästi ETL 24 §:n vastaisesta menettelystä.

Virheellisen menettelyn vaikutuksesta syntynyttä esitutkintakertomusta ei ole kuitenkaan välttämättä pidettävä kokonaisuudessaan hyödyntämiskelvottomana. Yleensä ainakin edeltävä – so. ennen kiellettyjen metodien käyttöä suoritettu – kuulustelukertomus lienee mahdollista saattaa oikeudenkäyntiaineiston piiriin OK 17:32.2:n edellytysten täytyessä, koska tältä osin kuulustelu on

²³³ Ks. *Hormia* 1978 s. 44, 311–312 ja 314, *Kleinknecht* 1966 s. 1543 ja *Müller* 2000 s. 117.

²³⁴ Ks. *Hormia* 1978 s. 317 ja *Roxin* 1998 s. 201. Vrt. *Eisenberg* 1993 s. 114, jonka mukaan jos kuulustelijan petosyritys ei ole johtanut kuulusteltavan virheeseen tai jos virhe on asiaan vaikuttamaton, on kyse vain "yrityksestä", jonka ei tulisi johtaa hyödyntämiskieltoon.

²³⁵ Esitutkintapöytäkirjan hyväksikäytöstä todisteena Ruotsissa ks. *NJA* 1991 s. 512 I ja II sekä 1992 s. 532. Englantilaisesta käytännöstä ks. *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 64.

suoritettu asianmukaisesti. Mahdollisesti ETL 24 §:n tarkoittaman virheen jälkeisiinkin kysymyksiin annetut vastaukset voivat tulla samalla tavalla hyödyntämiskelpoiksi, jos kielletyllä metodilla ei selvästi (enää) katsota olevan kausaalista vaikutusta vastauksen antamiselle tai sen sisällölle (ja siten menettelyn oikeudenmukaisuudelle).²³⁶

ETL 24 § tarkoittaa esimerkiksi sitä, että kuulustelija ei saa vastoin parempaa tietoaan kertoa tai antaa epäillyn ymmärtää, että rikoskumppani on tunnustanut teon, tai että epäiltyä vastaan on olemassa muuta näyttöä silloin, kun tällaista ei todellisuudessa ole.²³⁷ Esitutkintaa suorittavan viranomaisen toimivallassa ei ole myöskään luvata epäillylle edullisia seurauksia palkinnoksi tunnustuksesta tai muusta rikoksen selvittämisen edesauttamisesta; epäasiallista tällainen menettely on juuri siksi, ettei kyseisen lupauksen täyttäminen ole esitutkintaviranomaisen ratkaisuvallassa.²³⁸ Varsinaista estettä ei toisaalta ole sille, että esitutkintaviranomainen kertoo epäillylle, että tuomioistuimet käytännössä saattavat mitata vähäisemmän rangaistusseuraamuksen rikoksen selvittämisessä myötävaikuttamisen perusteella (eri asia on, että tämä hyöty voi olla hyvin pieni tai ainakin tuomarikohtaisesti vaihteleva).²³⁹

Kiellettynä menettelynä on pidettävä myös 'psykykkistä harhaanjohtamista' esim. vakuuttamalla epäillylle, ettei tarkoituksena ole käyttää tietoja häntä vastaan, samoin kuin luonnollisesti oikeuskysymyksissä paikkansa pitämättömän tiedon antamista (esim. totuusvelvollisuuden tai rikosoikeudellisen vastuun suhteen tai ylipäätensä sen suhteen, että kyseessä on kuulustelu, jossa saatuja tietoja voidaan käyttää prosessissa).²⁴⁰ Yhtä lailla kuin vastoin parempaa tietoa toimiminen, myös sinänsä oikeiden tietojen antamisella synnytetty (tai syntynyt) tietoinen epäillyn väärinkäsityksen hyväksikäyttäminen on katsottava ETL 24 §:n kieltämäksi metodiksi.²⁴¹ Kuulustelija voi säännöksen estämättä uhata epäiltyä laillisilla pakkokeinoilla, mutta kielletyn leiman tällainen menettely saa silloin, jos epäillyn annetaan ymmärtää,

²³⁶ Vastaavasta näkemyksestä englantilaisessa oikeuskäytännössä ks. *Lundqvist* 1998 s. 207.

²³⁷ Ks. *Hormia* 1978 s. 315, *Helminen ym.* 2002 s. 243, *Eisenberg* 1993 s. 106 sekä *Lindberg* 1997 s. 217.

²³⁸ ETL 24 §:n perusoikeusmyönteisen tulkinnan mukaan säännöstä ei saa kiertää myöskään uskottelemalla kuulusteltavalle valheellisesti, että tämä voi tauon aikana puhua luottamuksellisesti jonkin kolmannen henkilön kanssa tai ylipäätään ilman poliisin valvontaa. Toisaalta silloin kun kyse on avoimesti poliisin kanssa käytävästä vapaamuotoisesta keskustelusta, ei ETL 24 § soveltune. Ks. *Eisenberg* 1993 s. 95–96.

²³⁹ Ks. *Hormia* 1978 s. 316 ja *Eisenberg* 1993 s. 119–120.

²⁴⁰ ETL 16.3 §:n mukaan esteellisen tutkijan ei pääsääntöisesti tulisi suorittaa epäillyn kuulustelua (ks. *Virolainen* 1998 s. 131). Rärkeimmissä tilanteissa pääsäännön vastaisesti esteellisenä suoritettu kuulustelu voi nähdäkseni olla peruste jopa hyödyntämiskiellon asettamiselle in casu epäillyn kuulustelukertomukselle. Ks. myös *HE 14/1985 vp.* s. 24, jonka mukaan syyttäjä voi toimituttaa esitutkinnan uudelleen, jos hän havaitsee esitutkinnassa toimineen tutkijana tai tutkinnanjohtajana esteellisen henkilön.

²⁴¹ Ks. *Eisenberg* 1993 s. 106–107 ja 111–112 ja *Roxin* 1998 s. 203–204. Kuulustelijan tehtävänä tai velvollisuutena ei ole estää tai oikoa kuulusteltavan tekemiä virheitä, ja tällaisia voi käyttää kuulustelussa hyväksikin, mutta aktiivisesti kuulustelija ei saa pahentaa tai syventää kyseistä väärinkäsitystä tai virhettä.

että pakkokeinoihin ryhdytään jotenkin 'epätavanomaisesti' tai muuten kuulustelijan mielivallan – tai tietynsuuntaisen kuulusteltavan vastauksen – mukaisesti.²⁴²

Toisaalta epäillyn ratkaisuvapauteen voidaan vaikuttaa ratkaisevalla tavalla jo kysymysten muotoilulla: voimakkaasti *johdattelevat kysymykset* voivat paitsi johtaa kuulusteltavaa harhaan jonkin tosiseikan suhteen, myös muuttaa tämän muistikuvia. Miten johdattelua on arvioitava ETL 24 §:n näkökulmasta, jossa puhutaan vain 'sopimattomista' keinoista ja menettelytavoista? Katsoisin, että johdattelevien kysymysten käyttöä yleisesti tosiseikkojen selvittämisen prosessissa ja erityisesti todistajan kuulustelussa on pidettävä sopimattomana. Esitutkintaviranomaisten ei tulisi muutenkaan käyttää johdattelevia kysymyksiä uusia tosiseikkoja selvittäessään. Sen sijaan johdattelua on pidettävä mahdollisena ja sopivana epäillyn kuulustelussa esimerkiksi silloin, kun rikosepäilyn taakse on jo konkreettista näyttöä, ja kun tarkoituksena on saada valehtelusta epäilty henkilö kertomaan asioista todenmukaisesti: tällöin kyse ei ole ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyneen vaikuttamisesta, vaan kuulusteltavan todenpuhumismotivaation selvittämisestä.²⁴³ Jotta hyödyntämiskielto voitaisiin perustaa tietoiseen johdatteluun (vääristelyyn), tulisi menettelyn kuitenkin olla erityisen selvää ja räikeää. Lähinnä kyseeseen voisi tulla tilanteet, jotka epäasiallisuutensa puolesta saattaisivat tulla muillakin perusteilla torjuttaviksi (peräti elementaarisen todistamiskieltoargumentin johdosta).

Vastaavankaltainen virheellisyys kuulustelussa voi syntyä silloin, jos kuulustelussa hyödynnetään kuulusteltavan *päihtymys- tai väsymystilaa*. Tällöin kuulusteltava on mm. helpommin johdateltavissa ja hänen kykynsä arvioida vastauksensa oikeellisuutta ja vaikutuksellisuutta asialle on alentunut.²⁴⁴ ETL 24 §:ssä kielletään myös kuulusteltavan *muistiin* vaikuttavien sopimattomien keinojen käyttö. Suomessa poliisi käyttää joissakin tapauksissa hypnoosia apuvälineenä asioiden muistiin palauttamisessa. Hypnoosi on kuitenkin menetelmänä niin epävarma, ettei sen avulla saatuja lausuntoja liene järkevää käyttää suoraan todisteena.²⁴⁵ Kiellettyäkin menettelyä ei toisaalta ole.

²⁴² Kiellettyä tällainen menettely olisi jo yleisen poliisioikeudellisen tarveperiaatteen johdosta. Periaatteen mukaan "endast sådana maktbefogenheter får användas som är ägnade att leda till det resultat som polisen inom ramen för sitt uppgiftsområde eftersträvar." Näin *Helminen ym.* 2000 s. 76. Ks. myös *Viljanen, P.* 2001b s. 263–264 ja *Eisenberg* 1993 s. 117 s. Ks. kielletyistä metodeista myös *Peters* 1966 s. 157–158. Oikeuskäytännössä yleinen vastaväite tunnustamisen peruuttamistilanteissa on se, että epäilty (sittemmin syytetty) selittää tunnustaneensa välttyäkseen vapaudenmenetyksensä jatkamiselta (näin mm. ratkaisussa KKO 2000:35, josta ks. *Rautio* 2000a s. 213 ss.).

²⁴³ Näin *Eisenberg* 1993 s. 99–100 ja 113 s. sekä *Virolainen* 1998 s. 333. Ks. myös *Helminen ym.* 2002 s. 279: "Esitutkintaa suoritettaessa on johdattelevien kysymysten esittäminen yleensä katsottu hyväksytyksi, jos vain tällaisten kysymysten avulla on mahdollista selvittää rikos, joka muutoin jäisi selvittämättä." Ks. myös mt. s. 284 siitä, että kuulustelijan tulisi kuitenkin evätä asianosaisen tai hänen avustajansa (ETL 34 §:n mukaisesti) esittämät johdattelevat kysymykset.

²⁴⁴ Ks. *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 20 voimakkaasti päihtyneen kuulustelun välttämiseksi. – Esim. Saksassa epäillyn päihtymystilan tm. heikentyneeseen arvostelukykyyneen johtavan tilan hyväksikäyttö johtaa epäillyn esitutkintakertomuksen hyödyntämiskieltoon, ks. *Malek* 1994 s. 113.

²⁴⁵ Ks. hypnoosimenetelmästä *Magnussen* 2002 s. 14–15.

Poliisi voi joka tapauksessa käyttää hypnoosia vapaammin omassa toiminnassaan tutkinnan suuntaamisen apuna.

4.3.3 Lähiomaissuojaan perustuva hyödyntämiskielto

Käsillä olevassa jaksossa tarkastelukulma on yhä suurelta osin siinä, millä edellytyksillä esitutkintapöytäkirjan lukeminen (OK 17:11 tai 17:32.2:n perusteella) on kiellettyä oikeudenkäynnissä. Jaksossa kysymystä pohditaan nimenomaan syytetyn tai asianomistajan OK 17:20:ssä tarkoitettujen lähiomaisten ns. *lähiomaissuojan* näkökulmasta. Lähiomaissuoja perustuu pitkälti OK 17:20:n kokonaiskieltäytymisoikeuteen sekä OK 17:24.1:n 1 virkkeen mukaiseen oikeuteen olla kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, jos se johtaisi henkilön itsensä tai tämän läheisen syytteen vaaraan (lähiomaissuojan suojelefunktioista ks. edellä jaksossa 4.1.6).

Lähiomaissuojan on yllä todettu olevan ehdoton todistamiskieltooperuste. Jatkoesityksen kannalta keskeinen huomio onkin, että *absoluuttisesti suojeltavaa intressiä ei saa periaatteessa millään tavalla rajoittaa tai kiertää*. Absoluuttisesti suojeltavan intressin tulee myös *'läpäistä' prosessuaaliset roolit* – lähiomaissuojan tulee ts. olla yhtä vahvaa riippumatta siitä, onko po. lähiomainen todistajan tai asianomistajan prosessuaalisessa asemassa. Lähiomaissuojan ehdottomuus johtaa myös siihen, että – toisin kuin epäillyn kohdalla – *tämän esitutkintakertomuksen hyödynnettävyyden kannalta keskeistä ei pääsääntöisesti ole esitutkinnan virheettömyys tai virheellisyys*. Absoluuttinen suoja on voimassa joka tapauksessa itsenäisesti oikeudenkäynnissä, periaatteessa esitutkintamenettelyn lähemmästä kulusta riippumatta. Jatkotarkastelussa lähiomaissuojan lähempi analyysi kuitenkin osoittaa, että tietyissä tilanteissa esitutkinnan virheettömyydellä voi olla relevanssia myös lähiomaissuojalle.

Lähiomaissuojan käytännöllistä realisoitumista voidaan tarkastella useassa eri tilanteessa. Absoluuttisimmillaan lähiomaissuoja ilmenee (a) OK 17:20:n mukaisena ns. *kokonaiskieltäytymisoikeutena* (4.3.3.1). Lähiomaissuoja näytetään erillisenä (b) OK 17:32.2:n soveltamistilanteessa – jolloin kyse ei tietenkään voi olla OK 17:20:n kokonaiskieltäytymisoikeuden käytöstä –, jossa lähiomainen vetoaa OK 17:24.1:n mukaiseen *itse- tai läheiskriminointisuojaan* (4.3.3.2). Juuri näissä tilanteissa esitutkintakertomusten lukemisen (hyödyntämisen) sallimisen harkinnassa voidaan tietyssä määrin *huomiota kiinnittää siihen, onko lähiomaiselle aikanaan esitutkintakuulustelussa ilmoitettu asianmukaisesti tämän vaitiolo-oikeuksista*. Tässä kuulustelun vaiheessa lähiomaissuoja ei välttämättä näyttäytyä yhtä ehdottomana kuin edellä a-tilanteessa. Esitutkinnan asianmukaisuudella voi ajatella olevan relevanssia myös (c) OK 17:11:n mukaisissa *lähiomaistodistajan tai -asianomistajan poissaolotilanteissa* – ts. se, voidaanko lähiomaisen esitutkintakertomusta tällöin tuomio-

istuinmessä lukea, voi riippua siitä, onko vaitiolo-oikeudesta tehty esitutkinnassa ilmoitus (4.3.3.3). Jos lukeminen tällöin mahdollistuu, ei lähiomaissuoja ole tältä osin absoluuttinen.

4.3.3.1 Lähiomaisten kokonaiskieltäytymisoikeus

I Toisin kuin useassa muussa hyödyntämiskieltotilanteessa, nimenomaan lähiomaisten kokonaiskieltäytymisoikeuteen perustuvaa hyödyntämiskielloa pohdittaessa on mahdollista tukeutua KKO:n oikeuskäytäntöön. Tässä suhteessa ehdottomasti keskeisimpänä ennakkotapauksena on pidettävä KKO:n ratkaisua 1995:66.²⁴⁶ Ratkaisu koski nimenomaan lähiomaisten kokonaiskieltäytymisoikeuden suojelemista, mistä syystä ratkaisu on erityisen relevantti tämän alajakson otsikossa mainitussa suhteessa. KKO:n enemmistö katsoi, että poliisimiehen kuuleminen oikeudessa todistajana siitä, mitä lähiomaistodistaja oli kertonut *alustavassa puhuttelussa*, olisi merkinnyt tosiasiallisesti OK 17:20:ssä säädetyn *lähisukulaisuuden suojan* murtamista, kun lähiomainen vetosi kokonaiskieltäytymisoikeuteensa oikeudenkäynnissä. Langettavan tuomion perustaminen poliisimiehen kertomukseen olisi ollut ristiriidassa myös *kontradiktorisen periaatteen* kanssa.²⁴⁷

Ratkaisussa on selvästi edellytetty lähiomaissuojaa kiertävän – jo vastaanotetun – todisteen jälkikäteistä huomiotta jättämistä todistusharkinnassa. Enemmistön ratkaisuperusteluiden mukaan kuulopuhetodistajan kuulemista ei olisi alun perinkään tullut sallia, eikä alioikeus olisi saanut nojautua kuulopuhekertomukseen näyttönä syytetyn syyllisyydestä. KKO kumosi alempien oikeuksien ratkaisut sekä hylkäsi syytteet. Perusteluiden sanamuodot ovat sikäli ehdottomat, että KKO ei esim. vain edellyttänyt väärin vastaanotetun näytön normaalia kriittisempää arviointia tai todennut epämääräisesti, että tuomioistuimen virheellisen menettelyn johdosta ’syytetyn syyllisyyttä ei ollut selvitetty’ (kuten ratkaisussa KKO 2000:71). Sen sijaan KKO asetti nimenomaisten hyödyntämiskiellon po. todisteelle: ”kihlakunnanoikeuden ei olisi pitänyt sallia C:n kuulemista todistajana edellä mainituista seikoista eikä kihlakunnanoikeus olisi saanut nojautua C:n kertomukseen näyttönä A:n syyllisyydestä.” Todistaja C:n kertomusta ei siten saanut *lainkaan* ottaa huomioon.

²⁴⁶ Ratkaisu annettiin vahvennetussa jaostossa äänestyksen jälkeen 7–4. Vahvennetun jaoston täysistunnon käyttämisestä tulee tässä erikseen korostaa, koska pääsääntöisesti KKO käyttää tätä kokoonpanoa uutta tai muutettua *oikeusohjetta* vahvistaessaan. Ratkaisun oikeusohjeilla – jotka ilmenevät ratkaisuosaston lisäksi myös perusteluista (näin *Heinonen* 2002 s. 619 ja *Virolainen* 1998 s. 86) – on siten katsottava olevan korostunut merkitys.

²⁴⁷ Ratkaisusta lähemmin ks. esim. *Virolainen* 1998 s. 343 s., *Ervo* 1996 s. 119, *Ervo* 2000 s. 992 ja *Ervo* 2001a s. 421. Ks. myös *Huovila* 1999 s. 1165.

Ratkaisun ensisijainen perustelu on lähiomaisen vaitiolo-oikeuden suojelutarkoituksena; kontradiktorisuuden loukkaus näyttäisi ratkaisussa olevan vain täydentävä argumentti – ehkä toisin kuin KKO:n hyödyntämiskieltoihin liittyvän oikeuskäytännön enemmistössä.²⁴⁸ Tältä osin ratkaisu on selvä ja hyväksyttävä. Vaikka vaitioloilmoitus olisi alustavassa puhuttelussa tehty, on oletettavaa, että lähiomainen ei ole vapaamuotoisessa tilanteessa voinut mieltää keskustelutilanteen oikeudellista merkitystä, jolloin tämän tahdonmuodostusprosessi vaitiolo-oikeutensa käyttämisestä ei ole vielä välttämättä edes ”käynnistynyt”.²⁴⁹ Näin saadun (kuulopuhe)kertomuksen hyväksyminen näytöksi riittäisi lähiomaiselta mahdollisuuden päättää vaitiolo-oikeutensa käyttämisestä ja tekisi OK 17:20:n tarkoituksen tyhjäksi.

Paitsi (*kuulopuhe*)todistajan kuulemisesta alustavassa puhuttelussa esille tulleet (= syytetty A oli kääntänyt poikansa B:n kuljettaman auton rattia humalapäissään ohjaajan viereiseltä penkiltä), tapaus aktualisoi myös kysymyksen samasta teemasta kertovan (asianmukaisesti hankitun) *lähiomaisen (B:n) kirjallisen esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä*.²⁵⁰ Tapauksessa B oli ensin kertonut ratin kääntämisestä vanhemmalle konstaapelille C:lle vapaamuotoisesti alustavassa puhuttelussa (juuri tätä poliisin todistelua ei siis sallittu). Kertomuksensa B oli kuitenkin toistanut myös esitutkintakuulustelussa, jossa mm. oli asianmukaisesti ilmoitettu B:n OK 17:20:ään perustuvasta vaitiolo-oikeudesta. Menettely herättää kysymyksen siitä, voitiinko tämä B:n esitutkintakertomus oikeudenkäynnissä lukea, kun B päätti pääkäsittelyssä käyttää vaitiolo-oikeuttaan.

Enemmistön perusteluissa ei *nimenomaisesti* käsitelty kysymystä B:n esitutkintakertomuksen hyödyntämisen sallittavuudesta. Kahden vähemmistöön jääneen oikeusneuvoksen ero tuomioperusteisiin oli juuri tässä: he totesivat selvästi, ”ettei myöskään B:n esitutkinnassa antamaan kuulustelukertomukseen voi nojautua selvityksenä jutussa.”²⁵¹ Tämän näkemyksensä he perustivat ni-

²⁴⁸ Vaitiolo-oikeus tehokkaana prosessuaalisena oikeutena tarkoittaa nimenomaan siihen oikeuteen mahdollisuutta tehokkaasti ”päättää tuomioistuimen todistusharkinnasta” (näin *Peters* 1966 s. 120). Tulkinta korostaa myös sitä, että rikosasian pääkäsittelyn tulee olla itsenäinen oikeudenkäynti, jossa laillisen oikeudenkäyntiaineiston muodostaa ainoastaan pääkäsittelyssä välittömästi esitetty todistelu – esitutkintavaiheella on pääsääntöisesti ainoastaan oikeudenkäyntiä *valmistele* ja ei-sitova luonne.

²⁴⁹ Ks. vaitiolo-oikeudesta tehtävästä ilmoituksesta alustavassa puhuttelussa jaksossa 5.1.2 (s. 334–335) esitettävää.

²⁵⁰ Siitä, ettei *alustavassa puhuttelussa* kuulopuhetodistajan kautta suullisesti esille tullutta voitu ottaa huomioon ratkaisua tehtäessä (ja ettei todistajaa olisi alunperin saanut edes kuulla), vallitsi yksimielisyys koko vahvennetussa jaostossa: tältä osin ratkaisu perustui nimenomaan lähisukulaissuojan toteuttamiseen.

²⁵¹ Toiset kaksi vähemmistöön jääneistä oikeusneuvoksista olisivat ilmeisesti sallineet esitutkintapöytäkirjaan kirjattujen seikkojen hyödyntämisen ja arvioimisen vapaan todistusteorian mukaisesti (päätyen tosin siihen, ettei mainittu kirjallinen näyttö riittänyt langettavaan tuomioon). Kuten sanottu, nämäkin oikeusneuvokset torjuivat suullisen kuulopuhetodistelun.

menomaisesti EIS 6 art. 3 kappaleen d-kohdan mukaiseen kontradiktorisuusvaatimukseen. Hyödyntämiskieltoseuraamus esitutkintakertomukselle olisi mielestäni voitu perustaa kontradiktorisuuden ohella myös – tai itse asiassa ensisijaisestikin – lähiomaissuojan turvaamisargumenttiin.²⁵² Kuten sanottu, enemmistöperusteluissa B:n esitutkintakertomuksen lukemismahdollisuutta ei suoraan käsitelty. Koska perusteluissa kuitenkin todetaan, että syyte tuli hylätä sillä perusteella, *ettei sen tueksi ollut esitetty muuta* (siis muuta kuin kuulopuhetodistelu) näyttöä, lienee lausumaa tulkittava siten, että myös enemmistö katsoi B:n esitutkintakertomuksen kokonaan hyödyntämiskelvottomaksi.

Itse siis näkisin KKO:n ratkaisun 1995:66 tukena ’tiukemmalle’ tulkintavaihtoehtodolle, jonka mukaan lähiomaisen esitutkintakertomusta ei saada lainkaan käyttää näyttönä (OK 17:32:n perusteella) tilanteessa, jossa lähiomainen muuttaa mielensä kokonaiskieltäytymisoikeutensa käytöstä oikeudenkäynnin pääkäsittelyyn mennessä.²⁵³ Näkemys on luonteva nimenomaan tilanteessa, jossa lähiomainen kieltäytyy kokonaan todistamasta OK 17:20:n perusteella oikeudenkäynnissä. Esitutkintakertomuksen lukeminen tarkoittaisi tällöin suoraan sitä, että kokonaiskieltäytymisoikeus (laissa turvattu todistamiskielto) sivuutettaisiin.

Tulkintaa tulee kuitenkin analysoida vielä pidemmälle, koska asia ei valitettavasti myöhemmän oikeuskäytännön valossa ole täysin riidaton (tarkoitan ratkaisua KKO 2000:71), ja koska asialla on huomattavaa käytännöllistä merkitystä: *lähiomaisen vaitiolotahdon ’käsittäminen’ ensisijaisena ja ratkaisevana edellytyksenä tämän esitutkinnassa antaman kertomuksen lukemisen sallimiseksi* voisi konkreettisesti tarkoittaa, että esim. usea perheväkivaltarikos muuttuisi de facto asianomistajarikokseksi.

II KKO:n ratkaisussa 1995:66 syytetyn lähiomainen oli siis kertonut tapahtumista esitutkintakuulustelussa, joka oli suoritettu asianmukaisesti mm. lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeudesta ilmoittaen. Lähiomainen muutti kuitenkin mielensä pääkäsittelyyn mennessä ja vetosi tuomioistuimessa OK 17:20:ään. Esitutkinnan asianmukaisuudesta huolimatta lähiomaisen esitutkintakertomusta ei ratkaisun mukaan saanut lukea (hyödyntää). Ratkaisu perustuu ajatukselle lähiomaissuojan ehdottomuudesta, joka kieltää suojan kaikenlaiset

²⁵² Epäselväksi jää, miksi näin ei tehty: olihan KKO mm. aikaisemmassa ratkaisussaan 1993:101 jo suhteellisen selvästi katsonut, ettei asianomistajan puolison esitutkinnassa antamaa kertomusta saatu huomioida oikeudenkäynnissä, kun lähiomainen oli sittemmin kieltäytynyt todistamasta oikeudessa (ks. edellä jaksossa 2.4.3 s. 91): ratkaiseva merkitys lähiomaisen esitutkintakertomuksen lukemisen sallimiselle oli tämän suostumuksella.

²⁵³ Samoin ratkaisusta *Lappalainen* 2001a s. 220 av. 110: ”Rikosasiassa todistaja voi käyttää kieltäytymisoikeuttaan, vaikka hän on suostunut todistamaan esitutkinnassa. Tällöin ei poliisitutkintapöytäkirjaan merkittyä kertomusta voida hyödyntää oikeudenkäyntiaineistona.” Ks. myös *Hirvonen* 1995 s. 449.

kiertämiset (esim. poliisi-kuulopuhetodistelun tai esitutkintapöytäkirjan lukemisen avulla). A maiore ad minus -ajatuksen mukaan on selvää, että lähiomaisuoja tulee suojella vastaavalla tavalla ehdottomasti myös tilanteessa, jossa esitutkinnassa on tapahtunut virheellisyys esim. juuri vaitiolo-oikeudesta ilmoittamisen suhteen. Tässä omaksutun tulkinnan mukaan lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeuden käyttämisessä ja tulkinnassa esitutkintakuulustelun virheettömyydellä tai virheellisyydellä ei olekaan mitään relevanssia – lähiomainen voi joka tapauksessa vielä pääkäsittelyssä vedota tehokkaasti kokonaiskieltäytymisoikeuteensa.

Lähiomaisen vetoaminen OK 17:20:ään estää siis esitutkintapöytäkirjan lukemisen (samoin kuin muunkinlaisen esitutkintaviranomaisten omiin toimiin perustuvan 'kiertotodistelun') kaikissa tilanteissa: Esitutkintapöytäkirjan lukemista ei voi perustaa OK 17:11.2:iin eikä OK 17:32.2:iin, koska lähiomaisen vaitiolo (kokonaiskieltäytyminen) perustuu *laissa turvattuun erityiseen vaitiolo-perusteeseen*. Kokonaiskieltäytymisessä kyse ei koskaan ole OK 17:11:n tarkoittamasta 'mahdottomuudesta' kertomuksen antajan kuulemiseen tai OK 17:32.2:n tarkoittamasta 'haluttomuudesta tai kykenemättömyydestä' selityksen antamiseen, vielä vähemmän kertomuksen 'muuttumisesta'. Viimeksi mainittujen säännösten soveltaminen estyy täysin, koska säännösten soveltaminen merkitsisi nimenomaisen vaitiolooperusteen (kokonaiskieltäytymisen) sivuuttamista ja mitätöimistä. Lähiomaisen esitutkintakuulustelu ei voikaan koskaan tulla lailliseksi oikeudenkäyntiaineistoksi (se ei ts. voi "elää itsenäistä elämää oikeudenkäynnissä"), jos lähiomaisen välitön kuuleminen tuomioistuimessa estyy OK 17:20:n kokonaiskieltäytymisoikeuden perusteella. Tässä mielessä lähiomaisella on kertomuksensa käytön suhteen täysi määräämis- tai dispo-
nointivalta.

Edellä sanottu tarkoittaa mm. sitä, että kokonaiskieltäytymisoikeuden kohdalla esitutkintakertomuksen lukemista ei missään tilanteissa voida perustaa myöskään ns. *konkludenttiseen vaitiolo-oikeudesta luopumiseen*. Konkludenttisesti luopumisella tarkoitan tilanteita, joissa lähiomaisen aikaisemmasta toiminnasta (= esitutkinnassa todistamisesta) päätellään tämän *vaitiolo-oikeudetaan tietoisena* hyväksyneen sen, ettei hän tahdo mainittua oikeuttaan käyttää.²⁵⁴ Konkludenttisen luopumisen käsite selventää kokonaiskieltäytymisoikeuden käsitesisältöä myös pääkäsittelyssä suoritettavan lähiomaisen kuulustelun "sisäisesti". Koska viimeksi mainitun tilanteen käsittely tarjoaa taustajatuksia myös esitutkintakertomuksen käyttöedellytysten arvioinnille, tehdään tässä pieni vuorokuulustelun vaiheistukseen kohdistuva ennakoiva siirtymä.

Oikeuskäytännössä on katsottu, että peruste kokonaiskieltäytymistä tarkoit-

²⁵⁴ Konkludenttisesta suostumuksesta ei tietenkään ole kyse silloin, jos lähiomaiselle ei ollut esitutkinnassa ilmoitettu tämän vaitiolo-oikeuksista – tällöin mitään oikeudesta luopumista ei voi sanoa tapahtuneen edes teoriassa.

tavan vaitiolo-oikeuden suojelemiselle lakkaa sillä hetkellä, kun vaitioloon oikeutettu henkilö on antanut todistuksensa kokonaisuudessaan tai ainakin pääosin oikeudenkäynnissä. Ratkaisussa *KKO 1985 II 93* syytetyn lähiomaisena olevan todistajan katsottiin menettäneen kokonaiskieltäytymisoikeutensa sen jälkeen, kun hän oli yhdessä istuntokäsittelyssä jo todistanut asiassa.²⁵⁵ Oikeusohje näyttäisi ensi katsannolta olevan varsin selvä. Oikeudenkäyntimenettelyssä ja todistajankuulustelujärjestelmässä tuomion antamisen jälkeen tapahtuneet muutokset huomioon ottaen ratkaisun ilmaiseman oikeusohjeen soveltuvuutta uudelle vuorokuulustelujärjestelmälle on kuitenkin tarpeen tutkia lähemmin.

Lisätarkastelun tarve johtuu erityisesti siitä, että tilanne, jossa kieltäytymisoikeutta käytetään, oli ratkaisua annettaessa erilainen kuin nykyisessä vuorokuulustelujärjestelmässä; kuulustelun suorittaa nyt tuomarin sijasta oikeudenkäynnin asianosainen – omista asianosaisintresseistään käsin –, ja toisaalta kuulustelu suoritetaan nyttemmin keskitetyssä pääkäsittelyssä (yleensä samana päivänä). Voidaanko näille seikoille antaa ratkaiseva merkitys pohdittaessa sitä, voidaanko tai tuleeeko KKO:n ratkaisua muuttuneessa oikeudellisessa ympäristössä tulkita siten, että *pääkuulustelussa* kertomuksen antamisen aloittanut lähiomainen ei voisi enää kieltäytyä vastapuolen suorittamasta *vasta-* tai *uudelleenkuulustelusta*? Kyse on siis siitä, 'prekludoituuko' kokonaiskieltäytymisoikeus pääkuulustelun aloittamisella, vai voiko lähiomainen vedota siihen vielä myöhemmissä kuulustelun vaiheissa.

Vanhan oikeudenkäyntimenettelyn mukaisessa lykkäyksen jälkeisessä oikeudenkäyntitilaisuudessa saman todistajan kieltäytymistä tulla uudelleen kuulusteltavaksi saatettiin nähdäkseni nykyistä 'suoremmin' hahmottaa OK 17:20:n tarkoittaman kokonaiskieltäytymisoikeuden näkökulmasta. Koska henkilöä oli jo kuultu kaikkien asianosaisten näkökulmista, oli ymmärrettävää, että kokonaiskieltäytymisoikeus saatettiin katsoa lakanneeksi. Erityisesti tästä näkökulmasta KKO-ratkaisun oikeusohjeen soveltaminen uuteen vuorokuulustelujärjestelmään voi näyttäytyä ongelmalliselta: esim. puolustuksen suorittamaan pääkuulusteluun vastaavan syytetyn lähiomaisen on nimittäin mahdollista katsoa disponoivan konkludenttisesti ainoastaan siitä, että hän haluaa todistaa läheisensä puolesta. Koska syytetä tukevaa vastakuulustelua ei vielä ole tapahtunut (kuten KKO:n ratkaisutilanteessa), voitaisiin argumentoida sen puolesta, ettei kyseinen lähiomaistodistaja olisi vielä luopunut kokonaiskieltäytymisoikeudestaan: kokonaiskieltäytymisoikeuden yksi sääntelyfunktio on juuri siinä, että sillä mahdollistetaan lähiomaisille tilaisuus olla todistamatta lähei-

²⁵⁵ KKO:n ratkaisuosittikko kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti: "Riitajutussa todistajaksi nimetty asianosaisen lähiomainen, joka haluamatta käyttää OK 17 luvun 20 §:ään perustuvaa kieltäytymisoikeutta oli valan nojalla todistanut jutussa, ei ollut saman jutun toisessa käsittelyssä *vastapuolen todistajaksi nimeämänä* enää oikeutettu kieltäytymään todistamasta." (kurs. PP).

siaan vastaan. Tällaisen lähiomaissuojaa korostavan näkemyksen mukaan lähiomaista ei tulisi pakottaa vaikean 'dilemman' eteen velvoittamalla tätä todistamaan läheistään vastaan yksinomaan sillä perusteella, että hän on halunnut todistaa syytetylle edullisesti.²⁵⁶

KKO:n ratkaisuotsikko antaa kuitenkin mahdollisuuden myös sensuuntaiseen tulkintaan, että ratkaisu olisi perustunut nimenomaan tarkoitukseen estää lähiomaiselta mahdollisuus 'valita' sitä, kenen asianosaisen todistaja hän haluaa olla. Jos näin on, tulisi tilannetta tulkita myös voimassaolevaan OK 17:33:n sovellettuna siten, että pääkuulusteluun vastaaminen todella estäisi lähiomaista enää vetoamasta kokonaiskieltäytymisoikeuteensa vastakuulusteluun siirryttäessä.²⁵⁷ Nähdäkseni tämän näkemyksen tueksi onkin painavampia perusteita kuin päinvastaiselle tulkinnalle. Lähiomaisen absoluuttinen oikeus vastakuulustelusta kieltäytymiseen OK 17:20:n (tai 17:24.1:n) perusteella suojaisi luonnollisesti tehokkaasti mm. yksityis- ja perhe-elämän suojaa tarkoittavia perusoikeuksia. Tällainen menettely olisi kuitenkin paitsi vuorokuulustelujärjestelmän perusteiden vastaista,²⁵⁸ myös syyttäjän tai syytettä ROL 7 luvun mukaisesti itse ajavan asianomistajan kannalta epäasianmukaista,²⁵⁹ ja itse asiassa mahdollisesti myös aineellisen totuuden tavoittelulle haitallista.

Lähiomaiselle annettu mahdollisuus vapaaseen syytetylle edulliseen todistamiseen ilman 'vastakuulustelun pelkoa' voisi yleisellä tasolla lisätä valheellisten lähiomaiskertomusten todennäköisyyttä, koska tällöin puolustuksella olisi mahdollisuus seipittää yhteisiä tarinoita ilman riskiä siitä, että kertomusten todenperäisyyttä voitaisiin vastakuulustelussa kontrolloida. Syytetyn eduksi seipitetty valheellinen pääkuulustelukertomus saattaa toki olla jo itsessään niin epäuskottava, ettei tuomioistuimien tule antamaan sille juuri mitään näyttöarvoa. Tällaisissa tilanteissa ei toisaalta ole perusteltua evätä syyttäjältä mahdollisuutta terävillä vastakuulustelukysymyksillä paljastaa kertomuksen epäluotettavuutta. Vastaava kontrollointimahdollisuus on yhtä tärkeä

²⁵⁶ Vuorokuulustelujärjestelmän joustavuus mahdollistaa tosin myös sen, että syytetyn lähiomaisen pääkuulustelun suorittaja onkin syyttäjä eikä puolustus. Tällaisessa tilanteessa kokonaiskieltäytymisestä luopumisen voinee katsoa tapahtuneen jo sillä hetkellä, kun lähiomainen on vastannut syyttäjän kysymyksiin. Lähiomainen, joka on jo todistanut syytettä tukevalla tavalla, ei voi enää perustellusti välttyä vastakuulustelusta perhe-elämän suoja-argumentilla. Koska tilanteessa lähiomaisen tarkoitus on juuri läheiselleen vastaisesti todistaminen, ei puolustuksen vastakuulustelu-oikeutta voida tilanteessa muutenkaan evätä – syytetylle täytyy nimittäin jo EIS 6 artiklan mukaan taata oikeus kuulustella kaikkia häntä vastaan todistaneita 'todistajia'.

²⁵⁷ Mm. *Lappalainen* 2001a s. 220, *Ervo* 2000 s. 993 ja *Jokela* 2000a s. 338 näyttäisivät kannattavan kuvatonlaista tulkintaa.

²⁵⁸ Tästä näkökulmasta lähemmin jaksossa 5.2.1 (s. 356–357). Ks. myös *Fitger* 2002 (36:15).

²⁵⁹ Näkemys syyttäjän epäasiallisesta kohtelusta pätee nähdäkseni siitakin huolimatta, että equality of arms -periaate on vain 'yksisuuntainen' maksiimi siinä mielessä, että periaatteen tarkoitus on edistää ainoastaan epäillyn tai syytetyn tasapuolisia mahdollisuuksia oikeuksiensa puolustamiseen (periaatteesta ei siis voi johtaa vaatimuksia syyttäjätahon menettelyllisten oikeuksien tai vapauksien saamiseksi, ks. *Robberstad* 1999 s. 153–154).

myös tilanteessa, jossa mahdollisesti 'kaunisteltu' tai sepitetty lähiomaiskertomus vaikuttaa itsessään 'hyvältä' ja luotettavalta. Vuorokuulustelujärjestelmän viimekätinen tarkoitus edistää mahdollisimman pitkälti aineellisen totuuden esille saamista edellyttää tällöinkin – kuten aina – sitä, että kertomusta voidaan tarkastella myös toisen asianosaisen mahdollisesti poikkeavasta näkökulmasta.²⁶⁰

Silloin kun lähiomainen vetoaa oikeudenkäynnissä kokonaiskieltäytymisoikeuteensa, ei henkilöä siis kuulla lainkaan. Tämä lähiomaisen päätös estää esitutkintapöytäkirjan lukemisen kaikissa tilanteissa. Esitutkintakertomuksen lukemista ei voi perustaa siihen, että kokonaiskieltäytymisoikeus olisi lakannut esitutkinnassa (konkludenttisen luopumisen kautta). Näin ei missään tapauksessa tapahdu. Esitutkintakertomuksen lukeminen olisi paitsi lähiomaissuojan vastaista, myös todistelun välittömyyden, ns. parhaan todistelun periaatteen ja kontradiktorisen periaatteen vastaista. Mahdollista ei näin ollen ole sekään, että lähiomainen kieltäytyisi todistamasta tuomioistuimessa kokonaiskieltäytymisoikeuden perusteella, mutta että hän siitä huolimatta oikeuttaisi esitutkintakertomuksen käytön. *Jos siis lähiomaista ei oikeudenkäynnissä lainkaan kuulla (OK 17:20:n perusteella), ei myöskään hänen esitutkintakertomustaan voida lainkaan lukea.*²⁶¹

Vuorokuulustelujärjestelmän perusteista johtuu, että kokonaiskieltäytymisoikeus lakkaa pääkäsittelyssä siinä vaiheessa, kun lähiomainen päättää olla siihen vetoamatta ja 'antautuu' pääkuulusteluun (tästä siis lähemmin jaksossa 5.2.1). Ei olisikaan asianmukaista, jos lähiomainen voisi kokonaiskieltäytymisoikeutensa käyttämisen kautta määrätä tuomioistuimessa noudatettavista prosessuaalisista menettelytavoista. Syytetyn tai asianomistajan lähiomainen ei voi siten enää kesken vuorokuulustelua päättää vedota kokonaiskieltäytymisoikeuteensa (esim. siinä vaiheessa, kun tälle aletaan esittää 'kiusallisia' kysymyksiä) – erityisesti syytetylle oletettavasti vastaisesti todistavan asianomistajan lähiomaisten kohdalla kuvattu menettely riistäisi syytetyltä tämän vastakuulustelu-oikeuden, joka on syytetylle erikseen turvattu EIS 6 art. 3 kappaleen d-kohdassa. Kokonaiskieltäytymisoikeuden käytöstä päättämisen tulee siten tapahtua kokonaisuudessaan ennen lähiomaisen kuulustelua. *Kokonaiskieltäy-*

²⁶⁰ Vrt. *Hormia* 1979 s. 68 ja 78, joka on ennen mainittua KKO:n ratkaisua 1985 II 93 katsonut lähiomaisen suojeluintressejä korostaen, että lähiomainen voisi turvautua kokonaiskieltäytymisoikeuteensa vielä senkin jälkeen, kun hän on aloittanut kertomuksensa antamisen asianmukaisesti oikeuksistaan informoituna *oikeudenkäynnissä* – lähiomainen voisi siten jälkikäteen tehokkaasti muuttaa mieltään kertomuksen antamisen suhteen. Ks. saksalaisen oikeuden osalta vastaavasti *Schellenberg* 2000 s. 109. Samansuuntaisesti angloamerikkalaisen oikeuden kannasta ks. *Honig* 1967 s. 19.

²⁶¹ Kuten sanotti, kokonaiskieltäytymisoikeuden tilanteessa myöskään OK 17:11.2 ei mahdollista kuvattunlaista esitutkintakertomuksen lukemista: säännös mahdollistaa harkinnanvaraisen esitutkintakertomuksen käytön vain silloin, kun kertomuksen antajaa *ei voida* oikeudessa kuulla. – Lähiomaisen 'aidon' poissaolon tilannetta käsitellään jaksossa 4.3.3.3.

*tymisoikeus on siis sikäli jaoton, että siihen tulee vedota joko kokonaan tai ei ollenkaan.*²⁶²

Kokonaiskieltäytymisoikeudesta erillinen asia on, millainen lähiomaisen todistamis- ja totuusvelvollisuus on sen jälkeen, kun tämä on todistamisen pääkäsittelyssä aloittanut. Tätä kysymystä käsitellään seuraavassa jaksossa (4.3.3.2).

III Edellä sanotusta huolimatta voidaan ainakin teoriassa pohtia, voidaanko lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeutta ainakin näennäisesti 'rajoittaa' tai 'kiertää' tietyissä poikkeustilanteissa. Kyse ei itse asiassa olisi lähiomaisen oikeuksien rajoittamisesta, vaan päinvastoin lähiomaisen itsensä (perus)oikeuksien suojelemisesta. Tarkoitan tilanteita, joissa lähiomaisen epäillään vetoavan kokonaiskieltäytymisoikeuteensa pääkäsittelyssä oman 'oikean' tahtonsa vastaisesti *syytetyn uhkailun, painostuksen* tms. johdosta. Lähiomaisen 'oikeaa' todistamistahtoa voitaisiin tällöin periaatteessa toteuttaa siten, että tämän kokonaiskieltäytymisoikeus evättäisiin 'lähiomaisen omaksi parhaaksi', jolloin OK 17:32.2:n soveltaminen eli esitutkintapöytäkirjan lukeminen kertomuksen puutteellisuus- tai muuttumistilanteissa mahdollistuisi.

Lähempiä argumentteja problematiikkaan voidaan hakea tarkastelemalla lähiomaiseen esitutkintakertomusta annettaessa subjektiivisesti vaikuttaneita tekijöitä sekä subjektiivisia tekijöitä, jotka vaikuttavat lähiomaiseen edelleen oikeudenkäyntivaiheessa. Periaatteessa syy lähiomaisen vaikenemiseen vasta oikeudenkäynnissä, tai paremmin ilmaisten, syy siihen, että lähiomainen tahtoo "vetää takaisin" esitutkinnassa antamansa epäilylle vastaisen lausuman, voi olla yhtä hyvin esim. syytetyn myöhemmin suorittama painostus tai uhkailu²⁶³ kuin myös lähiomaisen aito hämmennys tai epätietoisuus esitutkinnassa siitä, tulisiko hänen käyttää kokonaiskieltäytymisoikeuttaan vai todistaa läheiselleen vastaisesti. Lähiomaisen epätietoisuutta voi poliisi periaatteessa vielä pahentaa painostamalla henkilöä asioista kertomaan.

Lähtökohtana pidän, että lähiomaisen itsensä oikeudenkäynnissä ilmoittaa tahtoa vedota kokonaiskieltäytymisoikeuteen tulee kunnioittaa. Virolaisen

²⁶² Lähiomaisen päätös kokonaiskieltäytymisoikeuden käytöstä sitoo myös myöhemmissä oikeusasteissa: vasta muutoksenhakuvaiheessa tapahtuvalle lähiomaisen ilmoitukselle jo antamansa lausuman peruutustahdosta ei sen sijaan enää voitane antaa sitovaa merkitystä (näin mm. *Lappalainen* 2001a s. 220). Vrt. *Fitger* 2002 (36:38): "I RH 1987:24 hördes vid tingsrätten en broder till en tilltalad såsom vittne. Sedan tingsrättens dom överklagats vägrade han att vittna. Åklagarens begäran att såsom bevis få återopa vittnets utsaga från tingsrätten avslogs av hovrätten." Ratkaisua on tosin Ruotsissa kritisoitu, ks. mm. *Welamson* 1989 s. 579.

²⁶³ Ks. oikeusneuvos Arposen eriyvä mielipide KKO ratkaisussa 2000:71: "... rikoksentehtijä on läheisessä henkilösuhteessa saattanut painostaa uhria olemaan kertomatta mitään oikeudessa. Tällöin asianomistajan yksityisyyden suoja voi tosiasiallisesti kääntyä häntä vastaan ja koitua asianomistajan etujen vastaisesti vain rikoksesta epäillyn eduksi sekä johtaa asianomistajan kannalta kohtuuttomaan lopputulokseen."

tavoin en pidä perusteltuna, että tuomioistuimien perustaisi ratkaisuaan todisteen hyödyntämisestä *hypoteettisille arveluille muuttuneen vaitiolotahdon syistä*.²⁶⁴ Paitsi että lähiomaisten esitutkintakertomuksen lukemisen hyväksyminen/kieltäminen voisi loukata yhdenmukaisen kohtelun periaatetta, voisivat tuomioistuimien väärään osuvat spekuloinnit esim. painostusmotivaatiosta vaitiolotahdon taustalla myös aiheuttaa vakavia seuraamuksia prosessiin osallistuville henkilöille. Tuomioistuimien tulisi pikemminkin kunnioittaa ja suojella lähiomaisten itsemääräämisoikeutta omien lähiomaistensa, yksityisyyden ja perhe-elämänsä suojan toteuttamisessa, kuin varmistaa kattavamman selvityksen saaminen samalla mahdollisesti vaarantaen jutun lähiomaisten turvallisuus tai muut intressit. Näin ollen myös lähiomaisten tilannearviota todistamishalukkuudestaan – ottaen huomioon mahdollisesti kokemansa painostus läheisensä taholta ja/tai todistamisesta aiheutuvat kauaskantoisemmat seuraamukset – tulisi kunnioittaa tehokkaasti siten, ettei esitutkintakertomukseen tulisi voida vastoin henkilön tahtoa vedota.

Edellä mainittua johtopäätöstä vastustaa luonnollisesti se argumentti, jos esitutkintaviranomaiset (varmasti) tietävät lähiomaisten yhtäkkisen kokonaiskieltäytymisoikeuteen vetoamisen johtuvan nimenomaan syytetyn suorittamasta painostuksesta tms. tekijästä, ja pystyvät myös esittämään tämänsuuntaista todistelua. Tällaisessa tilanteessa lähiomaisten vaitiolo-oikeus ei enää palvelisi tätä itseään vaan olisi de facto päinvastoin tämän oman tahdon ja intressien vastaista. Tällöin aineellisen totuuden periaatteen ja rikosvastuun selvittämisen intressin voitaisiin katsoa oikeuttavan sivuuttamaan lähiomaisten nimenomaisen vaitiolotahto siten, että esitutkintapöytäkirjaa voitaisiin OK 17:32.2:n perusteella lukea. Tulkinta lieneekin periaatteessa mahdollinen sillä edellytyksellä, että riittävää näyttöä uhkailusta tms. on todella tuomioistuimelle esittää.

Mainittu edellytys ei toisaalta välttämättä ole vielä riittävä. Todistamiseen velvoittamisella (esitutkintakertomuksen hyödyntäminen sallimalla) ei nimittäin nähdäkseni voi automaattisesti syrjäyttää lähiomaistenkaan keskeisiä perusoikeuksia. Se, että Suomesta toistaiseksi puuttuvat kaikki osin tehokkaat *todistajansuojelu*- tms. järjestelyt, puhuu vahvasti viimeksi mainittua tulkintaa vastaan, tai ainakin tulkinnan hyvin varovaisen soveltamisen puolesta. Lähiomaistodistajien ja/tai lähiomaisasianomistajien perusoikeussuoja asettaakin nähdäkseni rajoituksia OK 17:32.2:n soveltamiselle kuvatuissa tilanteissa. Oikeusjärjestelmän ei tulisi pelata riskipeliä ihmisten perusoikeuksilla, jos sen käytettävissä ei samalla ole tehokkaita keinoja mainittujen riskien kontrollointiin tai vähentämiseen.²⁶⁵

²⁶⁴ Ks. Virolainen 2000a s. 678.

²⁶⁵ Vastaavasti todistajien oikeuksien turvaamisesta Euroopan Neuvoston ministerikomitean suosituksen No. R (97) 13 johdannossa.

Lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeuden – tai ainakin siihen liittyvän esitutkintakertomuksen lukemiskiellon – voitaisiin kuitenkin ajatella syrjäytyvän tilanteessa, jossa syytetyn tai asianomistajan lähiomainen on selvästi esitutkinnassa todistanut *syytetylle edullisesti*, mutta kun lähiomainen oikeudenkäynnissä tahtoo seikasta vaieta. Edellä (4.2.3 s. 226) on katsottu, ettei hyödyntämiskieltoa (tässä esitutkintakertomuksen lukemiskieltoa) tulisi asettaa todisteelle, joka todistaa syytetyn syyttömyyden puolesta. Syytetylle edullinen seikka tulisikin sallia esitutkintapöytäkirjasta luettavan OK 17:20:stä riippumatta.²⁶⁶ Tällöin lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeuden tulee yleensä väistyä syytetyn suosimisen periaatteen tieltä. Kyseen ollessa syytetylle edullisesta todisteesta, ei menettely ole ongelmallinen kontradiktorisen periaatteen näkökulmasta. Menettely on myös syytetyn suosimisen periaatteen mukainen, jonka mukaan olennaista on nimenomaan syytetyn kyselyoikeuden turvaaminen (kuten edellä juuri todettiin (s. 269 av. 259), periaate ei ’suojaa’ samalla tavalla syyttäjää). Luonnollisesti tällainen menettely olisi poikkeus välittömyysperiaatteesta. Poikkeus on kuitenkin painavien oikeusturvasyiden perustelema.²⁶⁷

IV Kuten edellä jo todettiin, kokonaiskieltäytymisoikeutta koskeva oikeuskäytäntö ei ole ollut täysin yhdenmukaista. Ratkaisussa *VHO 1998:9* esitutkintakuulustelu oli virheetön ja vaitioloon oikeutettu lähiomainen tahtoi käyttää oikeuttaan vasta oikeudenkäynnissä.²⁶⁸ Tapauksessa syytetty ja asianomistaja olivat kihloissa, mihin vedoten asianomistaja kieltäytyi todistamasta käräjäoikeudessa. Hovioikeus katsoi OK 17:20:ssä säädetyn kokonaiskieltäytymisoikeuden kuuluvan myös rikoksen asianomistajalle, eikä asianomistajan esitutkintapöytäkirjaan merkittyjä lausumia saanut näin ollen ottaa OK 17:11:n nojalla todisteena huomioon. Ratkaisu perustettiin myös KP-sopimuksen 14.3 ja 23 artiklaan ja EIS 6.3 artiklan d-kohtaan sekä 8 artiklaan.²⁶⁹ Ratkaisussa lähiomaissuojan käsitettiin mielestäni aivan oikein ’läpäisevän’ prosessuaaliset roolit, eli kokonaiskieltäytymisoikeus kuului myös syytettyyn OK 17:20:ssä tarkoitetussa suhteessa olevalle lähiomaisasianomistajalle (eikä vain todistajalle).

Ratkaisussa *KKO 2000:71* katsottiin kuitenkin vastaavassa tilanteessa päinvastoin, että rikoksen asianomistajaan – yleisestikin, eikä vain syytettyyn lähiomaissuhteessa olevaan asianomistajaan – ei voida soveltaa OK 17:20:n sään-

²⁶⁶ Syytetylle edullisen seikan käyttöedellytyksiä tulee tarkastella erikseen OK 17:24.1:n itse- tai läheiskriminointitilanteissa. Kysymyksen palataan seuraavassa jaksossa (4.3.3.2).

²⁶⁷ Ks. vastaavasti syytetyn suosimisen periaatteesta tämän puolustajan etukäteismuistienpanojen kannalta myöhemmin jaksossa 7.3 (s. 480) esitettävää.

²⁶⁸ Tapauksessa tosin aktualisoitui nimenomaan lähiomaisena olevan rikoksen *asianomistajan* – jonka asema poikkeaa eräiltä merkittäviltä osin todistajasta – todistamisvelvollisuuden laajuus ja tämän kertomuksen hyödynnettävyys. Edeltävästä tekstistä on kuitenkin jo ilmennyt se lähtökohhta, että lähiomaisen vaitiolo-oikeutta koskevat kysymykset tulee ratkaista yhdenmukaisesti riippumatta siitä, missä prosessuaalisessa asemassa lähiomainen kulloinkin sattuu olemaan.

²⁶⁹ Ks. *Virolainen* 1998 s. 314 ja 425 s. ja *Ervo* 2000 s. 985 ss. Ratkaisun oikeusohje oli asianomistajaan mutatis mutandis sovellettu yhdenmukainen tapauksissa *KKO 1993:101* ja *KKO 1995:66* vahvistetun kanssa.

nöksiä todistajan oikeudesta kieltäytyä todistamasta. Sen sijaan asianomistaja voi KKO:n mukaan *rajoitetun todistamisvelvollisuutensa* (tai *negatiivisen totuusvelvollisuutensa*) johdosta jättää itsenäisesti kertomatta tietämistään seikoista sekä jättää vastaamatta hänelle oikeudenkäynnissä esitettyihin kysymyksiin.²⁷⁰ Ratkaiseva peruste kokonaiskieltäytymisoikeuden puuttumiselle oli KKO:n mielestä nimenomaan asianomistajan todistamisvelvollisuus. Halutesaan asianomistaja voi siten olla vastaamatta yhteenkään kysymykseen (kuten po. tapauksessa) – tällöin oikeudella tosin on mahdollisuus OK 17 luvun 5 §:n nojalla arvioida, mikä vaikutus asianosaisen menettelyllä todisteena on oleva.²⁷¹

ROL 6:5.3:n mukaan *asianomistajan* on pysyttävä totuudessa, kun hän ilmoittaa ne seikat, joihin hän vetoaa asiassa, lausuu käsityksensä vastapuolen esittämistä seikoista ja vastaa tehtyihin kysymyksiin. Sääntelyllä ei tarkoitettu muuttaa aikaisemmin voimassa ollutta sääntelyä.²⁷² Säännöstä on mahdollista lukea niin, että se tarkoittaa ainoastaan *valehtelemisen kieltoa* (’on pysyttävä totuudessa’). Säännös ei sen sijaan vastaa siihen, onko asianomistajalla yleinen velvollisuus vastata kysymyksiin, tai velvollisuutta kertoa seikoista oma-aloitteisesti. Tällaisten velvollisuuksien olemassaolo tarkoittaisi juuri positiivista totuusvelvollisuutta.²⁷³ Vallitsevan näkemyksen mu-

²⁷⁰ Ratkaisun perustelut vahvistavat näkemystä asianomistajan todistamisvelvollisuuden laajuudesta: ”Asianomistajan ei tarvitse häntä todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin.” Määrittelytavasta riippuen tämä voidaan nähdä ilmentymänä asianomistajan ns. negatiivisesta totuusvelvollisuudesta. Ks. myös ratkaisu KKO 1987:93 sekä seikkaperäisesti *Helminen ym.* 2002 s. 246–250. Ks. myös *Viljanen, P.* 1993 s. 1011–1017, *Helminen ym.* 1990 s. 128–129, *Frände* 1999 s. 390 s., *Virolainen* 2000a s. 673 ja 678, *Rautio* 2000b s. 477–478, *Aalto* 1967 s. 9 av. 3, *Turunen* 1999 s. 470–471 ja *Ervo* 2000 s. 987–988.

²⁷¹ Ks. *Virolainen* 2000a s. 673. Mm. *Hormia* 1979 s. 74, *Virolainen* 2000a s. 674 ja *Ervo* 2000 s. 987–988 (av. 15) katsovat, että paitsi syytettyyn nähden lähiomaisena olevalla todistajalla, myös lähiomaisasianomistajalla täytyy olla mahdollisuus käyttää oikeuttaan olla vastaamatta esitettyihin kysymyksiin ilman pelkoa siitä, että tällä menettelyllä voisi olla hänen lähiomaisensa kannalta negatiivisia näytöllisiä vaikutuksia. Päinvastainen tulkinta johtaisi lähiomaisasianomistajan perusteetta huonompaan asemaan kuin vastaava lähiomaistodistaja. Ks. myös *Wilton* 1996 s. 153. – Itse yhdyin näkemyksiin siltä osin kuin kyse on OK 17:20:n mukaisesta kokonaiskieltäytymisoikeuden käytöstä. Sen sijaan silloin kun syytetytyn lähiomaisen vaitiolo perustuu ’vain’ tämän yleiseen negatiiviseen totuusvelvollisuuteen tai OK 17:24.1:n läheiskriminointisuojaan (lähemmin jaksossa 4.3.3.2 (II) esitettävällä tavalla), mahdollistuu normaalitilanteissa esitutkin-takertomuksen lukeminen OK 17:32.2:n edellytyksin. Tällöin ei voida välttää johtopäätösten tekemistä (lähiomaiselle negatiivisiakaan) lähiomaisen vaitioloista.

²⁷² Ks. *HE 82/1995 vp.* s. 84: ROL 6:5.3:n sisältö omaksuttiin siis muuttumattomana edelleenkin siviiliasioissa voimassa olevasta OK 14:1:stä. Ks. myös *Viljanen, P.* 2001a s. 1005.

²⁷³ Yleisesti positiivisella totuusvelvollisuudella tarkoitetaan henkilön velvollisuutta kertoa oma-aloitteisesti ja totuudellisesti kaikki, minkä hän tietää asiaan vaikuttavaksi. Negatiivinen totuusvelvollisuus tarkoittaa käytännössä vain valehtelemisen kieltoa, koska sen mukaan henkilöllä ei ole velvollisuutta oma-aloitteiseen kertomiseen eikä edes kysymyksiin vastaamiseen. Jos henkilö päättää jotain lausua, tulee hänen tällöin tosin pysyä totuudessa. Tältä osin voidaan yhtyä *Jokelan* 2002 s. 20–21 esittämään näkemykseen siitä, että asianomistaja ei kuitenkaan saa vain valikoidusti kertoa tietyistä seikoista siten, että kertomuksesta syntyisi epätodenmukainen käsitys kuulijoille.

kaan (joka ilmenee myös ratkaisusta 2000:71) asianomistajalla ei ole velvollisuutta vastata kysymyksiin eikä muutenkaan velvollisuutta kertoa seikoista vastoin tahtoaan.²⁷⁴ Tässä mielessä asianomistajalla ei ole positiivista totuusvelvollisuutta. Itse katson *asianomistajilla olevan vain negatiivisen totuusvelvollisuuden* edellä ymmärretyin tavoin: yhtäältä asianomistajalla ei ole velvollisuutta oma-aloitteiseen kertomiseen eikä kysymyksiin vastaamiseen, mutta toisaalta päättäessään jotain kertoa, tulee asianomistajan pysyä totuudessa (myös siinä merkityksessä, että asianomistaja ei vajavaiseksi 'editoidulla' kertomuksella tarkoituksellisesti synnytä väärää käsitystä asiasta).²⁷⁵

Toinen käsitteellinen vaihtoehto olisi *erottaa* asianomistajan *todistamisvelvollisuus* (ei velvollisuutta oma-aloitteeseen kerrontaan eikä kysymyksiin vastaamiseen) ja asianomistajan *totuusvelvollisuus* (joka olisi positiivinen siinä merkityksessä, että kerrottavan tulee olla totuudenmukaista). Edellä kannatettu negatiivisen totuusvelvollisuuden määrittely sisältää molemmat mainitut elementit ja on siksi mielestäni tässä viimeksi esitettyä tarkoituksenmukaisempi käsite.

Johtopäätöksiltään keskeinen ero mainittuun VHO:n ratkaisuun nähden oli, että kokonaiskieltäytymisoikeuden puuttumisesta johtuen asianomistajan esitutkintakertomus *voitiin KKO:n mielestä lukea oikeudenkäynnissä* (ROL 6 luvun 7 §:n 2 momentin ja OK 17 luvun 32 §:n mukaisesti). KKO tosin tulkitsti tilannetta edelleen siten, että ratkaisevana syyllisyyttä näyttönä ollessa kirjallinen esitutkintakertomus, johon nähden syytetty ei voinut asianomistajan vaikenemisen johdosta kohdistaa kontradiktorista kuulustelua, ”jutussa ei ollut selvitetty, että A olisi syyllistynyt siihen rikolliseen tekoon...”. Tässä näen ristiriidan ratkaisuihin KKO 1993:101 ja 1995:66 verrattuna, joissa lähiomaisen esitutkintakertomukselle nähdäkseni asetettiin hyödyntämiskielto nimenomaan tämän – yksityis- ja perhe-elämän suojaan perustuvan – muuttuneen ’todistamistahdon’ perusteella. Pyrin perustelevaan, miksi en pidä KKO:n kannanottoa ratkaisussa 2000:71 loppuun asti analysoituna.

²⁷⁴ Ks. Jokela 2002 s. 20.

²⁷⁵ Ks. asianomistajan totuusvelvollisuudesta käydystä keskustelusta kootusti Jokela 2002 s. 20–21. Vrt. kuitenkin HE 14/1985 vp. s. 28, joka näyttäisi tukevan erilaista tulkintaa asianomistajan totuusvelvollisuudesta *oikeudenkäynnissä*: ”Asianomistajalla on oikeudenkäynnissä niin sanottu negatiivinen totuusvelvollisuus... Asianomistaja ei siis saa valehdella, kun hän vastaa kuulustelijan tekemiin kysymyksiin. Jos hän haluaa oma-aloitteisesti tuoda julki jotakin, hänen on silloinkin puhuttava totta. Toisaalta asianomistajalla ei ole velvollisuutta oma-aloitteisesti kertoa kaikkea asiasta tietämäänsä.”; ja s. 75 vastaavasta totuusvelvollisuudesta *esitutkinnassa*: ”Asianomistajalla on esitutkinnassa ainoastaan niin sanottu negatiivinen totuusvelvollisuus. Jos hän tämän mukaisesti haluaa olla kertomatta jotakin asiasta, hän ei myöskään syyllisty asiaa valaisevan seikan salaamiseen, koska hänellä on siihen laillinen syy.” Vrt. myös Viljanen, P. 2001a s. 1008–1009, joka katsoo asianomistajalla olevan oikeuden jättää kertomuksensa puutteelliseksi. – Joka tapauksessa se, että asianomistajalla ei ole oikeudessa todistelutarkoituksessa kuultavana sanktioitua totuudessapysymisvelvollisuutta, relativoi olennaisesti tämän totuusvelvollisuuden määrittelyn relevanssia.

Tosiasiallinen seuraus esitutkintapöytäkirjan lukemisen sallimisesta ratkaisussa 2000:71 oli, että *KKO torjui esitutkintakertomuksen hyödyntämiskiellon* seurauksena lähiomaisena olevan asianomistajan vaitiolotahdosta.²⁷⁶ Näin KKO joutui jatkamaan pohdintaa sillä, mikä merkitys esitutkintakertomukselle voitiin antaa näyttönä. Tässä KKO käytti useista ratkaisuksistaan jo tuttua kontradiktorisuutta korostavaa argumentointilinjaa siten, että koska asianomistaja ei tahtonut oikeudenkäynnissä mitään kertoa eikä vastata kysymyksiin ja esitutkintakertomus oli pääasiallinen syyllisyysnäyttö, ei kertomukselle saanut antaa (juuri mitään?) merkitystä todistusharkinnassa.²⁷⁷ Tässä tutkimuksessa omaksutun terminologian valossa hyödyntämiskiellosta voidaan puhua, kun tuomioistuimien jättää jonkin todisteen todistusharkinnassa todistamiskiellon rikkomisen tai jonkin itsenäisen hyödyntämiskiellon perustavan syyn johdosta *kokonaan* huomioimatta. Jos todistetta tosiasiaa arvioidaan ja sillä on vähänkin vaikutusta tuomioperusteisiin, ei kyse ole hyödyntämiskiellon soveltamisesta.

Vaikka KKO:n argumentointilinjan ratkaisussa 2000:71 voi loppujen lopuksi katsoa suojelevan syytetyn perusoikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, ei se kyseisessä tapauksessa ole mielestäni paras mahdollinen tulkinta nimenomaan lähiomaisasianomistajan oikeuksien kannalta. Samaan lopputulokseen johtavaa, mutta 'suoraviivaisempaa' ja 'laajapohjaisemmin' perusoikeusystävällistä olisi tulkita oikeudenkäynnissä kokonaiskieltäytymisoikeu-

²⁷⁶ Ks. *Virolainen* 2000a s. 674: "Jos kertomuksen lukeminen sallitaan, merkitsee se samalla kannanottoa todisteen hyödyntämisen puolesta." Kriittisesti ratkaisussa esitettyä näkemystä vastaan ks. myös edellä jaksossa 2.4.3 kontradiktorisuudesta esitettyä.

²⁷⁷ Esitutkintakertomuksen näyttöarvoa uudessa välittömässä rikosprosessissa on lainsäätäjän nimenomaisesti käsitellyt ROL:n esitöissä (*HE 82/1995 vp.* s. 144): esitutkintapöytäkirjasta luettavan kertomuksen näyttöarvoa pidetään hyvin vähäisenä siten, että aineistolla katsotaan joissain tapauksissa voivan olla "muuta todistelua jossain määrin täydentävä vaikutus." Vastaavasti ks. *Oikeusministeriö* 2002 s. 14. KKO:n ratkaisu 2000:71 on lopputuloksessaan sopusoinnussa tämän näkemyksen kanssa. Samasta HE:n asiayhteydestä ilmenee tosin toinenkin, ehkä edellistä merkittävämpi huomio: HE:n mukaan "*sellaisen aineiston* [so. OK 17:32:n mukaan luettavan kertomuksen] *hyödyntämistä todisteena rajoittaa* jo edellä selostettu ihmisoikeuksien ja perusvapauksien turvaamisesta tehdyn yleissopimuksen 6 artiklan 3 d kohta." (kurs. PP) Kursivoinnilla korostettu lausuma on nähdäkseni tulkittava sanamuotonsa mukaisesti lainsäätäjän selvänä tunnustuksena sellaiselle tulkinnalle, jonka mukaan kontradiktorisen periaatteen vastaisesti vastaanotettu (avain)todiste tulee jättää kaikin osin todistelumenettelyn ja myös todistusharkinnan ulkopuolelle. Näissä kontradiktorisuutta rikkovissa avaintodistelun tilanteissa kyse on nimenomaan hyödyntämiskiellon asettamisesta, ei vain todistelun kriittisemmästä arvioinnista (todistetta ei ts. saa arvioida *lainkaan*). Näkemys saa tukea paitsi ihmisoikeusvelvoitteista, myös 'kotoperäisesti' PL 21 ja 22 §:n tulkinnasta. Ratkaisu KKO 2000:71 ei tue *tätä* tulkintänäkemystä. Kysymys oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden ja muiden rikosprosessissa relevanttien (perus)oikeuksien suojelusta on kuitenkin yleispätevä, ja näkemys tulisi ottaa huomioon myös sallitun todistelun alaa koskevilla ratkaisuilla. Näen johdonmukaisena soveltaa tätä lähestymistapaa kontradiktorisen periaatteen ohella myös muihin todistamiskiellotilanteisiin tai muuten 'perusoikeusherkkiin' tilanteisiin (esim. juuri tilanteisiin, joissa ratkaistavaksi tulee *lähiomaisten* vaitiolotahdon viimekätinen suojeleminen tai tehoisaksi tekeminen). – Ks. yleisesti esitutkintapöytäkirjan luonteesta todisteena edellä jaksossa 4.3.2 (II) (s. 254).

teen vetoavan lähiomaisen esitutkintakertomus suoraan hyödyntämiskelvottomaksi.²⁷⁸ 'Perusoikeusepäystävällistä' KKO:n tulkinnassa on erityisesti se, että tulkinnan mukaan asianomistajan lähiomaissuoja määräytyy pitkälti sen mukaan, *miten totaalista kuulusteltavan vaihtolo on, ja miten ratkaiseva näyttö tämän esitutkintakertomus on*: Kunhan kyse ei vain ole "avaintodisteesta", mahdollistaa KKO:n argumentointi lähiomaisasianomistajan kertomuksen periaatteessa sisällöllisesti rajoittamattoman käsittelyn tuomion perusteluissa. Tällöin julkisesti käsiteltäväksi voi tulla myös sellaisia, esim. yksityiselämän ydinalueelle tai muuten lähiomaissuojaan keskeisesti kuuluvia seikkoja ilman, että lähiomaisen vaihtolointressejä koskevia seikkoja tulisi lainkaan pohdittavaksi, ikään kuin mekaanisesti vain sillä (riittämättömällä) 'oikeutuksella', että kyse ei ole ainoasta ratkaisevasta todisteesta.

Tällainen tulkinta ei voi olla sopusoinnussa perusoikeusmyönteisen lain-tulkintavelvoitteen kanssa. Kaikilla lähiomaisilla tulisi olla tuomioistuimessa ennen kuulustelun aloittamista 'prekludoitumaton' oikeus päättää siitä, tahtooko hän todistaa läheiselleen vastaisesti. Ratkaisussa KKO 2000:71 lähiomaisen oikeus päättää itse lopullisesti läheiselleen raskauttavien tietojen käytöstä tulee tavallaan 'sattumanvaraisesti' suojelluksi sen mukaan, miten merkittävästä todisteesta kulloinkin on kyse. Perusoikeusepäystävällistä on myös se, että vaikka syyte hylätään *kontradiktorisen* periaatteen loukkaamisen johdosta (kuten ratkaisussa KKO 2000:71), on lähiomaissuojan murtaminen joka tapauksessa tapahtunut tosiasia. Kokonaiskieltäytymisoikeuden sivuuttaminen on siten lopputuloksenkin näkökulmasta aiheutettu "tarpeettomasti".

Yleisesti ottaen *hyödyntämiskieltooperuste* – tässä kokonaiskieltäytymisoikeus – *ei voi olla riippuvainen kuulusteltavan totuusvelvollisuudesta*. Totuusvelvollisuudella on relevanssia lähinnä RL 15 luvun perättömän lausuman kriminalisointien samoin kuin yleisesti ottaen suullisen todistelun luotettavuuden turvaamisen kannalta. Kokonaiskieltäytymisoikeudella (hyödyntämiskieltooperusteena) on sitä vastoin välitöntä relevanssia sekä jutun asianosaisten että prosessin ulkopuolisten henkilöiden perusoikeuksien suojalle. Viimeksi mainittuun liittyvä lähiomaissuoja (OK 17:20) on *kaikille lähiomaisille kuuluva*

²⁷⁸ Samoin Virolainen 2000a s. 676: "Mielestäni kyselyoikeuden merkitystä olisi syytä selvittää siten, että jos todistelutarkoituksessa annettu kertomus on pääasiallinen (ratkaiseva) näyttö syyllisyydestä eli kysymys on ns. avaintodistajan kertomuksesta, sitä ei saisi hyödyntää tuomiota tehtäessä lainkaan todisteena, jos puolustuksen oikeus saada jossakin prosessin vaiheessa kuultella kertomuksen antajaa on jäänyt toteutumatta." Virolaisen kantaa pidän oikeana sekä kontradiktorisuuden loukkaamistilanteessa että myös tilanteessa, jossa suojeltavana oikeushyvinä on lähiomaissuojan toteuttaminen. Looginen seuraus näkemyksestä olisi esim. myös, että PKL 4:2:n vastaisesti takavarikoitua asiakirjaa tulisi suojella jälkikäteisesti ulottamalla hyödyntämiskielto siihen, sikäli kun sen haltija tahtoo käyttää vaihtolo/salaamisoikeuttaan oikeudenkäynnissä (näin mm. Eisenberg 1999 s. 171–172). Ks. myös Pfeiffer 1999 s. 262 ss., Eisenberg 1999 s. 170 ja Schellenberg 2000 s. 109–110.

absoluuttinen oikeus, mistä syystä sen tulee sääntöluonteisesti syrjäyttää OK 17:32.2:n oikeusajatus. KKO:n suorittama OK 17:20 supistava tulkinta ei nähdäkseni ole perustuslain mukainen.

Ratkaisussa KKO 2000:71 lähiomaisasianomistaja asetettiin perusteetta huonompaan asemaan kuin lähiomaistodistaja.²⁷⁹ Mm. Ervo katsoo, että asianomistajalle tulisi kuulua OK 17:20:n mukainen kokonaiskieltäytymisoikeus, josta oikeudesta häntä tulisi myös muistuttaa ennen kuulemistä.²⁸⁰ Myös Virolainen katsoo vastaavasti, että sanamuotonsa puolesta vain todistajaa koskevan OK 17:20:n säännöksen tulisi soveltua analogisesti myös *lähiomaisasianomistajaan*. OK 17:20:n näkökohdat lähiomaisten oikeudesta kieltäytyä todistamasta soveltuvat hänen mukaansa todistajan ohella yhtä hyvin myös lähiomaisasianomistajaan (kun asianomistaja on lähiomaissuhteessa syytettyyn tai toiseen asianomistajaan nähden²⁸¹). Myös Helminen ym. näyttävät yhtyvän sanottuun tulkintaan.²⁸² Perusta tulkinnalle löytyy viime kädessä PL 10 §:n (ja EIS 8 artiklan) oikeudesta yksityiselämän suojaan, joka koskee yhtä lailla myös lähiomaisasianomistajia.²⁸³ Itse pidän mainittuja kannanottoja tässä kysymyksessä ehdottomasti oikeina. KKO:n argumentoinnissa lähiomaisasianomistajan perusoikeusnäkökulmiin ei valitettavasti ole kiinnitetty riittävästi huomiota.

Virolainen on perustellusti korostanut myös sitä, että OK 17:32.2:n sääntöä ei voida soveltaa kokonaiskieltäytymistilanteessa, koska *OK 17:32.2 soveltuu vain silloin, kun kuulusteltavalla on velvollisuus todistaa*. Jos kuulusteltavalla sen sijaan on lakiin perustuva kokonaiskieltäytymisoikeus (OK 17:20) tai oikeus tai velvollisuus olla vastaamatta kysymykseen (OK 17:23 ja 24), ts. jokin *erityinen vaitioloperuste*, ei esitutkintakertomusta voida lukea OK 17:32.2:n

²⁷⁹ Ratkaisusta kriittisesti ks. esim. *Rautio* 2000b s. 477–480, *Virolainen* 2000a s. 672–678 ja *Viljanen*, P. 2001a s. 1013.

²⁸⁰ Ks. *Ervo* 2000 s. 991 ja 993–994. Samoin (lähiomaisasianomistajan) informointivelvollisuudesta *Virolainen* 2000a s. 678. Ervo katsoo lisäksi, että asianomistajilla tulisi myös olla positiivinen totuusvelvollisuus kuten todistajillakin. Omana tarkoitukseni ei tässä ole riitauttaa asianomistajien yleistä negatiivista totuusvelvollisuutta (sitä kuin olen sen yllä määritellyt).

²⁸¹ OK 17:20:n sanamuodosta ilmenee, että säännöksen tarkoittamasta lähiomaisesta ei ole kyse silloin, jos esim. todistajat ovat keskinäistä lähisukua toisilleen – kyseessä ovat prosessin ulkopuoliset henkilöt, joilla ei ole itse- tai läheiskriminointiperusteita vaitiololle (tai lähtökohtaisesti muutaakaan vaitioloperusteita). Ks. myös *Tirkkonen* 1972 s. 243.

²⁸² Ks. *Helminen ym.* 2002 s. 249.

²⁸³ Ks. *Virolainen* 1998 s. 314 ja *Virolainen* 2000a s. 673–675. Virolainen löytää argumentoinnilleen tukea ratkaisusta KKO 1987:93, jossa muodollisesti vain todistajaa koskevaa OK 17:24:n säännöstä sovellettiin myös asianomistajaan – aivan kuten tässäkin tapauksessa tulisi OK 17:20:ää kirjoittajan mielestä soveltaa. Vastaavasti myös *Helminen ym.* 2002 s. 249 ja 337. – Onkin selvää, että myös asianomistajalle kuuluu OK 17:24.1:n mukainen oikeus jättää kysymykseen vastaamatta välttääkseen itseensä tai lähiomaiseensa kohdistuvat rikosepäilyt. Se, että asianomistajalle kuuluu mainittu ”yleinen” negatiivisesta totuusvelvollisuudesta johdettava kieltäytymisoikeus, ei sinänsä muodosta estettä jonkin toisen, erityisen kieltäytymisperusteen (kuten juuri OK 17:24:n tai 17:20:n) soveltamiselle. Ks. myös *HE 14/1985 vp.* s. 75, *Viljanen*, P. 1993 s. 1016 ja *Viljanen*, P. 2001a s. 1012.

mukaan.²⁸⁴ Myös lähiomaisasianomistajalle tulee kuulua mainitut vaitiolooikeudet vastaavalla tavalla kuin lähiomaistodistajallekin. Esitutkintapöytäkirjan lukeminen merkitsisikin joka tapauksessa lähiomaiselle myönnetyn erityisen vaitioloperusteen tyhjäksi tekemistä.²⁸⁵ Ja kuten sanottu, erityiseen vaitioloperusteeseen tukeutuminen ei voi tarkoittaa OK 17:32.2:n mielessä henkilön kykenemättömyyttä tai haluttomuutta todistuksen antamiseen. Erityinen vaitioloperuste on *lex specialis* asemassa, joka estää 17:32.2:n sanamuodon (‘ei voi tai halua’) laajentavan tulkinnan. Edellä mainituin perustein on nähdäkseni selvää, että OK 17:32:n 2 momentin säännös ei sovellu tilanteessa, jossa *todistajalle tai asianomistajalle* kuuluu laissa nimenomaisesti myönnetty tai säädetty vaitiolo-oikeus tai -velvollisuus (eli OK 17:20, 17:23 ja 17:24).²⁸⁶

Jos kysymys *ei* ole lähiomaisasianomistajasta vaan muusta asianomistajasta, ja tämä ei pysty hyväksyttävästi perustelemaan vaitioliaan eli vetoamaan johonkin erityiseen vaitioloperusteeseen, voidaan esitutkintakertomus luonnollisesti kertomuksen muuttumis- tai puutteellisuustilanteissa (OK 17:32.2) lukea. Viimeksi mainitussa tilanteessa asianomistajan vaitiolon perusta on vain tämän yleinen negatiivinen totuusvelvollisuus, jolloin mikään erityisesti suojeltava vaitioloon oikeuttava peruste ei aktualisoidu, ja esitutkintapöytäkirjan lukeminen on mahdollista OK 17:32.2:n mukaan.²⁸⁷

²⁸⁴ Ks. OK 17:32.2:n soveltamisesta myös jaksossa 6.1.2 (s. 399–400) esitettävää.

²⁸⁵ Ks. myös *Havansi* 2002 s. 145 (puhuen tosin vain todistajasta mutta toisaalta asettamatta mitään reunaehtoja lukemiskielolle): ”Jos kieltäytymiseen oikeutettu oli esitutkinnassa kertonut asiasta mutta nyt käyttää sanottua oikeuttaan, sitä ei voida mitätöidä lukemalla oikeudessa hänen esitutkintakertomuksensa tai kuulemalla todistajana häntä esitutkinnassa kuulustellutta poliisia.”

²⁸⁶ Ks. myös *Rautio* 2000b s. 478, jonka mukaan: ”jos henkilö, jolla on oikeus kieltäytyä todistamasta OK 17:20:n perusteella, on esitutkinnassa (tai muutoin) antanut kertomuksen, mutta oikeudenkäynnissä käyttänyt kieltäytymisoikeuttaan, kertomuksen hyödyntäminen suoraan tai välillisesti on kiellettyä.” Samoin myös *Virolainen* 2000a s. 673 ja *Frände* 1999 s. 363: ”Förhørsprotokollen får inte nyttjas i rättegången när någon byter åsikt i fråga om att vittna”. Myös Ruotsissa asiaa lähestytään tällä tavalla: lähiomaisen esitutkintakertomusta ei saa oikeudenkäynnissä hyödyntää, jos hän päättää käyttää kieltäytymisoikeuttaan, ks. *Diesen ym.* 2000 s. 14. Saksassa käsitys on riidaton, ja ilmenee jo suoraan laista: StPO 252 §:n mukaan vaitioloon oikeutettu henkilö voi käyttää tehokkaasti oikeuttaan myös oikeudenkäynnissä (kesken todistajankertomustaankin), myös vaikka esitutkintakuulustelu olisi ollut kaikin puolin moitteeton ja vaikka asianosaiset itse suostuisivat kertomuksen hyödyntämiseen – tällöin myöskään aikaisempia kuulustelupöytäkirjoja ei saa lukea (tuomaria – mutta ei poliisia tms. – voidaan kuitenkin kuulla aikaisemmasta kuulustelusta). Ks. säännöksestä lähemmin *Pfeiffer* 1999 s. 1303–1311, *Peters* 1966 s. 118 ss., *Engisch* 1977 s. 53 ja *Roxin* 1998 s. 376 ss.; ks. myös *Volk* 2001 s. 130–132, *Grünwald* 1966 s. 497 s., *Eisenberg* 1999 s. 170 ja *Dencker* 1977 s. 94.

²⁸⁷ Ks. *Virolainen* 2000a s. 674–676. Näkemykseen yhtyy *Viljanen, P.* 2001a s. 1013. – Asianomistajalle ei tarvitse esitutkintavaiheessa ilmoittaa, että tällä on vain negatiivinen totuusvelvollisuus. Ilmoituksen ’laiminlyönti’ ei siis tee esitutkintakuulustelusta sillä tavoin ’virheellistä’, että asianomistaja negatiivisen totuusvelvollisuutensa täsmentämättömyyden vuoksi voisi estää myöhemmän esitutkintakertomuksen lukemisen. Mielestäni toisin on kuitenkin arvosteltava *syytetyn lähiomaisena olevan asianomistajan* esitutkintakuulustelua: tällaiselle asianomistajalle tulisi vaitiolo-oikeudesta esitutkinnassa ilmoittaa, ja ilmoituksen laiminlyönnin tulee voida perustaa esitutkintakuulustelun hyödyntämiskieltooperuste lähiomaisasianomistajan myöhemmin tahtoesaa vedota vaitiolo-oikeuteensa.

4.3.3.2 *Lähiomaisen totuusvelvollisuus ja itse- ja läheiskriminointisuoja*

I Edellä on käsitelty lähinnä edeltävän ryhmittelyn (4.3.3) mukaista a-tilannetta, ts. OK 17:20:n mukaista kokonaiskieltäytymisoikeutta. Toinen merkittävä säännös lähiomaissuojan kannalta on ns. itse- ja läheiskriminointisuojaista sääntävä OK 17:24.1 (ryhmittelyn b-kohta). Säännös voi tulla sovellettavaksi tilanteissa, jossa lähiomainen ei ole päättänyt vedota kokonaiskieltäytymisoikeuteensa, vaan suostuu todistamaan pääkäsittelyssä. OK 17:24.1:n mukaan todistaja saa tällöin kieltäytyä kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, jos hän ei sitä voisi tehdä saattamatta *syytteen vaaraan* itseään tai OK 17:20:n mukaista lähiomaistaan.²⁸⁸ Selvää on, että sanamuodostaan huolimatta säännös koskee kaikkia todistelutarkoituksessa kuulusteltavia henkilöitä riippumatta näiden prosessuaalisesta asemasta. Vastaavalla tavalla kuin OK 17:20:n kokonaiskieltäytymisoikeus, myös itse- ja läheiskriminointisuoja 'läpäisee' prosessuaaliset roolit.

Jos oikeudenkäynnin asianosaisten lähiomaisilla katsottaisiin olevan vain negatiivinen totuusvelvollisuus, voitaisiin tämän nähdä tekevän OK 17:24.1:n oikeusajatuksen näiden osalta ikään kuin 'turhaksi' (koska lähiomaisilla olisi muutenkin yleinen oikeus olla vastaamatta kysymyksiin). Käytännössä säännöksellä voi joka tapauksessa olla relevanssia kokonaiskieltäytymisoikeudesta luopuneiden lähiomaisten kuulustelussa, koska 'psykologiselta' kannalta katsottuna lähiomaiset todennäköisesti kuulustelussa kuitenkin normaalisti kysymyksiin vastaavat. Itse- ja läheiskriminointitilanteet voivat tällöin olla erityisiä perusteita kysymykseen vastaamatta jättämiseen yhtä lailla kuin muidenkin, ulkopuolisten, henkilöiden kuulustelussa. Toisaalta tilannetta voidaan hahmottaa OK 17:24.1:n kannalta siitä näkökulmasta, voiko läheiskriminointisuoja yhä estää esitutkintapöytäkirjan lukemisen vaikenemistilanteissa. Kysymys on oleellinen, koska *negatiivinen totuusvelvollisuus itsessään ei estä esitutkintapöytäkirjan lukemista OK 17:32.2:n edellytysten täytyessä*. Esitutkintapöytäkirjan lukemiskielto edellyttää jonkin erityisen vaitioloperusteen, eli mahdollisesti juuri OK 17:24.1:n, käsillä oloa.

OK 17:24.1:n tulkinnassa voidaan päätyä osin erilaisiin johtopäätöksiin riippuen siitä, onko kyse a) kuulusteltavan itsensä, b) kuulusteltavan nyt syytteessä olevan lähiomaisen vai c) muun kuulusteltavan lähiomaisen suojelemisesta. Olennaista OK 17:24.1:n tulkinnassa on luonnollisesti se, miten 'syytteen vaara' ylipäättään ymmärretään. Syytesuoja kuulusteltavalle itselleen ja muulle tämän lähiomaiselle kuin nyt syytteessä olevalle henkilölle mahtuu joka ta-

²⁸⁸ OK 17:24.1 ei suojaa todistajan tai tämän lähiomaisen kunniaa tai yleistä mainetta, joskin kunnian suojaan velvoittaa perustuslakitasolla PL 10.1 § (vrt. RB 36:6, josta *Fitger* 2002 (36:26–29) sekä StPO 68a § ja 81d §).

pauksessa sekä mainitun säännöksen että myös RL 15:13,2:sta ilmenevän perättömän lausuman rajoitussäännöksen sanamuodon piiriin.²⁸⁹ Tilanteita on muutenkin pidettävä suhteellisen ongelmattomina.

Kysymys siitä, missä määrin kuulusteltavan esitutkinnassa kertoma seikka tulee jättää oikeudenkäynnissä hyödyntämättä (eli lukematta OK 17:32.2:n tilanteissa), voidaan tosin problematisoida myös viimeksi mainituissa (a ja c) tilanteissa, kun henkilö kieltäytyy vastaamasta johonkin kysymykseen. Ajateltakoon, että jokin kuulusteltavan esitutkinnassa kertoma seikka vasta myöhemmin oikeudenkäynnissä esille tulleiden seikkojen valossa näyttää nyt saattavan kuulusteltavaan *itsensä tai muun kuin nyt syytteessä olevan lähiomaisen syytteen vaaraan jostain muusta kuin nyt syyteasiassa käsiteltävästä teosta* (kun esim. jutun faktat sittemmin näyttäytyvät eri merkityksissä). Tilannetulkinnassa voidaan ottaa huomioon, että henkilö itse samoin kuin tämän mahdolliset muut lähiomaiset ovat olleet esitutkinnassa rikos epäilyiden ulkopuolella, joten kuulusteltavan ei ole tarvinnut todistaessaan ottaa sitä näkökulmaa huomioon, että häntä tai hänen lähiomaisiaan tultaisiin rikoksesta epäilemään. Koska tällaista varoitusta ei todistajalle tai asianomistajalle ole myöskään annettu, eivät he ole nimenomaisesti luopuneet oikeudestaan olla todistamatta itseään tai läheistään vastaan. Näin ollen esitutkintapöytäkirjan lukemisen – OK 17:32.2:n edellytysten täyttymisestä huolimatta – täytynee estyä tilanteessa.²⁹⁰

Seuraavassa 'syytteen vaaraa' tarkastellaan erityisesti kuulusteltavan syytteessä olevan lähiomaisen suojelemisen (b) näkökulmasta. Perusoikeusmyönteisessä

²⁸⁹ Ks. ruotsalaisesta oikeuskäytännöstä mm. *Fitger* 2002 (36:26–27). – *Viljasen, P.* 2001a s. 1012–1013 huomio RL 15 luvun 13 §:n perätöntä lausumaa koskevan rajoitussäännöksen (mm. asianomistajan negatiivista) totuusvelvollisuutta, nimenomaan sen valehtelukiello-elementtiä, "kovertavasta" vaikutuksesta, on myös huomionarvoinen. Uuden säännöksen mukaan muuten perätöntä lausumaa tarkoittavan teon rangaistavuus poistuu, jos "totuudessa pysyminen on ollut mahdotonta ilman vaaraa joutua vastuuseen omasta rikoksesta tai siihen rinnastettavasta lainvastaisesta teosta": käytännössä rajoitussäännös antaa todistajalle (esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä) sekä asianomistajalle (esitutkinnassa) oikeuden jättää kertomuksensa puutteelliseksi sekä myös oikeuden aktiiviseen suoraan valehteluun. Oikeudenkäynnissä asianomistajan valehteluun ei liity rangaistusvastuuta. – On tietysti selvää, että jos vaitiolo tuomioistuimessa perustuu OK 17:24.1:iin (laissa säädettyyn perusteeseen), ei kyse voi missään tapauksessa olla laittomasta menettelystä.

²⁹⁰ Esitutkintakertomuksen lukemiskielto tulee tällöin voida perustaa nimenomaan OK 17:24.1:iin, koska kyseen ollessa kuulusteltavasta itsestään tai muusta lähiomaisesta, joka ei ole käsiteltävänä olevan jutun asianomainen OK 17:20:n merkityksessä, ei vaitioloa voida missään tapauksessa perustaa negatiiviseen totuusvelvollisuuteen. – Itsekriminointisuojaan säännöstarkoituksen tullee johtaa myös siihen, että erillisen esitutkinnan käynnistäminen kuulusteltavaa vastaan (pelkästään oikeudenkäynnissä esille tulleen valossa) estyy. Tulkinta on yhdenmukainen SM:n esitutkintapöytäkirjan laatimisohjeistuksen kanssa (ks. *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 19–20), jonka mukaan aikanaan todistajana tai asianomistajana ilmaistua ei saa sisällyttää esitutkintapöytäkirjaan, jos henkilöstä itsestään tulee sittemmin rikoksesta epäilty. Tällaisen henkilön syytteen saaminen näyttäisi siten riippuvan siitä, missä määrin muuta selvitystä henkilön rikoksesta onnistutaan saamaan (kokonaan muun näytön kautta tai mahdollisesti sittemmin esitutkinnassa nimenomaan epäiltynä kuulusteltaessa).

hengessä pidän perusteltuna tulkita säännöksen sanamuotoa sikäli laajentavasti, että 'syytteen vaara' kattaa myös tilanteen, jossa henkilöä kuullaan todistelutarcoituksessa *jo nostetun syytteen perusteella*. Kyse ei siis ole vain tilanteesta, jossa olisi vaara uutta tekoa koskevan esitutinnan käynnistymisestä. 'Syytteen vaarana' on mielestäni perusteltua ymmärtää laveasti myös tilanne, jossa kysymykseen vastaaminen merkitsisi todistamista lähiomaiselleen vastaisesti tai *muuta myötävaikuttamista läheisensä tuomitsemiseen*.²⁹¹ Mihinkä tahansa syytetyn haitaksi koituvaan kysymykseen vastaamatta jättäminen ei toisaalta voi tulla säännöksen perusteella kyseeseen. Lähiomaisen kannalta syytteen vaara voi perustua lähinnä tuomioistuinkuulustelussa esitettävään kysymykseen, jolla tavoitellaan esim. *tukea uudelle syyteperusteelle*, tai *todistuksellista 'lisätukea'* alkuperäiselle syytteelle. Läheiskriminointisuoja voidaan tällöin tarkastella paitsi kysymykseen vastaamatta jättämisen näkökulmasta, myös aikaisemman esitutkintakertomuksen lukemisen näkökulmasta.

II Käytännössä syytteen vaarasta voi syytetyn lähiomaisen kuulustelussa olla kyse ainakin silloin, jos tuomioistuinkuulustelussa esitetään kysymyksiä tai tosiseikkoja, jotka toisivat *prosessin kohteen kannalta 'jotain uutta'* siihen nähden, mitä lähiomainen on esitutkinnassa kertonut. Vaikka lähiomainen ei ole käsillä olevassa tilanteessa vedonnut OK 17:20:n kokonaiskieltäytymisoikeuteen (joka oikeus on 'prekludoitunut'), suojaa lähiomaista tällaisissa tilanteissa tietyissä määrin edelleen OK 17:24.1. Voitaneen sanoa, että säännöksen mukaan syytetyn lähiomainen on 'oikeutettu' rajoittamaan suullisen todistuksensa niihin oikeustositseikkoihin liittyviin seikkoihin (syyttäjän vetoamiin syyteperusteisiin), joista häntä on kuultu jo esitutkinnassa.²⁹² OK 17:24.1:n lähiomaissuoja estää sen, että lähiomainen voitaisiin velvoittaa vastaamaan sellaisiin uusiin oikeustositseikkoihin liittyviin kysymyksiin, joihin annettava vastaus tukisi syytetylle haitallista *uutta syyteperustetta*.

Esimerkiksi ROL 5:17.2:n tarkoittamassa *syytteen tarkistamisessa* kyse voi olla nimenomaan siitä, että syyttäjä vetoaa uuteen oikeustositseikkaan syytteen tueksi (siten, että asia ei muutu toiseksi, ts. että muutos mahtuu syytteessä alun

²⁹¹ Ks. myös *Lappalainen* 2001a s. 233, jossa OK 17:24:n sääntely nähdään nimenomaan täydennyksenä lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeudelle ja jossa syytteeeseenjoutumisvaaraa kuvataan lähemmin mm. seuraavasti: "... ettei ketään voida velvoittaa *myötävaikuttamaan* siihen, että tulisi itse todetuksi syypääksi rikolliseen tekoon"; ja edelleen "Vaitiolo-oikeus on ulotettu koskemaan myös tilanteita, joissa *uhka rikosoikeudellisesta syyllisyyssmoitteesta* kohdentuu todistajan OK 17:20:ssä tarkoitettuun lähiomaiseen." (kurs. PP). Näenkin perusoikeus- ja nemo tenetur se ipsum accusare -argumenttien perustelevan tekstissä kuvatun laajan 'syytteen vaaran' tulkinnan.

²⁹² Jos lähiomaista ei poikkeuksellisesti ole kuultu lainkaan esitutkinnassa, lienee hänellä periaatteessa 'vapaa' oikeus vedota itse- ja läheiskriminointisuojaan harkintansa mukaan (sen lisäksi, ainakin lähiomaisasianomistaja voi negatiivisen totuusvelvollisuutensa perusteella jättää muutenkin kysymyksiin vastaamatta). – Tällöin kysymys esitutkintakertomuksen lukemisesta ei tietenkään aktualisoidu.

perin tarkoitetun teon oikeusvoimavaikutuksen piiriin).²⁹³ Syytteen tarkistamiseen syyttäjällä (samoin kuin syytettä itse ajavalla asianomistajalla) on itsenäinen oikeus ilman tuomioistuimen lupaa. Uutta oikeustositseikkaa koskevaan kysymykseen vastaaminen voi lähiomaisen näkökulmasta olla juuri sellainen seikka, johon vastaaminen merkitsisi myötävaikuttamista läheisensä tuomitsemiseen. Luonnollisesti myös ROL 5:17.1:n tarkoittama *syytteen muuttaminen* käsittämään kokonaan toisen teon – joka on mahdollista vain tuomioistuimen luvalla – voi olla tilanne, jossa syytetyn lähiomainen voi tehokkaasti vedota OK 17:24.1:n mukaiseen läheiskriminointisuojaan.²⁹⁴

OK 17:24.1:n perusteella syytetyn lähiomainen voi siis yleisesti ottaen jättää vastaamatta kysymyksiin, jotka liittyvät *prosessin kohdetta laajentaviin oikeustositseikkoihin, tai niihin liittyviin todistusitseikkoihin*. Tällöin kyse on sellaisista uusista lähiomaista kriminoivista seikoista, joiden osalta lähiomainen ei ole missään vaiheessa voinut päättää kieltäytymisoikeutensa käytöstä. Yleensä po. seikat ovat syytetyn lähiomaisen kannalta sillä tavoin ’kokonaan uusia’, että niitä ei ole lainkaan käsitelty lähiomaista esitutkinnassa kuulusteltaessa. Tällöin kysymys esitutkintakertomuksen lukemisedellytyksistä ei ole myöskään relevantti. Asianmukaista olisi, ettei syytetyn lähiomaisen vaitiolosta tehtäisi tällaisissa tilanteissa syytetylle haitallisia johtopäätöksiä (kuten sanottu, vastavasti tulisi menetellä myös silloin, kun lähiomainen vetoaa kokonaiskieltäytymisoikeuteensa ennen kuulustelun aloittamista).²⁹⁵

Joissain tapauksissa voidaan kuitenkin ajatella, että syytetyn lähiomaisen esitutkintakertomuksen lukemisella voisi olla välillistä näytöllistä merkitystä uusien syyteperusteiden kannalta. Tällöin läheiskriminointisuoja-ajatuksen toteutumisen kannalta on keskeistä, onko tällaisten laajennetun prosessin kohteelle relevanttien *seikkojen lukeminen esitutkintapöytäkirjasta kuitenkin mahdollista* (OK 17:32.2:n edellytysten täytyessä eli lähiomaisen esim. vaietessa). Tilanteesta riippuen esitutkintalausumassa kyse voi olla joko suorasta todistusitsekasta (joka voidaan ’kytkeä’ laajennetun syytteen uuden oikeustositseikkaväitteen tueksi) tai välillisestä todistusitsekasta (esim. aihetodisteesta tai aputusitsekasta, josta voidaan tehdä näytöllisiä johtopäätöksiä laajennetun syytteen uuden oikeustositseikkaväitteen tueksi). Läheiskriminointisuojan kannalta esitutkintakertomuksen lukeminen olisi luonnollisesti ongelmallista siksi,

²⁹³ Uudet seikat ”ovat sellaisia, jotka luonnehtivat alkuperäistä syytteessä kuvattua tekoa tai laiminlyöntiä rikosoikeudellisesti merkityksellisessä suhteessa. Nämä voivat olla teon ulkoista tapahtumankuvausta koskevia poikkeamia, lisäyksiä tekomenttiin tai vaihtoehtoisia tapahtumien kulun rekonstruktioita.”, näin Jokela 2002 s. 239.

²⁹⁴ Syytteen laajentamisesta ja tarkistamisesta ks. Jokela 2002 s. 237–243. Ks. myös VKSV 2001 s. 35–36, jonka mukaan toissijaiset ja vaihtoehtoiset syytteet tulisi esittää aina mahdollisimman varhaisessa prosessin vaiheessa (kuten haastehakemuksessa). Väistämättä tällaiset lisäsyytteet voivat silti joskus aktualisoitua vasta pääkäsittelyssä.

²⁹⁵ Ks. myös *Fitger* 2002 (36:15).

että tällöin syytetyn lähiomaisella ei kokonaiskieltäytymisoikeudesta luopumisen jälkeen enää olisi mitään mahdollisuutta estää omaa 'tahatonta' myötävaikutustaan läheisensä tuomitsemiseen sellaisesta toisesta teosta, josta hän ei ole aikaisemmin edes tiennyt läheistään syytettävän. Lähiomaista siis käytettäisiin 'syyllistävänä todisteena' sellaistenkin tekojen osalta, joiden kohdalla lähiomaisella ei ole ollut mahdollisuutta käyttää kokonaiskieltäytymisoikeuttaan.

Vaikka viimeksi mainitut lähiomaissuojan kiertämistä estävät argumentit ovat sinänsä vahvoja, täytynee käytännössä kuitenkin päätyä niihin nähden päinvastaiseen tulkintaan. Nähdäkseni oikeudenkäynnissä kysymystä väistävän syytetyn lähiomaisen esitutkintakertomuksen lukemista ei voida kieltää OK 17:32.2:n edellytysten täytyessä. Lukemiskieltoa ei voitaisi nimittäin juurikaan käytännössä toteuttaa, koska syyttäjä voisi joka tapauksessa ottaa laajennetun(kin) syytteen oikeustositseikkaväitteille välillisesti relevantit todistustositseikat (kysymykset) esiin 'alkuperäisen syytteen' teemojen yhteydessä. Ei liene tarkoituksenmukaista eikä mahdollistakaan rajata syytetyn lähiomaisen kertomien todistustositseikkojen vapaata todistelua ja todistusharkintaa esim. siten, että samasta seikasta voitaisiin tehdä yhteen (alkuperäiseen) teemaan liittyviä näytöllisiä johtopäätöksiä, mutta ei toiseen (laajennettuun, ts. uuteen) teemaan liittyviä johtopäätöksiä. Onhan myös mahdollista, että syytteen laajentaminen tehdään vasta syytetyn lähiomaisen kuulustelun jälkeen. Vapaan todistusharkinnan yllä tarkoitettu rajoitus ei voine olla tällöinkään tarkoituksenmukainen.²⁹⁶

OK 17:24.1 ei voine muodostaa esitutkintakertomuksen lukemiskieltoa myöskään jo entuudestaan esillä olleeseen oikeustositseikkaan (syyteperusteseen) liittyvän todistustositseikan kohdalla, kun po. todiste 'ainoastaan' pyritään tuomioistuimessa saattamaan jonkin uuden näkökulman tai seikan valossa näyttämään kuulusteltavan lähiomaisen kannalta 'uudella tavalla raskauttavalta'. Kyse ei ole tällöin siitä, että lähiomainen saattaisi läheisensä syytteen vaaraan jostain 'uudesta' teosta, vaan siitä, että kysymykseen vastaaminen tukisi näytöllisesti aikaisempaa vahvemmin syyttäjän syytettä, ja tekisi näin lähiomaisen tuomitsemisen entistä todennäköisemmäksi. Esitutkinnassa esillä ollut seikka on aikaisemmin saattanut näyttää joko täysin 'viattomalta' (a), tai ainakin vähämerkityksellisemmältä läheisen syyllisyyden kannalta kuin oikeudenkäynnin uusien näkökulmien valossa (b).

²⁹⁶ Koska esitutkintakertomuksen osittainen lukeminen voi yllä sanotuin tavoin olla mahdollista, tulee myös syytetyn lähiomaisen vaikenemisesta de facto tehtäväksi OK 17:5:n tarkoittamia johtopäätöksiä (myös syytetylle haitalliseen suuntaan). – Toinen, paremmin lähiomaissuojaa toteuttava vaihtoehto olisi, että nimenomaan syytteen tarkistamisen tai laajentamisen tilanteissa syytetyn lähiomaisten 'turvatasoa' korotettaisiin siten, että heidän esitutkintakertomustensa lukeminen estettäisiin kaikissa tilanteissa kokonaan. Kuten sanotti, se, että syytteen laajentaminen voi periaatteessa tapahtua vielä prosessin loppuvaiheissa lähiomaisen kuulustelun jälkeen, tekee tulkinnan kuitenkin varsin ongelmalliseksi.

Nähdäkseni lähiomaissuoja (OK 17:24.1) ei voi estää kummassakaan mainitussa tilanteessa (a-b) esitutkintapöytäkirjan lukemista, jos OK 17:32.2:n edellytykset muuten täyttyvät. Kuulustelua suorittavan tahon kannalta kyse on lähinnä *aputositseikoista* tai *aihetodisteista* jollekin uudelle seikalle (ikään kuin uudesta todistelullisesta 'alamosaiikista' jollekin jo aikaisemmin puheena olleelle todistusteemalle eli oikeustositseikkaväitteelle). Ns. 'vanhaa' seikkaa pyritään ts. käyttämään näytöllisenä tukena jollekin uudelle tapahtumia selvittävälle hypoteesille tai uudelle todistustositseikalle.

Lähiomaissuojan kannalta ratkaisevaa tilanearvostelussa on nähdäkseni se, että lähiomainen on jo aikaisemmin päättänyt todistaa asiassa, ja on myös tuomioistuimessa luopunut kokonaiskieltäytymisoikeudestaan. Kyse on juuri sen teon selvittämisestä, jonka osalta kokonaiskieltäytymisoikeutta ei ole haluttu käyttää. Tähän nähden läheiskriminointisuoja ei voi estää kertomuksen muuttumistilanteessa – tai negatiiviseen totuusvelvollisuuteen perustuvassa vaikenemistilanteessa – seikalle relevanttia esitutkintapöytäkirjan osaa lukemasta vain sillä perusteella, että 'syytetyn lähiomainen ei olisi aikaisemmin seikasta lainkaan kertonut, jos olisi tiennyt, että viranomaiset ovat tietoisia jostain toisesta todisteesta, tai että viranomaiset tulkitsevat seikan merkitystä jollain uudella tavalla'. Näin täytynee olla paitsi tilanteessa, jossa jokin aikaisemmin lähiomaisen tuomitsemisen kannalta täysin 'neutraali' seikka sittemmin näyttäytyy langettavalta, myös tilanteessa, jossa aikaisemminkin lähiomaiselle haitallinen seikka nyttemmin näyttäytyy vakavammin syyllistävältä (jos esim. muu syyllistävä näyttö on syystä tai toisesta heikentynyt siten, että lähiomaisen kertomus on jäänyt ratkaisevaksi syyllisyysnäytöksi, tai jos syyttäjä on esim. sittemmin vaatinut syytetyn tuomitsemista törkeästä tekemuodosta aikaisemman normaalin tekemuodon sijasta). – Käytännössä esitutkintakertomuksen lukemiskielto ei olisi tässäkään realistinen yllä laajennetun syytteen teemoille välillisesti relevanttien todistustositseikkojen välillisen kysymisen ja lukemisen 'väistämättömyydestä' sanotun perusteella.

Teoriassa esitutkintapöytäkirjan lukemiskielto itse- tai läheiskriminointisuojan perusteella näyttäytyy hyvin vaikeasti ratkaistavalta ongelmalta tilanteessa, jossa jokin esitutkinnassa selvitetty seikka esim. vasta oikeudenkäynnissä esille tulleen uuden selvityksen perusteella osoittaakin kuulusteltavan itsensä (tai jonkin muun kuulusteltavan lähiomaisen kuin nyt syytteessä olevan henkilön) syyllisyyttä samasta teosta, josta syytetty on syytettynä (ts. syytetyn syyttömyydestä tai muusta *syytetylle edullisesta* seikasta). Tilanne lienee käytännössä erittäin harvinainen, ja edellyttäneekin aktualisoituakseen jotain todella yllätyksellistä todistelua pääkäsittelyssä, joka siirtää rikosepäilyt pois syytetystä kuulusteltavaan itseensä tai tämän muuhun lähiomaiseen. Nähdäkseni tilanteessa tulee edelleen pitää kiinni siitä lähtökohdasta, että hyödyntämiskieltoa ei tule asettaa syytetyn syyttömyyden puolesta todistavalle todisteelle. Kuulusteltavan itseksiminointisuojan täytyy siis ainakin väliaikaisesti väistyä siten, että esitutkintakertomuksen lukeminen sallitaan vireil-

lä olevassa oikeusprosessissa. Kuulusteltavan ja/tai tämän lähiomaisen itsekriminointisuoja on kuitenkin turvattava mahdollisissa jatkoprosesseissa. Oikeudenkäynnissä syytetyn syyttömyyden puolesta hyödynnettyä mutta samalla toisen henkilön itse- tai läheiskriminoivaa aineistoa ei siten tulisi sellaisenaan voida hyväksyä kuulusteltavaa tai tämän muuta lähiomaista vastaan mahdollisesti myöhemmin erikseen käynnistettävässä esitutkinnassa tai oikeusprosessissa.

III OK 17:32.2:n sääntö esitutkintakertomuksen lukemisesta kertomuksen muuttumis- tai vaitiolotilanteissa pätee siis normaalisti myös syytetyn lähiomaisiin, jotka eivät ole vedonneet kokonaiskieltäytymisoikeuteensa. Näin on paitsi 'vanhoihin' eli alkuperäisen syytteen oikeustositseikkoihin liittyvien seikkojen, myös mahdollisesti tarkistetun tai laajennetun syytteen oikeustositseikkoihin liittyvien todistustositseikkojen kohdalla. Se, että syytetyn lähiomainen voi jättää tällaisiin 'syytteen vaaran' aiheuttaviin kysymyksiin vastaamasta, ei sinänsä estä teemoille (suoraan tai välillisesti) relevanttien esitutkintakertomukseen sisältyvien seikkojen lukemista ja saattamista oikeudenkäyntiaineiston piiriin (edellyttäen, että esitutkintaselvityksellä voi olla todistuksellista relevanssia po. seikkojen selvittämiseksi, ja kuulustelija 'osaa' seikoista sillä tavoin kysyä, että OK 17:32.2:n soveltaminen mahdollistuu).

Mainittu seikka lähiomaisen tulisi ottaa huomioon jo siinä vaiheessa, kun hän päättää, vetoaako hän kokonaiskieltäytymisoikeuteensa vai ei. Kokonaiskieltäytymisoikeutensa perusteella lähiomaisella on joka tapauksessa vielä oikeudenkäynnissä tehokas mahdollisuus vedota lähiomaissuojaansa – ja kuten edellä on todettu, myöskään esitutkintakertomuksen lukeminen ei ole tällöin mahdollista. Kuulustelun aloittamisen jälkeen lähiomaiselle ei sen sijaan ole enää perusteltua myöntää disponointivaltaa sellaisten seikkojen selvittämismahdollisuuksista, joista hän on mahdollisesti jo esitutkintavaiheessa todistanut.²⁹⁷

Edellä sanottuun on tehtävä vielä olennainen täsmennys tai rajaus. Jos nimitäin esitutkinnassa lähiomaiselle *ei ole aikanaan ilmoitettu tämän vaitiolo-oikeuksista*, estää tämä seikka esitutkintakertomuksen lukemisen OK 17:32.2:n perusteella lähiomaisen tahdon vastaisesti 'totaalisesti' eli paitsi laajennettua syytettä koskevien seikkojen, myös 'vanhojen' seikkojen osalta. Kertomusta, joka on annettu tilanteessa, jossa lähiomaisella ei ole ollut oikeata mahdollisuutta päättää vaitiolo-oikeuksiensa käytöstä, ei voi hyödyntää oikeudenkäynnissä lähiomaisen tahdon vastaisesti. Päinvastainen menettely (kertomuksen lukeminen) olisi lähiomaissuojan kiellettyä kiertämistä.²⁹⁸

²⁹⁷ Ks. myös *Fitger* 2002 (36:15), jonka mukaan todistajankuulustelujärjestelmään kuuluu, että: "vittnet inte tillåts disponera över frågan hur omfattande ett förhör skall vara."

²⁹⁸ Jonkinasteista merkitystä voitaneen silti antaa sille, onko todistaja (tai muu kuulusteltava) tosiasiaa kuitenkin tiennyt vaitiolo-oikeudestaan tätä koskevan ilmoituksen laiminlyönnistä huolimatta. Tilannetta voidaan tulkita siten, että kyseessä olisi vain prosessuaalisen menettelysäännöksen rikkomisen (kelvoton) "yritys", jolloin kuulusteltavan tahdonmuodostusprosessi on

IV Läheiskriminointisuojaan tarkastelua tulee vielä täsmentää ottamalla erikseen huomioon lähiomaistodistajan ja -asianomistajan prosessuaaliset asemat. Todistajan ja asianomistajan *totuusvelvollisuus* vaikuttaa nimittäin yleisesti ottaen siihen, missä laajuudessa heidän tulee kertoa seikoista ja vastata kysymyksiin tuomioistuinkuulustelussa. *Todistajia koskee yleisesti ns. positiivinen totuusvelvollisuus*. Sen täyttämiseksi ei riitä pelkkä kysymyksiin totuudenmukainen vastaaminen, vaan todistajan edellytetään myös kertovan kaikista – eli myös syytettä tukevista – relevanteista seikoista oma-aloitteisesti.²⁹⁹ Pääsääntönä tällainen todistajan totuusvelvollisuus on perusteltu; todistajan positiivinen totuusvelvollisuus on välttämätöntä prosessin tarkoituksenmukaisen toiminnan kannalta. Sanottu asettaa kuitenkin lähiomaistodistajan ristiriitaiseen asemaan siihen nähden, että *de lege lata* lähiomaisasianomistajalla – kuten ylipäätään kaikilla asianomistajilla – on vain ns. *negatiivinen totuusvelvollisuus*.³⁰⁰ Negatiivisen totuusvelvollisuuden perusteella asianomistaja voi mm. periaatteessa aina jättää hänelle esitettyihin kysymyksiin vastaamatta. Käytännössä lähiomaissuoja toteutuisi siten hyvin eri tavoin oikeudenkäynnissä, jos lähiomaisen totuusvelvollisuuden todella katsottaisiin olevan riippuvainen henkilön prosessuaalisesta asemasta.

OK 17:28.2:ssa kuitenkin säädetään selvästi, että jos todistaja mm. kokonaiskieltäytymisoikeudesta muistutettuna tuomioistuimessa ilmoittaa, ettei hän halua oikeuttaan käyttää, on todistaja ”saman seuraamuksen uhalla kuin muukin todistaja velvollinen puhumaan totta ja sanomaan, mitä hän asiasta tietää.” Säännös ts. ilmaisee selvästi positiivisen totuusvelvollisuuden koskevan myös kokonaiskieltäytymisoikeudesta luopunutta lähiomaistodistajaa. Näin on siitä huolimatta, ettei lähiomaiselta OK 17:30:n mukaan oteta todistajanvalaa tai -vakuutusta.³⁰¹ Asianomistajalla, myös lähiomaisasianomistajalla, on silti vain negatiivinen totuusvelvollisuus. Nähdäkseni on poissuljettua, että OK 17:28.2 voisi perustella positiivisen totuusvelvollisuuden ulottuvan myös lähiomaisasianomistajaan.

Lähiomaisten suojaa tulee nähdäkseni joka tapauksessa turvata yhdenmukaisesti tuomioistuimessa kuulusteltavien henkilöiden prosessuaalisista rooleista riippumatta. On vaikea löytää hyväksyttäviä perusteita sille, että lähiomais-

de facto voinut olla moitteeton. Käytännössä näkökohta aktualisoisi vaikeita hypoteettisia pohdintoja kuulusteltavan tietoisuuden sisällöstä, joten sen yleinen soveltaminen ei sellaisenaan liene suositeltavaa. Kuitenkin joissakin yksittäistapauksissa – esim. kun todistaja on lainoppinut – näkemykselle voidaan nähdäkseni antaa jotain merkitystä hyödyntämiskiellon asianmukaisuutta pohdittaessa. Ks. aiheesta *Lundqvist* 1998 s. 206, *Roxin* 1998 s. 184 ja 188, *Grünwald* 1966 s. 495, *Eisenberg* 1999 s. 169 ja *Dencker* 1977 s. 81.

²⁹⁹ Näkemys todistajan positiivisesta totuusvelvollisuudesta saa oikeuskirjallisuudessa laajaa kannatusta; ks. mm. *Virolainen* 1998 s. 313–314 ja 322 ss., *Frände* 1999 s. 377, *Lappalainen* 2001a s. 245 ja *Havansi* 2002 s. 109.

³⁰⁰ Ks. asianomistajan totuusvelvollisuudesta edellä jaksossa 4.3.3.1 (IV) s. 274–275 esitettyä.

³⁰¹ Ks. myös *Tirkkonen* 1972 s. 243–244.

todistajan todistamisvelvollisuuden tulisi olla jollain tavoin erilainen – laajempi ja siten lähioimaissuojan kannalta heikompi – kuin lähioimaissasianomistajan. Voimassa olevan lainsäädännön ja oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa muotoutuneiden asianomistajan totuusvelvollisuustulkintojen välillä on joka tapauksessa ongelmallinen ristiriita. Jompaa kumpaa – OK 17:28.2:ia tai asianomistajan totuusvelvollisuuden tulkintaa – tulisi näin ollen muuttaa siten, että *lähioimaissuoja tulisi yhdenmukaisesti kaikissa tilanteissa toteutetuksi*. Itse näkisin negatiivisen totuusvelvollisuuden kaikkien jutun asianosaisten lähioimaisten kuulustelussa – ja näin ollen OK 17:28.2:n muuttamisen – perustellumpana vaihtoehtona.³⁰² Selvennettäköön tässä vielä negatiivisen totuusvelvollisuuden käsitesisältö: kyse on siis a) vastaus- tai kertomispakon puuttumisesta ja b) valehtelemisen kiellosta. Lähioimaissuojan kannalta näen tällaisen totuusvelvollisuuden asianmukaisena sekä asianomistajille että todistajille.

Tässä käsitellyn käsitteellisen ristiriidan käytännöllistä merkitystä lienee joka tapauksessa omiaan vähentämään se 'arkipsykologinen' näkemys, jonka mukaan lähioimaisten kertomuksia on arvioitava kriittisesti ja 'ymmärtävästi'. Se, onko lähioimaisten totuusvelvollisuus positiivinen vai negatiivinen, ei siten välttämättä käytännössä johda kovinkaan merkittäviin eroihin siinä, millä tavoin ja missä laajuudessa lähioimaiset (todistajana tai asianomistajana) tuomioistuimessa kysymyksiin vastailevat, tai miten näiden kertomuksia todistusharkinnassa arvioidaan. Tämä ei tietenkään poista vallitsevan tilanteen juridisteoreettista epätydyttävyyttä.

Lähioimaisten todistaminen negatiivisen totuusvelvollisuuden alaisena ei nähdäkseni voi sellaisenaan riistää syytetyltä tämän oikeutta itseään vastaan todistavien henkilöiden vastakuulusteluun (EIS 6 art. 3 kappaleen d-kohta). Käytännössä kyse ei ole yhtä totaalista vastakuulustelu-oikeuden rajoittamisesta kuin kokonaiskieltäytymisoikeuden tapauksessa: puolustus voi joka tapauksessa tehdä vähintäänkin retorisia huomioita vaitonaisen tai välttelevän lähioimaisten kuulustelussa, ja – kuten sanottu – esitutkintapöytäkirjan lukeminen on tällöin myös mahdollista OK 17:32.2:n tilanteissa.

4.3.3.3 Pääkäsittelystä poissa olevan lähioimaissuoja

Lähioimaissuoja voi tulla relevantiksi kysymykseksi myös OK 17:11.2:n tarkoittamassa tilanteessa. Säännöksen mukaan tuomioistuin voi sallia sellaisen henkilön esitutkintapöytäkirjan lukemisen oikeudenkäynnissä, jota *ei voida*

³⁰² Tällainen negatiivinen totuusvelvollisuus voi kuulua vain sellaisille kuulusteltaville, jotka ovat *jutun asianosaiksi* (syytetyyn tai asianomistajaan) nähden – kokonaiskieltäytymisoikeudenkin mahdollistavassa – OK 17:20:n lähioimaissuhteessa. Lähioimaissuhde esim. toiseen todistajaan ei muuta kuulusteltavan 'oletusarvoista' positiivista totuusvelvollisuutta (tässäkin suhteessa esim. OK 17:24.1:n läheiskriminointiajatus voi kuitenkin perustella todistamisvelvollisuuden rajoituksen – ja tietyn edellytyksin myös esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellon).

kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella. On kuviteltavissa, että esim. syytetyn lähiomainen on esitutkintakuulustelun jälkeen kuollut. Voidaanko hänen esitutkintakertomuksensa silloin lukea?

Normaalitilanne lienee varsin selvä – kertomuksen lukeminen on mahdollista. Lukeminen on selvästi sallittua ainakin silloin, kun esitutkintakuulustelussa lähiomaiselle on aikanaan ilmoitettu asianmukaisesti tämän vaitiolo-oikeuksista. Toisaalta silloin, jos vaitioloilmoituksia ei ole esituttinnassa tehty, lienee mahdollista päätyä päinvastaiseenkin tulkintaan. Tällöin voitaisiin periaatteessa lähteä siitä, että lähiomaissuoja presumoitaisiin: oletus olisi siis suuntainen, että koska vaitiolo-oikeuksista ei ollut ilmoitettu, ei lähiomainen ole voinut oikeuden käytöstä itse päättää. Jälkikäteen tällaista oletettua lähiomaissuojaa voitaisiin yhä toteuttaa hyödyntämiskielto asettamalla. Esimerkin tilanteessa lähiomaissuojan voitaisiin toisaalta ajatella olevan kokonaisuudessaan jo lakanut, koska henkilö itse ei ole enää siihen vetoamassa. Tässä kysymys on jätettävä avoimeksi. Varovaisesti voitaneen kuitenkin kannattaa viimeksi mainittua ajatusta – rikoksen selvittämistäintressin voi hyvin kuvitella olevan vertailussa merkittävämpi mahdollisesti lakanneeseen lähiomaissuojaan verrattuna.³⁰³

4.3.3.4 Lähiomaissuojan vaikutus muulle todistelulle

I Edellä käsitellyn ratkaisun KKO 1995:66 valossa on selvää, ettei lähiomaissuojaa voida kiertää kuulopuhetodistelun avulla ainakaan *poliisia* kuulemalla. Edellä (4.1.6) on tosin todettu, ettei kuulopuhetodistelua ole sellaisenaan katsottu kielletyksi Suomessa. Tästä syystä on aiheellista kysyä, *voiko lähiomaissuoja olla yleisempikin este kuulopuhetodistelun käytölle*, vai rajoittuuko ratkaisun KKO 1996:66 oikeusohje vain poliisiin tai muuhun esitutkintaa suorittaneeseen viranomaiseen? Johdonmukainen tulkintavaihtoehto olisi, että lähiomaissuoja nähtäisiin myös sikäli ehdottomana, ettei suojaa voitaisi kiertää ja tehdä tyhjäksi sallimalla tertiuksen – muunkaan kuin esitutkintaviranomaisen – kuulemista todistelutarkoituksessa siitä, mitä tämä on havainnut lähiomaisen muussa kuin esitutkintakuulustelun yhteydessä rikoksen selvittämiseksi relevantisti sanoneen tai tarkoittaneen.

Toisaalta muun kuin poliisi-kuulopuhetodistelun sallimista on mahdollista perustella sillä, että tällöin kyseessä olevia *lausumia lähiomainen ei ole nimenomaisesti tarkoittanut tulevan poliisin tai syyllisyyskysymystä arvioivien tahojen tietoon*. Poliisille ilmaistu voidaan nähdä erikoisasemassa lähiomaissuojan

³⁰³ Muissa OK 17:11.2:n mahdollittomuuksesetapauksissa kuin kuolemantapauksissa lähiomaissuojan ei toisaalta voida katsoa kokonaan lakanneen. Tällöin esitutkintakuulustelun virheellisyydelle tullee päinvastoin antaa määräävä merkitys, ts. lähiomaissuoja tulee nähdäkseni presumoida siten, että kertomuksen lukeminen estyy.

toteuttamisessa siksi, että tällaiset lausumat lähiomainen on saattanut antaa juuri se näkökohta mielessään pitäen, että seikat voivat koitua tämän läheiselle haitallisiksi. Nimenomaan esitutkintaviranomaisille ilmaistut tiedot voidaan nähdä privilegioituina siten, että tällaisten tietojen käytössä tulee oikeusturvatekijät ym. rikosprosessia 'rajoittavat' tekijät ottaa huomioon korostuneen tarkasti.

Lieneekin niin, että yksinomaan lähiomaissuoja (kokonaiskieltäytymisoikeus) ei riitä perustamaan kuvatussa tilanteessa – eli kun kyse on 'siviili-kuulopuhetodistajasta' – hyödyntämiskieltoa eli ehdotonta kuulopuhetodistelun estettä.³⁰⁴ Tertiuksia voitaneen siten kuulla kuulopuhetodistajina oikeudenkäynnissä, jos heidän todistuksellaan katsotaan olevan relevanssia asiassa. *Kontradiktorisen periaatteen* vaatimukset saattavat silti johtaa päinvastaiseen lopputulokseen. Jos nimittäin kuulopuhetodistelu on asiassa ratkaiseva näyttö, johon nähden syytetyllä ei ole välitöntä vastakuulustelumahdollisuutta, on tämä seikka omiaan tekemään menettelystä PL 21 §:n ja EIS 6 artiklan vastaisella tavalla epäoikeudenmukaisen. Kuulopuhetodistelu voi tilanteessa siis kuitenkin estyä – ellei lähiomaissuojan, niin – kontradiktorisen periaatteen johdosta.

II Käytännössä lähiomaissuojan ehdottomuus joutuu puntariin myös tilanteessa, jossa kyse on esitutkinnassa todistaneen mutta pääkäsittelyssä kokonaiskieltäytymisoikeuteensa (OK 17:20) vetoavan syytetyn lähiomaisen suostumuksella tai myötävaikutuksella hankittujen reaalitodisteiden tai asiakirjatodisteiden käytöstä todisteena. Esitutkinnassa on esim. a) saatettu hankkia lääkärintodistus pahoinpidellyn lähiomaisasianomistajan vammoista, ja mahdollisesti myös kuultu lääkäriä todistajana. Silloin kun kyse ei ole ns. ylitörkeästä rikosasiasta, edellyttävät molemmat toimenpiteet lääkärisalaisuuden johdosta asianomistajan omaa suostumusta. Toisaalta b) lähiomaisen myötävaikutuksella on saatettu hankkia myös muuta reaalitodistelua, jonka käyttöä eivät rajoita mitkään erityiset suojeluinteressit.³⁰⁵

³⁰⁴ Lähiomaissuojan ehdottomuutta korostava toisenkinlainen tulkinta lienee silti mahdollinen. Ks. esim. *Jokela* 2000a s. 338 lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeudesta: ”säännöstä ei ole lupa kiertää siten, että *joku muu* kertoisi todistajana oikeudelle sen, mitä kyseinen lähiomainen on kertonut hänelle tapahtumista (KKO 1995:66).” (kurs. PP). *Jokela* ei erottele poliisi-kuulopuhetodistajia muista kuulopuhetodistajista, ja näyttää siten suhtautuvan yleisen torjuvasti kaikenlaiseen kokonaiskieltäytymisoikeuden kiertämiseen.

³⁰⁵ Käytännössä a-tilanteessa voi syntyä hyödyntämiskielto-ongelma, jos esitutkintaviranomaiset ovat tulkinneet teon tarkoittavan törkeää pahoinpitelyä (RL 21:6, joka on rangaistusasteikkonsa puolesta ns. ylitörkeä rikos), mutta syyttäjä tai tuomioistuin katsoo teon toteuttavan ainoastaan normaalin pahoinpitelyn tunnusmerkistön (RL 21:5, jonka enimmäisrangaistus on 'vain' kaksi vuotta vankeutta). Syyttäjän velvollisuutena lienee olla esittämättä lääkärintodistusta näyttönä, jos rikosuhri sittemmin haluaakin vedota lääkärisalaisuuteen. Vastaavasti oikeudenkäyntivaiheessa asianomistajan mielenmuutos voinee perustella todisteen vastaanottamisen kiellon tai hyödyntämiskiellon. – Kysymykseen on kuitenkin vaikea ottaa kovin ehdotonta kantaa (käytännössä tilanne lienee myös suhteellisen harvinainen).

Edellä jaksossa 4.1.2 on todettu, että erityisesti takavarikkosääntelyn kautta reaalityodistelu voi (todistamiskieltojen estämättä) olla mahdollista myös tilanteissa, joissa vastaava henkilötodistelu estyi mm. OK 17:20:n tai 17:24.1:n perusteella. *Henkilötodistelussa 'absoluuttisesti' suojeltava lähiomaissuoja on asiakirjan takavarikkosääntelyssä vain rikoksen ylitörkeyteen sidotusti relatiivinen.* Takavarikkosääntelyssä mm. lähiomaissuoja voi myös joka tapauksessa väistyä sillä perusteella, että po. asiakirja löydetään ja takavarikoidaan *muun henkilön kuin epäillyn tai tämän lähiomaisen hallusta*. Reaalityodistelun mahdollisuus perustuu siihen, ettei siinä (syytety³⁰⁶ tai) lähiomaisen omaa aktiivisuutta käytetä vaitiolointressien vastaisella tavalla.

Esimerkin lääkärintodistus-tilanteessa (a) kyse ei ole takavarikosta. Kysymystä ei myöskään voida ratkaista yksioikoisesti sillä perusteella, että tilanteessa lähiomaista ei itseään velvoiteta aktiiviseen toimimiseen syytetylle vastaisesti. Esimerkissä tulee nimittäin ottaa huomioon erikseen OK 17:23.1:n 3 kohdassa säädetty lääkärin vaitiolovelvollisuutta tarkoittava todistamiskielto. Lääkärin vaitiolovelvollisuutta koskevissa seikoissa kyse voi olla myös läheiskriminointisuoja- ja relevanteista seikoista. Ratkaiseva kysymys onkin, voiko asianomistaja oikeudenkäynnissä vetoamansa *kokonaiskiellätymisoikeuden kautta vielä peruuttaa esitutkinnassa antamansa suostumuksen lääkärintodistuksen käytölle* ja lääkärin kuulemiselle todistajana siten, että todistelu estyi myös pääkäsitelyssä.

Tirkkonen on katsonut, että lääkärin vaitiolovelvollisuuskysymyksissä tuomioistuimen tulee ottaa lähtökohdaksi *ainoastaan* potilaan intressit. Hän katsoo potilaan intressien voivan joissain tilanteissa perustella lääkärin vaitiolovelvollisuuden myös potilaan kuoleman jälkeen.³⁰⁷ Sanottu *lääkärisalaisuutta* korostava näkemys tukee tulkintaa, jonka mukaan lääkäriä ei tulisi pääkäsitelyssä voida velvoittaa todistamaan vastoin potilaan tahtoa. Vastaavasti tilanteessa ei olisi edellytyksiä lääkärintodistuksenkaan käyttämiseen kirjallisena näyttönä. Tulkinta on mahdollinen paitsi silloin, kun lääkärintodistus käsittelee ainoastaan lääketieteellisiä seikkoja, nähdäkseni sitä selvemmin myös silloin, kun todistuksesta ilmenee myös potilaan lääkärille kertomia seikkoja vammojen syntyyn johtaneista tapahtumista. Tällöin suojeltavana intressinä olisivat nimittäin lääkärisalaisuuden (potilaan edun) lisäksi myös *läheiskriminointisuoja-*aspektit.

³⁰⁶ Näin syytety³⁰⁶ osalta esim. EIT:n ratkaisussa *J. B.* 3.5.2001 (68 §), jonka mukaan itsekriminointisuoja ei rikota esim. sellaista (reaali)todistelua käyttämällä, jolla on "an existence independent of the person concerned and was not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person." Toisaalta itse- ja läheiskriminointisuojaan vastaista voi myös olla muille kuin esitutkintaviranomaisille annettujen lausuntojen käyttäminen syytettä tukemaan, ks. edellä EIT:n ratkaisusta *Saunders* 17.12.1996 jaksossa 4.1.3 (s. 194 av. 52).

³⁰⁷ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 247 ja 249. – Vastaavasti on katsottu, että OK 17:23.1.4:n mukainen asianajosalaisuus säilyy myös päämiehen kuoleman jälkeen, ks. *Esko* 1986 s. 19 (ja s. 31 Norjan oikeuden vastaavasta kannasta).

Lääkärille ilmaistuja seikkoja ei voi läheiskriminointisuojan näkökulmasta sellaisenaan rinnastaa poliisille kerrottuun (ks. yllä I-osio), mutta on silti muistettava, että lääkärille kerrotut seikat potilas (asianomistaja) on joka tapauksessa kertonut luottamuksellisesti. Lääkäri-potilasluottamussuhdetta onkin nähdäkseni perusteltua suojella vahvasti myös sillä perusteella, että näin voidaan estää läheiskriminointisuojan kiertäminen velvoittamalla lääkäri (kuulopuhe)todisteluun. Toisaalta jo lääkärisalaisuuden itsessään voidaan siis katsoa estävän sen, että lähiomaisen (potilaana) nauttimaa luottamussuojaa kaventamalla tältä riistettäisiin oikeus päättää itseään – ja mahdollisesti syytettynä olevaa lähiomaistaan – koskevien tietojen käytöstä. Potilaalla (lähiomaisella) tulee siten mielestäni olla ’katumisoikeus’ ja päättävältä myös lääkäripotilas -suhteessa ilmaistujen seikkojen todisteena käytön suhteen (silloin kun rikos ei ole ylitörkeä).³⁰⁸

Muissa tilanteissa (b), eli kun lähiomaisen esitutkintayhteistyön tuloksena poliisin tietoon on saatu jokin sellainen asiakirja- tai reaalitodiste, jonka käyttöä eivät mitkään muut erityiset todistamiskielto- ja hyödyntämiskielto-ongelmia tulisi vastaavalla tavalla olla kokonaiskieltäytymistilanteessa. Aikanaan tietoon saatuja reaali- tai asiakirjatodisteita voitaneen tällöin ’vapaasti’ käyttää näyttönä tuomioistuimessa. Reaali- ja asiakirjatodistelun luonteen mukaisesti myös *autiatur et altera pars* -näkökohdat tulevat ’itsessään’ huomioituiksi todisteen vastaanottamisen yhteydessä. Reaali- tai asiakirjatodisteen hyödyntämiselle ei siten ole esteitä myöskään kontradiktorisen periaatteen näkökulmasta.

4.3.4 Lähiomais-kanssasyytetyn esitutkintakertomuksen hyödyntäminen

ROL 6:7.2:n mukaan *asianosaista* todistelutarkoituksessa kuultaessa tulee noudattaa soveltuvin osin OK 17 luvun 32 §:n ja 33 §:n säännöksiä. Säännöksen johdosta myös asianomistajan ja rikoksesta syytetyn esitutkintakertomuksiin voidaan määräedellytyksin – ts. kertomuksen muuttumis- ja vaikenemistilanteissa – viitata oikeudenkäynnissä.³⁰⁹ Pääosin tulkintatilanne on ongelmaton epäiltyjen kohdalla. Epäillyn esitutkinnassa antamien lausumien hyväksikäyttö

³⁰⁸ Näkemystä tukee myös myöhemmin hyödyntämiskielto ns. etäisvaikutuksesta esitettävä (ks. jakso 4.3.8).

³⁰⁹ OK 17:65:stä ilmenee lisäksi, että esitutkintakertomuksen lukemiseen oikeuttavaa OK 17:32:sta tulee soveltaa myös sellaiseen asianosaiseen, jota kuullaan totuusvakuutuksen nojalla. Tällaisena totuusvakuutuksen nojalla kuultavana asianosaisena voi kyseeseen tulla OK 17:61.2:ssa tarkoitettu asianomistaja. Tältä osin lainsäädännössämme on päällekkäisyys, koska ROL 6:7.2 soveltuu joka tapauksessa asianomistajan kuulusteluun, kuultiinpa tätä totuusvakuutuksen nojalla tai ei.

oikeudenkäynnissä katsotaan vakiintuneesti sallituksi paremman aineellisen selvityksen mahdollistamiseksi OK 17:32.2:n edellytysten täytyessä.³¹⁰

OK 17:32:n soveltaminen ei pääsääntöisesti aiheuta ongelmia silloinkaan, kun kyse on eri syytettyjen antamien esitutkintakertomusten keskinäisestä vertailusta: vapaan todistusharkinnan perusteella *kanssasyytettyjen* mahdollisesti erilaisia tapahtumainkuvauksia voidaan verrata keskenään. Yhtä lailla kuin mm. todistajien kohdalla, perustelee tavoite mahdollisimman luotettavasta ja informatiivisesta todistelusta kertomusten muutosten kontrollointimahdollisuutta myös syytettyjen kertomuksia arvioitaessa. Tällöinkin on tosin pidettävä mielessä se (lainsäätäjänkin korostama³¹¹) näkemys siitä, että käytettäessä esitutkintakertomusta näyttönä, tulee sen todistusarvoon suhtautua kriittisesti.

Voidaan kuitenkin kysyä, tuleeko rikoksesta epäillylle ja syytetylle kuuluvaa *lähiomaissuojaa* toteuttaa samassa laajuudessa tai vahvuudessa myös *tilanteessa, jossa syytteessä on samalla kertaa keskenään OK 17 luvun 20 §:ssä tarkoitettussa suhteessa olevia lähiomaisia* (esim. isä ja poika)? Lähtökohtana on selvää, että rikoksesta epäillyn perusoikeuksia on välttämättömästi kaventaa rikosten selvittämisen mahdollistamiseksi.³¹² Puheena olevassa lähiomaissuojan arvointitilanteessa (kanssa)syytetyilläkin on siis periaatteessa samanarvoinen oikeus kuin kenellä tahansa toisellakin saada suojaa mm. yksityiselämälleen, viestinnän luottamuksellisuudelle ja oikeudelle olla todistamatta itseään tai läheistään vastaan. Rikoksesta epäillyn esitutkinnassa annetun lausuman täytyy lisäksi olla annettu paitsi ETL 24 §:ää noudattaen, myös ETL 29 §:n 1 ja 2 momenttien mukaisesti epäilty rikosteko yksilöiden sekä oikeudesta avustajaan ilmoittaen.³¹³ Näiden oikeusturvasäännösten räikeän rikkomisen tulisi myös nyt puheena olevassa syytettynä olevien lähiomaisten henkilöllisen kumulaation tapauksissa mahdollistaa räikeimmissä virhetilanteissa yksittäistapauksellinen hyödyntämiskiellon asettaminen. Hyödyntämiskiello koskee tällöin ainakin nimienomaan sen epäillyn kertomusta, jonka kuulustelussa ei esim. täytetty pakollisia ilmoitusvelvollisuuksia. Sen sijaan *toisen* lähiomais-kanssaepäillyn kerto-

³¹⁰ KKO totesi ratkaisussa 2000:35, että OK 17:32:n ”säännös todistelun suullisuudesta ja välittömyydestä ei vapaan todistusharkinnan periaate huomioon ottaen estä tässä tilanteessa käyttämistä vastaajan esitutkintakertomusta näyttönä asiassa” (tapauksessa syytetty peruutti esitutkinnassa antamansa tunnustuksen).

³¹¹ Ks. HE 82/1995 vp. s. 144.

³¹² Ks. edellä jaksossa 4.2.3 (s. 227) aiheesta esitettyä.

³¹³ Huomattavaa on, että esitutkintalainsäädännössä ei säädetä velvollisuudesta ilmoittaa epäillyn vaitiolo-oikeudesta (ks. jaksossa 4.3.2 s. 251–252). Myöskään OK 17 luvun 24 §:n 1 momentin mukainen oikeus olla todistamatta läheiselleen vastaisesti ei säännöksen sanamuodon mukaan koske rikoksesta epäiltyä tai syytettyä, joten tätä koskevaa ilmoitusta ei epäillylle tarvitse tehdä. Henkilön oikeus olla todistamatta läheistään vastaan seuraa kuitenkin de facto siitä, ettei epäillyllä ole minkäänasteista todistamisvelvollisuutta – epäillyn vaitiolo oikeuttaa rikoksesta epäillyn siis suojelemaan myös lähiomaistaan.

mukseen hyödyntämiskielto ei pääsääntöisesti voi ulottua, jos *tämä* kertomus on syntynyt asianmukaisesti.³¹⁴

Ns. 'normaalitilanteen' ratkaiseminen – ts. tilanteen, jossa kyse on kaikin puolin asianmukaisesti suoritetuista esitutkintakuulusteluista – on käytännössä merkityksellisin kysymys tämän alaotsikon asiayhteydessä. Voiko syytetty siis estää esitutkintakertomuksensa hyödyntämisen (OK 17:32:n mielessä) yksinomaan sillä perusteella, että kuulustelu on kohdistunut myös syytetyn lähiomaiseen kohdistuvaan rikosepäilyyn (tai ylipäätänsä samaan 'tekoon' kuin mistä henkilölle läheinen on mahdollisesti vasta myöhemmin myös tullut epäillyksi)?

Jo epäillyn vaitiolo-oikeutta koskevasta ilmoitusvelvollisuudesta säättämättä jättäminen osoittaa, että oikeusjärjestelmässämme tätä epäillyn oikeutta ei suojella erityisen tehokkaasti. Vaitiolo-oikeus on myös sikäli vain relatiivinen, että jos epäilty ylipäätänsä esitutkinnassa jotain kertoo, on kertomus kaikissa normaalitilanteissa mahdollista OK 17:32.2:n mukaisin edellytyksin lukea. Epäillyn vaitiolo-oikeuden on siis tarkoitettu säännönmukaisesti väistyvän rikoksen selvittämisen intressin tieltä. Esitutkinnassa 'puhuminen' voidaan periaatteessa tulkita konkludenttiseksi vaitiolo-oikeudesta luopumiseksi, minkä jälkeen tehtyä ei katsota enää olevan aiheellista saada sikäli tekemättömäksi, että syytetyllä olisi mahdollisuutta estää kertomuksen lukeminen oikeudenkäynnissä. Tässä on olennainen ero rikosepäilyiden ulkopuolella olevaan lähiomaiseen (todistajaan tai asianomistajaan) verrattuna: viimeksi mainituilla ei ole sellaista välitöntä, henkilökohtaista liittymää asiaan, joka suoraan oikeuttaisi näiden nauttiman lähiomaissuojan rajoitukset.

Rikoksesta epäillyn kuulusteluissa (laillisesti) esille tulleen aineiston lähtökohtainen hyödyntämismvapaus myöhemmissä prosessin vaiheissa kuuluu sitä vastoin luonnollisena osana epäillyn ja syytetyn asemaan. Epäillyn esitutkintakertomuksen poissulkeminen OK 17:32:n soveltamisalueesta pelkästään lähiomaissuojan perusteella merkitsisi suhteettoman merkittävää rikoksen selvittämisen intressin kaventamista. Päinvastainen tulkinta, jossa lähiomais-kanssasyytetyt voisivat disponointinsa perusteella tehokkaasti määrätä esitutkinnassa antamansa kertomuksen käytöstä, tekisi syytteiden toteennäyttämistä useissa tapauksissa käytännössä mahdottoman tehtävän. Oikeusjärjestelmän ei tule tällä tavoin "suosia" perheyhteisöä "suojeltuna rikostentekoympäristönä".

Prima facie rikosten selvittämisen intressin tulisi siis syrjäyttää lähiomaissuojan perustuvat hyödyntämiskieltointressit yhdessä syytteessä olevien lähiomaisten kuulustelukertomusten hyödyntämisen asiayhteydessä. Pidän kuitenkin tärkeänä korostaa sitä, että kertomusten luotettavuuden, so. näytötarvon,

³¹⁴ Tällöin hyödyntämiskielto kysymys saattaa kuitenkin teoriassa nousta esille ns. etäisvaikutuksen johdosta (jos esim. sinänsä asiallisesti suoritettussa kuulustelussa on ratkaisevalla tavalla käytetty hyväksi väärin edellytyksin toisessa kuulustelussa saatuja tietoja). Ks. etäisvaikutuksen problematiikasta jäljessä jaksossa 4.3.8 esitettävää.

arvioinnissa erityistä merkitystä tulisi yleensä kiinnittää lähiomaisten keskinäisiä lausumia lähtökohtaisesti rasittaviin virhelähteisiin.

4.3.5 OK 17:18.2:n rikoskumppaneiden kuulustelu todistelutarkoituksessa

I Eräs oikeudenkäynnissä todistelutarkoituksessa kuulusteltava henkilöryhmä kaipaa vielä erikoistarkastelua todistelun hyödynnettävyyden näkökulmasta. Jaksossa käsitellään OK 17 luvun 18 §:n 2 momentissa tarkoitettujen henkilöiden (rikoskumppaneiden) kuulustelutilannetta. Säännöksen mukaan *rikosasiassa esteellisiä todistajaksi ovat* asianosaisten lisäksi myös 1) se, jota – olematta käsillä olevan jutun asianosainen –, on syytetty samasta teosta tai teosta, jolla on välitön yhteys siihen tekoon, jota syyte koskee, 2) se, jolle on annettu edellä tarkoitettusta teosta rangaistus määräys tai rikesakko ja 3) se, jonka edellä tarkoitettu teko on esitutkintavaiheessa ’seuraamusluonteisesti’ jätetty saattamatta syyteharkintaan (ETL 43.1,2 §), tai jonka teosta syyttäjä on päättänyt tehdä seuraamusluonteisen syyttämättä jättämispäätöksen (ROL 1:7–8).³¹⁵ Asian yhteys hyödyntämiskieltoihin tulee ilmi kysymyksestä, voidaanko rikoskumppaneita todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa heidän esitutkintakertomuksensa lukea OK 17:32.2:n (tai OK 17:11.1:n) edellytysten täyttyessä. Kysymyksen vastaus lienee usein käytännössä epäselvä. Sen ratkaiseminen edellyttää siksi laajahkoa tarkastelua.

Koska mainitut *rikoskumppanit* ovat esteellisiä todistajaksi, ei heiltä oteta todistajanvalaa. Tämä herättää kysymyksen henkilöiden totuusvelvollisuudesta oikeudessa kuulusteltavina, samoin kuin ylipäätään asemasta (prosesuaalisesta roolista) pääkäsittelyssä. Laki täsmentää asiaa siten, että tällaisten henkilöiden kutsun, poissaolon ja *kuulustelun* suhteen sovelletaan mutatis mutandis asianosaisia koskevia säännöksiä (OK 17:18.3 ja OK 17:61.1).³¹⁶ Rikosprosessin asiayhteydessä jää kylläkin epäselväksi, tarkoitetaanko mainitut todistajaksi esteelliset mutta kuitenkin todistelutarkoituksessa kuulusteltavat henkilöt rinnastaa syytettyyn vai asianomistajaan (jotka molemmat ovat asianosaisia).³¹⁷ Käytännössä rinnastus syytettyyn lienee ainoa kyseeseen tuleva tulkin-

³¹⁵ Seuraamusluonteisesta syyttämättä jättämisestä ks. mm. *Jokela* 2002 s. 212–221.

³¹⁶ Ks. *HE 82/1995 vp.* s. 145.

³¹⁷ Ks. esim. *Tirkkonen* 1972 s. 235, joka tyytyy vain katsomaan OK 17:18:ssä mainittujen henkilöiden todistelutarkoituksessa kuulemisen (”valaistuksen saamiseksi asiaan”) mahdolliseksi, mutta ei kuitenkaan täsmennä tällaisten henkilöiden totuusvelvollisuutta. – OK 17:18.2:ssa tarkoitettujen henkilöiden prosesuaalisen roolin arviointia hankaloittaa edelleen kysymys todistelukustannusten korvaamisesta. Lienee joka tapauksessa niin, että OK 17:18.2:ssa tarkoitettulla todistelutarkoituksessa kuultavalla henkilöllä on oikeus korvauksen saamiseen matka- ym. ku- luistaan todistajien tavoin (analogisesti OK 17:40:ää soveltaen).

tavaihtoehto.³¹⁸ Rinnastuksen justifikaatiota ja sen lähempiä oikeudellisia seurauksia on tutkittava lähemmin, koska kysymystä ei ole oikeuskirjallisuudessa tai -käytännössä meillä toistaiseksi kovin selvästi käsitelty.

Todistelutarkoituksessa kuultavien henkilöiden osalta laki ei tunne muita prosessuaalisia kategorioita kuin todistajan, asianomistajan, syytetyn ja asiantuntijan. Asian luonteesta ja OK 17:18.3:sta johtuu, etteivät asiantuntijan tai asianomistajan roolit selvästikään voi tulla kyseeseen OK 17:18.2:ssa tarkoitettujen henkilöiden kohdalla. OK 17:18.2:ssa tarkoitettut henkilöt eivät selvästi ole myöskään syytettyjä – säännöksen 3 momentin mukaan kyseen tulee nimitäin olla henkilöistä, jotka eivät ole käsillä olevan syyteasian asianosaisia. Toisaalta todistajiakaan henkilöt eivät ole, koska heidät nimenomaan mainitaan säännöksessä, jossa määritellään henkilöt, jotka ovat esteellisiä todistajiksi. Laki ei suoraan 'nimeä' OK 17:18.2:ssa mainittuja henkilöitä, tai 'sijoita' heitä mihinkään yksiselitteiseen prosessuaaliseen rooliin. Tästä huolimatta käytännössä on vastattava mm. siihen, millainen totuusvelvollisuus tällaisilla henkilöillä on, ja voidaanko heidän kuulustelussaan esim. OK 17:32.2:ia soveltaa 'normaalisti' mm. kertomuksen muuttumistilanteessa. Tietyissä jutuissa nämä kysymykset voivat olla oikeudenkäynnille ratkaisevankin tärkeitä.

Jo selvyidenkin vuoksi OK 17:18.2:ssa tarkoitettujen rikoskumppaneiden prosessuaalisen roolin tulisi olla käsitteellisesti määriteltävissä ja nimettävissä. Käsitteellinen selkeys on välttämätöntä myös tällaisten rikoskumppaneiden kuulustelullisen roolin lähemmäksi selvittämiseksi. Asiaa on sen merkittävydestä huolimatta käsitelty suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa hämmästyttävän suppeasti. Kuitenkin Jokela on kiinnittänyt huomiota asiaan. Hän puhuu OK 17:18.2:ssa tarkoitettujen henkilöiden osalta *kuultavista* ("... uuteen lakiin on lisätty säännös sellaisen henkilön, joka ei ole jutussa asianosainen eikä todistaja, kutsumisesta tarvittaessa oikeudenkäyntiin kuultavaksi (OK 17:18.3)."³¹⁹ Muiden prosessuaalisten roolien ollessa yllä mainitulla tavalla poissuljettuja OK 17:18.2:ssa tarkoitettujen henkilöiden kohdalla, voitaneenkin heitä kutsua nimenomaan kuultaviksi.³²⁰

Itse kuultava-nimitys ei kuitenkaan ole tässä yhteydessä olennaisin asia. Tärkeintä on sen sijaan *yhdenmukainen normitulkinta tällaisten henkilöiden kuulusteluun liittyvissä kysymyksissä*. Todettakoon vertailun vuoksi, että Ruotsissa asiaa koskeva sääntely (RB 36:1) vastaa pitkälti OK 17:18.2:ia. Ruotsissa kanssatekijöiden ja kanssatekijöihin rinnastuvien henkilöiden kuulustelullista roolia on kuitenkin analysoitu esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa huomattavasti tarkkarajaisemmin kuin meillä.³²¹ Tarvetta vastaaviin tulkintoihin on selvästi

³¹⁸ Myös *Helminen ym.* 2002 s. 340 rinnastavat OK 17:18.2:ssa tarkoitettun henkilön epäilyyn.

³¹⁹ Ks. *Jokela* 2000a s. 327.

³²⁰ Nimitys ei liene vieras oikeuskäytännöllekään.

³²¹ Ks. *SOU* 1982:26 s. 259–267 ja *Fitger* 1993 s. 215 ja 225–226.

myös Suomessa. Ruotsalaiset tulkinat myös sopivat käytännössä suurelta osin sellaisenaan Suomeen.

Koska edellä oli puhe 'kuultavan' roolista, tulee selkeyden vuoksi ennen OK 17:18.2:n lähempää tarkastelua vielä huomauttaa siitä, että *esitutkintakäytännössä* 'eventuaalisia epäiltyjä' eli sellaisia henkilöitä, joiden menettelyn katsotaan mahdollisesti täyttävän jonkin rikoksen tunnusmerkit (mutta joita ei kuitenkaan kuulla rikoksesta epäiltynä konkreettisen näytön puuttuessa), on perinteisesti kuulusteltu '*kuultavan*' nimikkeellä ja asemassa.³²² Kyseessä ovat henkilöt, joiden kuulusteluun nimenomaan epäillyn asemassa ei ole perusteita (näyttöä), mutta joita esitutkintaviranomaiset kuitenkin saattavat faktisesti epäillä rikoksesta. Menettely selittyy sillä, että tällaisen henkilön kuuleminen todistajana voisi olla ongelmallista mainittuun asemaan kuuluvan positiivisen totuusvelvollisuuden ja toisaalta itsekriminointisuojaan kannalta. Menettelyssä on kylläkin se arveluttava piirre, että sillä on mahdollista kiertää epäillyn asemassa kuulusteltavalle kuuluvat oikeusturvatakeet. Kuultava-kuulusteluja tuleekin pitää kiellettyinä tilanteissa, jossa henkilö todennäköisesti myöhemmin tulee rikoksesta epäillyksi. Esitutkinnassa epäilty-asema on siis presumoitava esitutkintakuulusteluissa po. tavalla epäselvissä tilanteissa.³²³

On korostettava, että esitutkinnan kuultava on sinänsä eri asia kuin OK 17:18.2:ssa tarkoitetut henkilöt. OK 17:18.2 säättää oikeudenkäyntiin osaa ottavien henkilöiden rooleista. Säännöksen näkökulmasta on sinänsä yhden-tekevää, onko henkilö ollut syyteasiaa tai siihen välittömästi liittyvää tekoa koskevassa esitutkinnassa nimenomaisesti epäillyn vai kuultavan asemassa.³²⁴

II Asian luonteesta johtuen OK 17:18.2:ssa tarkoitettujen rikoskumppaneiden totuusvelvollisuus ei ole yksiselitteinen asia. Henkilöiden katsotaan tavalla tai toisella syyllistyneen samaan tekoon kuin mistä käsillä olevan oikeusjutun syytettyä syytetään: kyse on joko samaan tekoon tai välittömästi samaan tekoon liittyvistä kanssasyytetyistä, aikaisemmin po. teoista rangaistusmääräyksen tai rikesakon saaneista tai henkilöistä, joiden osalta on luovuttu toimenpiteistä (esim. tehty seuraamusluonteinen syyttämättäjättämispäätös).³²⁵ Totuusvelvollisuuden pohdinnassa on yhtäältä otettava huomioon, että henkilöitä kuullaan tuomioistuimessa nimenomaan todistelutarkoituksessa. Näkemys perustelisi

³²² Ks. Helminen ym. 1990 s. 126–127 ja Virolainen 1998 s. 317 av. 2.

³²³ Ks. Helminen ym. 2002 s. 117 ja 239–240.

³²⁴ Käytännössä esitutkinnassa 'kuultavana' kuulusteltu voi sittemmin tulla myös rikoksesta epäillyksi, jolloin hänen osaltaan mahdollistuu ROL 1:6:n ja 1:7–8:n mukaiset syyttämättäjättämispäätökset. ROL 1:6:n mukaisesti syyttämättä jätettyä henkilöä (esim. 'ei näyttöä' -perusteella) tulee tällöin kuulla tuomioistuimessa todistajana. ROL 1:7–8:n mukaisesti syyttämättä jätetty henkilö on sen sijaan juuri OK 17:18.2:ssa tarkoitettu henkilö. Toisaalta esitutkinnassa 'kuultavana' kuultu voi myös jäädä tähän asemaan esitutkinnan loppuun saakka. Tällöin henkilöön ei ole missään vaiheessa kohdistettu (virallisia) rikosepäilyjä. Oikeudenkäynnissä tällaista henkilöä tulee kuulla todistajan roolissa.

³²⁵ Saman teon (tai siihen nähden välittömän tekoyhteyden) rajaamisesta ks. heti jäljessä (s. 299) esitettävää.

todistajan positiivisen totuusvelvollisuuden 'analogista' soveltamista. Toisaalta huomioon on otettava myös OK 17:18.3, jonka mukaan 2 momentissa tarkoitettujen henkilöiden kuulustelussa tulee soveltaa "soveltuvien osin niitä säännöksiä, jotka ovat voimassa asianosaisten osalta." Tämän mukaisesti lähin ja itse asiassa ainoa rinnastettavissa oleva asianosaisrooli on *rikoksesta syytetyn asema* (asianomistajan rooli ei voine tulla kyseeseen).³²⁶ 'Syytetyn' roolissa OK 17:18.2:ssa tarkoitettulla henkilöllä ei itse asiassa olisi minkäänlaista totuusvelvollisuutta (tai korkeintaan negatiivinen totuusvelvollisuus). Lakitekstin vaietessa asiasta, jää valinnan tekeminen näiden toisiinsa nähden täysin vastakaisten vaihtoehtojen välillä oikeuskäytännön ja -tieteen tehtäväksi.

Lain mukaan nimenomaan *todistajan asemassa tulee kuulla* mm. henkilöä, jonka osalta on tehty päätös syyttämättä jättämisestä – ei seuraamusluonteisesti, vaan – 'ei rikosta' tai 'ei näyttöä' -perusteilla (ROL 1:6). Tällaisen henkilön todistajana kuulemiseen normaalin positiivisen totuusvelvollisuuden alaisena ei olekaan estettä – esitutkintavaiheessa mahdollisesti vielä ajankohtaisina olleet rikosepäilyt ovat joko tulleet täysin kumotuiksi tai ainakin jääneet toteen näyttämättä.³²⁷ Asian luonteesta voi johtua, että tällaisen henkilön kuulustelussa saattaa olla tarvetta ottaa huomioon OK 17:24.1:n itse- ja läheiskriminointisuoja säännös korostuneen tarkasti. De lege lata *todistajana* ja siis positiivisen totuusvelvollisuuden alaisina *tulee kuulla myös* henkilöitä, jotka ovat samasta teosta tai välittömästi siihen liittyvästä teosta *epäiltyinä* siihen saakka, kunnes syyte on joko nostettu tai jätetty se seuraamusluonteisesti nostamatta. Tällaiset epäillyt voivat olla OK 17:18.2:n 1–3 kohdissa mainittuja (mahdollisia) rikoskumppaneita, joiden osalta asian käsittely ja 'kanssatekijärooliin' päätyminen on kuitenkin vielä kesken.³²⁸ Totuusvelvollisuuden kannalta järjestely on mielestäni epätydyttävä siitä huolimatta, että OK 17:24.1 mahdollistaa tällaisellekin 'epäilty-todistajalle' itsekriminointisuojaan (oikeuden jättää tietyistä seikoista kertomatta ja tiettyihin kysymyksiin vastaamatta).³²⁹ *De lege ferenda myös yllä tarkoitetut epäillyt olisi perusteltua saattaa OK 17:18.2:n (todistaja-aseman poissulkevaan) piiriin.*

³²⁶ Ruotsissa RB 36:1:n mukaan kanssatekijät (OK 17:18.2:n tavoin) rinnastetaan juuri rikoksesta syytettyyn. Ks. *SOU* 1982:26 s. 264–267 ja *Fitger* 2002 (36:10–11).

³²⁷ Ks. *Frände* 1999 s. 362. Myöskään Ruotsissa RB 36:1 ei koske 'ei näyttöä' tai 'ei rikosta' -perusteilla syyttämättä jätettyä.

³²⁸ Jokelan mukaan "tällaisen henkilön kuuleminen todistajana olisi... vastoin lain tarkoitusta ja siitä saattaisi seurata, että todistajana kuultu jälkikäteen syytteen saatuaan jouduttaisiin kanssatekijänsä katsomaan todistajaksi kelpaamattomaksi." Ks. *Jokela* 2000a s. 327. Selvää on, että tarkoitetuilla epäillyillä on omassa asiassaan normaali epäiltyjen itsekriminointisuoja (ml. 'vähentämisoikeuksineen'). Tähän nähden tuntuisikin epätarkoituksenmukaiselta ja epäjohtonmukaiselta asettaa esitutkinnassa vielä epäiltynä olevalle henkilölle väliaikaisesti tuomioistuinkuulustelun ajaksi positiivinen totuusvelvollisuus seikoista, joihin nähden henkilöllä ei esitutkinnassa ole minkäänlaista totuusvelvollisuutta. Käytännössä ongelmaa voidaan pyrkiä välttämään esim. lykkäämällä rikosasian vireille tuloa tuomioistuimessa siihen saakka, kunnes epäillystä tulee joko OK 17:18.2:n tarkoittama rikoskumppani tai 'normaali' todistaja.

³²⁹ Ks. asiantilasta kriittisesti myös *Tirkkonen* 1972 s. 234.

Totuusvelvollisuuden täsmentämiseksi on paikallaan tarkastella OK 17:18.2:ssa tarkoitettuja henkilötahoja vielä lähemmin. Momentin 1 kohdan 'kanssasyytetyn' kohdalla on huomioitava, että kyse ei ole varsinaisesta kanssasyytetystä, joka vastaisi asianosaisena syytteisiin oikeudenkäynnissä. Kyse on henkilöstä, joka on aikaisemmin ollut syytteessä samasta tai välittömästi samaan tekoon liittyvästä teosta (ja joka ei ole jutun asianosainen). Täten ymmärretyn 'kanssasyytetyn' aseman muodostumiselle merkitystä on ainoastaan sillä, että henkilö *on ollut syytettynä*, ei sen sijaan sillä, onko syyte hyväksytty tai hylätty tai onko asiassa annettu lainvoimainen tuomio, tai onko syytetyn katsottu syyllistyneen tekoon vai ei. Myös asianomistajan yksin ajama syyte muodostaa esteellisyysperusteen todistajana esiintymiseen.³³⁰ Se, että syytteen menestyksellisyys tai 'kanssasyytetyn' jutun käsittelyn lainvoimaisuus ei ole relevantti seikka todistaja-aseman poissulkemisessa, perustunee siihen, että tällaisen henkilön todistusta pidetään *yleisellä tasolla potentiaalisesti ristiriitaisena toisen syytetyn intresseihin nähden*. Tällaisen kertomuksen vahvistaminen valalla (todistajana) ei olisi asian- tai oikeudenmukaista toisten syytettyjen kannalta, jotka eivät voi vahvistaa omaa kertomustaan valalla.³³¹

Teolla katsotaan olevan lainkohdassa tarkoitettu *välitön yhteys*, jos rikoskumppanin teon tapahtumainkulku on osittainkin yhteneväinen syyteasiassa käsiteltävänä olevan teon kanssa. Välittömän yhteyden vaatimus ei kuitenkaan edellytä, että eri syytettyjen väitetyt tai jo aikaisemmin tuomiolla vahvistetut rikostunnusmerkistöt olisivat täysin yhteneväisiä. Riittävää on, että teonkuvauksilla on niin paljon yhtymäkohtia, että tosiasiasa kyse on yhteisten todistusteemojen käsittelystä. Välitön yhteys on mm. yllytyksellä tai avunannolla käsiteltävänä olevaan rikokseen, lahjuksen antamisella ja vastaanottamisella, varastetun tavarahan kätkeämisrikoksesta syytetyllä saman esineen anastusrikosta koskevassa oikeudenkäynnissä tai huumausaineen käytöstä syytetyllä saman huumausaineen myyntiä koskevassa oikeudenkäynnissä.³³² Sääntelyn ratio perustuu todistelun turvaamisen ohella myös itsekriminoinnin suojaan. Jos rikosten tapahtumainkulut olisivat osittainkin pääl-

³³⁰ Ennen ROL-uudistusta voimassa olleen OK 17:18.1:n mukaan todistajaksi oli esteellinen rikosasiassa asianosaisen lisäksi vain henkilö, joka oli aikaisemmin tuomittu rangaistukseen samasta rikoksesta. Säännösmuutoksella todistajaksi esteellisten piiri laajeni siis huomattavasti. Ks. aikaisemman säännöksen tulkinnasta *Tirkkonen* 1972 s. 232–234. Ks. myös *Jokela* 2000a s. 326. – Samoin kuin vanhankin lain aikana, myös uuden lain voimassa ollessa tulee kuitenkin edelleen lähteä siitä, ettei puhtaasti shikaanimaisessa tarkoituksessa nostetun syytteen tulisi johtaa todistajaksi esteellisyyteen OK 17:18.2:n 1 kohdan merkityksessä.

³³¹ Ks. *HE 82/1995 vp.* s. 145 ja *Jokela* 2000a s. 325. Momentin säätämisen taustalla oli tarve varmistaa tarkoitettujen 'kanssatekijöiden' oikeudenkäyntiin saaminen mahdollistamalla mm. noudon ja muiden pakkokeinojen käyttö. Myöskin Ruotsissa (ennen RB 36:1:n muutosta) rikoskumppaneita kuultiin ilman lain tukea "upplýsningsvis", eikä heitä voitu pakkokeinoin pakottaa pääkäsittelyyn (ks. *SOU* 1982:26 s. 261).

³³² Ks. *HE 82/1995 vp.* s. 145, *Frände* 1999 s. 360, *Jokela* 2000a s. 326, *Lappalainen* 1988 s. 71, 77, 112 ja 159–160 sekä *Helminen* 1992 s. 86. Ks. myös *SOU* 1982:26 s. 264.

lekkäiset, voisi vielä syytteessä oleva tekijäkumppani tai avunantaja ilman mainittua sääntelyä joutua todistamaan omassa asiassaan, jos asiat käsiteltäisiin yhdessä.³³³

Se, ettei 'kanssasyytetyltä' oteta todistajanvalaa, ei kuitenkaan sinänsä ehdottomasti sulje pois positiivisen totuusvelvollisuuden mahdollisuutta. Nähdäkseni OK 17:18.3, jonka mukaan po. henkilöiden kuulusteluissa tulee soveltuvin osin noudattaa asianosaisia koskevia säännöksiä, kuitenkin selvästi johtaa päättämään harkinnassa toiseen suuntaan. Selvää on, että varsinaisen kanssasyytetyyn – eli oikeudenkäynnin asianosaisen – kuulustelun tulee tapahtua ilman minäänlaista (edes negatiivista) totuusvelvollisuutta. Kanssasyytetyllä on siten myös ns. valehtelu-oikeus. Tuleeko OK 17:18.2:n 1 kohdan mukaisen 'kanssasyytetyyn' totuusvelvollisuuden sitten määrittä edellä sanotun mukaisesti? Säännöksen esitöiden perustelut puhuvat nähdäkseni joka tapauksessa sen puolesta, ettei 'kanssasyytettyjen' totuusvelvollisuuden suhteen voida tehdä erotte-
lua yhtäältä sellaisiin, joiden osalta aikaisempi syyte on *lainvoimaisesti* hylätty (mikä sinänsä puhuisi negatiivisen totuusvelvollisuuden puolesta) ja toisaalta sellaisiin, joiden osalta syyteasian lainvoimaisuus ja siten syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen ovat vielä avoimia (jolloin totuusvelvollisuutta ei voi olla lainkaan). Kysymys totuusvelvollisuudesta on ratkaistava yhdenmukaisesti kaikkien 1 kohdassa tarkoitettujen 'kanssasyytettyjen' kohdalla. Perustelluin ratkaisu on tässä nähdäkseni se, että potentiaalisesti epäluotettavimpien 'kanssasyytettyjen' itselleen edullisin asema (totuusvelvollisuuden täysi puuttuminen) tulee ulottumaan myös sellaisten 'kanssasyytettyjen' eduksi, joiden osalta asia on mahdollisesti jo lainvoimaisesti ratkaistu, ja joille sinänsä olisi periaatteessa 'riittänyt' negatiivinenkin totuusvelvollisuus.

Vastaavasti Ruotsissa kaikki RB 36:1:ssä tarkoitetut rikoskumppanit rinnastetaan syytettyyn. Ymmärrän tämän tarkoittavan sitä, ettei heillä ole lainkaan totuusvelvollisuutta. Ruotsalaisissakin esitöissä todistaja-roolin poissulke-
misessa pohditaan nimenomaan aikaisemman syyteasian ratkaisun lainvoimaisuuden merkitystä.³³⁴ Tilanteessa, jossa aikaisempi syyteasia on ratkaistu lainvoimaisesti, erotetaan Ruotsissa yhtäältä se, että a) syyte on hylätty ja toisaalta se, että b) syyte on hyväksytty. Syytteen hylkäävässä tilanteessa (a) aikaisemmin syytettyä ei voida kuulla todistajana, koska tällöin 'toteen puhumisen pakottaminen todistajana' voisi johtaa tuomion purkuun ja de facto itsekriminointikiellon rikkomiseen. Silloin kun syyte on aikaisemmin lainvoimaisesti hyväksytty (b), ei tällaista intressikonfliktitilannetta enää periaatteessa vallitse. Tällaiseenkin tilanteeseen voi toisaalta liittyä itsekriminointisuojaongelmia. Selkeämpänä vaihtoehtona onkin Ruotsissa pi-

³³³ Ks. Virolainen 1998 s. 321 ja HE 82/1995 vp. s. 145.

³³⁴ Ks. SOU 1982:26 s. 265: ”Har domen inte vunnit laga kraft, måste vederbörandes intressekonflikt vid ett vittnesförhör uppenbarligen anses lika stark som om åtalet ännu inte prövats. Han riskerar ju då en omprövning av åtalet i högre instans.”

detty, että myös tällainen ’kanssasyytetty’ poissuljetaan todistajan roolista. Ks. edelleen *SOU 1982:26* s. 266: ”Vad man förlorar med enhetliga regler i det nu aktuella hänseendet är att *vissa personer undgår sanningsplikt* utan att befinna sig i någon beaktansvärd intressekonflikt” (kurs. PP). Perustelut tarkoittavat nähdäkseni suoraan sitä, että RB 36:1:n (OK 17:18.2:n) mukaisesti oikeudenkäynnissä kuultavilla ei ole lainkaan totuusvelvollisuutta.³³⁵

Yhdenmukaisen käsittelyn argumentti soveltuu nähdäkseni myös OK 17 luvun 18 §:n 2 momentin 2 ja 3 kohdissa tarkoitettujen rikoskumppaneiden oikeudellisen aseman arviointiin. 2 kohdassa tarkoitetuissa tilanteissa (rangaistusmääräys tai rikesakko) henkilön rikolliseen tekoon on jo reagoitu lainvoimaisuuden mahdollistavalla eli sikäli lopullisella keinolla, että samasta teosta syytteen nostaminen saattaa estyä. Periaatteessa tällaisenkin henkilön todistamis- ja totuusvelvollisuuden voitaisiin ajatella liittyvän juuri siihen, ettei henkilöä itseään enää voida saattaa (enempään) edesvastuuseen lainvastaisesta teostaan. Ajateltakoon tilannetta, jossa rikolliseen tekoon syyllistyneelle henkilölle on valheellisen kertomuksensa perusteella annettu sittemmin *lainvoimaiseksi* tullut rangaistusmääräys tai rikesakko – näin henkilölle on kylläkin langetettu rangaistus, mutta vain lievemmästä teosta kuin mistä henkilö olisi ansainnut rangaistuksen.

Tällaisen rikoskumppanin todistamis- ja totuusvelvollisuuden kannalta relevanttina kysymyksenä voitaisiin nähdä se, voiko myöhemmässä tuomioistuinkuulustelussa (kuultavana) tapahtuvalla lausunnon korjaamisella totuutta vastaavaksi enää aiheutua haittaa tai syytteen vaaraa henkilölle. Sikäli kun lainvoiman purkaminen ja/tai ankaramman rangaistuksen langettaminen voisivat seurata oikean asianlaidan kertomisesta, tulisi tällaisen henkilön positiivinen (ja itse asiassa myös negatiivinen) totuusvelvollisuus periaatteessa torjua – muutenhan menettelyllä rikottaisiin *nemo tenetur se ipsum accusare* -periaatetta vastaan. Totuusvelvollisuutta ei tällöin voisi olla lainkaan. Toisaalta silloin jos aikaisempi lainvoimainen sanktio varmuudella jää voimaan, voitaisiin tällaisen ’kanssatekijän’ todistamis- ja totuusvelvollisuus oikeusturvasyiden rajoittamatta mahdollisesti jopa rinnastaa normaaliin todistajan positiiviseen totuusvelvollisuuteen, tai ainakin sälyttää tällaiselle kuulusteltavalle negatiivinen totuusvelvollisuus.³³⁶

³³⁵ Ks. myös *Fitger* 2002 RB 36:1:n rikoskumppaneiden totuusvelvollisuudesta (36:11): ”Att bestämmelserna om förhör under sanningsförsäkrän i 37 kap 2 § inte kan bli tillämpliga vid förhör i brottmål med en medtilltalad är klart, och därmed faller även 37 kap 3 § andra stycket bort.”

³³⁶ Tarkoitettuja negatiivisia seurauksia rikesakon tai rangaistusmääräyksen saaneelle ei todistamisesta voine aiheutua. Syyte perättömästä lausumasta ei voi tulla kyseeseen, eikä myöskään OK 31 luvun 9 §:n 1 momentin sanamuoto käytännössä mahdollista tuomion purkamista rangaistun vahingoksi. Poikkeuksellisesti OK 31 luvun 9 §:n 1 momentin 2 kohdassa mainitussa tilanteessa (eli kun kyseessä olevasta rikoksesta voi seurata ankarampi rangaistus kuin kaksi vuotta vankeutta tai josta voi seurata viraltapano) tuomion purku uuden (myös ilman valaa tai vakuutusta

Rangaistuksen lopullisuuteen pohjautuva argumentaatiolinja ei kuitenkaan liene oikea. Koska 1 kohdan 'kanssasyytettyjenkään' kohdalla syyllisyysepäilyn tai -moitteen lainvoimaisuus ei ole totuusvelvollisuuden tai todistaja-roolista poissulkemisen kannalta relevantti tekijä, ei seikalle tulle antaa merkitystä 2 kohdankaan osalla. Myös rikesakon tai rangaistusmääräyksen saaneen rikoskumppanin intressit voivat olla yhtä lailla ristiriidassa syytteessä olevan henkilön kanssa. Totuusvelvollisuutta koskevan tulkinnan (negatiivinen vai olematon) ei ylipäättänsä tulisi olla riippuvainen yksittäistapauksellisista spekulatioista (aikaisemmin tuomitun rangaistuksen oikeaan osumisesta), vaan kysymys on ratkaistava yhtenäisesti kaikkien OK 17:18.2:n 2 kohdassa tarkoitettujen kanssatekijöiden kohdalla.

Positiiviseen totuusvelvollisuuteen velvoittamisen ei tulisi ylipäättänsäkään olla mahdollista seikoista, jotka koskettelevat henkilön itsensä tekemää rikosta.³³⁷ Päinvastainen menettely olisi paitsi kuultavalle itselleen epäoikeudenmukaista, myös suurella todennäköisyydellä epäluotettaviin kertomuksiin johtavaa. Aineellisen totuuden selvittämisen intressi samoin kuin menettelyn oikeudenmukaisuusnäkökohdat puhuvat sen puolesta, että tällaisten kuulusteltavien totuusvelvollisuus olisi korkeintaan negatiivinen. *Totuusvelvollisuuden täydellinen puuttuminen lienee kuitenkin tässäkin oikeampi tulkinta* – siitä huolimatta, että tarkoitettu kuultava ei välttämättä todistamisellaan enää riskeeraa itseään, jolloin 'valehtelu-oikeuksien' myöntämiselle ei olisi perusteita.³³⁸

OK 17 luvun 18 §:n 2 momentin 3 kohdassa tarkoitettujen seuraamusluonteisesti syyttämättä jätettyjen kohdalla (samoin kuin poliisin päätöksellä toimenpiteistä luovuttujen kohdalla) ei pääsääntöisesti ole olemassa lainvoimaista ratkaisua rikokseen syyllistymisestä.³³⁹ Tästä johtuu, että *nemo tenetur se ipsum accusare -perusteet velvoittavat tällaisenkin rikoskumppanin totuusvelvollisuudesta täydelliseen vapauttamiseen*. Negatiivinenkin totuusvelvollisuus tarkoittaisi valehtelun kieltoa eli juuri sen oikeuden poistamista, joka rikoksesta syytetylle (tai mahdollisesti syytetyksi tulevalle) henkilölle katsotaan oikeudenmukaisessa rikosprosessissa kuuluvan.³⁴⁰ Minkäänlaista totuusvelvollisuutta ei voine olla edes sellaisella seuraamusluonteisesti syyttämättä jätetyllä, joka

annetun) todisteen perusteella on mahdollista myös syytetyt vahingoksi. Mainittu tilanne lienee kuitenkin lähinnä teoreettinen, koska mainitun vakavuusasteen rikoksista ei todennäköisesti 'selviä' rangaistusmääräyksellä (eikä ainakaan rikesakolla). Ks. syytetyt vahingoksi tapahtuvan purkumenettelyn edellytyksistä *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 151. Ks. myös *Roxin* 1998 s. 216 Saksan osalta.

³³⁷ Ks. myös *Fitger* 2002 (36:27) vastaavansuuntaisesta ruotsalaisesta oikeuskäytännöstä.

³³⁸ Näin tilannetta tulkitaan myös Ruotsissa, ks. *SOU* 1982:26 s. 266.

³³⁹ ROL 1 luvun 7 tai 8 §:n mukaiset päätökset eivät sellaisenaan tule oikeusvoimaisiksi (ROL 1:11) – lainvoimaisen ratkaisun syyllisyyskysymyksestä voi tehdä ainoastaan tuomioistuimien ROL 1:10:n mukaisessa menettelyssä.

³⁴⁰ Ks. myös *SOU* 1982:26 s. 266.

on saattanut syyllisyyskysymyksensä ROL 1:10:n perusteella tuomioistuimen käsiteltäväksi ja tullut siinä yhteydessä ’puhdistetuksi’ syyllisyysmoitteista.

Lienee siten päädyttävä siihen, *ettei kenelläkään OK 17:18.2:ssa mainitulla henkilöllä ole minkäänasteista totuusvelvollisuutta*.³⁴¹ Tulkinta on mielestäni hyväksyttävä siitäkin näkökulmasta, että tällaisten henkilöiden kertomuksen luotettavuuden arvioinnissa tulee joka tapauksessa olla erityisen tarkka ja kriittinen. Käytännössä totuusvelvollisuus ei juurikaan vaikuttane siihen, millä tavoin rikoskumppanit tuomioistuimessa todistavat ja vastailevat kysymyksiin. Heidän todistelutarkoituksessa antamiin kertomuksiin suhtauduttaneen (perustellusti) joka tapauksessa korostuneen kriittisesti. Kysymykseen OK 17:18.2:n kuultavien totuusvelvollisuudesta on silti pyritty tässä saamaan selvyys ’teoreettisellakin’ tasolla rikosprosessin yleisten periaatteiden, erityisesti itsekriminointisuojaan ja oikeusturvavaatimusten johdosta.

III Se, että edellä on katsottu, ettei kukaan OK 17:18.2:ssa tarkoitetuista kuultavista ole minkäänasteista totuusvelvollisuutta, ei kuitenkaan nähdäkseni vaikuta siihen, *millä edellytyksillä tällaisten henkilöiden kuulustelupöytäkirjoja voidaan OK 17:32.2:n mukaisesti lukea oikeudenkäynnissä*. Asiaa on tarkasteltava muista näkökulmista.

Perusteet, jotka rajoittavat OK 17:32.2:n soveltamista, johtuvat viime kädessä oikeusturvalle, menettelyn oikeudenmukaisuudelle sekä perus- ja ihmisoikeussuojalle asetetuista vaatimuksista – eikä kulloinkin kuulusteltavan henkilön totuusvelvollisuuden tai muutenkaan prosessuaalisen roolin tulkinnasta.³⁴² OK 17:18.2:ssa tarkoitettujen henkilöiden kohdalla OK 17:32.2:n soveltamisessa tulee nähdäkseni huomioida erityisesti itsekriminointisuoja-perusteet. Sanoitakoon alustavasti, etteivät tarkoitettut nemo tenetur se ipsum accusare -oikeudet kuitenkaan *normaalitilanteissa* näyttäisi rajoittavan yllä mainittujen henkilöiden aikaisemmin viranomaisille antamiin kertomuksiin viittaamista.

Ruotsissa RB 36:1:n mukaisten kanssatekijöiden kuulusteluissa sovellettavat säännökset on määriteltä laissa ja oikeuskirjallisuudessa varsin täsmällisesti. Kuten sanottu, vastaavaan säännöstulkintaan olisi myös Suomessa tarvetta.

³⁴¹ Totuusvelvollisuuden puuttumisesta johtuen RL 15 luvun säännökset perättömään lausumaan syyllistymisestä eivät voi tulla oikeudenkäynnin kuultavien kohdalla kyseeseen.

³⁴² OK 17:32.2:n kohdalla hyödyntämiskiellon on nähty seuraavan tietyistä absoluuttisesti suojeltavista intresseistä tai nimenomaisten todistamiskiellonormien ja todistamiskielloiksi rinnastettavien normien rikkomisesta (erityisesti vaitiolo-oikeuksista kuulusteltavalle ilmoittamatta jättämisestä, epäillyn oikeuksien ilmoittamatta tai toteuttamatta jättämisestä, lääkäri- tai asiana-josalaisuudesta tai yksityisyyden ja perheyhteisön suojeluintresseistä). Kuultava-tilanteissa vastaavat perusteet voivat tulla johtaa hyödyntämiskiellon (lähiomais-kanssatekijä -tilanne ehkä pois lukien), mutta *itse OK 17:18.2:n ’asemasta’ en näe mahdolliseksi johtaa yleistä ja ’totaalis-ta’ immuniteettia aikaisempien lausuntojen hyödyntämiselle OK 17:32.2:n kautta* (kuten asiaa joidenkin alempien oikeuksien oikeuskäytännössä on tietävästi tulkittu).

'Esikuvallisesti' RB 36:1.4:ssa viitataan mm. RB 37:1:ään, jonka mukaan kuulustelu tapahtuu normaalissa vuorokuulustelun järjestyksessä. RB 36:1:ssä tarkoitettuilta kanssatekijöiltä ei myöskään oteta todistajanvalaa tai -vakuutusta tuomioistuimessa, ja heidän kuulustelussaan aikaisemmat esitutkintakertomukset voidaan lisäksi normaalein edellytyksin (so. kertomuksen muuttumis- ja vaikenemistilanteissa) lukea ääneen oikeudenkäynnissä.³⁴³

Periaatteessa myös OK 17:18.2:ssa tarkoitetut henkilöt voivat olla keskinäisessä suhteessaan OK 17:20:n tarkoittamia lähiomaisia. Edellisessä jaksossa (4.3.4) on katsottu, etteivät ainakaan rikosasian asianosaisina olevat varsinaiset kanssasytytetyt voi tehokkaasti vedota kokonaiskieltäytymisoikeuteen siten, että esitutkintapöytäkirjan lukeminen estyisi OK 17:32.2:n perusteella esim. vaitiolotilanteissa. Tarkoittaako OK 17:18.2:ssa mainittujen henkilöiden rinnastus syytetyyn (OK 17:18.3:n merkityksessä) sitä, että tulkinnan tulisi olla vastaava myös tilanteessa, jossa po. 'kanssatekijät' ovat toistensa lähisukulaisia? Kyse on siitä, riittääkö tällaisten henkilöiden 'kytkentä' rikokseen oikeuttamaan lähiomaissuojan sivuuttamisen vastaavassa määrin kuin asianosaisena olevien kanssasytytetyjen tilanteessa. Johdonmukainen ja nähdäkseni hyväksyttävä näkemys on, ettei lähiomaissuoja OK 17:18.2:ssakaan tarkoitettujen henkilöiden kohdalla voi sellaisenaan estää (asianmukaisesti syntyneen) esitutkintapöytäkirjan lukemista OK 17:32.2:n edellytysten täytyessä.

Myös tavallisemmassa tilanteessa eli siinä, että kyse ei ole lähiomaisista, on kaikin puolin *normaali OK 17:32.2:n soveltaminen nähdäkseni mahdollista* viimeksi mainitun säännöksen edellytysten täytyessä. Edellytyksenä esitutkintapöytäkirjaan viittaamiseen tulee tosin tässäkin olla, että esitutkintakuulustelut ja niiden yhteydessä tapahtuva keskeisistä vaitiolo- ym. oikeuksista informointi on suoritettu asianmukaisesti. Yleisesti ottaen OK 17:18.2:ssa tarkoitettuille rikoskumppaneille kuuluu mm. myös OK 17:24.1:n tarkoittama itsekriminointisuoja, mikä aktualisoituessaan estää esitutkintapöytäkirjan lukemisen (relevanteilta osiltaan). Pelkästään OK 17:18.2:n 'asema' ei kuitenkaan ole mikään yleinen immunitteettiperuste sille, etteikö esitutkintakertomusta voitaisi OK 17:11:n tai 17:32.2:n edellytysten täytyessä lukea.

Esitutkinnassa nimenomaan 'kuultavana' kuulustellun esitutkintapöytäkirjan lukemisedellytysten (OK 17:32.2:n tapauksessa) voitaisiin katsoa riippuvan siitä, onko a) henkilö sittemmin tullut myös epäillyksi vai b) onko henkilö 'jäänyt' kuultavaksi esitutkinnan loppuun asti. Viimeksi mainitussa tilanteessa (b) ei liene mitään perusteita poiketa 'normaalista' OK 17:32.2:n soveltamisesta. Jos kuitenkin henkilöön on sittemmin kohdistettu rikosepäilyitä (a),

³⁴³ Ks. *Fitgerin* 1993 s. 215 i.f. viittaus RB 37:3:n 1 ja 3 momentteihin, jotka edelleen viittaavat lähempiin kuulustelussa noudatettaviin säännöksiin, mm. juuri esitutkintapöytäkirjan lukemismahdollisuuteen RB 36:16:n mukaisesti (joka vastaa OK 17:32.2:ia). Ks. myös *Fitger* 2002 (37:5).

on kuulustelu on täytynyt suorittaa mm. ETL 24 §:n ja 29 §:n säännöksiä noudattaen, jolloin itsekriminointisuoja on tullut asianmukaisesti huomioon otetuksi. Ainakin muodollisesti epäillyn asemassa (laillisesti) suoritettuun esitutkintakuulusteluun – samoin kuin kuultavan jälkikäteen epäiltynä hyväksymään kirjaukseen – täytyy tällöin olla mahdollista vedota OK 17:32.2:n kautta, kun henkilöä kuulustellaan oikeudenkäynnissä.³⁴⁴ Kuten sanottu, en näe perusteita erottaa OK 17:18.2:n rikoskumppania (oikeudenkäynnin kuultavaa) tässä suhteessa rikoksesta syytetystä.

Voidaan kuitenkin kysyä, onko OK 17:32.2:ia mahdollista soveltaa myös sellaisiin kuulustelukirjauksiin, jotka on laadittu aikaisemmin esitutinnan aikana kuultavan asemassa (siis ennen kuin henkilöstä tuli epäilty), sikäli kun kuultavalta ei pyydetä jälkikäteistä hyväksyntää tällaisten varhaisempienkin kirjausten 'vetämiseen epäillyn kuulustelun piiriin'?³⁴⁵ Itsekriminointisuojan johdosta sekä todistajan että kuultavan tulee kuulusteluhetkellä voida luottaa siihen, että heitä kuullaan nimenomaan jutun ulkopuolisina henkilöinä, joita itseään vastaan ei ole olemassa (ainakaan virallisia) rikosepäilyitä. *Se, mitä tällaisissa ei-epäillyn kuulusteluissa käsitellään ja ilmaistaan, tapahtuu kuulusteltavan näkökulmasta nimenomaan asian selvittämiseksi eikä reaktiona itseensä kohdistuviin rikosepäilyihin.* Tähän asemaan liittyvää itsekriminointisuoja toteutetaankin todistajien kohdalla sikäli tehokkaasti, että todistajan roolissa kirjattu tulee hyödyntämiskelvottomaksi, jos todistajasta sittemmin tulee epäilty, eikä hän salli kertomukseen viittaamista. Voidaan kysyä, eikö vastaavalla tavalla tulisi menetellä myös kuultavien kohdalla. Käytännössä varhaisempi kuultavan kuulustelukirjaus tosin tuskin sisältänee sellaista henkilöä (enemmän) kriminoivaa, mitä ei olisi nimenomaan epäiltynä kuulusteltaessa myös käsitelty. Itsekriminointiongelma näyttäytyy tältä osin siten varsin marginaalisena.

Tilannetta voitaneen joka tapauksessa hahmottaa myös ns. konkludenttisen luopumisen konstruktion kautta. Ensin kuultavana ja sitten epäiltynä kuullun henkilön voidaan sanoa syyllisyysmoitteen (OK 17:18.2) saadessaan de facto hiljaisesti hyväksyneen sen, että häneen kohdistuva moite tai rangaistus perustuu paitsi muodollisesti epäillyn roolissa kuulusteltuun, myös siihen, mitä henkilö aikaisemmin kuultavana kertoi (riippumatta siitä, onko aikaisempaa kuultavana-kirjausta nimenomaan 'hyväksytetty' epäillyn kuulustelun osaksi). Tämän perusteella koituvien rikosoikeudellisten seurausten myötä asian (itsekriminointisuoja luopumisen) voitaneen sanoa tulevan henkilön osalta selväksi. On johdonmukaista, että henkilö voidaan sittemmin velvoittaa saapumaan kuultavaksi oikeudenkäyntiin, jossa hänellä kyläkään ei ole lainkaan totuusvelvollisuutta, mutta jossa annetun kertomuksen luotettavuutta kuitenkin voidaan vapaasti arvioida. Tässäkin mielessä kuultavan asema on mahdollista rinnastaa rikoksesta syytettyyn. Vastaavalla tavalla molempien kohdalla esitutkintakertomukseen viittaaminen OK

³⁴⁴ Selvänä pidän, että tällöinkin *epäillyn* kuulustelussa tapahtuneet nimenomaiset todistamiskiellon loukkaukset tai muut keskeisten oikeusturvajärjestelyiden sivuuttamiset voivat johtaa tapauskohtaiseen hyödyntämiskieltoon (pöytäkirjan lukemiskieltoon).

³⁴⁵ Tällaisesta 'hyväksyttämismenettelystä' säädetään todistajien ja asianomistajien kohdalla *Sisäasiainministeriön poliisiosaston* 2002 s. 19–20 ohjeistuksessa.

17:32.2:n perusteella (ja kertomuksen vapaa näytönarviointi) on myös mahdollista.

Voimassa olevan lainsäädännön aukollisesti normeeratussa tilanteessa *esitutinnan* ”melkein mutta ei ihan epäiltyä” tarkoittava kuultava-käsite näytetty yleisemminkin ongelmallisena. Näkisin mahdollisena ja *perusteltuna kokonaan luopua esitutkintakuulusteluiden kuultava-käsitteestä*: asiantuntijoita ja asianomistajia lukuun ottamatta kaikkia muita henkilöitä tulisi kuulla esitutkinnassa joko epäillyn tai todistajan asemassa.³⁴⁶ Ns. eventuaaliset epäillyt tulisi presumoida epäillyiksi ja kuulla heitä nimenomaan tässä asemassa. Sikäli jos eventuaalista epäiltyä on kuitenkin kuultu todistajana, voidaan itsekriminointiongelmilta välttyä noudattamalla edellä jaksossa 4.3.1 tarkoitettuja kuulustelupöytäkirjan kirjaamissääntöjä, ja suojaamalla sääntöjen ilmaisemaa itsekriminointisuoja-ajatusta johdonmukaisesti läpi prosessin hyödyntämiskielto asettamalla. *Todistajana kuultua henkilöä tulisi kuulla uudestaan esitutkinnassa (tällä kertaa epäiltynä), jos objektiivista näyttöä henkilöä vastaan kertyy sittemmin niin paljon, että häntä ylipäätään voidaan kuulla epäiltynä.* OK 17:32.2:n kautta tuomioistuimessa olisi siten mahdollista viitata ainoastaan epäillyn kuulustelu -pöytäkirjaan eikä lainkaan aikaisempaan (ikään kuin mitätöityyn) todistajankuulustelukirjaukseen. Johdonmukaista olisi, että myös virallinen syyttäjä noudattaisi mainitua tulkintaa syyteharkinnassaan.

4.3.6 Tuomioistuinkuulustelun virheellisyyteen perustuva hyödyntämiskielto?

I Edellä puhe on ollut pääosin siitä, millä edellytyksin OK 17:11:n ja 17:32.2:n mukaisesti esitutkintapöytäkirjan lukemista tuomioistuimen pääkäsittelyssä tulee rajoittaa. Rajoituksia esitutkintakuulusteluun viittaamiselle voi johtua ainakin esitutkintakuulusteluiden räikeästä virheellisyydestä, lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeudesta, yleisesti itsekriminointisuojusta sekä tietyistä erityisesti suojeltavista intresseistä (kuten lääkäri- tai asianajosalaisuudesta). Tässä jaksossa huomio ei ole enää esitutkintaan päin ’takautuva’, vaan pohdittavaksi tulevat perusteet, jotka rajoittavat tuomioistuimen pääkäsittelyssä ’suoraan’ käsiteltäväksi esitettävää aineistoa tai estävät pääkäsittelyssä jo käsiteltujen seikkojen huomioimisen tuomioharkinnassa ja tuomiossa (II). Erityisesti huomiota kiinnitetään siihen, merkitseekö OK 17:33.5:n vastaisten johdattelevien kysymysten käyttö estettä hyödyntää näin saatuja vastauksia (III).

II Oikeuskirjallisuudessa näkemykset siitä, voidaanko oikeudenkäynnissä kuulusteltavan *vaitiolovelvollisuuden* vastaisesti annettua kertomusta hyödyn-

³⁴⁶ Myös Virolainen 1998 s. 317 av. 2 pitää kuultava-asemassa suoritettavia kuulusteluja tarpeettomina. Ks. myös Helminen ym. 2002 s. 117: ”Selkeämpää on kuitenkin, että epäilyjen ollessa heikkojakin käytetään nimikettä ”epäilty””.

tää todistusaineistona, ovat osittain ristiriitaisia. Hormia pitää kuvatussa tilanteessa hyödyntämiskiellon asettamista mahdollisena siltä osin kun kyse on esitutkintaviranomaiselle esitetystä kiellonvastaisesta seikasta: tällöin virheen eneneminen on mahdollista estää. Vaitiolovelvollisuuden vastaisesti ilmaistun seikan esille tulo vasta oikeudenkäynnissä ei hänen mukaansa kuitenkaan johtaisi hyödyntämiskieltoon, koska tällöin vahinko ei enää olisi pääosin korjattavissa.³⁴⁷ Tirkkonen katsoo, että jos todistaja on ilmaissut jonkin asiaan vaikuttavan seikan kuulustelussa vaitiolovelvollisuutensa vastaisesti, ei tuomioistuimien saa ottaa tällaista seikkaa ratkaisunsa perustaksi. Tuomioistuimen perusteluvelvollisuus johtaisi virheen kertaantumiseen ja sen negatiivisten vaikutusten kasvuun.³⁴⁸ Myös Lappalainen puoltaa näkemystä, jonka mukaan todistajan ilmaistua jotain vaitiolovelvollisuutensa vastaisesti oikeudenkäynnissä, tulee seurauksena olla kertomuksen hyödyntämiskielto. Aineellisen totuuden periaatteen tulee hänen mielestään väistyä tilanteessa todistamiskiellon perustavien oikeusperiaatteiden ja arvojen tieltä. Ainoastaan hyödyntämiskielto asettamalla on mahdollista estää prosessuaalisen virheen realisoituminen todistusharkinnassa ja mahdollinen kertautuminen muutoksenhakuinstanssissa.³⁴⁹

Oikeuskirjallisuudessa nykyään vallitsevana pidettävään näkemykseen tulee yhtyä. Tuomioistuimen täytyy siten yhtäältä huolehtia henkilötodistelun laillisista edellytyksistä ennen kuulustelun alkamista, ja toisaalta prosessinjohtonsa kautta siitä, ettei kuulusteltaville esitetä vaitiolovelvollisuuden kanssa ristiriitaisia kysymyksiä. Sikäli kun tällainen kysymys on kaikesta huolimatta esitetty ja kuulusteltava on siihen vastannut, on tuomioistuimen mahdollista korjata virheellisyys vielä jälkikäteen hyödyntämiskielto asettamalla.³⁵⁰ Koska esitutkintakuulustelussa tapahtunut virhe voi edellä kuvatulla tavalla johtaa kertomuksen tosiasialliseen ennakoivaan hyödyntämiskieltoon (jättämällä seikka pöytäkirjaamatta tai estämällä kertomukseen vetoaminen oikeudessa), on johdonmukaista katsoa, että myös tuomioistuimessa tapahtunut laiminlyönti ilmoittaa kuulusteltavalle tämän *vaitiolovelvollisuudesta*, tai muu vastaava virhe, voi johtaa suullisen todisteen hyödyntämiskieltoon. Vastaavasti tulisi nähdäkseni menetellä myös silloin, jos oikeudenkäynnissä kuulusteltavalle ei ole

³⁴⁷ Ks. *Hormia* 1979 s. 77–78, 100 s. ja 119–121: ”Salaisuudesta intressoitu, jonka edusta on kysymys, on kiinnostunut vain siitä, että luottamushenkilö ei ilmaise sitä oikeusviranomaisille. Jos hän pettyy tässä odotuksessaan, hän kokee todisteen virallismuotoisen hyväksikäyttämisen toisarvoisena seikkana.” Hormia kuitenkin pitää hyödyntämiskieltoa mahdollisena, kun kyse on lääkärin, asianajajan tai papin vaitiolovelvollisuutensa vastaisesti ilmaisemasta avaintodisteesta, jonka perusteella syytetty tulisi tuomituksi. Itse pitäisin vaitiolovelvollisuuden vastaisen menetelyn oikaisemismahdollisuutta perusteltuna muissakin tapauksissa.

³⁴⁸ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 254.

³⁴⁹ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 232 ja samaan lopputulokseen (hyödyntämiskieltoon) papin vaitiolovelvollisuuden rikkomistapauksessa *Lundqvist* 1998 s. 322–323. Vrt. *Kleinknecht* 1966 s. 1541 i.f.

³⁵⁰ Ks. mm. *Schellenberg* 2000 s. 108 i.f.

ilmoitettu tämän *vaitiolo-oikeudesta*, erityisesti OK 17:20:n mukaisesta kokonaiskieltäytymisoikeudesta.³⁵¹

Kuviteltavissa olevista vaihtoehtoista hyödyntämiskielto voi siten seurata mm. silloin, kun tuomari ei ole tuottamuksestaan havainnut kuulusteltavan sukulaisuussuhdetta tai jättänyt sukulaisuutta koskevat seikat OK 17:28.1:n vastaisesti selvittämättä, sekä myös silloin, kun vaitiolo-oikeudesta tai -velvollisuudesta ilmoittamisen laiminlyönti on tehty tietoisesti tarkoituksessa näin varmistaa syytteen toteennäyttäminen.³⁵²

III Erilaisia vaitiolooperusteita tarkoittavat tilanteet näyttäisivät siten olevan varsin yksiselitteisesti tulkittavissa. Toisin on muiden kuulusteluvirheiden – erityisesti *kuulusteluteknisten menettelytapavirheiden* herättämien kysymysten – kohdalla. Edellä on viitattu problematiikkaan, joka voi aiheutua johdattelevat kysymykset pääkuulustelussa kieltävän OK 17:33.5:n sääntelyfunktioista. Sana-muotonsa (’ei saa’) puolesta säännöksessä on kyse nimenomaisesta todistamiskieltonormista, jolloin – tässä tutkimuksessa omaksutun käsitteistön valossa – sen rikkomisesta tulisi periaatteessa seurata hyödyntämiskielto-olettaman mukainen tulkinta. Tältä osin – samoin kuin edellä ETL 24 ja 29 §:ien kohdalla – joudutaan kuitenkin tekemään poikkeus sääntöön. Näyttäisi nimittäin siltä, ettei hyödyntämiskielto-olettamaa tai ylipäätänsä hyödyntämiskieltoseuraamusta voi perustaa yksinomaan OK 17:33.5:n rikkomiselle.

Lähtökohtaisesti se, että kuulusteluissa kyse on koko ajan enemmän tai vähemmän tuomioistuimen *harkinnanvaraisessa* kontrollissa tapahtuvasta todistelutoiminnasta, on peruste sekä hyödyntämiskielto-olettamaa että yleisemminkin hyödyntämiskieltopunnintaa vastaan. Lähtökohtanani on, että johdattelukielto ei ole luettavissa osaksi varsin ehdottomasti velvoittavia ns. muodollisia suojeluintressejä tai rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimusta. Perustellusti voidaan väittää, että kielletyllä johdattelulla saadun vastauksen kohdalla hyödyntämiskieltokysymys ei aktualisoidu lainkaan, vaan sen sijaan vapaan todistusteorian mukainen kysymys siitä, mikä merkitys lausumalle

³⁵¹ *Lundqvist* 1998 s. 322 huomauttaa osuvasti, että lähiomaisen ’psykologinen pakkotila’ jää voimaan senkin jälkeen, kun hän on antanut (virheellisesti) kertomuksensa tuomioistuimessa. OK 17:20:n takaama konfliktitilan välttäminen on yhteydessä nimenomaan siihen, tulevatko henkilön tiedot *käytetyiksi* tämän lähiomaista vastaan: tässä mielessä oikeudenkäyntivirheen aiheuttama oikeudenloukkaus ei ole peruuttamaton, eli tilanteen voi tehokkaasti ’pelastaa’ hyödyntämiskielto asettamalla. Koska lähiomaiselta väärin edellytyksin saatu kertomus voi johtaa myös valheelliseen kertomukseen (juuri psykologisen dilemman johdosta), olisi henkilön kannalta oikeudenmukaista sulkea kertomus pois oikeudenkäyntiaineistosta jo senkin takia, ettei hänen tarvitse ”jäädä elämään” mahdollisen valheen synnyttämän epätietoisuuden tai huonon omantunnon kanssa. Myös *Peters* 1966 s. 115 i.f. huomauttaa, että: ”er muß die ihn möglicherweise sein ganzes Leben belastenden Folgen tragen, die sich aus seiner Aussage für den Beschuldigten, die Familie und nicht zuletzt für ihn als Aussagenden ergeben.”

³⁵² Ks. *Lundqvist* 1998 s. 321 ja *Hormia* 1979 s. 76–78.

voidaan antaa todisteena.³⁵³ Tulkinta on luonnollinen, koska todisteen poissulkeminen oikeudenkäyntiaineistosta *pelkästään sen epäluotettavana pitämisen johdosta* ei yksinkertaisesti sovi todistusoikeutemme järjestelmään. Eihän muitakaan todisteita – esim. johtopäätöksiltään hyvin epäluotettavaa rikosteknistä näyttöä – jätetä muodollisesti ottaen näyttöaineiston ulkopuolelle, vaikka todiste ei mahdollistaisikaan (juuri) mitään relevantteja johtopäätöksiä todistusteemaansa nähden.³⁵⁴

Näkemyistä voidaan edelleen perustella sillä, *ettei* syytetyn tai kuulusteltavan kannalta *voida puhua perusoikeudesta* siihen, että häntä kuulusteltaessa ei käytettäisi johdattelevia kysymyksiä. Tällaista oikeutta ei voitane ainakaan suoraan johtaa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä tarkoittavasta (syytetyn tai muun kuulusteltavan) perusoikeudesta. Johdattelu on kielletty lain, mutta ei perustuslain tasolla. Näin ollen tilanne ei näyttäisi olevan ainakaan 'puhdaspiirteinen' perusoikeusmyönteisen laintulkinnan sovellustilanne. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin rajat tosin tullevat vastaan silloin, jos koko kuulustelumennettely järjestettäisiin siten, että kuulusteltavien ei itse asiassa annettaisi kertoa mitään vapaasti, vaan kaikki "tiedot" hankittaisiin vahvasti johdatellen. Oikeudenkäyntiä saatetaan pitää epäoikeudenmukaisena myös silloin, jos tuomio perustuu vahvasti johdattelemalla saatuun avaintodistukseen. Ensiksi mainittu tilanne ei tule tässä lähemmin tarkasteltavaksi, koska se on nimenomaisesti kielletty ja vieras oikeusjärjestelmällemme. Sen sijaan jälkimmäistä tilannetta, jossa (ratkaiseva) näyttö on ainakin joltain osin johdattelun 'pilaama', on perusteltua sen realistisuuden vuoksi tarkastella vielä lähemmin.

OK 17:33.5:n hypoteettisessa perusoikeusmyönteisessä punninnassa – yllä kuvatussa esimerkkitilanteessa – hyödyntämiskiellon asettamisen teoreettiseksi lähtökohdaksi tulisi ilmeisesti ottaa menettelyvirheen vakavuus tai ilmeisyys. Mitä ilmeinen johdattelu sitten käytännössä tarkoittaisi ja mikä sen merkitys olisi? 'Ilmeinen' johdattelu tarkoittanee sitä, että menettelyllä on selvä kausaalinen suhde sille, *ettei* kokonaista teemaa koskevaa lausunnon osaa tai tiettyyn kysymykseen annettua vastausta voitaisi pitää kuulusteltavan henkilön *itsenäisenä tahdontuotteena*. Se, että kyse ei *ehkä* ole kuulusteltavan henkilön omasta

³⁵³ Johdattelulla voidaan katsoa olevan myös aineellisen totuuden selvittämisentressille positiivista vaikutusta, ks. tästä jaksossa 6.2.3.1 (s. 432–433) esitettyä.

³⁵⁴ Ks. mm. *Lundqvist* 1998 s. 236 ja *Dalakouras* 1988 s. 115–116 todistelun luotettavuudesta hyödyntämiskielloperusteena: "So bleibt festzuhalten, daß die Wahrheitsfindung als Schutzgut dogmatisch nicht haltbar ist, weil sie weder für alle Arten von Verwertungsverboten gilt noch in sich schlüssig ist." Ks. *Tapper* 1995 s. 282–283 vastaavasti Englannin oikeudessa, jossa johdatteleviin kysymyksiin annetut vastaukset eivät sellaisenaan ole hyödyntämiskelvottomia. Todistelun luotettavuuden takaaminen ei olekaan ETL 24 §:n, PKL 5a:10:n tai lääkärin vaitiolo-velvollisuutta tarkoittavan OK 17:23.1.3:n viimekätinen tai ainoa suojelufunktio. Ks. myös edellä jaksossa 4.1.6 (s. 201) jyrkän kuulopuhekiellon soveltumattomuudesta sanottua sekä jäljessä jaksossa 7.6.4.2 (s. 564) ennakoivasti tunnistamisjärjestelyiden loukkaamisen oikeusseuraamuksista lausuttua.

näkemyksestä – vaan kenties kuulustelijan ”lanseeraamasta totuudesta” – ei kuitenkaan vielä merkitse sitä, että kysymyksen annettu vastaus tulisi muodollis-teoreettisesti erottaa oikeudenkäyntiaineistosta: kyseessä oleva seikka vaikuttaa lähinnä todisteen luotettavuuden arviointiin ja se voidaan täysin asianmukaisesti huomioida vapaassa todistusharkinnassa.³⁵⁵ Periaatteessa merkitystä ei ole sillä, onko kyseessä ns. avaintodiste vai vähämerkityksellisempää yksityiskohtaa tarkoittava kysymys: molemmissa tapauksissa tuomioistuim voi in casu harkintavaltansa puitteissa arvioida, missä määrin kysymyksen mahdollisesti vääristävä luonne on vaikuttanut vastauksen sisällön luotettavuuteen – ja johdattelusta huolimatta esim. pitää vastausta niin luotettavana ja vahvana näyttönä, ettei syyllisyydestä jää järkevää epäilyä. Olennaista on, että johdattelukieltosääntely näyttäisi kykeytyvän läheisemmin yhteen tuomioistuimen omaan vakaumuksenmuodostumisprosessiin (ja siten vapaan todistelun sovellusalaan) kuin kenenkään prosessin asianosaisen oikeusturvan tai perusoikeuksien suoje-luspekteihin. Myös avaintodiste-tilanteessa kyse on lopultakin vain todisteen näyt-töarvon vapaasta määrittelystä eikä syytetyn tai todistajan suojaksi säädetyn menettelysäännön – tai muun vastaavan keskeisen arvon – suojelemisesta.

Punnintamallin soveltaminen tilanteessa ei näin ollen ole mahdollista, koska – niin sanotusti – ”toinen punnus puuttuu.” Päinvastainen tulkinta tarkoittaisi väistämättä rikosvastuun toteuttamisintressin syrjäyttämistä perusteella, joka ei kuulu oikeusturva- tai perusoikeussuojan suoje-luinstrumentteihin – eli tavallaan perusteetta. Punnintamallin soveltaminen tilanteessa johtaisi itse asiassa perusoikeusepäystävällisiin seurauksiin: aineellisen rikosoikeuden tavoitteita eläväksi tekevällä rikosprosessuaalisella menettelyllä on nimittäin kokonaisuutena tarkoitettu suojeltavan välillisesti kansalaisten perusoikeuksia toisten tahojen aiheuttamilta oikeudenloukkauksilta. Tämä (välillinen) suoja sivuutettaisiin ilman, että samalla suojattaisiin jotain yhtäläisen painoarvon omaavaa vastaargumenttina huomioitavaa oikeudellista intressiä.

Pidän tässä omaksuttua näkemystä perusteltuna ja loogisesti mahdollisena nimenomaan siksi, että johdattelukiellon taustalta ei ole johdettavissa ensisijaista oikeusturva- tai perusoikeusnäkökohdista huolehtimisfunktiota. Johdattelun välttäminen edistää todistelun luotettavuutta, ja tätä kautta myös syytetyn (ja todistajan) oikeusturvaa ja lopulta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Tätä en kuitenkaan näe johdattelukieltosääntelyn perimmäisenä tarkoituksena, vaan lähinnä (positiivisena) sivuvaikutuksena. Varsinaisesti johdattelukiello on tarkoitettu *lisäämään todistelun luotettavuutta* prosessin varmuustavoitteen nimissä. Jo ennen ROL-uudistusta kyse on ollut, ja on edelleen, sellaisesta rikosprosessuaalisesta itserajoituksesta, jonka juuret löytyvät rikosprosessin luonnollisesta tehtävästä eli konfliktinratkaisun edis-

³⁵⁵ Vastaavalla tavalla tuomioistuim voi joka tapauksessa joutua erittelemään eri oikeudenkäynnin vaiheissa asianosaisen tai tämän edustajan esittämiä tietoja tai väitteitä (esim. alku- tai loppu-puheenvuoroissa esille tulleita seikkoja) henkilötodistajina kuultujen henkilöiden tiedoista.

tämisestä mahdollisimman pitkälti 'aineellista totuutta' tavoitellen. Tätä kautta OK 17:33.5:n sääntelyn tavoitteena on vaikuttaa tuomioistuimen materiaaliseen prosessinjohtoon ja siten välillisesti myös todistusharkintaan. Institutionaalista tukea sille, että vapaan todistelun periaatteen olisi missään vaiheessa tarkoitettu syrjäytyvän toisen "todistusharkintasääntönä" vaikuttavan menettelysäännön johdosta, ei ole.

Normaalimenettelyn puitteissa johdattelulla *itsessään* ei siis ole hyödyntämiskiellon perustavaa (imperatiivista tai edes implikoivaa) luonnetta. Olennainen täsmennys on kuitenkin vielä tarpeen. Johdattelulla voi nimittäin kuitenkin olla välillistä, kausaalista, vaikutusta hyödyntämiskiellon aktualisoitumiselle. Tarkoitan tilannetta, jossa kuulusteltava henkilö saadaan nimenomaan johdattelun avulla kertomaan vaitiolovelvollisuutensa tai vaitiolo-oikeutensa vastaisesti. Ensiksi mainittua tilannetta on käsitelty yllä: vaitiolo-velvollisuuden rikkominen todistajankuulustelussa johtaa hyödyntämiskielto-olettamaan periaatteessa aina eli johdattelusta riippumatta. Sen sijaan johdattelun vaikutus voi olla relevantti tekijä arvioitaessa sitä, onko kuulusteltava *tahtonsa vastaisesti* saatu kertomaan seikoista, joista tällä olisi ollut *oikeus* vaieta, ja jota oikeutta henkilö olisi myös halunnut käyttää (esim. OK 17:24.1:n 1. lauseen mukainen itse- ja läheiskriminointisuoja).³⁵⁶ Kuulusteltavan tulee voida aina itsenäisesti ratkaista, vastaako hän sellaiseen kysymykseen, josta vaitioloon hänellä jollain perusteella olisi oikeus – vaitioloa turvaavan perusteen tulisi väistyä pääsääntöisesti vain, jos kuulusteltava *päättää* siitä luopua.

Joissain tapauksissa johdattelun voitaneen katsoa tarkoittavan niin vakavaa henkilön tahdonmuodostusprosessiin vaikuttamista (esim. erityisen painostavan kuulustelun yhteydessä), että tietty privilegioitu tieto voidaan katsoa saadun henkilön päätöksen tai tahdon vastaisesti. Tilanteessa aktualisoituvat *vaitiolo-oikeutta perustelevat suojeluintressit*, jotka sinänsä voivat olla riittäviä hyödyntämiskieltoon päätymiseksi. Tilanne voidaan rinnastaa hyödyntämiskieltoon, joka johtuu siitä, että henkilölle ei ole ilmoitettu tämän oikeudesta olla vastaamatta kysymyksiin. Molemmissa tilanteissa hyödyntämiskielto perustuu samaan tarpeeseen suojella vapaata tahdonmuodostus- tai valintaprosessia vastaamisen ja vastaamatta jättämisen välillä: vapaata tahdonmuodostusta voidaan loukata yhtä paljon joko tietyistä oikeuksista informoimatta jättämisellä kuin myös menettelyllä, jossa henkilöltä tosiasiassa pitkälti riistetään mahdollisuus käyttää valintavapauttaan oikeuden käyttämisen suhteen.³⁵⁷

³⁵⁶ Esimerkissä oletetaan, että ilmoitus vaitiolo-oikeudesta on ennen kuulustelua tehty asianmukaisesti.

³⁵⁷ Tässä mielessä myös rinnastus ETL 24 §:n suojelufunktion on perusteltu – äärimuodoissaan kaan johdattelu tuomioistuinkuulustelussa ei tosin voine käytännössä merkitä yhtä vakavia oikeudenloukkauksia kuin esitutkintakuulusteluissa (pahimmillaan) mahdolliset painostuskeinot. En silti sulkisi pois hyödyntämiskiellon mahdollisuutta *erityisen törkeästi* OK 17:33.5:n *vastaisen* johdattelun seurauksena.

Puheena olevassa vaitiolo-oikeuden ja vahvan johdattelun yhdistävässä tilanteessa hyödyntämiskiellon tulisi siten olla mahdollinen seuraus. Täsmennettäkään kuitenkin sanottua vielä siten, että tällöin(kään) hyödyntämiskielto ei varsinaisesti seuraisi johdattelukiellon rikkomisesta sinänsä, vaan vaitiolo-oikeutta tarkoittavista suojeluintresseistä. Teoriassa johdattelulla – joka kylläkin on oikeusseuraamuksen eli hyödyntämiskiellon välttämätön edellytys – on itsellään vain kausaalista merkitystä metodina vaitiolointressien sivuuttamisessa.

4.3.7 Hyödyntämiskielto yksityishenkilön menettelystä?

I Osana hyödyntämiskiellojen ongelmakokonaisuutta tulee arvioida vielä yksityishenkilöiden hankkimien todisteiden asemaa. Jotta yksityishenkilö voisi suorittaa todistamiskiellon vastaisen teon, edellytetään käsitteellisesti sitä, että yksityishenkilö olisi todistamiskiellon adressaatti. Kuten edellä jaksossa 4.1.4 on todettu, todistamiskiellot eivät pääsääntöisesti kohdistu yksityisiin henkilöihin, luonnollisiin tai oikeushenkilöihin. Silloin kun todistamiskiellot kohdistuvat valtion omiin orgaaneihin (rikos)prosessin itserajoitusnormeina, ei olekaan mielekästä ulottaa todistamiskiellojen soveltumisaluetta yksityishenkilöiden menettelyihin. Toisaalta silloinkin, kun yksityishenkilöt eivät ole *todistamiskiellojen* adressaatteja, on vielä mahdollista, että (itsenäinen) *hyödyntämiskielto* voi koskea yksityishenkilön laittomasti hankkimia todisteita.

Yksityishenkilöt voivatkin joko virallisen syyttäjän ajamassa jutussa tai erillisessä ROL 7 luvun mukaisessa prosessissa eri asteisesti oikeudenvastaisesti suorittaa sellaisia toimia, jotka esitutkintaviranomaisen suorittamana olisivat todistamiskiellon estämiä.³⁵⁸ Yleensä tällöin kyse on reaalityodisteiden hankkimisesta (yksityishenkilöt eivät tietenkään suorita mitään 'esitutkintakuulusteluita'). Hyödyntämiskielto-ongelmat eivät toisaalta välttämättä väisty silloinkaan, vaikka yksityishenkilön todiste olisi hankittu aivan asianmukaisesti. Esim. absoluuttisten todistusteemakieltojen taustalla olevat intressit eivät katoa mihinkään sen perusteella, kenen tai minkä tahon hankkimasta todisteesta on kyse. Mm. lääkärin ja asianajajan vaitiolovelvollisuus sitoo joka tapauksessa ao. henkilöitä.

Onkin niin, että *todistamiskielloperusteet sitovat viime kädessä aina (myös) tuomioistuinta*. Nimenomaisten todistamiskiellojen suojelufunktioita tulee joka tapauksessa kunnioittaa. Tuomioistuimen tulee ottaa viran puolesta huomioon myös mahdollisesti itsenäiseen hyödyntämiskieltoon johtavat tekijät syytettyä ajavasta tai todistetta esittävästä tahosta riippumatta.³⁵⁹ Näkemystä perustele

³⁵⁸ *de Godzinsky* 2000 s. 51 on osoittanut, että asianomistajan yksin ajamat rikosasiat ovat käytännössä hyvin harvinaisia.

³⁵⁹ Todisteen esittäjätahosta erillinen asia on se jo edellä mainittu seikka, että hyödyntämiskielloa ei tule asettaa syytetyn eduksi puhuvalle todisteelle.

edelleen se, että OK:n todistamiskiellot ovat voimassa *myös siviiliprosessissa*. Siviiliprosessissa ei tietenkään esiinny virallista syyttäjää, eivätkä myöskään esitutkintaviranomaiset puutu menettelyyn. Todistelun hankkimisesta ja esittämisestä vastaavat nimenomaan yksityishenkilöt. Tämä ei poista todistamiskiellojen relevanssia eikä estä hyödyntämiskiellon asettamista.

Hyödyntämiskielto voi siten seurata paitsi ns. epäitsenäisten hyödyntämiskiellojen muodossa (nimenomaisen todistamiskiellon suojelufunktion perusteella), myös ns. itsenäisten hyödyntämiskiellojen muodossa. Ts. myös yksityishenkilön hankkimien todisteiden tapauksissa hyödyntämiskielto on asetettavissa suoraan syytetyn perusoikeussuojaan perustuen tai rikosvastuun toteuttamisintressin ja syytetyn oikeusturvaintressien välisen punninnan lopputuloksena. Itsenäisten hyödyntämiskiellojen kautta tuomioistuin valvoo perusoikeuksien toteutumista myös horisontaalisessa eli kansalaisten keskinäisissä suhteissa (eikä pelkästään vertikaalisesti viranomaisten ja kansalaisten välisessä suhteessa). Punnintamallin soveltaminen tässäkin perustuu oikeusvaltiokäsitukseen, jonka mukaan tiettyjä intressejä on suojeltava (tai toisin ilmaisten, tiettyjä oikeudenloukkauksia on vältettävä) absoluuttisesti ja siten joskus myös rikosvastuun toteuttamisintressin kustannuksella.

II On korostettava, ettei todistamis- tai hyödyntämiskielto suinkaan ole välttämätön seuraus yksityishenkilön(kään) laittomasti hankkimasta todisteesta. Tilanteessa joudutaan punnitsemaan erilaisia intressejä vastakkain. Punninnassa tulee ottaa huomioon mm. todisteen merkitys sekä se, miten vakava rikos on kyseessä. Yleensä hyödyntämiskielto voinee seurata vain kaikkein räikeimmistä oikeudenloukkauksista.

Absoluuttiset todistamiskielto-tilanteet poislukien, yksityishenkilön hankkimien todisteiden hyväksyttävyyden *punninnassa* voidaan huomioida se, *olisivatko esitutkintaviranomaiset voineet päätyä samaan todistelutulokseen oman laillisen toimintansa perusteella*. Ei ole perusteita estää jonkin merkittävän todisteen hyödyntämistä yksinomaan sillä perusteella, että yksityishenkilö on ”ehtinyt” ensin kyseenalaisin keinoin todisteen hankkimaan ja poliisille toimitamaan, jos poliisi olisi saanut todisteen myös laillisesti. Vaikka hypoteettisiin pohdintoihin tulisi nähdäkseni yleensä ottaen suhtautua suurella varauksella, voitaneen kuvatussa tilanteessa argumentille kuitenkin antaa jotain painoarvoa. Se, että poliisi olisi oletettavasti omilla tutkimuksilla voinut laillisesti päätyä samaan lopputulokseen, voi siis olla argumentti todisteen sallimisen puolesta. Toisaalta, jos kyse on ennalta arvaamattomasta todisteesta, jota esitutkintaviranomaiset tuskin olisivat itsenäisesti ajatelleet etsiä, ja yksityishenkilön menettely on loukannut vakavasti syytetyn perusoikeuksia eikä kyseessä ole vakava rikos, voinee hyödyntämiskiellon asettaa.³⁶⁰ Harkinnassa merkitystä voidaan

³⁶⁰ Ks. Grünwald 1966 s. 500, Kleinknecht 1966 s. 1538 i.f. ja Dencker 1977 s. 26.

antaa myös sille, täyttääkö todisteita hankkineen yksityishenkilön toiminta jonkin rikoksen tunnusmerkistön: myönteinen vastaus on peruste hyödyntämiskiellon puolesta.³⁶¹

III Yksityishenkilönkin laittoman menettelyn sisältämät perusoikeusloukkaukset rikoksesta syytetylle voivat joka tapauksessa olla merkittäviä. Tosi-asiassa oikeudenkäynti voi olla syytetylle aivan yhtä epäoikeudenmukainen kuin jos virheellinen todiste olisi hankittu ja/tai esitetty esitutkintaviranomaisen toimesta. Syytetyn kannalta laittoman todisteen hyödyntämisestä aiheutuva oikeudenloukkaus ja prosessuaalisten sääntöjen loukkaamisesta johtuvan ennakkoimattomuuden aiheuttama menettelyllinen epäoikeudenmukaisuus ei periaatteessa muutu miksikään sen perusteella, kenen laittomasta menettelystä kulloinkin on kyse (olkoonkin, että moitteettoman menettelyn odotus kohdistuu ensisijaisesti valtiovallan orgaaneihin). Nähdäkseni myös asianomistajaprosessissa esille tulevissa räikeissä oikeudenloukkauksen tilanteissa tulee syytetyn oikeusturvan painaa punninnassa lähtökohtaisesti – mutta ei ehdottomasti – (asianomistajan) syyteoikeutta tarkoittavia intressejä enemmän.³⁶²

EIT:n ratkaisussa *Doorson* 26.3.1996 (70 §) edellytetään, että myös asianomistajien ja todistajien oikeuksista ja intresseistä huolehditaan: ”Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake... Interests of... victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, *principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify.*” (kurs. PP)

Syytetyn tulee mielestäni olla kaikissa tilanteissa suojattu hänen perusoikeuksiaan *suhteettomasti* loukkaavien todisteiden käytöltä itseään vastaan. Tämän vuoksi rikoksen selvittämis- ja syytteeseenpanointressi voi väistyä hyödyntämiskiellon perusteella paitsi virallisen syyttäjän ajamissa rikosjutuissa, myös silloin, kun kyse on asianomistajan toissijaista syyteoikeutta käyttämällä nosta-

³⁶¹ Näin *Lundqvist* 1998 s. 180. Hyödyntämiskiellon asettamisen tällaisissa tilanteissa voitaneen sanoa omaavan tietynlaista preventiivistä vaikutusta omankädenoikeutta vastaan.

³⁶² Myös tilanteissa, joissa asianomistajan syyteoikeudella on korostunut merkitys asianomistajan tai tämän läheisen henkilön perusoikeuksien konkreettiselle suojelulle (kuten lapsen kohdistuneiden rikosten tai muuten vakavien rikosten kohdalla), tulee pitää kiinni rikoksesta syytetyn oikeusturvaintressien *lähtökohtaista* ensisijaisuutta tarkoittavasta periaatteesta. Tällaisissa tilanteissa punninnassa korostuneesti huomioitavat tärkeät intressit (esim. lapsen etu) voivat kuitenkin tosiasiaa helpommin estää hyödyntämiskieltoseuraamuksen voimaan astumisen ja mahdollistaa myös laittomasti hankitun todisteen käyttämisen näyttönä.

masta syytteestä. Asianomistajaprosessissa tuomioistuin voi torjua todisteen yhtäältä silloin, kun virheellisyys perustuu esitutkintaviranomaisten menettelyyn, ja toisaalta myös silloin, kun virheellisyys on asianomistajan itsensä aikaan saama.

4.3.8 Etäisvaikutus

I Hyödyntämiskielto ei välttämättä haittaa rikostutkintaa peruuttamattomalla tavalla, jos esitutkinnassa käytetään laittomasti saatua todistetta välillisesti tutkintaa suuntaamalla ja siten uusia – laillisia – todisteita hankkimalla. Perinteisesti tällainen menettely nähdään Suomessa laillisena. Perusoikeussuojan tehokkaan toiminnan kannalta menettelyä ei tosin voida nähdä aivan niin ongelmattomana kuin asiaa koskevista kannanotoista (tai pikemminkin niiden puuttumisesta) voisi päätellä.³⁶³ Hyödyntämiskieltojen ns. *etäisvaikutuksella* tarkoitetaan sitä, että hyödyntämiskielto koskee paitsi laittomasti hankittua todistetta itseään, myös sellaisia (jatko)todisteita, joiden hankkiminen on mahdollistunut po. laittoman menettelyn 'ansioista'.³⁶⁴ Hyödyntämiskiellon tosiasiallisen tehokkuuden kannalta voikin olla suurelta osin merkityksetöntä, käytetäänkö todisteena esim. itse kiellonvastaista lausumaa vai sellaista todistuskeinoa, jota ei olisi saatu hankittua ilman lausuman sisältämiä tietoja.

Yhdysvallat edustaa ääripäätä etäisvaikutuksen olottuvuuden suhteen: useissa osavaltioissa todistuskeinona ei saa esimerkiksi käyttää rikoksen teko-

³⁶³ Hyödyntämiskiellot voivat nykyisenkin laintulkinnan vallitessa aiheuttaa ongelmia ETL 2 §:n kannalta, koska säännöksen mukaan esitutkinta on toimitettava aina, kun on syytä epäillä rikosta (rikosprosessuaalinen legaliteettiperiaate). Jos rikosepäily perustuu yksinomaan laittomasti saatuihin todisteesiin (jota ei saa kirjata esitutkintapöytäkirjaan), olisi esitutkintaviranomaisten välttämättä hankittava muuta näyttöä, ennen kuin uutta rikosta tarkoittava viran puolesta avattava esitutkinta(pöytäkirja) olisi mahdollista perustella laillisella tavalla (esim. tilanteessa, jossa te-lekuuntelulla on tullut esiin kuuntelukiellon (PKL 5a luvun 10) alaisia tietoja, jotka lain mukaan on hävitettävä). Sama ongelma aktualisoituu esim. myös laittoman takavarikon yhteydessä sekä ns. ylimääräisestä tiedosta säättävän PKL 5a luvun 13 §:n kohdalla, vaikka viimeksi mainitussa ei muodollisesti ottaen olekaan kyse todistamiskieltonormista. Mainituissa tilanteissa esitutkintaviranomaisen lienee rajoitettava suorittamaan vain alustavia tutkintatoimenpiteitä normaalin seuranta-toiminnan puitteissa ja avattava esitutkinta muodollisesti vasta sitten, kun (tai jos) jatkotutkimuksissa löytyy muuta näyttöä rikosepäilyn tueksi. Jos tiedustelutoimenpiteet eivät tuota perusteita esitutkinnan aloittamiselle, ei poliisilla liene muuta vaihtoehtoa kuin esitutkinnan avaamatta jättäminen (toistaiseksi): mm. kuuntelukiellonnormia sekä ylimääräisen tiedon hävittämistä ja rekisteröintikieltoa koskevia sääntöjä on de lege lata noudatettava *lex specialiksena* ETL 2 §:ään nähden. Ylimääräisen tiedon sääntelyn ehdotetusta muutoksesta (HE 52/2002 vp.) ks. edellä s. 225. Ks. valvontatietojen ja ETL 2 §:n välisestä problematiikasta myös *Helminen ym.* 2002 s. 189.

³⁶⁴ Ns. *Fruit of the poisonous tree* -doktriini perustuu korkeimman oikeuden ratkaisuun *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 358 (1919), josta ks. mm. *Paulsen* 1962 s. 96. Etäisvaikutuksen sijasta kirjallisuudessa on käytetty myös ilmaisuja 'välillinen hyödyntäminen' ja 'hyödyntämiskiellon kontinueetti', ks. *Hormia* 1978 s. 293, erit. av. 119:n viittaukset. *Peters* 1966 s. 160 puhuu myös hyödyntämiskiellon 'ketjureaktiosta'.

välinettä, joka on löydetty epäillylle tehdyn kielletyn kysymyksen perusteella.³⁶⁵ Suomessa positiivisen oikeuden kannan mukaista lienee, että hyödyntämiskieltoihin *voi* tietyin edellytyksin liittyä etäisvaikutus, mutta että yleensä näin ei ole asian laita.³⁶⁶

Käytännössä etäisvaikutus voi ilmetä *kolmena eri perusvariaationa*: 1) henkilöä kuulustellaan ensin kiellonvastaisesti ja myöhemmin laillisesti; 2) kiellonvastaisesti kuultu ilmaisee kolmannen henkilön, jota voidaan kuulla laillisesti, ja 3) kiellonvastainen kuulustelu paljastaa esitutkintaviranomaiselle (ennen tuntemattomia) reaalisia todistuskeinoja.³⁶⁷ Neljäntenä ”myrkytetyn puun hedelmätyyppinä” voidaan pitää tilannetta, jossa syytetty tai kanssasyytetty, laittomin keinoin esille tulleiden todisteiden painostamana tai muuten laittomin keinoin, saadaan tunnustamaan teko.³⁶⁸ Etäisvaikutusproblematiikka tulee esille *jo esitutkinnassa*. Sikäli kun todistetta ei rajata pois jo esitutkintavaiheessa, joutuu *viime kädessä tuomioistuvin* tekemään ratkaisun siitä, voidaanko jotain ’jatkotodistetta’ hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon.

II Hormian mukaan ensimmäistä tyyppitilannetta ei voida tyydyttävästi ratkaista hypoteettisella harkinnalla siitä, olisiko todiste voitu saada myös laillisia menettelytapoja käyttäen, koska ensin suoritettun virheellisen kuulustelun psykologista vaikutusta myöhemmälle kuulustelulle ei voida objektiivisesti arvioida eikä siten myöskään luotettavasti määritellä virheellisen menettelyn kausaliteettia kuulustelun lopputulemalle. Itse pidän argumentointia keskeneräisenä: Jos *räikeästi* ETL 24 §:n vastaisesti kuulustellulle epäillylle todella tahdotaan antaa tehokasta perusoikeussuojaa, olisi ilman muuta käytännössä mahdollista suorittaa uusi kuulustelu, jossa jätettäisiin epäillyn itsensä päätettäväksi, tuoko hän esille sellaisia seikkoja, jotka aikaisemmin saatiin häneltä sopimattomin keinoin. Jos epäilty ei tahdo seikoista puhua, ei esitutkintaviranomaisilla tulisi olla oikeutta seikkaa myöskään tiedustella, eikä seikkaa koskevia tietoja uuteen kuulustelupöytäkirjaan kirjata.³⁶⁹

Poikkeuksena sanottuun voidaan kuvitella näytöllisesti muuttunut tilanne,

³⁶⁵ Ks. *Hormia* 1978 s. 296, ks. myös *Kleinknecht* 1966 s. 1544. Etäisvaikutusta puolletaan varsin laajasti myös Saksassa, mm. *Peters* 1966 s. 98–99 ja 160–162, *Roxin* 1998 s. 193, *Dencker* 1977 s. 124, *Grünwald* 1966 s. 500–501, *Eisenberg* 1993 s. 130–134 ja *Eisenberg* 1999 s. 179; käsitykset eivät kuitenkaan ole yksimielisiä.

³⁶⁶ Ks. *Jonka* 1992a s. 81.

³⁶⁷ Ks. *Hormia* 1978 s. 297 ja *Lundqvist* 1998 s. 177.

³⁶⁸ Ks. *Dencker* 1977 s. 77 sekä *Grünwald* 1966 s. 499.

³⁶⁹ Ks. myös *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 19, jonka mukaan todistajan ominaisuudessa kuultua, joka todistaa sittemmin epäillyksi tullutta henkilöä itseään vastaan, ei saa sisällyttää esitutkintapöytäkirjaan. Kuulustelu on tällöin suoritettava uudestaan. Aikaisemman kuulustelun voi liittää pöytäkirjaan ainoastaan kuulusteltavan suostumuksella. Oheistuksessa ilmaistua oikeusajatusta on mielestäni mahdollista tulkita tarkoittavan myös toisen kuulustelun sisällöllistä ’luvallisuutta’ tässä edustetuin tavoin (alunperinkin epäiltynä olevan henkilön kohdalla).

jossa esitutkintaviranomaisen käyttöön on – laillisesti tai edeltävästä virheellisestä kuulustelusta riippumatta – tullut todisteita, jotka oikeuttavat uudestaan (aikaisemmin esim. painostuksen kohteena olleesta) seikasta kysymään (ns. inevitable discovery). Muissa tapauksissa eli kun tietty kyselylinja ei olisi aktualisoitunut laillisten tutkintatoimenpiteiden tuotteena, pidän johdonmukaisena ulottaa hyödyntämiskielto myös välillisesti laittoman menettelyn tuloksena syntyneille todisteille, tässä tapauksessa sellaisille tiedoille, jotka saatiin epäillyltä tai muulta kuulusteltavalta laittomien kuulustelumetodien ansiosta.³⁷⁰ Hyödyntämiskieltoseuraamus voi siis aktualisoitua *esitutkinnassa* tietyistä toimenpiteistä ’pidättäytymisen’ tai pöytäkirjaamatta jättämisen muodossa. *Tuomioistuimessa* etäisvaikutus voi tarkoittaa vastaavista teemoista kysymisen kieltämistä, kieltoa vastata kysymyksiin tai muuten kertoa po. seikoista, ja/tai OK 17:32.2:n soveltamisen estämistä. Luonnollisesti tuomioistuimen tulee punnita kussakin tapauksessa erikseen hyödyntämiskiellon tarvetta perusoikeussuojan näkökulmasta.

Etäisvaikutuksen periaatteellinen hyväksyminen edistää nähdäkseni perusoikeuksien turvaamista, ja on myös kriminaalipoliittisesti hyväksyttävää: Eihän tässä esitettävällä tavalla ns. inevitable discovery -testillä ja lisäksi vielä yleisellä punnintamallilla rajattu etäisvaikutus estä todisteen hyödyntämistä missään muissa kuin *harvinaisissa* eli selvästi (ja punnintamallin edellyttämällä tavalla varsin *räikeästi*) laittomissa menettelyvirhetapauksissa, joissa juuri laittomuuden ”ansiota” on saatu tietynsisältöinen epäillyn lausuma tai päästy uuden todisteen jäljille.³⁷¹ Periaatteessa en näe perustelluksi suojella tällaista viranomaismenettelyä siten, että välillisesti saatua todistetta aina sallittaisiin käyttää todisteena, koska näin voitaisiin vaarantaa oikeudenkäyntimenettelyn oikeudenmukaisuus. Epäoikeudenmukaisena voidaan nimittäin pitää, jos viranomaistoimivaltuuksia voitaisiin etäisvaikutuksen torjumalla de facto suhteettomasti laajentaa siitä, mihin lainsäädäntö on antanut viranomaisille oikeutuksen.

Etäisvaikutuksen soveltuvuutta suomalaiseen rikosprosessiin voidaan vastustaa muillakin syillä, joista aineellisen totuuden tavoittelun (yhä) keskeinen tavoite ja ilman etäisvaikutuksen preventiofunktioakin yleisesti tehokkaasti toimiva esitutkintamekanismi eivät ole vähäisimpiä.³⁷² Kriminaalipoliittisesti toivottavana tavoitteena voidaan kuitenkin pitää selvittämistres-sin ohella myös sitä, että etäisvaikutus hyväksymällä vaikutetaan ennaltaehkäisevästi esitutkintaviranomaisen toimintoihin. Painavampi argumentti

³⁷⁰ Näin myös *Eisenberg* 1999 s. 180.

³⁷¹ Todisteen saamisen ’väistämättömyyden’ osoittamisen tulisi kuulua syyttäjän todistustaakaan: vaikka tällaiseen todisteluun kiistämättä usein liittyy suuria käytännöllisiä vaikeuksia, pidän todistelua teemasta suhteettoman räikeissä oikeudenloukkaustapauksissa kuitenkin välttämättömänä edellytyksenä todisteen ’hedelmien’ käytön sallimiselle.

³⁷² Kriittisesti etäisvaikutusta vastaan esitetyistä kriminaalipoliittisista argumenteista ks. *Eisenberg* 1993 s. 132–134 ja *Eisenberg* 1999 s. 178 s.

etäisvaikutuksen hyväksymistä vastaan on kuitenkin, että mainitut inevitable discovery -pohdinnat johtaisivat vaikeisiin ja mahdollisesti epävarmoihin kausaalipohdintoihin kielletyn menettelyn ja uuden todisteen saamisen välisestä suhteesta. Väite ei kuitenkaan mielestäni ole niin painava, että se oikeuttaisi syrjäyttämään perusoikeusmyönteisemmän punnintamallin. Lisäksi tiettyjen todistamis- ja hyödyntämiskieltojen suojelutarkoitus puhuu etäisvaikutuksen puolesta: esimerkiksi ETL 24 §:n vastaisin metodein saadun tiedon jatko hyödyntäminen tekisi vääriä kuulustelumetodeja koskevan kiellon merkityksen – ja sen taustalla vaikuttavat painavat perusoikeussuojanäkökohdat – käytännössä tyhjäksi. Periaatteessa voidaan ajatella niinkin, että etäisvaikutuksen torjuminen mahdollistaa esitutkintaviranomaisille menettelyrajojen testaamisen aina niin pitkälle, kunnes lähestytään elementaaristen hyödyntämiskieltojen absoluuttisia rajoja.³⁷³

Toista tyyppitilannetta, jossa epäilty ilmaisee kolmannen henkilön (jälleen räikeästi) virheellisen kuulustelumenettelyn seurauksena, olisi periaatteessa mahdollista arvioida vastaavalla tavalla. Tilanteessa kuitenkin aktualisoituu tekijöitä, joiden voi katsoa painavan vaakaä lähtökohtaisesti hyödyntämisen sallimisen eli etäisvaikutuksen torjumisen puolelle. Kyse on nimittäin ulkopuolisen henkilön erillisestä kuulustelusta itsenäisenä tahdontuotteena, mistä syystä tällaisen henkilön kuulematta jättäminen esitutkinnassa voisi olla liian formaali tai keinotekoinen tulkinta. Pääsääntönä pitäisinkin, että tietoon tulleiden asian selvittämisessä tarpeellisten tertiusten kuulusteluihin tulee voida ryhtyä normaalisti esitutkinnassa. Tuomioistuim voi toki jälkikäteen pohtia in casu, onko tertiuksen kuulustelukirjaukseen sallittavaa viitata OK 17:32.2:n kautta esim. siltä kannalta, miten räikeä oikeudenloukkaus tertiuksen tietoon saamisessa aiheutettiin, olisiko henkilöä muutenkin keksitty kuulla tai kuinka keskeisestä todisteesta on kyse. Kokonaisen todistajankertomuksen poissulkeminen oikeudenkäyntiaineistosta etäisvaikutusargumentilla voinee kuitenkin käytännössä tulla kyseeseen vain hyvin marginaalisesti.³⁷⁴

Sekä esitutkintakuulustelussa että tuomioistuinkuulustelussa tertiuksella tulee joka tapauksessa olla lähtökohtainen vapaan kerronnan mahdollisuus. Tertiusta ei siten tule erikseen estää kertomasta esim. samoista seikoista (teemoista), jotka on saatettu saada epäillyltä sopimattomin keinoin (ja sinänsä vaikka etäisvaikutuksen konstituoinnilla vaikutuksin). Toisaalta jos tilanteessa todella yhdistyy sekä edellä käsitelty ensimmäinen tyyppitilanne että tässä käsiteltävä tertius-todistajan tilanne, eikä tertius 'leimannaisesta' seikasta oma-aloitteisesti kerro, *ei kuulustelijoilla tulisi ainakaan räikeissä virhetilanteissa olla*

³⁷³ Ks. Eisenberg 1993 s. 132.

³⁷⁴ Kontradiktorisen periaatteen loukkauksen merkitys – tertiuksen oikeudenkäynnissä kuulemisen esim. tullessa mahdolliseksi – on luonnollisesti eri asiansa. Tällä kontradiktorisuus-perusteella asetettava hyödyntämiskielto seuraamus kokonaiselle todistajankertomukselle voi toki olla mahdollinen.

oikeutta aktiivisesti johdattaa kuulusteltavaa kyseisestä seikasta kertomaan. Tässä suhteessa olisin siis päinvastaisella kannalla kuin mm. Hormia, jonka mukaan etäisvaikutusta vastaan puhuu se, että kolmannen henkilön kuulusteluun saattavat osittain vaikuttaa ne tiedot, jotka epäillyltä on kiellonvastaisesti saatu (eli hän sallisi kysyttävän juuri mainittuja seikkoja, joita muuten ei olisi osattu tiedustella):³⁷⁵ näiden seikkojen rajaamisen kuulustelusta täytyy nähdäkseni olla mahdollista samoin edellytyksin kuin edellä ensimmäisen tyyppitilanteen kohdallakin.

Erityisesti tässä sisällöllisessä suhteessa näkisin mahdollisuuksia OK 17:32.2:n tarkkaan tulkintaan esim. kertomuksen muuttumis- tai vaitiolotilanteissa. Vastaavasti tuomioistuinkuulustelussa tiettyjä 'leimanalaisia' teemoja koskevia kysymyksiä ei syyttäjän tulisi kuulusteltavalle esittää, tai päinvastaisessa tilanteessa, tuomioistuimen sallia esitettävän tai niihin vastattavan.

Käytännössä merkittävä ja vaikea tilanne on myös mainittu kolmas tyyppitilanne eli kiellonvastaisen kuulustelun johdosta hankitun reaalityodisteen hyödynnettävyys etäisvaikutuksen kannalta. Hypoteettiseen kokeeseen perustuvan välittävän ratkaisun hylättyään Hormia torjuu etäisvaikutuksen kolmannessa tyyppiryhmässä yksioikoisesti sillä perusteella, että henkilötodisteet kuuluvat todistusoikeytemme oppirakennelmassa ja oikeudenkäynnin rakenteessa eri kategoriaan kuin esinetodisteet.³⁷⁶ Argumentointi ei vakuuta. Tässä tutkimuksessa omaksutun perusoikeusmyönteisen laintulkintaopin ja sen mukaisen 'hyödyntämiskieltoratkaisu-sovellutuksen' puitteissa ainoa looginen tapa lähestyä tätäkin ongelmaa on nähdäkseni edellä kannatettu punnintamalli, jota täydennetään hypoteettisella pohdinnalla siitä, olisiko todiste saatu/löydetty ilman tapahtunutta menettelyvirhettäkin (inevitabe discovery). Perusoikeuspunninnan kannalta en näe mitään perusteita arvostella reaalityodisteiden etäisvaikutusta eri tavalla kuin edellä henkilötodisteita. Ehkä tosin tässäkin tilanteessa (samoin kuin 2. tyyppitilanteessa) lähtökohta etäisvaikutuksen asettamiselle on jossain määrin etäisempi verrattuna ensimmäisessä tyyppitilanteessa tarkoitettuun tilanteeseen.

Pakottamalla, epäasianmukaisin keinoin 'huijatun' tai muuten laittomasti saadun tunnustuksen (4. tyyppitilanne) käyttö näyttönä syytettyä vastaan voi estyä jo sen perusteella, että kyseessä katsotaan olevan niin vakava todistamiskieltonormin (ETL 24 §) loukkaus, että esitutkintapöytäkirjaan vetoaminen samoin kuin tietyistä seikoista kysyminen kielletään.³⁷⁷

III Tuomioistuimen reaalityodistelussa etäisvaikutus tarkoittaisi käytännössä yleensä tietyn todistuskeinon esittämisen ja hyödyntämisen kieltoa. Henkilö-

³⁷⁵ Ks. Hormia 1978 s. 297 s. ja Dencker 1977 s. 78.

³⁷⁶ Ks. Hormia 1978 s. 298.

³⁷⁷ Tältä osin viitataan jaksossa 4.3.2 esitettyyn.

todistelussa etäisvaikutus vaikuttaisi lähinnä *a) kieltona esittää tiettyyn teemaan kohdistuvia kysymyksiä, b) kieltona vastata po. kysymyksiin tai viime kädessä, c) kieltona hyödyntää tietoon tullutta seikkaa tuomioharkinnassa.* Rikosprosessia on sen oikeudenmukaisuuden näkökulmasta tarkasteltava kokonaisuutena. Riittävää ei näin ollen ole katsoa, että tuomioistuimessa voitaisiin aina ”lähteä puhtaalta pöydältä liikkeelle”. Materiaalisen oikeudenmukaisuuden toteuttaminen voi edellyttää, että tietyt räikeimmät esitutkintamenettelyn virheet voivat tehokkaasti rajata tuomioistuimessa sallittavan todistelun alaa. Esimerkiksi kaikki virallisen syyttäjän omana ’taustatietona’ tietämät seikat eivät siis välttämättä ole sellaisia, että niistä voitaisiin tuomioistuimessa kuulusteltavilta kysyä.

4.3.9 Hyödyntämiskielto viran puolesta vai puolustuksen väitteestä?

Otettakoon lopuksi esiin vielä joitain menettelyllisiä kysymyksiä hyödyntämiskiellon tehoisaksi tekemisestä. Sekä epäitsenäisten että itsenäisten hyödyntämiskiellojen kohdalla voidaan nimittäin joutua vastaamaan paitsi kysymykseen siitä, tuleeko hyödyntämiskiellon asettamisen tapahtua viran puolesta vai asianosaisten väitteestä, myös – seikan esille tultua – siihen kysymykseen, kenen tulee virhetilanne näyttää toteen (tai voidaanko in dubio pro reo -tulkintasääntöä soveltaa hyödyntämiskielltopohdinnassa). Viime kädessä kysymykset tarkoittavat *vetoamis- ja todistustaakkaa hyödyntämiskielltoperusteesta.*

Edellä tuomioistuimen aktiivisesta perusoikeuksien turvaamistehtävästä (PL 22 §) sanotun perusteella on nähdäkseni selvää, että tuomioistuimen tulee ottaa todistamiskielto huomioon *viran puolesta*, ja samoin tarvittaessa asettaa hyödyntämiskielto *ex officio*. Näkemystä tukee myös jura novit curia -periaate: todistamis- ja hyödyntämiskielto kysymykset ovat oikeuskysymyksiä ja siten tuomioistuimen itsenäisesti ratkaistavia. Näin ollen kenelläkään *asianosaisella ei ole varsinaista vetoamistaakkaa* todistamis- tai hyödyntämiskielloista. Käytännössä asianosaisilla (erityisesti puolustuksella) voi olla tietynlainen tosiasiallinen vetoamisriski todistamis- tai hyödyntämiskiellon perustavista seikoista – ongelma ei nimittäin välttämättä ole niin ilmeinen, että tuomioistuin voisi sen oma-aloitteisesti havaita. Tuomioistuin ei yleisestikään voi olla varma siitä, etteikö *jotain menettelynormia* olisi jossain vaiheessa prosessia jollain tavoin loukattu. Jos asiasta ei tehdä väitettä, *ei tuomioistuimella ole lähtökohdallisia perusteita* ryhtyä asiaa kyseenalaistamaan.³⁷⁸ Ongelman havaitseminen kuitenkin velvoittaa tuomioistuimen asian aktiiviseen selvittämiseen. Ns. sel-

³⁷⁸ Ks. mm. Eisenberg 1999 s. 101.

vissä tilanteissa tuomioistuimen tulee siis nähdäkseni aina asettaa hyödyntämiskielto viran puolesta.³⁷⁹

Kuten yleisestikin asianosaisille mahdollisesti yllätyksellisten oikeuskysymystulkintojen kohdalla, on tuomioistuimella velvollisuus välittömään informatiiviseen prosessinjohtoon myös siitä, että jokin todiste rajataan (tai tullaan rajaamaan) pois oikeudenkäyntiaineistosta. Henkilötodistelussa esim. tietyn kysymyksen esittämisen tai siihen vastaamisen estäminen täyttäneen nämä prosessinjohtoon vaatimukset. Kaikissa hyödyntämiskielto-tilanteissa kiellon asettamisen selvittäminen on joka tapauksessa olennaisen tärkeää asianosaisille, koska näille tulee antaa mahdollisuus harkita esim. jatkotodistelua ja loppulausuntoja muuttuneen tilanteen valossa.

Yllä sanotusta huolimatta tuomioistuin voi päätyä hyödyntämiskieltoon myös vasta todistusharkintavaiheessa. Tällöin päätös todisteen poissulkemisesta oikeudenkäyntiaineistosta voi tulla asianosaisille yllätyksenä vasta tuomiossa. Esim. edellä tarkoitetut kontradiktorisuusvirhetilanteet (2.4.3) ja epäillyn esitutkintakuulustelun virhetilanteet (4.3.2) edellyttänevät usein sellaista kokonaisvaltaista todistusharkintaa, että lopullinen päätös hyödyntämiskiellosta saattaa useinkin tulla mahdolliseksi vasta todistusharkinnassa.

Selvänä on pidettävä, että tuomioistuimen päätös todisteen vastaanottamisen torjumisesta on sellainen OK 25 luvun 1 §:n 3 momentissa tarkoitettu oikeudenkäynnin aikana annettu päätös, johon ei voi erikseen hakea muutosta. Päätös jättää jo vastaanotettu todiste hyödyntämättä voidaan siis tehdä joko todistelumenettelyn kuluessa, tai myös vasta todistusharkintavaiheessa. Ensiksi mainitussa vaihtoehdossa kyse on OK 25:1.3:n tarkoittamasta päätöksestä. Jälkimmäinen vaihtoehto ei luonnollisestikaan anna edes mahdollisuutta muuhun kuin pääasian yhteydessä tapahtuvaan valittamiseen kyseisen päätöksen osalta.³⁸⁰

Lähtökohtaisesti tuomioistuimen tulisi olla valppaampi mahdollisten hyödyntämisiongelmiä esille nostamiseen tilanteessa, jossa syytetty vastaa syytteisiin yksin *ilman lainoppinutta avustajaa*. Toisaalta tuomioistuin ei voi jättäytyä täysin passiiviseksi oikeudenkäyntiavustajan läsnäolonkaan vuoksi, vaan aineellista prosessinjohtoa on tarvittaessa käytettävä mm. tämän selvien laimin-

³⁷⁹ Hyödyntämiskielto on siten mahdollista asettaa myös ROL 8:11–12:n mukaisesti käsiteltävissä poissaolajutuissa.

³⁸⁰ Ks. *Jokela* 1998 s. 86–89. Mahdollista on myös suullisen valmisteluistunnon (ROL 5:10) järjestäminen tuomioistuimen (tai asianosaisten) aloitteesta oikeudenkäynnissä ennakoitavissa olevien hyödyntämiskielto-ongelmien etukäteiseksi selvittämiseksi: kyse voi nimittäin olla seikasta, josta ratkaisun tekeminen voi joissain tapauksissa vaarantaa käsittelyn keskittämispäämäärän. Tällainen menettely onkin tietävästi käytössä joissakin käräjäoikeuksissa. Ks. myös *Pölonen* 1997a s. 168–171 telekuunteluihin liittyvän kuuntelukiellon kontrollista suullisen valmistelun istunnossa sanottua.

lyöntien korjaamiseksi – ja perusoikeuksien suojelemisesta huolehtimiseksi.³⁸¹ Periaatteessa sekään, että syytetty tai tämän puolustaja *suostuu* todisteen hyödyntämiseen, ei oikeuta sivuuttamaan ehdottomia todistamiskieltoja tai muuten absoluuttisesti hyödyntämiskielloin suojeltavia intressejä. Syytetyn nimenomaisesti ilmaisemalla suostumuksella todisteen hyödyntämiseen voinee sen sijaan olla jonkinasteista merkitystä itsenäisten hyödyntämiskieltojen asettamista rajoittavana tekijänä.

Asianajajalla tai muilla syytetyn puolustajilla, toisin kuin muilla rikosprosessissa toimivilla institutionaalisilla tahoilla, ei ole *valtiosääntöistä* velvollisuutta huomioida perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista rikosprosessissa.³⁸² Päämiehensä perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta puolustajan tulee kuitenkin huolehtia hyvän asianajotavan velvoitteiden johdosta: se, että puolustaja osaa vedota päämiestään kohdanneisiin perusoikeusloukkauksiin tai -rajoituksiin, voi käytännössä suuresti tehostaa puolustajan tehtävän hoitamista rikosjutussa.³⁸³

Todistamis- tai hyödyntämiskiellon toteen näyttämisen eli *todistustaakan* suhteen erilaiset tilanteet voivat erota toisistaan. Jotkut todistamiskielto voi olla sikäli ilmeisiä (kuten lähiomaisen vetoaminen OK 17:20:ään), ettei niistä tarvitse yleensä lainkaan esittää todistelua. Niihin vetoaminen voi riittää. Toiset tilanteet (kuten väite ETL 24 §:n vastaisesta menettelystä) voivat päinvastoin olla hyvinkin vaikeaselkoisia ja edellyttää runsaasti todistelua. Koska todistamis- ja hyödyntämiskielloista ei kenelläkään ole välttämättä väittämistaakkaa, saattaa todistustaakkakysymys tulla esiin myös tuomioistuimen viran puolesta esille ottamien seikkojen johdosta.

Todistustaakan allokoinnin suhteen lähtökohta voi olla joko se, että a) syyttäjätaho (virallinen syyttäjä tai asianomistaja) kantaa riskin siitä, että hänen vetoamansa todistusaineisto täyttää lain vaatimukset. Pelkkä puolustuksen väite ei toisaalta saata aina riittää siihen, että todiste tulisi suljetuksi pois oikeudenkäyntiaineistosta: periaatteessa muutoin kaikki syytteet voitaisiin kaataa perusteettomilla väitteillä. Toisaalta lähtökohta voi olla myös se, että b) virheeseen vetoavan eli käytännössä puolustuksen tulee näyttää virhe toteen. Viimeksi mainittukin näkemys on mielestäni mahdollinen, koska kyse ei ole suoraan

³⁸¹ Ks. *Lappalainen* 1986a s. 413–414. Vastaavasti *Roxin* 1998 s. 184 esim. tilanteesta, jossa puolustus ei ole vedonnut hyödyntämiskieltoon ETL 29 §:n mukaisten epäillyn informointioikeuksien laiminlyönnin johdosta. Ks. myös *Hallberg* 1999c s. 717 ss. siitä, että perusoikeuksien huomioiminen tuomioistuimessa ei ole riippuvainen siitä, onko niihin vedottu vai ei.

³⁸² Näin *Saraviita* 1999a s. 895 ja *Saraviita* 1999b s. 242.

³⁸³ Osana suomalaista hyvää asianajajatapaa Euroopan Unionin Asianajajien Tapaohjeiden (EUTO) 1.1 kohdassa lausutaan, että asianajajan tulee toiminnallaan tukea mm. hänen puolustettavakseen uskottujen kansalaisoikeuksien toteutumiseen tähtääviä pyrkimyksiä. Ks. esim. *Kivikari – Tarkka* 2000 s. 542. Ks. myös *Virolainen* 1998 s. 175 asianajajan aktiivisesta oikeusturvan toteuttamistehtävästä.

pääasian ratkaisemisesta (rikokseen syylistymisestä), jonka osalta todistustaakan tulee kuulua yksinomaan syyttäjälle. Puolustuksen todistustaakka ei toisaalta saa olla niin 'ankara', että hyödyntämiskielton asettaminen rajautuu vain marginaali-ilmiöksi. Hyödyntämiskieltojen asettamisen tulee olla todistustaakankin puolesta realistisesti mahdollista paitsi puolustuksen oikeuksien suojelemiseksi, myös oikeusjärjestelmän yleisempienkin intressien vuoksi.

Todistamis- ja hyödyntämiskielto kysymyksissä todistustaakan kategorinen langettaminen joko syyttäjälle tai puolustukselle voi kuitenkin olla yleisesti ottaen ongelmallista. Myöskään erilaisilla välittävillä ratkaisuilla (esim. siten, että todistustaakka absoluuttisten todistamiskieltojen esille tultua olisi syyttäjällä ja muutoin puolustuksella) ei todistustaakka-ongelmaa voida välttämättä tyydyttävällä tavalla ratkaista. Todisteen hyväksymisen kysymyksissä ratkaisut lienee käytännössä tehtävä kiinteitä todistustaakkasääntöjä 'vapaammin' – tosiasialliset näyttömahdollisuudet kustakin relevantista seikasta voivat nähdäkseni perustella sen, kenelle tuomioistuim viime kädessä suuntaa seikkaa koskevat kysymyksensä.

Hyödyntämiskieltoharkinnassa *in dubio pro reo* -säännön täytyy joka tapauksessa olla keskeisessä asemassa. Hyödyntämiskielto voidaan asettaa, jos tuomioistuimen mielestä virhe on siinä määrin todennettu ja olennainen, että todisteen hyväksyminen voisi johtaa todistamiskielton rikkomiseen ja/tai menettelyn epäoikeudenmukaisuuteen. Punnintaratkaisu voi siten olla avoin myös todistustaakkansa ja 'selvittämis- ja näyttökynnyksensä' puolesta. Ainakin nimennomaisen todistamiskielton tilanteessa voinee lähtökohta kuitenkin olla, että näyttöä virheellisen menettelyn kausaalista vaikutuksesta menettelyn oikeudenmukaisuudelle ei tule edellyttää yhtä paljon kuin oikeudenloukkauksen tapahtumisesta sinänsä: jos todistamiskielton rikkominen on riittävästi näytetty toteen, tulisi kausaalivaikutus lähinnä presumoida.³⁸⁴ Absoluuttisten todistamiskieltojen tai muiden ehdottomasti suojeltavien intressien kohdalla näyttöä kausaalivaikutuksesta ei tarvittane lainkaan – riittävää hyödyntämiskielton asettamisvelvollisuudelle on, että oikeudenloukkaus on itsessään näytetty tapahtuneeksi (tai tapahtuvaksi, jos todistetta ei vielä ole otettu vastaan).

4.4 KOOTUSTI HYÖDYNTÄMISKIELLOISTA

I Rikosasian oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta tulee tarkastella kokonaisuutena, eli niin esitutkinnassa kuin pääkäsittelyssäkin tapahtunut virhe – esimerkiksi todistamiskieltojen vastainen menettely – voi vaikuttaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen.³⁸⁵ Oikeudenmukaisen menettelyn turvaami-

³⁸⁴ Ks. lähemmin *Eisenberg* 1993 s. 127–128, *Eisenberg* 1999 s. 185 s. ja *Dencker* 1977 s. 135–140.

³⁸⁵ Samansuuntaisesti esim. *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 63.

nen on nähtävissä vastapainona rikosprosessin rinnakkaisen tehtävän/tavoitteen suorittamiselle eli konfliktien ratkaisulle ja rikosvastuun toteuttamiselle. Rikoslain soveltamis- ja täytäntöönpanomekanismeista säättävät menettelysäännökset kokonaisuutena muovaavat rikosoikeudenkäyntimenettelyn. Menettelysäännökset rajaavat ja rajoittavat viranomaisten toimimismahdollisuuksia ja ilmentävät demokraattisessa yhteiskunnassa lainsäätäjän kautta kanavoituvia yhteiskunnallisia arvovalintoja ja vaatimuksia, joita rikosprosessille asetetaan.

Tuomioistuimen tulee reagoida paitsi oikeudenkäynnin aikana tapahtuviin, tiettyssä määrin myös aikaisemmissa prosessin vaiheissa tapahtuneisiin oikeudenmukaista menettelyä vaarantaviin tekijöihin. Viimeksi mainitussa tilanteessa hyödyntämiskieltojen kannalta relevanttina tausta-ajatuksena voidaan pitää sitä, että *jos menettely on kielletty esitutkinnassa, tulee sen olla kielletty myös pääkäsittelyssä*.³⁸⁶ Vastaavalla tavalla kuin tiettyjen intressien (kuten lähiomaisuusojan tai itsekriminointisuojaan) loukkaus esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä voi johtaa mm. tiettyä seikkaa koskevaan kyselykieltoon, vapaan kerronnan rajoittamiseen (näin ainakin vaitiolovelvollisuuden ja absoluuttisten todistusteemakieltojen tapauksessa) ja kieltoon soveltaa OK 17:32.2:ia kertomuksen muuttumistilanteissa, voivat tietyt esitutkinnan oikeusturvatakeiden vastaiset menettelyt (kuten ETL 24 tai 29 §:n vakavat loukkaukset) johtaa vastaaviin kieltoihin ja rajoituksiin pääkäsittelyn henkilötodistelussa.

II Kaavamaiseen muotoon tiivistettynä ja todistamiskieltojen kannalta relevantteihin säännöksiin huomio kiinnittäen edellä hyödyntämiskielto-olettamasta sekä 'itsenäisestä' hyödyntämiskieltopunninnasta sanottua voi kuvata seuraavalla tavalla:

EPÄITSENÄISET HYÖDYNTÄMISKIELLOT

- 1) ABSOLUUTTISET TODISTAMISKIELLOT = AUTOMAATTINEN JA ABSOLUUTTINEN HYÖDYNTÄMISKIELTO
 - a) OK 17:20: vastoin tahtoansa *älkөөn* kuitenkaan *todistamaan vaadittako* sitä, joka on tai on ollut naimisissa... (absoluuttinen ilman suostumusta),
 - b) OK 17:22: tasavallan presidenttiä *älkөөn kutsuttako* todistajaksi,
 - c) OK 17:23.1,1 k: todistaa *ei saa* virkamies... siitä, mitä hänen tässä toimessaan on salassa pidettävä,
 - d) OK 17:23.1,2 k: todistaa *ei saa*: kukaan siitä, mitä valtakunnan turvallisuuden... vuoksi on salassa pidettävä,
 - e) OK 17:23.1,4 k (ja 3 momentti): todistaa *ei saa*... syytetyn oikeuden-

³⁸⁶ Todistelurajoitusten yhdenmukaisuutta esitutkinta- ja pääkäsittelyvaiheissa korostavat myös Helminen ym. 2002 s. 332.

- käyntiavustaja siitä, mitä päämies on hänelle asian ajamista varten uskonut, ellei päämies todistamiseen suostu (absoluuttinen ilman suostumusta),³⁸⁷
- f) OK 17:24: todistaja *saa kieltäytyä* kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, jos hän ei voisi sitä tehdä saattamatta syytteen vaa-raan... (absoluuttinen ilman suostumusta),
 - g) PKL 5a:10 / Pol 31 d §: kuuntelua *ei saa* kohdistaa epäillyn ja hänen oikeudenkäyntiavustajansa tai epäillyn ja OK 17 luvun 23 §:n 2 mo-mentissa tarkoitetun papin välisiin keskusteluihin,
 - h) KirkkoL 5:2.2 (ja 6:12): kun pappia kuulustellaan todistajana, hän *ei saa ilmaista* sitä, mitä yksityisessä ripissä tai sielunhoidossa on hänelle uskottu; OrtodL 43 §: jos pappi kutsutaan todistajaksi, *älkөөn hän ilmaisko* sitä, mitä synnintunnustuksessa tai muutoin sielunhoidossa on hänelle uskottu,
 - i) OikApuL 27.2 §: *on noudatettava*,... mitä... oikeusapua antaneen val-tion asettamissa ehdoissa on määrätty salassapidosta, vaitiolovelvolli-suudesta, tietojen käytön rajoituksista taikka..., ja
 - j) YK:n kidutussopimus 15 art: jokainen sopimusvaltio huolehtii siitä, *ettei mitään* lausuntoa, joka todetaan saadun kidutuksella, *käytetä todisteena* oikeudellisessa menettelyssä, paitsi kidutuksesta syytettyä vastaan todisteena siitä, että sellainen lausuma on annettu.
- 2A) RIKOKSEN ”YLITÖRKEYTEEN” SITOTUT RELATIIVISET TODISTAMISKIELLOT = VAHVA HYÖDYNTÄMISKIELTO-OLETTAMA SILLOIN, KUN RIKOS EI YLITÖRKEÄ
- a) PKL 4:2: rikoksesta epäillyn tai häneen OK 17 luvun 20 §:ssä tarkoite-tussa suhteessa (lähiomaiset) olevan henkilön hallusta *ei saa* takavari-koida todisteena käytettäväksi asiakirjaa, joka sisältää... Tällaisen asiakirjan *saa kuitenkin* takavarikoida, jos rikoksesta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta,
 - b) PKL 5a:10 (2. lause) / PolL 31d §: Telekuuntelua ja teknistä kuuntelua *ei myöskään saa* kohdistaa (lähiomaisiin, lääkäriin/apteekkariin/käti-löön tai lähdesuojaan oikeutettuihin)... *ellei* esitutkinta koske rikosta, josta saattaa seurata kuusi vuotta vankeutta...,
 - c) OK 17:23 (muilta osin eli 1 momentin 3 k [ja ’asiamiehen’ osalta 4 k + 3 momentti]): todistaa *ei saa*: lääkäri, apteekkari, kätilö tahi heidän apulaisensa eikä muu kuin syytetyn oikeudenkäyntiavustaja tai -asia-mies, *ellei* se, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty (tai pää-mies), todistamiseen suostu. 3 mom.: *säännösten estämättä voidaan...* velvoittaa todistamaan asiassa, jossa virallinen syyttäjä ajaa syytetä

³⁸⁷ 3 momentissa mainitaan ainoastaan *oikeudenkäyntiavustaja* absoluuttista todistamiskielto-suojaa nauttivana henkilötahona – selvää kuitenkin on, että myös 1 momentin 4 kohdassa mainitulle oikeudenkäyntiasiamiehelle tulee vastaava absoluuttinen suoja myöntää (ks. termino-logiasta s. 184 av. 15). *Tirkkonen* 1972 s. 252 selittää ’asiamiehen’ puuttumisen lakitekstistä sillä, että kyseen ollessa tarkoitusta (ylitörkeästä rikoksesta, ei syytetty käytännössä voi turvautua ’vain’ asiamieheen, vaan hänellä on välttämättä oltava nimenomaan avustaja (ROL 2:1:n puolus-taja tarkoittaa juuri oikeudenkäyntiavustajaa). Ks. myös *Virolainen* 1998 s. 402 s. ”asian ajami-sen” käsitteen tulkinnasta.

rikoksesta, mistä saattaa seurata... vankeutta kuusi vuotta tai ankarampi rangaistus.³⁸⁸

- 2B) YKSITTÄISTAPAUKSITTAIN ARVIOITAVAT TODISTAMISKIELLOT = LÄHTÖKOHTAISESTI AVOIN HYÖDYNTÄMISKIELTOPUNNINTA
- d) ETL 24 §: tunnustuksen tai määrättyyn suuntaan käyvän lausuman saamiseksi kuulusteltavalta *ei saa käyttää* tietoisesti... taikka muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja, ja
- e) ETL 29 §: ennen kuulustelua epäilylle on ilmoitettava, mistä teosta häntä epäillään. Epäilylle on ennen kuulustelua myös tehtävä selkoa oikeudesta käyttää avustajaa esitutkinnassa.
- 2C) MUUT RELATIIVISET TODISTAMISKIELLOT = SÄÄNNÖSTEN RIKKOMISESTA HYÖDYNTÄMISKIELTO-OLETTAMA
- f) OK 1:7: tuomarinvala ”Minä en myöskään ennen tuomion julistamista enkä sen jälestä ilmaise oikeutta käyville enkä muille niitä neuvotteluita, joita Oikeus suljettujen ovien takana pitää”,
- g) PKL 6:4: henkilötuntemerkkejä *ei saa käyttää* muun kuin tutkittavan rikoksen selvittämiseksi,
- h) esitutinnan sallittua sisältöä koskevat ’kirjaamissäännöt’ (ks. jakso 4.3.1), ja
- i) OK 17:32:2 (osittain): todistajan aikaisemmin oikeudelle tai viralliselle syyttäjälle tahi poliisiviranomaiselle antama kertomus *luettakoon* todistajaa kuulusteltaessa *vain silloin, kun...*

ITSENÄISET HYÖDYNTÄMISKIELLOT

- Perusoikeusmyönteinen punnintamalli aina menettelyllä aiheutetun epäsuhtaiseksi katsottavan perus- tai ihmisoikeusrajoituksen tai -loukkauksen tapauksessa (PL 21 §).
- Erityisesti hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksen tilanteissa sekä yksityishenkilön yksityiselämän suojaan puuttuvien toimenpiteiden arvioinnissa.
- Lähtökohtaisesti ’tasapainoinen’ punninta.
- Punnintakriteereinä mm.: rikoksen selvittämisentressin painavuus, oikeudenloukkauksen laatu ja laajuus, oikeudenloukkauksen korjaamiskelpoisuus, esitutkintaviranomaisten menettelyn tahallisuus, todisteen merkitys, syytetyn mielipide (ja etäisvaikutuksen arvioinnissa ns. inevitable discovery).

³⁸⁸ Lääkärin ja muiden OK 17:23.1:n 3 kohdassa tarkoitettujen vaitiolovelvollisuus väistyy ylitörkeiden rikosten ohella myös tilanteessa, kun po. henkilöt ovat suorittaneet syytetyn mielen-tilatutkimuksen OK 17:45:n ja mielenterveyslain (1116/1990) mukaisesti. Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 248 i.f.

Absoluuttiset todistamiskiellot tarkoittavat siis samalla tilannetta, jossa todistamiskiellon rikkomisen *suorana seurauksena on todisteen hyödyntämiskielto*. Absoluuttinen todistamiskielto perustuu laissa tai muussa normistossa nimenomaisesti ja ehdottoman velvoittavasti ilmaistuun *kieltoon, joka ei jätä tuomioistuimelle omaa harkintavaltaa*. Jotkut todistamiskiellot ovat voimassa täysin poikkeuksetta: tällaisia ovat siis rippisalaisuus, valtakunnan turvallisuuden suoja (valtion etuihin liittyy myös tasavallan presidentin absoluuttinen vaitioloukisuus) sekä epäillyn ja tämän oikeudenkäyntiavustajan (ja -asiamiehen) välisen keskusteluiden luottamuksellisuuden suoja. Nähdäkseni epäillyn tai syytetyn lähiomaisen vaikenemisoikeutta sekä *nemo tenetur se ipsum accusare* oikeuksia on myös pidettävä (henkilön oman disponoinnin perusteella) absoluuttisina kyseen ollessa keskeisistä oikeusturvasääntelyistä, joilla on välitön ja vahva liittymä rikosprosessin ”ydinarvoina” suojeltavien perusoikeuksien suojelutehtävään.

Relatiivistenkin todistamiskieltojen tapauksissa voi tosin olla kyse tilanteesta, jossa todistamiskiellon (sanamuodon mukainen) aktualisoituminen ei ole riippuvainen tuomioistuimen omasta päätöksestä. Esimerkiksi ns. ylitörkeys-kriteerillä relatiiviseksi luokitellut todistamiskiellot – näitä ovat asiakirjan takavarikkoa koskeva sääntely, PKL:n ja PolL:n kuuntelukiellot muilta kuin edellä mainituilta osin ja OK 17:23:n muut vaitiolovelvollisuustilanteet – eivät jätä soveltuvuudestaan harkintavaltaa tuomioistuimelle: sanamuotonsa puolesta todistamiskiellot ovat absoluuttisia, jos kyseessä ei ole ylitörkeä rikos. Mielestäni kuitenkin se seikka, että kyseisissä tilanteissa lainsäädännössä ylipäättänsä on pidetty poikkeamaa (ei-ehdottomasta) kiellosta mahdollisena, puhuisi sen puolesta, että mainittuja todistamiskieltoja ei välttämättä voitaisi yhtä selväpiirteisesti samaistaa automaattiseen hyödyntämiskieltoon. Koska kyse kuitenkin on nimenomaisista lainsäädännössä ilmaistuista – ja varsin objektiivisin kriteerein ratkaistavista – kieltotilanteista, tulisi kiellonvastaisen menettelyn kuitenkin johtaa erityisen vahvaan *hyödyntämiskielto-olettamaan*.

Hyödyntämiskiellon perusteltavuus voi näyttäytyä toisenlaisena, jos todistamiskiellon soveltumista ei voida ratkaista yhtä yksiselitteisin kriteerein kuin edellä. Esimerkiksi ETL 24 §:n rikkomisen on aina ”enemmän tai vähemmän tilanne”, jonka toteen näyttämiseksi voi olla suuria käytännöllisiä vaikeuksia. Samoin ETL 29 §:n vastaisen menettelyn tosiasiallinen merkitys menettelyn oikeudenmukaisuudelle tulee aina arvioida tapauskohtaisesti. Mainittujen menettelynormien noudattamisen arviointiin liittyy siis jo ”sisäänrakennetusti” arvostava elementti: pelkästään sen toteaminen, onko tapauksessa todella menetetty kiellon tai määräysten vastaisesti, voi olla problemaattista. Mahdollisesti vahvistetusta virheestä johtuvien oikeusseuraamusten vahvistaminen on vielä erillinen prosessinsa, koska kaikki menettelyvirheet eivät voi olla niin vakavia, että niistä tulisi tai voisi seurata todisteen hyödyntämiskieltoa. Sääntelyfunktion sisältyvien intressien ja oikeuksien tehokas suojele kuitenkin selvästi

edellyttää, että epäsuhtaisissa virhetilanteissa loukkaus voidaan vielä neutralisoida yksittäistapauksellinen hyödyntämiskielto asettamalla.

Itsenäisten hyödyntämiskieltojen punninta on kaikkein avoiminta siinä mielessä, että harkinnan lähtökohdaksi ei välttämättä löydy sellaisia nimenomaisesti käsiteltävänä olevaa tilannetta koskevia menettelysääntöjä, joiden rikkomisesta olisi kyse. Harkinta on myös sikäli 'tasapainoista', että punninnassa kumpaakaan vaihtoehtoa ei lähtökohtaisesti preferoida toisen edelle, toisin kuin hyödyntämiskielto-olettaman tapauksessa. Itsenäisten hyödyntämiskieltojen punnintakriteereitä voidaan soveltaa myös hyödyntämiskielto-olettaman mahdollisesti edellyttämässä punnintatilanteessa.

5 Esitutinnan ja asianosaisten rooliasemien merkitys vuorokuulustelulle

5.1 ESITUTKINTA VUOROKUULUSTELUN POHJANA

ETL 5.2 §:n mukaan esitutkinnassa asia on valmisteltava siten, että todistelu voidaan pääkäsittelyssä ottaa vastaan yhdellä kertaa. Esitutkintakuulusteluilla ja erityisesti niistä laadituilla pöytäkirjoilla onkin suuri vaikutus paitsi syyteharkinnalle, myös tuomioistuinkuulusteluiden valmistelulle ja suorittamiselle. Kuulustelupöytäkirjat saattavat myös tulla OK 17:32.2:n tilanteissa suoraan sovellettaviksi todistuskeinoiksi¹ (mm. tähän liittyviä todistamis- ja hyödyntämiskieltokysymyksiä tarkasteltiin edellisessä luvussa). Esitutkintaselvitys voi vaikuttaa tuomioistuimessa suoritettavaan henkilötodisteluun myös välillisenä taustatietona, jos tuomioistuimen puheenjohtaja on tutustunut aineistoon ennen pääkäsittelyä. Sanotuista syistä esitutkintakuulusteluista ja pöytäkirjan laatimisesta koskevia seikkoja on perusteltua käsitellä vielä lähemmin yleisenä taustatekijänä tuomioistuinkuulusteluille.

Toisena asiaryhmänä tässä viidennessä luvussa tutkitaan yleisiä vuorokuulustelujärjestelmää justifyoivia seikkoja sekä menettelyn soveltuvuutta ja suhdetta muihin rikosoikeudenkäynnin tavoitteisiin. Pääsääntöinen kuulemisjärjestys on luonnollisesti myös ensin selvítettävä, ennen kuin siirrytään lähempään kuulustelun suorittamisen analysointiin (6. ja 7. luku). Virallisen syyttäjän ja puolustusasianajajan roolit vuorokuulustelumenettelyssä ovat myös keskeisiä henkilötodistelun suorittamista selittäviä tekijöitä. Rooliasemaan kuuluvina seikkoina pyritään mm. valottamaan näiden asianosaistahojen pääasiallisia velvollisuuksia sekä toimintavapautta rajoittavia tekijöitä.

5.1.1 Yleistä esitutkintakuulusteluista

I Esitutkintakuulusteluista ei ole Suomessa kovinkaan paljoa tutkittu. Joidenkin juridisten esitysten ohella Karstisen viestintätieteen alan kuuluva väitöskirja *Keskustelusta pöytäkirjaksi* (1998) kuuluu alan keskeiseen kirjallisuuteen.

¹ Ks. *Helminen ym.* 2002 s. 237 ja *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 4 (jossa on tosin se virheellisyys, että siinä todetaan OK 17:32.2:n perusteella luettavan olevan kirjallinen todiste). Ks. esitutkintapöytäkirjasta luettavan todistelullisesta 'luonteesta' edellä jaksossa 4.3.2 (II) s. 254 esitettyä.

Karstinen on tuottanut arvokasta tietoa poliisin kuulustelukäytännöistä empiiristen observointien sekä poliisien ja rikoksesta epäiltynä kuulusteltujen haastattelujen kautta.²

Esitutkintavaiheessa rikosten selvittämistä varten yleensä katsotaan olevan epäillyn oikeusturvaintressejä suurempi merkitys, mikä lyö leimansa esitutkinnassa suoritettaviin kuulusteluihin.³ Esitutkintamenettelyä ei olekaan tarkoituksenmukaista sitoa liian jäykällä normeilla. Esitutkintakuulusteluissa luonteenomaisena ja tuomioistuinkuulusteluista erottavana piirteenä on, ettei läsnä ole ”kolmatta osapuolta” eli tuomitsevaa tai kuulustelua välittömästi arvioivaa tahoa. Esitutkintakuulustelun tavoitteena ei siten ole välittömien vaikutelmien aikaansaaminen kolmannelle taholle. Esitutkintavaiheen kuulusteluiden lähtökohta onkin erilainen kuin tuomioistuimessa. Esitutkintakuulustelut tähtäävät vain tiettyjen relevanttien tosiseikkojen olemassaolosta varmistumiseen tai vaihtoehtoisesti näiden tosiseikkojen poissulkemiseen. Kuulusteluihin saataan myös joutua lähtemään epätietoisuuden vallitessa, koska kuulusteluhypoteesit eivät välttämättä ole yhtä täsmennyneitä kuin tuomioistuinvaiheessa. Kuulustelijan lähtökohta esitutkinnassa onkin usein ’tunnusteleva’. Näkökulma on myös taaksepäin suuntautunut: kuulusteluiden tarkoituksena on saada selvitys- tai jostain tapahtuneesta tai tapahtuneeksi väitetystä rikollisesta teosta.

Tuomioistuinkuulusteluissa kuulustelua suorittavat tahot tähtäävät kuulusteltavan näkökulmasta katsottuna enemmän tiettyyn nimenomaiseen tavoitteeseen eli syytteen hyväksymiseen tai hylkäämiseen syytteen teonkuvauksen tai puolustuksen tapahtumainkulkuversion mukaisten teemojen puitteissa.⁴ Ennen kaikkea tuomioistuimen prosessinjohtolliset tehtävät takaavat sen, että kuulusteltavan oikeusturvasta huolehditaan tuomioistuinkuulusteluissa – ainakin periaatteessa – tehokkaammin kuin esitutkinnassa. Erityisesti oikeudenkäymiskäärin vuorokuulustelusääntely ja tuomarin muodollinen ja materiaallinen prosessinjohto synnyttää sen eron, että johdatteleviin ja sopimattomiin kysymyksiin voidaan tehokkaasti puuttua, ja ylipäätensä taata asianmukaisempi kuulustelu kuin esitutkinnassa. Tuomioistuinkuulustelut eroavat esitutkintakuulusteluista

² Varsinaisesti esitutkintakuulusteluista koskevia tutkimuksia on tehty Suomessa tietyistä vain kaksi: klassinen *Leche – Hagelberg: Kuulustelut rikosasioissa* (1947) sekä uudempi *Ellonen, Karstinen ja Nykänen: Kuulustelutaktiikka* (1996). Tämän tutkimuksen sivumäärän puitteissa ei ole mahdollista syvemmin paneutua esitutkintakuulusteluiden käytännöllis-taktiseen puoleen. Tämän osalta viitattakoon edellisten lisäksi vain seuraavaan kirjallisuuteen: *Helminen ym.* 2002 s. 276 ss., *Eisenberg* 1993 s. 77–84 ja (passim.): *Inbau – Reid* 1967, *Memon* 1998, *Vrij* 1998, *Inman* 1981 ja *MacHovec* 1989.

³ Ks. *Jonkka* 1993 s. 299 ja *Lohse* 1999 s. 1016. Myös *Robberstad* 1999 s. 137 ja *Helminen ym.* 2002 s. 20–21 toteavat esitutkinnan olevan luonteeltaan inkvisitorisempaa kuin pääkäsittely, jolle puolestaan on leimallista asianosaisten aktiviteetin korostuminen.

⁴ Ks. myös *Helminen ym.* 2002 s. 334: ”... on esitutkinnan ja oikeudenkäynnin välinen työnjako todistelussa muodostunut käytännössä sellaiseksi, että esitutkinnassa todistusaineisto kerätään ja järjestellään, kun taas tuomioistuimessa arvioidaan todistusaineiston arvo näyttönä.”

myös siinä, että syytetyllä on useimmiten – erityisesti 1.6.2002 voimaan tulleen oikeusapu-uudistuksen jälkeen⁵ – puolustaja apunaan.

Kaikkien *esitutkintakuulusteluiden päätavoitteena* tulee pitää *tiedon saamista mahdollisimman monesta tutkittavaan asiaan liittyvästä (objektiivisesta) tosiseikasta*. Myös subjektiivisista näkemyksistä voi olla hyötyä tapahtumainkulun selvittämisessä. Rikoksesta epäillyn kuulustelussa edellä mainitun rinnalla kulkee rikoksen tunnustamisen tavoite.⁶ Tosiasiatietojen runsas selvittäminen palvelee kyseisen rikoksen selvittämistä suoraan – koska relevanteista seikoista laaditaan esitutkintapöytäkirja –, mutta myös epäsuorasti, jos tietoon saadut seikat edesauttavat tutkinnan edelleensuuntaamisessa tai jatkamisessa. Rikostutkinnallisen näkökulman ohella esitutkintakuulusteluilla tulee nähdä myös epäillyn suojaksi vaikuttava oikeusturvafunktio: laillisissa muodoissa etenevä kuulustelu suojaa epäiltyä epäasiallisilta menettelyiltä.⁷

Poliisi mieltää esitutkintakuulusteluilla olevan kuulustelupöytäkirjan tuottamisen ja asian selvittämisen lisäksi myös ainakin kolmenlaisia sivufunktioita: supportiivisuuden, opastamisen ja myönteisen poliisikuvan synnyttämisen. Supportiivisuus tarkoittaa tiedollisen tai tunneperäisen avun tarjoamista kuulusteltavalle. Tunneperäistä apua voi antaa sekä verbaalisesti että ei-verbaalisesti. Tarkoituksena on tukea kuulusteltavan elämänhallinnan ja selviytymisen tunteen kasvamista sekä tarjota mahdollisuus tunnustaa rikoksensa ja purkaa mieltään. Opastaminen ilmenee mm. asianomistajalle annettavina ennaltaehkäisevinä neuvoina tai suojautumisvihjeinä sekä jossain määrin myös rikoksesta epäillyn kasvatuksellisenä ohjauksena. Poliisin kannalta positiivisen kuvan synnyttäminen voi olla tarpeen mm. jatkon mahdolliselle ”yhteistyölle” saman epäillyn kanssa.⁸

Syyttäjien läsnäolo asianosaisten ja todistajien esitutkintakuulusteluissa (ETL 32.2 §) on varsin vähäistä, vaikka läsnäolo mahdollistaisi välittömyysperiaatteen toteutumisen myös syyteharkinnassa.⁹ Myös puolustusasianajajan tai muun oikeudellisen *avustajan läsnäololla* esitutkintakuulustelussa (ETL 29.2 ja 32.1 §) on positiivisia vaikutuksia. Puolustaja voi edesauttaa monipuolisemman selvityksen saamista ja aikaansaada keskustelua myös rikosepäilylle vaihtoehtoisista tapahtumainkulkuvaihtoehtoista. Lisäksi puolustajan läsnäolo on jo sinällään omiaan ehkäisemään kiellettyjen kuulustelumetodien käyttöä ja muiden epäasiallisten epäillyn painostustekniikoiden käyttöä.¹⁰

⁵ Ks. HE 82/2001 vp.

⁶ Ks. Karstinen 1998 s. 21 ja Eisenberg 1993 s. 82–83: Tunnustusta ei pidä (yksinomaisesti) tavoitella, jos esitutkintaviranomainen ei voi lähteä yksiselitteisistä tosiseikoista, eli kun vaihtoehdoisen hypoteesin mahdollisuus on varteenotettava.

⁷ Ks. Eisenberg 1993 s. 52.

⁸ Ks. Karstinen 1998 s. 71 ss. ja Jönsson 1988 s. 13.

⁹ Ks. Virolainen 1998 s. 39 av. 2 ja 277, Helminen 1992 s. 100 ja 102 ja Helminen ym. 2002 s. 284 ja 316–317.

¹⁰ Ks. Lundqvist 1998 s. 238 ja Lehtimaja 1978a s. 449.

II Esitutkintakuulustelut vaikuttavat rikosprosessin jatkoon merkittävällä tavalla, koska esim. myöhemmin oikeudessa annettava lausunto voi mukautua sen mukaan, mitä kuulusteltava on poliisille ensimmäisessä kuulustelussa ker-tonut (esitutkintakuulustelu ohjaa henkilön muistikuvia, minkä lisäksi kuulus-telussa tehtävät kysymykset pääkäsittelyssä usein tehdään pitkälti esitutkinta-pöytäkirjan perusteella).¹¹ Esitutkintakuulustelussa tehdyt virheet saattavatkin kertautua koko prosessin läpi.¹² Siksi olisi suotavaa, että esitutkintapöytäkirjas-ta kävisi ilmi, mitä kysymyksiä ja millä tavalla henkilölle on esitetty. Aineelli-sen totuuden tavoittelun kannalta on myös selvää, että poliisin tulisi kuulustella ihmisiä mahdollisimman pian tapahtumien jälkeen, koska muistikuvat ovat tuolloin vielä tuoreita. Kuulusteluihin liittyy kuitenkin joka tapauksessa tiettyjä riskitekijöitä, jotka tulisi tiedostaa. Erityisesti esitutkintapöytäkirjan kanssa ehkä eniten tekemisiin joutuvan virallisen syyttäjän tulee suhtautua avoimen objektiivisesti pöytäkirjasta ilmeneviin tietoihin.

Esitutkintakuulustelussa – kuten muissakin kuulusteluissa – kuulustelijalla saattaa olla jonkinlainen *etukäteiskäsitys* asiasta ja kuulusteltavasta henkilöstä, joiden mukaan kysymykset jossain määrin muotoutuvat. Kuulustelija helposti kiinnittää huomiota seikkoihin, jotka tukevat tämän omaa hypoteesia. Voima-kastahtoinen ja itsevarma kuulustelija saattaa jopa onnistua muuttamaan kuu-lusteltavan antamaa kertomusta, jos johdattelulle altis tai muuten taipuvainen henkilö saadaan hyväksymään jokin kuulustelijan esittämä 'fakta'. Vääristymiä voi syntyä myös, kun kuulustelija tulkitsee ja pöytäkirjaa kertomusta, koska kuulustelijalla saattaa tässäkin vaiheessa olla intressinä löytää esille tulleesta nimenomaan vahvistusta omalle hypoteesilleen.¹³ On kuitenkin tärkeää, että esitutkintaviranomainen toimii objektiivisuusperiaatteen mukaisesti eikä esi-merkiksi sitoudu liian nopeasti ja/tai liian vähäisin perustein yhteen tutkintahy-poteesiin. Tehokas rikostutkinta tosin edellyttää monesti, ettei kaikkia mahdol-lisuuksia voida pitää avoinna kovin pitkää aikaa, vaan jossain – kenties suhteel-lisen varhaisessakin rikostutkinnan vaiheessa – tutkintatoimia ja -tuloksia jou-dutaan arvioimaan tietyn päähypoteesin valossa.¹⁴

Itse kuulustelutilanne on useimmille kuulusteltaville ainakin outo, ellei jopa ahdistava, mikä voi johtaa epävarmuuteen ja kommunikointiongelmiin. Raken-teeltaan esitutkinnan kuulustelutilanne onkin 'epätasapainoinen', koska kuu-lustelija voi mm. määrätä etenemistahdin ja hänen tukenaan on erityisasian-tuntemusta sekä erilaisten pakkokeinojen käyttömahdollisuus. Jollain tasolla

¹¹ Näin *Ellonen ym.* 1996 s. 88 ja *Smith* 1986 s. 91 s. ja 203.

¹² Ks. esim. *SOU* 1982:26 s. 250.

¹³ Ks. *Trankell* 1972 s. 25–26, *Nack* 2000 s. 245, *Heaton-Armstrong – Wolchover* 1999 s. 227 ja *Smith* 1986 s. 261.

¹⁴ Ks. kuitenkin *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 18 epäillyn kuulustelusta: ”Kuulus-telun yhteydessä on selvitetävä myös mahdolliset vaihtoehtoiset rikoksen tunnusmerkit.” Ks. myös *Shepherd – Milne* 1999 s. 125– 127, *Smith* 1986 s. 326 ja *Eisenberg* 1993 s. 61.

kyse on ”pakkokommunikaatiosta”.¹⁵ Jo tähän liittyy väärinkäsityksen mahdollisuus: häiritsevästä olosuhteista johtuva epävarmuus saatetaan virheellisesti tulkita henkilön epäluotettavuudeksi.¹⁶ Keskusteleva ja epämuodollinen menetelmä olisikin yleisesti ottaen suositeltavaa.¹⁷

Myös *kuulustelutilan* tulisi olla sellainen, että kuulusteltava henkilö mahdollisimman hyvin pystyisi keskittymään tapahtumien mieleenpalauttamiseen. Yhtäältä kuulusteluhuoneen ei tulisi olla liian vahvasti virastomainen, koska kuulusteluilmapiiriä ei paranna, jos huone olemuksellaan jatkuvasti muistuttaa kuulusteltavalle siitä, että hän on tekemisissä poliisin kanssa. Toisaalta huoneessa ei tulisi myöskään olla ylimääräisiä sisustustekijöitä, jotka helpottavat kuulusteltavan huomion pois siirtymistä käsiteltävistä asioista.¹⁸

5.1.2 Menettely alustavassa puhuttelussa ja esitutkintakuulustelussa

Kaikki ETL 5–12 §:ssä mainitut ja lakitekstissä ”yleiset periaatteet” -otsikon alla esitetyt säännökset eivät normiteoreettisesti ole periaatteita, vaan de facto yleisesti esitutkinnassa sovellettavia sääntöjä. Jotkin säännökset sisältävät käsitteitä, jotka vaativat tulkinta-apua oikeusperiaatteista.¹⁹ Lakitekstissä tällaisia periaatetyyppisiä säännöksiä ovat mm. *objektiivisuus (objektiviteetti)periaatteesta* säätävät säännökset (PL 6 ja 21 §, PoL 2.1 § ja ETL 7.1 §). Objektiivisuutta voidaan pitää esitutkinnan keskeisimpänä periaatteena. Objektiivisuutta edellytetään kaikessa esitutkintaviranomaisen toiminnassa, ja objektiivisuusperiaate koskee siten myös todisteiden hankkimista, esim. tasapuolisuutta kuulusteluiden toimittamisessa (ETL 12 §; ks. myös PoL 2.1 §).²⁰

Myös *syyttömyysoletama* (ETL 7.2 §) kuuluu yleisiin esitutkintaperiaatteisiin. *Hienotunteisuusperiaate* (ETL 8.2 §) koskee erityisesti rikoksesta epäiltyä alle 18-vuotiasta henkilöä sekä asianomistajan kohtelua. *Vähimmän haitan periaate* tai *suhteellisuusperiaate* (ETL 8.1 §; PKL 7:1a; PoL 2.2) edellyttää etuvertailua toimenpiteellä tavoiteltavan päämäärän ja aiheutettavien haittojen välillä eli toimenpiteen tarkoituksen ja keinon oikeasuhtaisuutta.²¹ Luonnollisesti myös *joutuisuusperiaate* (ETL 6 §, VVL 14.1 §) velvoittaa poliisia. Laissa esitutkintaperiaatteina mainitaan myös velvollisuus ilmoittaa viivytyksettä hen-

¹⁵ Ks. Ellonen ym. 1996 s. 54 ja Lie 2002 s. 21.

¹⁶ Klami 1991a s. 371.

¹⁷ Klami 1991a s. 372. Ks. myös Ellonen ym. 1996 s. 57.

¹⁸ Ks. Inbau – Reid 1967 s. 11.

¹⁹ Näin Frände 1999 s. 24, samoin Tolvanen 2000a s. 302. Lähemmin oikeusperiaatteiden ja sääntöjen käsitteistä ks. edellä jaksossa 2.3.2 esitettyä.

²⁰ Ks. Virolainen 1998 s. 261 s. ja Helminen ym. 2002 s. 110–112. Ks. myös VKSV 2001 s. 14: ”Esitutkinnan on oltava puolueetonta ja objektiivista eikä esitutkintaviranomainen voi asettautua jommankumman pääkäsittelyn osapuolen edustajaksi. Esitutkinnassa ei saa esiintyä osapuoli-ajattelua.”

²¹ Ks. Pölönen 1997a s. 85 ja Helminen ym. 2002 s. 113–116.

kilölle tämän asema esitutkinnassa (ETL 9 §) sekä oikeus avustajan käyttöön (ETL 10 §). ETL:n otsikoinnista huolimatta viimeksi mainitut säännökset (ETL 9 ja 10 §) ovat selvästi sääntöluonteisia.

Esitutkinnassa kuulusteltavien henkilöiden piiri on laaja: muodollis-tekni-
sesti kyseeseen tulee asianomistajan, epäillyn, todistajan, kuultavan tai asian-
tuntijan kuulustelu. Kuulusteluhetkellä kutakin näistä voidaan kutsua yleis-
nimityksellä *kuulusteltava*, kuten ETL 22 §:ssä tehdäänkin.

Alustavan puhuttelun käsitettä ei ole määritelty laissa, käsite vain mainitaan
ETL 38 §:ssä. Alustavalla puhuttelulla ymmärretään yleisesti kuulusteltavan
henkilön kanssa käytävää vapaamuotoista keskustelua, joka suoritetaan ennen
kuin varsinaisiin kuulusteluihin tai muihin tutkintatoimenpiteisiin ryhdytään.
Tarkoituksena on selvittää esitutkinnan aloittamistarve, mahdollisten kuuluste-
luiden tarve sekä määrittää henkilöiden prosessuaalinen asema. Rikoksesta
epäiltyä henkilöä ei tule kuulla vapaamuotoisessa alustavassa puhuttelussa
tilanteen välttämättömästi vaatimaa enempää, vaan mahdollisimman pitkälti
varsinaisessa epäillyn kuulustelussa. Näin kuulusteltavalla epäillyllä ei ole
totuusvelvollisuutta eikä siten myöskään riskiä syyllistyä perättömään lausu-
maan viranomaismenettelyssä (RL 15:2.1:n 2 kohta).²²

Vapaamuotoisuudesta huolimatta myös alustavassa puhuttelussa on nou-
datettava ETL 24.1 §:n ja 27 §:n säännöksiä kielletyistä kuulustelukeinoista
sekä todistajan oikeudesta ja velvollisuudesta kieltäytyä todistamasta.²³ ETL
24 §:n kuulustelumetodikiellon soveltuminen alustaviin puhutteluihin on riid-
datonta. Sen sijaan *vaitiolo-oikeuksien huomioiminen* voi aiheuttaa käytän-
nössä ongelmia. Jotta vaitiolo-oikeuksia käytännössä voitaisiin suojella tar-
koitetulla tavalla, tulee vaitiolo-oikeuden omaavan henkilön luonnollisesti
olla tietoinen oikeudestaan.²⁴ Virallisissa esitutkintakuulusteluissa vaitiolo-
oikeudesta tuleekin ilmoittaa kuulusteltavalle ennen kuulustelun aloittamista
(ETL 29.4 §). Alustavissa puhutteluissa vastaavan ilmoituksen tekeminen ei
kuitenkaan ole aukottomasti mahdollista, koska eri tilannetekijöistä johtuen
henkilön kanssa saatetaan käydä vapaamuotoista keskustelua pitkänkin aikaa
ennen kuin tämän asema vaitioloon oikeutettuna tulee esitutkintaviranomai-

²² Ks. *LaVM 9/1986 vp.* s. 8, *Helminen* 1992 s. 77 s., *Helminen ym.* 2002 s. 231–232, *Lindstedt* 1990 s. 17–18 ja *Virolainen* 1998 s. 306 ja 343.

²³ Ks. *HE 14/1985 vp.* s. 36, *Virolainen* 1998 s. 342 s. ja *Karstinen* 1998 s. 31. Ks. myös *Viljanen*, P. 2001a s. 1015, jonka mukaan todistajalla on alustavassa puhuttelussa sama totuusvelvollisuus kuin varsinaisessakin kuulustelussa, joskin RL 15:2:n rangaistusuhka koskee vain varsinaisia kuulusteluja. Asianomistajalla ei ole (negatiivistakaan) totuusvelvollisuutta alustavissa puhut-
teluissa. Asianomistaja(kin) voi tosin syyllistyä alustavassa puhuttelussa RL 16 luvun 4 §:n 5
kohdassa tarkoitettuun niskoitteluun poliisia vastaan vaikeuttamalla poliisin toimintaa vääriä
tietoja ilmoittamalla (näin *Viljanen*, P. 2001a s. 1019).

²⁴ Ks. *Helminen ym.* 2002 s. 39 ja 117 sekä *HE 14/1985 vp.* s. 36 i.f.: ”Myös 27 §:n säännöksiä
todistajan kieltäytymisoikeudesta ja -velvollisuudesta esitutkinnassa olisi noudatettava alusta-
vissa puhutteluissa. Jos ne koskisivat yksistään kuulusteluja, niiden tarkoitus voitaisiin mitätöidä
kuulemalla tällaisia todistajia vapaamuotoisesti alustavissa puhutteluissa.”

selle selväksi. Se, että poliisi tekisi muodollisen ilmoituksen vaitiolo-oikeudesta siihen oikeutetulle alustavassa puhuttelussa välittömästi seikan tultua ilmi, voidaan nähdä alustavan puhuttelun tarkoituksen vastaisena tai ainakin niiden käytännöllistä toteuttamista hankaloittavana seikkana. Sanotusta huolimatta pidän välttämättömänä, että ilmoitus vaitiolo-oikeudesta kuitenkin tehdään myös alustavassa puhuttelussa.²⁵ Jos ilmoitusvelvollisuutta ei olisi, voisivat esitutkintaviranomaiset vähintäänkin 'epävirallisesti' mitätöidä suojeltavia vaitiolointressejä käyttämällä 'myrkyllisen puun hedelmiä' esim. suuntaamalla tutkintaa uudelleen vihjetietojen asemassa olevia tietoja hyväksikäyttäen. Vaitiolointressien voidaan nimittäin katsoa tulevan loukatuksi myös välillisellä tietojen hyödyntämisellä (ei siis vain siten, että tietoja käytettäisiin suoraan näyttonä esim. kuulopuhetodisteluna).²⁶

Esitutkintakuulusteluista säädetään ETL 22–38 §:ssä sekä EPA 12–18 §:ssä suhteellisen yksityiskohtaisesti, koska kuulustelut nähdään käytännössä merkittävimmäksi rikoksen selvittämiskeinoksi. Kuulusteltavalle ennen kuulustelun aloittamista tehtävistä *ilmoituksista* säädetään useassa esitutkintalain kohdassa. ETL 22.1 §:n mukaan kuulusteltavalle on aina ilmoitettava tämän asema esitutkinnassa. *Kaikille* kuulusteltaville on lisäksi aina ilmoitettava hänen oikeudestaan pyytää paikalle kuulustelutodistaja (ETL 30.2 §). Rikoksesta *epäillylle* on lisäksi ilmoitettava, mistä teosta häntä epäillään (ETL 29.1 §), sekä että hänellä on oikeus käyttää avustajaa esitutkinnassa.²⁷ Epäillylle on myös ilmoitettava, milloin hänelle voidaan määrätä puolustaja viran puolesta (ETL 29.2 §). On korostettava, että rikoksesta epäillyllä on oikeus avustajan käyttöön välittömästi tämän vapaudenriiston alettua (ETL 10 §) – eikä siis vasta ensimmäiseen kuulusteluun siirryttäessä, kuten joltain osin virheellisestä poliisin informointikäytännöstä voisi päätellä. Epäkohtana on pidettävä, että lain mukaan epäillyn vaitiolo-oikeudesta ei ilmoitusta tarvitse tehdä välttämättä misään vaiheessa.²⁸

²⁵ Vrt. *Helminen ym.* 2002 s. 335.

²⁶ Edellä jaksossa 4.3.3.1 on KKO:n ratkaisun 1995:66 yhteydessä käynyt ilmi, että lähiomaisten vaitiolointressi on voimassa myös alustavassa puhuttelussa, ja että tätä oikeutta on myös tarkoitettu suojeltavan tehokkaasti sen tyhjäksi tekevät kiertomenetelmät (mm. kuulopuhetodistelu) kieltämällä.

²⁷ ETL 29.1 §:n keskeistä merkitystä epäillyn oikeusturvan kannalta on käsitelty edellä jaksossa 4.3.2.

²⁸ Arvostelulle altis puute lainsäädännössämme on myös se, että rikoksesta epäillyllä ei ole laissa tai asetuksessa taattua ehdotonta oikeutta ilmoittaa vapaudenriistostaan esim. jollekin lähiomaiselleen tietyn ajan puitteissa tai ylipäättänsä kaikissa tapauksissa. Sisäministeriön pidätettyjen käsittelyä koskevassa ohjeistuksessa tosin todetaan kiinniotetuilla tai pidätetyillä henkilöillä tällainen oikeus olevan, mutta oikeutta ei pidetä ehdottomana: rikostutkinnalliset syyt voivat perustella oikeuden rajoitukset (periaatteessa koko 96 tunnin pidätysajan aikana). Kriittisesti lainsäädännöstämme tältä osin ks. kidutuksen ja muun huonon kohtelun vastaisten eurooppalaisen yleissopimuksen (SopS 16–17/91; L 463/91) noudattamista valvovan komitean Suomesa 7.–17.6.1998 tekemän tarkastusmatkan perusteella 11.5.1999 laatiman raportin (CPT/Inf (99) 9 [EN]) kohdat 28–30; ks. myös raportin kohdassa 31 avustaja-oikeudesta ilmoittamisen ajankohdasta (= joskus vasta kuulustelussa) esitettyä. Yleisesti tästä ns. kidutuksen vastaisesta komiteasta (CPT) ks. *Helminen ym.* 2002 s. 103 ja 652 ss.

Asianomistajalle, tämän lailliselle edustajalle ja avustajalle/asiamiehelle sekä todistajalle on tehtävä selkoa totuusvelvollisuudesta sekä perättömyydestä lausumasta säädetystä rangaistushuosta (ETL 29.3 §). Asianomistajalle on lisäksi ennen kuulustelua ilmoitettava, milloin hänelle ROL 2 luvun mukaan voidaan määrätä oikeudenkäyntiavustaja tai tukihenkilö (ETL 29.3 §). Todistajalta on tarpeen mukaan tiedusteltava sellaisia seikkoja, jotka lain mukaan oikeuttavat tai velvoittavat hänet kieltäytymään todistamisesta (ETL 29.4 §). Tarvittaessa OK 17 luvun 23 §:n 1 momentissa tarkoitettulle todistajalle (mm. virkamiehelle, lääkärille, apteekkarille tai oikeudenkäyntiasiamiehelle/-avustajalle) tulee vielä ilmoittaa tämän oikeudesta tai velvollisuudesta vastata tiettyihin kysymyksiin (ETL 27.2 §).

5.1.3 Puolustusasianajaja esitutkinnassa

ETL 42 §:n mukainen loppulausunto on tärkeä oikeusturvatae epäillylle, koska sen kautta voidaan mm. kiinnittää huomiota esitutkinnan puutteisiin ja monipuolistaa tutkintaa.²⁹ Vielä keskeisempää epäillyn oikeuksien turvaamiselle on kuitenkin lainoppineen avustajan läsnäolo esitutkintakuulusteluissa.³⁰ Käytännössä rikoksesta epäillyillä on silti apunaan asianajaja tai muu lakimiesedustus (puolustaja) vain suhteellisen harvoin.³¹ Silloinkaan kun avustaja on läsnä, ei tämä yleensä voi faktisista tai oikeudellisista syistä osallistua kaikkiin asiassa järjestettäviin kuulusteluihin.

Puolustajan ja epäillyn ensisijainen tai toivottavin tavoite esitutkintakuulustelussa on luonnollisesti, että esitutkinta päätettäisiin puuttuvan tai liian heikon rikosepäilyn johdosta tai sen johdosta, että on saatu selvitetyn, ettei rikosta ole tapahtunut. Vastaavasti puolustaja voi pyrkiä vaikuttamaan syyttäjän syyteharkintaan, jos asia syyttäjälle kuitenkin siirretään. Jos rikosepäilyn olemassaoloa sinänsä tai sen vakavuutta ei saada horjutetuksi (tai jos siihen ei edes katsota olevan syytä) esitutkinnan päättämiseen mennessä, voi puolustaja joka tapauksessa edesauttaa epäillylle lieventävien seikkojen esille tulemistä ja/tai oikeudellisten kysymysten selvittämistä.³²

²⁹ Ks. Virolainen 1998 s. 290–291.

³⁰ 1.6.2002 muutetun ETL 45 §:n mukaan epäillyn (esitutkinta)avustajalle asetetut edellytykset jäivät sisällöllisesti muuttumattomaksi – viittaussäännös muutettuun OK 15:2.1:een kuitenkin tarkoittaa, että avustajan edellytyksistä säännellään nyttemmin yhdenmukaisesti sekä esitutkintaa että oikeudenkäyntivaiheessa (erityisesti syytetyn puolustajan osalta, ks. ROL 2:2.3).

³¹ Ks. Virolainen 1998 s. 309 ja 316, Jokela 2002 s. 148 sekä Suomen Asianajajaliiton oikeusturvaohjelma 2000, jossa s. 67 esitetään, että asianajajan tulisi olla mukana rikosasioissa nykyistä aiemmin eli heti epäillyn kiinnioton jälkeen.

³² Oma roolinsa puolustusasianajajalla on myös vangitsemisistunnossa, jossa esitetään (todennäköisyys)näyttöä vangitsemisen yleisten ja erityisten edellytysten olemassaolosta. Todistelua epäillyn/syytetyn syyllisyydestä ei kuitenkaan pääsääntöisesti esitetä. Vangitsemiskäsittelyissä ei

Epäillyn mahdollisuus konsultoida puolustajan kanssa esitutkintakuulustelussa on tarpeen myös sen takia, että näin epäillylle taataan 'täysi' hyöty oikeudestaan olla vaiti tai vastaamatta tiettyihin kysymyksiin. On asianmukaista, että epäilty saa valita puolustautumisstrategiansa vapaasti esitutkin-
nassa: tähän voi kuulua mm., että avustaja kesken kuulustelua kehottaa epäiltyä olemaan vastaamatta joihinkin kysymyksiin. Tällaista mahdollisuutta ei ole pääkäsittelyssä, jossa oikeudenkäyntiavustajalla ei ole oikeutta puuttua epäillyn kuulusteluun kuvatulla tavalla syyttäjän tai tuomioistuimen kuulusteluvuoroilla (syytetty voi tietysti itse päättää olla vastaamatta kysymyksiin, minkä lisäksi puolustajan muut vastaväitteet kuulustelun asianmukaisuutta kohtaan ovat mahdollisia).

Asianajajan läsnäololla on merkitystä paitsi epäillyn itsensä kuulustelussa, myös todistajien kuulustelussa. Viimeksi mainittujen kuulustelussa asianajaja voi vaikuttaa siihen, että todistajalta tiedustellaan seikkoja, jotka ovat relevantteja puolustushypoteesin selvittämisen kannalta. Ehkä tärkeämpi tehtävä todistajien esitutkintakuulustelussa epäillyn avustajalla lienee kuitenkin siitä varmistuminen, että todistajan kertomat (epäillylle edulliset) seikat tulevat kirjatuksi asianmukaisesti kuulustelupöytäkirjaan. Esitutkintapöytäkirjan oikean kirjaamisen tärkeyttä ei voi liikaa korostaa, koska pöytäkirja toimii sellaisenaan myöhemmin syyteharkinnan perustana ja saattaa myös välittää tietoja ja ennakkokäsityksiä tuomioistuimelle, sikäli kun puheenjohtaja tutustuu pöytäkirjaan ennen oikeudenkäyntiä. Oikein suoritettut kirjaukset vähentävät tarvetta puuttua esitutkintakuulusteluihin enää oikeudenkäyntivaiheessa esim. väitetyn kertomuksen muuttumisen takia.³³

Puolustuksen omat selvitykset sekä poliisille esitetyt toivomukset tiettyjen todisteiden hankkimiseksi samoin kuin omien todisteiden esille tuominen esitutkinnan aikana ovat merkittävä puolustautumismahdollisuus. Puolustusasianajajan toiminnan tulee tarvittaessa ulottua pelkkää negatiivista puolustautumista laajemmalle, ja päämiehen eduista huolehtiminen saattaa toisinaan edellyttää puolustuksen omia tutkintatoimenpiteitä. Ennen omiin selvityksiin ryhtymistä

kuitenkaan ainakaan syyttäjapuolelta yleensä juurikaan esitetä suullista todistelua, vaan näyttö on hyvin pitkälti kirjallista – esitutkintakertomukset ym. lausumat tulee toki käydä suullisesti läpi, mutta niiden antaneita henkilöitä ei siis yleensä kuulla suullisesti. Kiellettyä henkilötodistelu ei tietenkään ole vangitsemisasiassakaan, ja erityisesti puolustuksen taholta vedottaviin todistajankuulemisiin (esim. alibin selvittämiseksi) tulisi suhtautua lähtökohtaisen sallivasti. Vangitsemisvaatimuksen käsittelyssä esille tulevista näyttökysymyksistä ks. *Halijoki* 2002 s. 27 ja 28 ja 34–36, *Virolainen* 1998 s. 373 sekä *Frände* 1999 s. 59 s. Ks. myös avustajan kelpoisuusehdoista vangitsemisasiassa *Virolainen* 1998 s. 170–171 (KKO:n ratkaisusta 1996:48).

³³ Ks. *Ekelöf* 1994 s. 139 ja *Rückel* 1986 s. 39–40. En pidä siten asianmukaisena tutkinnanjohtajan mahdollista lähtökohtaista kielteisyyttä tehtäessä päätöstä ETL 32 §:n mukaisesta asianajajan tai muun syytetyn edustajan läsnäolo-oikeudesta todistajien kuulustelussa. Pääsäännön tulisi olla, että läsnäolo-oikeus on, ja että tämä oikeus voitaisiin evätä vain erityisillä perusteilla. Ks. *Helminen* ym. 2002 s. 343–345 EOA 1995 s. 71–72 käsitellystä ratkaisusta, jossa epäillyn avustajan toimintaa rajoitettiin liian suurissa määrin. Ks. myös *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 42 s.

asianajajan on kuitenkin perehdyttävä huolellisesti päämiehensä antamiin tietoihin ja mahdollisesti varmistuttava tiedoista. Edellytyksenä omien selvitysten tarpeellisuusharkinnalle on myös, että puolustus saa mahdollisimman varhaisessa vaiheessa esitutkintapöytäkirjan tietoonsa. Vain silloin mahdollistuu sen harkinta, missä määrin on tarpeen ja mahdollista pyrkiä hankkimaan poliisin selvityksille vastakkaista näyttöä, esimerkiksi etsiä toisella tavoin asioista kertova todistaja (useissa tapauksissa poliisi ei mm. työekonomisista syistä kuule kaikkia kyseeseen tulevia potentiaalisia todistajia). Pääosin puolustuksen omilla selvityksillä on kuitenkin vain ennakoiva luonne siten, että selvitykset toimivat pohjana tai perusteena poliisille suunnatuille todistealoitteille. Puolustuksen selvitykset saattavat usein jäädä myös siihen, että niiden perusteella päädytään eliminoidaan joitain – päämiehen alun perin liian optimistisesti arvioimia – todisteita tarpeettomina pois.³⁴

Puolustuksen omilla selvityksillä on joka tapauksessa yleisempää merkitystä myöhemmille kuulusteluille, koska lisätiedot voivat auttaa pääkäsittelyn kuulustelustrategian ja -taktiikan sekä joidenkin nimenomaisten kysymysten pohdinnassa. Asianajajan oma aktiivisuus joko voi tuoda positiivisesti uusia näkökohtia esiin kuulusteluun, tai selvitykset voivat kohdistua kuulusteltavan taustojen selvittämiseen ja mahdollisesti tämän uskottavuuden heikentämiseen (henkilön saamat rangaistukset, konkreettiset elämänolosuhteet, suhde toisiin todistajiin tai syytettyyn jne.). Puolustuksen valmistelemisen kannalta voi olla tarpeen myös tapahtumapaikkaan tutustuminen paikalla käymällä, valokuvien tai muiden kuvausten hankkiminen tekoympäristöstä, etäisyyksien ja näkökulmien mittaaminen ja arviointi, akustisten olosuhteiden testaus tai liikennejärjestelyihin perehtyminen.³⁵

Onnistuessaan vaikuttamaan poliisin suorittaman esitutkinnan sisältöön, puolustus monipuolistaa esitutkintapöytäkirjan perusteella asiasta syntyvää kuvaa. Aina ei kuitenkaan ole itsestään selvää, että puolustuksen tulisi välittömästi jakaa tietonsa poliisin tai syyttäjän kanssa. Silloin, kun puolustus on onnistunut omien selvitystensä perusteella löytämään yllätyksellisen, epäilylle tai syytetyille edullisen todisteen, tulee pohdittavaksi kysymys, missä prosessin vaiheessa tällainen todiste on tarkoituksenmukaisinta tuoda esiin. *Pääsääntönä on nähdäkseni lähdeittävä siitä, että puolustus tuo esiin omat todisteensa mahdollisimman aikaisessa prosessin vaiheessa.* Näin menetelmällä todistajien kenties ristiriitaisiin lausuntoihin voidaan puuttua mahdollisimman pian, ja menettely voi johtaa esitutkinnan päättämiseen niin ettei asiaa edes toimiteta syyttäjälle. Yllätystodistajan esille tuominen vasta oikeudenkäynnissä sen jälkeen, kun syyttäjän todistajat ovat ensin oman syytettä tukevan versionsa kertoneet, saattaa myös herättää tuomioistuimen

³⁴ Ks. Rückel 1986 s. 67 ss.

³⁵ Ks. Levy 1999 s. 7 ja Rückel 1986 s. 75 s.

epäilyt asianajajan menettelytapojen luotettavuutta ja rehellisyyttä kohtaan, mikä voi koitua puolustukselle haitaksi.³⁶

5.1.4 Kuulustelun kirjaaminen

Esitutkintakuulusteluista pidetään pöytäkirjaa, johon kuulusteltavan kertomus tulee kirjata täsmällisesti siinä laajuudessa kuin tiedoilla nähdään olevan merkitystä asiassa. Kuulustelupöytäkirjan tekemisessä on huomioitava paitsi pöytäkirjan tarkoitus syyteharkinnan ja oikeudenkäynnin tarpeita varten laadittavana asiakirjana, myös se, että kuulusteltava voisi kirjatun itsekin hyväksyä suullisesti kertomansa referaattina.³⁷ Sisäasiainministeriön vahvistamissa esitutkinnan kirjaamisen menettelyohjeissa todetaan vain lakonisesti, että ”kertomus on kirjattava niin tarkasti kuin sillä voi olettaa olevan merkitystä asiassa”.³⁸ Epäselvyytilanteessa, jossa tiedon merkitys jää epäselväksi, tulisi potentiaalisesti relevantti tieto pikemminkin kirjata kuin jättää kirjaamatta. Jälkikäteen arvioiden monet lausunnot ja aluksi irrallisilta vaikuttavat tiedot voivat nimittäin yhdessä muusta näytöstä muodostuneen kokonaiskuvan valossa näyttäytyä merkityksellisinä.³⁹

ETL 39 §:n 2 momentin mukaan pöytäkirjattu kertomus on heti kuulustelun päätyttyä sekä luettava ääneen kuulustellulle että annettava hänen tarkastettavakseen.⁴⁰ Kuulusteltavalta tulee tiedustella, onko hänen kertomuksensa kir-

³⁶ Ks. *Jokela* 2002 s. 369 syytetyn yleispohjoismaisesta ’velvollisuudesta’ ilmoittaa todisteensa hyvissä ajoin ja tästä poikkeavasta angloamerikkalaisesta näkemyksestä, jonka mukaan ”syyttäjän valtaoikeuksien vastapainona syytetyllä tulee olla oikeus yllättää tämä vastatodisteilla pääkäsittelyssä.” Ks. myös *Rückel* 1986 s. 69 ja 108, *Moore ym.* 1996 s. 108–109 ja *Lundqvist* 1998 s. 125. Siviiliprosessissa preklusio voi täysin estää tarkoitettujen yllätystodistajien käytön.

³⁷ Ks. *Ellonen ym.* 1996 s. 209 ja *Helminen ym.* 2002 s. 290–291 ja 320 ss.

³⁸ *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 14.

³⁹ Ks. esim. apulaisoikeusasiamiehen 17.1.2000 antama kanteluratkaisu dnro 290/4/98. Tapauksessa asianomistaja oli saapunut kuulusteltavaksi rikoksen johdosta, mutta ei ollut ensimmäisellä kerralla puhunut mitään. Tästä syystä konstaapeli oli luopunut kuulustelun toimittamisesta siltä erää, eikä laatinut tapahtumasta esitutkintapöytäkirjaa. Merkintää epäonnistuneesta kuulusteluyrityksestä ei tehty myöhemminkään laadittuun esitutkintapöytäkirjaan. Apulaisoikeusasiamiehen mukaan velvollisuutta laatia pöytäkirjaa ei tilanteessa ollut, koska keskustelutilaisuuden järjestämistä ei voitu selvästi pitää sellaisena muuna esitutkintatoimenpiteenä, jollaisesta pöytäkirja on ETL 39.1 §:n mukaan laadittava. Apulaisoikeusasiamies totesi silti, että ”kun esitutkintapöytäkirjasta tulisi kuitenkin ilmetä kaikki asiaan vaikuttavat seikat ja kun esitutkinnan toimittaminen on hankitun selvityksen mukaan viivästynyt jossain määrin myös sen vuoksi, ettei kantelijan tyttärelle ole voitu heti kuulustella, olisi tässä tapauksessa ollut perustellumpaa tehdä asiasta merkintä esitutkintapöytäkirjaan. Sillä seikalla, ettei kantelijan tytär ole keskustelutilaisuudessa suostunut puhumaan asiasta mitään, on saattanut olla merkitystä arvioitaessa hänen myöhemmin antamansa kertomuksen luotettavuutta syyteharkinnassa.”

⁴⁰ Ks. *LaVM 9/1986 vp.* s. 8. Esitetyn ETL 39 §:n muutoksen (ks. *HE 52/2002 vp.* s. 42–44 ja *Helminen ym.* 2002 s. 324 s.) mukaan jatkossa pöytäkirjaa ei olisi enää luettava ääneen, vaan riittävää olisi, että pöytäkirja annetaan kuulustellun tarkastettavaksi. Merkittävä uudistus olisi

jattu oikein. Käytännössä kuulusteltava merkitsee allekirjoituksellaan erikseen jokaiselle kuulustelupöytäkirjan sivulle sen, että hän hyväksyy pöytäkirjan oikein laadituksi.⁴¹ Tämä kuulusteltavan 'varmennustehtävä' ei ole ongelmaton, koska pöytäkirja ei ole sanatarkka toisinto edeltäneestä kuulustelusta ja on sellaisenaan kuulustelun suorittaneen poliisin tulkinta sanotusta. Kuulusteltavan allekirjoitusta onkin tulkittava kirjaimellisen hyväksynnän sijasta siten, että hän hyväksyy kertomuksen tulleen keskeisiltä osiltaan hänen tarkoittamallaan tavalla kirjatuksi. Jos kuulusteltava ei suostu allekirjoittamaan kuulustelupöytäkirjaa, sen allekirjoittavat kuulustelija ja mahdollinen kuulustelutodistaja, ja pöytäkirjaan merkitään kieltäytymisen syy. Tällaisen kuulustelupöytäkirjan näyttöarvo tulee sekin vapaan todistusharkinnan periaatteen mukaisesti myöhemmin arvioitavaksi, jos se OK 17:32.2:n perusteella otetaan esiin tuomioistuimessa.⁴² Pöytäkirjaan on tehtävä merkintä myös sellaisesta kirjaamisesta koskevasta korjaus- tai lisäyspyynnöstä, jonka vuoksi pöytäkirjaa ei ole muutettu. Merkinnästä tulee käydä ilmi, mistä seikasta ja millä perusteella kuulusteltu on eri mieltä kirjauksen kanssa.⁴³

Karstisen selvityksen mukaan rikoksesta epäillyt suhtautuvat usein yliolkaisesti kuulustelupöytäkirjan tarkastamiseen. Korjauksia tehtiin kuitenkin noin kolmasosaan tutkimusaineistoon kuuluvista tapauksista. Korjaukset vaihtelivat kirjoitusvirheiden oikaisemisista ilmaisutyylin muutoksiin; asiavirheiden korjauksia esiintyi kuitenkin vain vähäisissä määrin.⁴⁴ Pelkkä ääneen luetun kirjauksen kuunteleminen antaa kuulusteltavalle ymmärrettävästi vähän mahdollisuuksia puuttua muutamaa yksityiskohtaa enempään, koska useammat seikat helposti unohtuvat kertomuksen edetessä, ainakin jos kertomuksen lukemista ei välillä pysäytetä. Toisaalta hyvässä yhteisymmärryksessä sujunut kuulustelu ja

myös se, että kuulustelu voitaisiin *pöytäkirjaamisen lisäksi* tallettaa ääni- tai videonauhoitteelle, ja ehdotetun 39a §:n mukaan video- tms. tallettamiseen olisi tietyissä tapauksissa suoranainen velvollisuus (erityisesti kuulusteltaessa lapsia – so. alle 12-vuotiaita), jolloin mahdollisuus kysymysten esittämiseen (kuulustelijan kautta) tulisi tarjota myös rikoksesta epäillylle. Ks. myös *HE 190/2002 vp.* s. 11 lasten kuulusteluista tehdyn videotallenteen käytön mahdollistamisesta todisteena oikeudenkäynnissä ja mm. videolinkin käytöstä vaihtoehtoisena kuulustelumenetelmänä.

⁴¹ Ks. *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 22.

⁴² Ks. *Karstinen* 1998 s. 153. Kuulusteltavan kieltäytyminen allekirjoittamasta kuulustelupöytäkirjaa ei sellaisenaan ole peruste pöytäkirjan hyödyntämistä vastaan OK 17:32.2:n merkityksessä (vaikka menettely voi olla 'indisio' siitä, että mahdollisia epäasianmukaisuuksia- tai laittomuusväitteitä saatetaan myöhemmin pääkäsittelyssä esittää). Jos kuulustelu on (poikkeuksellisesti) suoritettu kyseisen kuulusteltavan ollessa päihtyneenä, on asianmukaista antaa kuulustellulle myöhemmin – selvittyään – mahdollisuus tarkastaa esitutkintapöytäkirja uudestaan. Ks. *Helminen* 1992 s. 111.

⁴³ Ks. *Helminen* 1992 s. 120. Lähemmin esitutkintapöytäkirjan sisällöstä ja rakenteesta ks. *Helminen ym.* 1990 s. 233–245.

⁴⁴ Ks. *Karstinen* 1998 s. 138. Samansuuntaisia havaintoja on tehnyt Ruotsissa *Jönsson* 1988 s. 55 ja 95.

rauhallinen ilmapiiri itsessään saattavat joissain tapauksissa aiheuttaa sen, ettei epäiltyä kuulusteltu enää katso aiheelliseksi lähemmin puuttua kirjaukseen, jonka olettaa vastaavan keskustelua. Kuulusteltu saattaa havaita nyanssieroja tai uusia seikkoja kertomuksesta vasta siinä vaiheessa, kun kuulustelupöytäkirja tulee esille uudessa asiayhteydessä eli rikosasian pääkäsittelyssä.⁴⁵

Kuulusteluiden ääni- tai kuvanauhoittamista ei ole Suomessa tiettävästi käytetty paljoakaan esitutkintalain esitöissä esitetystä suosituksesta huolimatta.⁴⁶ Karstisen observointi- ja haastattelututkimuksessa sekä poliisit että rikoksista epäiltyä kuulustellut vierastivat nauhoituksen käyttöä, poliisit lisäksi erityisen yksimielisesti. Nauhoittamisen katsottiin häiritsevän kuulustelutilanteen luottamuksellisuutta, ja ääni- tai kuvanauhoituksen tarkastamisen katsottiin olevan liian työlästä kirjoitetun kertomuksen lukemiseen verrattuna. Poliisi koki myös epämiellyttävänä ajatuksen siitä, että toiset poliisit ja syyttäjät voisivat ääni- tai kuvatalenteelta seurata heidän suorittamaansa kuulustelua. Rikoksesta epäillyt vastustivat nauhoittamista myös siksi, että nauhoitteelta ei helposti voi poistaa sellaisia kohtia tai lausumia, jotka ovat ”lipsahaneet” mukaan: seikka, jonka korjaaminen kirjallisesta pöytäkirjasta on varsin vaivatonta.⁴⁷

Sisäasiainministeriön aikaisemmissa esitutkinnan kirjaamisohjeissa annettiin vain käytännöllistä, teknisluonteista ohjeistusta mm. ääni- ja kuvatalenteiden laatimista varten. Ohjeistuksissa ei lainkaan käsitelty sitä, millaisissa tilanteissa tai ylipäättänsä kuinka laajasti nauhoitusta on tarkoitettu käytettävän.⁴⁸ Uudessakaan ohjeistuksessa viimeksi mainittuja seikkoja ei käsitellä, mutta ohjeistuksessa kuitenkin korostetaan nauhoittamisen käyttöä selvästi aikaisempaa voimakkaammin.⁴⁹

Nauhoittamisen puolesta puhuu sen mahdollisuus välittää syyttäjälle (ja mahdollisesti myös tuomioistuimelle) autenttisempi ja kattavampi kuva esitutkintakuulusteluista, jolloin kertomuksen luotettavuuden arviointi on helpompaa, ja kuulustelun mahdolliset puutteet tulevat selvemmin esiin. Nauhoittamisen voidaan katsoa myös parantavan rikoksesta epäillyn oikeusturvaa, koska täten epäasianmukaiset kuulustelumetodit saadaan suhteellisen tehokkaasti estetyksi.⁵⁰ Kidutuksen ja muun huonon kohtelun vastaisen eu-rooppalaisen komitean Suomen tarkastuskertomuksessa suositeltiin, että esitutkintakuulusteluiden nauhoittamisesta tulisi Suomessa tehdä vakiokäytäntö.⁵¹ Edellä mainittu ETL 39.2 §:n ja 39a §:n uudistus merkitsisi tervetullutta

⁴⁵ Ks. Jönsson 1988 s. 96.

⁴⁶ Ks. HE 14/1985 vp. s. 37. Ks. myös Helminen ym. 2002 s. 235–236 ja 328–329.

⁴⁷ Karstinen 1998 s. 128 ss. Myös Englannissa epäiltyjen kuulusteluiden nauhoittamista vastustettiin vastaavilla argumenteilla ennen vuoden 1984 Police and Criminal Evidence Act (PACE) -uudistusta, ks. Shepherd – Milne 1999 s. 139–140.

⁴⁸ Ks. Sisäasiainministeriön poliisiosasto 1989 s. 23.

⁴⁹ Ks. Sisäasiainministeriön poliisiosasto 2002 s. 23.

⁵⁰ Ks. Karstinen 1998 s. 130. Perusteellisesti nauhoittamisesta ks. myös Eisenberg 1993 s. 88 ss.

⁵¹ Ks. Fredman 1993 s. 459–460. Myös Helmisen 1992 s. 119–120 (ks. myös Helminen ym. 1990 s. 237) mielestä ainakin törkeimpien rikosten kuulustelut tulisi nauhoittaa säännönmukaisesti. Ks. myös Helminen ym. 2002 s. 242 s. ja 286. Vastaavasti Asianajajaliitto kannustaa oikeusturvaohjelmassaan (2000, s. 67 s.) nauhoitusten käyttämiseen kuulusteluissa nykyistä useammin.

parannusta kuulustelukäytäntöihimme, jos (ja kun) sen seurauksena video-ym. nauhoittamista ryhdyttäisiin enemmän käyttämään.⁵²

Suomessa esitutkintakertomus kirjataan yleensä kuulusteltavan näkökulmasta minä-muodossa annetuksi kertomukseksi.⁵³ Esitetyt kysymykset kirjataan vain harvoin, joskin jotkut poliisit noudattavat tällaista menettelyä. Kysymys-vastaus -tekniikkaa käytettäessä sekä kysymykset että vastaukset on kirjattava sanataarkasti.⁵⁴ Tällöin kuulustelijan omat tulkinnat vastauksista eivät välttämättä tule esiin.

Syyttäjän syyteharkinnassa samoin kuin oikeudenkäynnissä, jossa esitutkintapöytäkirja tulee oikeudenkäyntiaineistoksi OK 17:11.2:n tai 17:32.2:n perusteella, tulee huomiota kiinnittää tiettyihin esitutkintapöytäkirjaa koskeviin yleisiin piirteisiin. Yleisesti ottaen kirjallisen kuulustelupöytäkirjan laatimistapa johtaa siihen, että a) käyty keskustelu monologisoituu siten, ettei teksti enää välitä sen syntyyn vaikuttaneita vuorovaikutuselementtejä, b) kertomus objektivoidaan keskittymällä tosiseikkojen referoimiseen kuulusteltavan tunteiden ja arviointien kustannuksella, jolloin kertomus ei välttämättä anna hyvää kuvaa kuulustellun persoonasta, c) tekstiä kronologiseen ja loogiseen järjestykseen ”toimittamalla” kertomukselle muodostetaan asiayhteyksiä, joita siinä ei ollut suullisesti esitettynä, d) kertomuksen näkökulma muuttuu kuulustelijan mieleiseksi ja e) kieli muuttuu.⁵⁵ Kuvatunkaltaiset muutokset johtavat käytännössä mm. siihen, että kirjatun kertomuksen näkökulma muuttuu poliisikeskeisemmäksi,⁵⁶ ilmaisuiden tarkkuuksissa esiintyy eroja suullisen ja kirjallisen ilmaisun välillä ja kuulusteltavan ilmaisemat arvostukset ja subjektiiviset kokemukset saavat vain vähän (jos ollenkaan) painoarvoa kirjallisessa kuulustelupöytäkirjassa.

Tyypillistä esitutkintakertomusten kirjaamiselle on myös, että kertomus antaa kirjallisessa muodossaan huomattavasti jäsentyneemmän, rationaalisemman ja tarkoituksellisemman vaikutelman tapahtumista kuin suullinen kertomus. Suullisessa kertomuksessa kuulusteltavan ilmaisut voivat usein olla

⁵² Ks. *HE 52/2002 vp.* s. 16–17 ja 42–44. Esimerkiksi joissain osissa Englannissa, joissa todistajankertomuksia nauhoitetaan rutiininomaisesti, kertomusten nauhoittamista suositellaan mm., kun: kyse on asianomistajasta, silminnäkijätodistajasta, epäillyn kanssa teon jälkeen keskustelleista todistajista, uhrin viimeiseksi tavanneesta todistajasta, ruumiin löytäneestä todistajasta tai poliisista, joka on ensimmäisenä saapunut tapahtumapaikalle. Ks. *Heaton-Armstrong – Wolchover* 1999 s. 238.

⁵³ Ks. *Helminen* 1992 s. 114 ”direkt anföring”.

⁵⁴ Ks. *Ellonen ym.* 1996 s. 210–211 ja *Helminen ym.* 2002 s. 286 ja 292–293. Ks. myös *Eisenberg* 1993 s. 86.

⁵⁵ Ks. *Diesen* 1993 s. 454–455 ja *Jönsson* 1988 s. 77–81. Ks. myös *Rückel* 1986 s. 41, *Jonkka* 1992b s. 703 av. 20 ja *Shepherd – Milne* 1999 s. 132. Yleisesti pöytäkirjaamisen menettelystä ks. myös *Aarnio* 1971 s. 86–87.

⁵⁶ Havainnollisesti poliisin kysymysten muotoilusta vastaamaan mm. oikeudellisia käsitteitä kuten tahallisuuskäsitteen sisältöä ks. *Nack* 2000 s. 246 ss. ja 280. Ks. myös *Lie* 2002 s. 172–173.

jossain määrin epäileviä tai suunnitelmattomuutta osoittavia (’luulen’, ’uskoin’, ’en muista’, kuvittelisin’ jne.), mutta vastaava – rikostunnusmerkistölle relevantteihin faktoihin keskittyvä – kirjallinen kertomus saattaa tästä huolimatta olla muotoiltu siten, että se antaa hyvin varman ja suunnitelmallisenkin kuvan epäillyn motiiveista, päätöksistä ja teoista.⁵⁷ Useat mainitut muutokset ovat väistämättömiä seurauksia siitä, että suullinen kertomus ja keskustelu muunnetaan kirjalliseen monologimuotoon. Esitutkintakertomusta joudutaan muuttamaan myös rikosprosessuaalisen järjestelmän sisäisten syiden takia; poliisin täytyy pääosin keskittyä selvityksissään rikostunnusmerkistöille relevantteihin seikkoihin.⁵⁸ On tärkeää, että syyttäjät, syytetyn puolustus ja tuomioistuimen jäsenet ovat tietoisia esitutkintakertomuksen kirjaamiseen liittyvistä välittävistä tekijöistä ja ymmärtävät siten antaa kuulustelukertomukselle tarpeen vaatiessa sille kuuluvan merkityksen – sen sijaan, että kirjallisessa muodossa olevan kertomuksen painoarvoa ylikorostettaisiin.⁵⁹

Sanojen monimerkityksellisyys ja -tulkintaisuus on esitutkintakuulusteluissa vähintäänkin yhtä merkittävä riskitekijä kuin välittömässä tuomioistuinkuulustelussa.⁶⁰ Monitulkintaisuus voi olla asiayhteydestään selviävää eli ilmeistä tai latenttia. Ilmeinen tulkinnanvaraisuus voi olla leksikaalista tai rakenteellista. Ensiksi mainittu tarkoittaa, että sanalla on kieliopillisesti useampi kuin yksi merkitys, tai että ilmaisun sijainti lauseessa tai virkkeessä määrää ilmaisun ajatussisällön.⁶¹ Rakenteellinen tulkinnanvaraisuus voi johtua lauseen epäselvästä muotoilusta. Lauseiden piilevä tulkinnanvaraisuus voi johtua useasta syystä ja se on vaikeampaa havaita ympäröivästä kontekstista. Latentti moniselitteisyys voi johtua mm. joidenkin sanojen korkeasta abstraktiotasosta tai kielen polaarisuudesta. Polaaraisuus tarkoittaa, että kieli ei aina mahdollista jonkun ”dikotomisen” sanaparin (kuten ’menestys’ ja ’epäonnistuminen’ tai ’turvallinen’ ja ’vaarallinen’) välimaastoon sijoittuvan sanan (helppoa) löytymistä. Tällaisissa tilanteissa puhuja voi helposti valita toisen polaarisisä vaihtoehtoista ilmaisun tarkkuuden kustannuksella. Piilevää tulkinnanvaraisuutta aiheuttaa myös joidenkin puhujien epäkonventionaalinen sanojen (kuten vankilaslangin) käyttö samoin kuin erilaiset kierto-

⁵⁷ Ks. Jönsson 1988 s. 88 ss. Ks. myös Helminen 1992 s. 114, jonka mukaan kuulusteltavan vastauksissaan ilmaiseman epävarmuuden tulisi ilmetä kuulustelupöytäkirjasta.

⁵⁸ Ks. myös Sisäasiainministeriön poliisiosasto 2002 s. 14: ”Kuulustelussa ja sen kirjaamisessa on kiinnitettävä erityistä huomiota rikoksen tunnusmerkistöön.”

⁵⁹ Ks. Heaton-Armstrong – Wolchover 1999 s. 225 poliisin esitutkintapöytäkirjan laatimisesta: ”With the best will in the world, the way in which the story is committed to paper cannot help but reflect the officer’s subjective view of the facts.” Ks. myös Sisäasiainministeriön poliisiosasto 2002 s. 4, Eisenberg 1993 s. 87 ja Lie 2002 s. 174.

⁶⁰ Ks. Jönsson 1988 s. 99 yleisesti kielestä kommunikaatiovälineenä: ”...det vi säger bara är ledtrådar eller tecken som måste tolkas och sätts in i en kontext av mottagaren. Kontexten, i sin tur, är både den situation i vilken en utsaga förmedlas (och som bl a skapas av just dialogen som försiggår där) och samtalsparternas bakgrundskunskap och tidigare erfarenheter.”

⁶¹ Aarnion 1982 s. 114–115 esimerkein, vrt. lauseita: ”Hän asui talossaan Hämeessä, joka on kaunis” ja ”Hän asui Hämeessä talossaan, joka on kaunis.”

ilmaisut. Strukturoimaton ilmaisutyyli aiheuttaa lisäksi kronologista epävarmuutta, kun puheesta ei voi päätellä selvästi tapahtumien järjestystä.⁶² Lisäksi puhekielille ominaiset kiertelyt, intonaatioerot tai modaaliverbeillä ilmaistut lausunnon lieventämiset voivat aiheuttaa tulkintaepäselvyyksiä.⁶³ Myös kuulustelijan käyttämä kieli tai kysymysten muotoilu voi olla syynä epäselvyyksiin, erityisesti silloin, kun kysymys sisältää itsessään oikeudelliseen subsumptioon kuuluvia elementtejä (esim. kysyttäessä arviota jonkun henkilön menettelyn tahallisuudesta: teon tahallisuutta tulisi selvittää konkreettisten seikkojen avulla).⁶⁴

Kirjatun esitutkintakertomuksen sisältämän tiedon lähteet suullisessa kuulustelussa voidaan periaatteessa jakaa neljään ryhmään. Ensinnäkin kuulusteltava voi itse kertoa seikoista poliisille eli tieto voi tulla epäillyn omasta aloitteesta ilman poliisin kysymystä. Toiseksi, kuulusteltava voi vastata poliisin esittämään avoimeen kysymykseen, jolloin hän voi vastata aihepiirin sisällä suhteellisen vapaasti tai laajasti. Kolmas vaihtoehto on, että kuulusteltava vastaa poliisin esittämään suljettuun kyllä/ei -tyyppiseen kysymykseen tai valmiiseen oletukseen, jolloin vastausvaihtoehdot rajautuvat lähinnä annettujen vaihtoehtojen tai oletusten hyväksymiseen tai hylkäämiseen. Esitutkintapöytäkirjaan kirjatun lausuman lähde voi viimein olla myös poliisin itsensä tekemä sellainen lisäys, josta kuulusteltavalta ei lainkaan pyydetä kommenttia tai vahvistusta.⁶⁵ Useassa tapauksessa poliisin kirjaama lausunto yhdistää usealla eri tavalla ilmi tullutta tietoa esimerkiksi siten, että yhtenäiseksi lauseeksi kirjoitettu lausuma voi perustua sekä avoimiin kysymyksiin, kyllä/ei -kysymyksiin että poliisin omiin lisäyksiin.⁶⁶

Jönssonin empiirisessä tutkimuksessa kävi ilmi, että poliisin osuus kuulustelupöytäkirjaan kirjattavan lausuman sisällön muotoutumisessa on hyvin suuri.⁶⁷ Jönssonin mukaan vain n. 36 % kuulustelukertomuksesta perustuu kuulusteltavan itsenäisesti kertomaan, 18 % kertomuksesta perustuu avoimiin kysymyksiin ja niistä seuranneisiin vastauksiin (kun epäilty vastasi joltain osin kysymystä laajemmin), ja peräti 46 % tiedoista on alun perin tullut poliisilta tai poliisin aloitteesta. Viimeksi mainituista noin puolet on poliisin tekemiä lisäyksiä itse rikosta koskeviin tietoihin, eli kyse on tiedoista, joista rikoksesta epäillyn tulisi tietää, mutta joiden osalta tältä ei kysytä vahvistusta. Neljäsosa poliisin lisäyksiä perustui muihin tietolähteisiin, lähinnä rikosilmoitukseen ja erilaisiin rekistereihin ja jäljelle jäävä neljäsosa koostui

⁶² Ks. lähemmin Choo 1996 s. 27–28.

⁶³ Ks. Karstinen 1998 s. 137.

⁶⁴ Ks. Evans 1993 s. 17 yleisesti lakimiesten kielenkäytöstä: ”Do not sound like a lawyer any more than is absolutely necessary.”

⁶⁵ Ks. Jönsson 1988 s. 52.

⁶⁶ Ks. Jönsson 1988 s. 71, ks. myös Shuy 1996 s. 6.

⁶⁷ Ks. Jönsson 1988 s. 57 ss.

lähinnä erilaisista kuulustelutilannetta ja sen tapahtumia koskevista kirjauksista (esim. 'epäillylle näytettiin asiakirjaa X').⁶⁸

Poliisin omasta aloitteesta kirjatut seikat ovat yleensä rikoksen selvittämiseksi relevantteja, koska kyse on poliisin kysymistä ja siten merkittäväksi arvioimista seikoista. Relevanssipohdintaa poliisin tulee suorittaa suuremman määrän sellaisten tietojen suhteen, jotka ovat tulleet esille enemmän tai vähemmän suoraan rikoksesta epäillyn toimesta; tällöin mukana voi helposti olla rikosten tekijälle henkilökohtaisesti tai inhimillisesti relevantteja mutta rikosprosessille sinänsä irrelevantteja tietoja. Rikoksesta epäilty voi myös esittää tiedusteluja tai kysymyksiä poliisille, vastaväitteitä poliisin hypoteesia kohtaan, assosiaatioita tai näkemyksiään (jotka eivät suoraan liity kysymykseen) tai kokonaisen vapaan kertomuksen joko oma-aloitteisesti tai poliisin kehotuksesta.⁶⁹ Konkreettisimmillaan relevanssiarviointia suoritetaan siten lähinnä vain vapaata kertomusta kirjattaessa, jolloin poliisi jättää merkityksettömäksi arvioimansa seikat kirjaamatta tai kirjaa ne vain suppeasti.

5.1.5 Esitutkimateriaaliin tutustuminen tuomioistuimessa

I Esitutkimakuulusteluita ja niiden kirjaamista on yllä käsitelty suhteellisen yksityiskohtaisesti, koska kuulustelut vaikuttavat keskeisesti useaan rikosprosessin jatkovaiheeseen. Ensisijaisesti esitutkimapöytäkirja on syyttäjän ja puolustuksen työväline syyteharkintavaiheessa ja oikeudenkäyntiin valmistautuessa. Neljännessä luvussa esille nostettu problematiikka osoitti, että esitutkimapöytäkirjoilla voi joissain tapauksissa olla myös (suoraa) näytöllistä vaikutusta tuomioistuimen pääkäsittelyssä. Kuten sanottu, esitutkimapöytäkirjalla voi lisäksi olla välillistä vaikutusta tuomion antamiseen myös sitä kautta, että tuomioistuimissa tutustuu esitutkimateriaaliin ennen pääkäsittelyä.

Kaikenlainen etukäteiskäsityksen vaikutus oikeudenkäyntiin ja tuomioon on välittömyysperiaatteen kannalta haitallista. Lain mukaan tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain pääkäsittelyn aikana tuomioistuimelle välittömästi esitetty oikeudenkäyntiaineisto (ROL 11:2). Toisaalta etenkin laajemmissa jutuissa keskitetyn oikeudenkäynnin läpikäynti edellyttää usein, että tuomari jossain määrin tutustuu etukäteen esitutkimateriaaliin (ROL 5:5–11).

II Esitutkimapöytäkirjaan tuomioistuimessa tapahtuvan tutustumisen tarkkuus ja laajuus on seikka, jonka lähemmän ratkaisemisen lainsäätäjällä on ilmeisesti

⁶⁸ Jönsson 1988 s. 57 s.

⁶⁹ Ks. Jönsson 1988 s. 38 ja 51 sekä Karstinen 1998 s. 122.

tarkoittanut jättää oikeuskäytännössä muotoutuvaksi.⁷⁰ Suomessa vuonna 1999 tehdyn tutkimuksen mukaan kolmasosa (34 %) tuomareista lukee esitutkinta-aineiston säännönmukaisesti aina. Valtaosa eli 60 % tutustuu esitutkintapöytäkirjaan valikoidusti tietyntyypisten, yleensä laajojen asioiden yhteydessä. Kummassakin ryhmässä esitutkintapöytäkirjan lukeminen tarkoitti sen osittaista läpikäyntiä eikä siis kannesta kanteen lukemista. 5 % tutkimukseen vastanneista tuomareista ilmoitti, etteivät he lue esitutkinta-aineistoa lainkaan.⁷¹

On syytä täsmentää, että OK 17:32.2:n pääsääntöinen kielto lukea todistajan esitutkintakertomusta todistajaa tuomioistuimessa kuultaessa tarkoittaa nimenomaan esitutkintakertomuksen *ääneen lukemista todistajalle*. Säännös ei tietenkään sellaisenaan estä tuomioistuinta etukäteen kertomusta 'itseksseen' lukemasta.

ROL:n joistakin säännöksistä saatetaan päätellä, että tuomioistuin tutustuisi esitutkinta-aineistoon. Mm. ROL 5:4:sta ilmenee, että syyttäjän on toimitettava esitutkintapöytäkirja tuomioistuimeen. Käytännössä tuomioistuimen puheenjohtajan on välttämätöntä tutustua esitutkintamateriaaliin vähintäänkin siinä laajuudessa, että tuomioistuin pystyisi päättämään ROL 5 luvun 5–11 §:ssä tarkoitetuista valmistelevista toimenpiteistä. Esimerkiksi istuntopäivien aika-
taulukysymysten ratkaisemiseksi puheenjohtajan on tarpeen tutustua esitutkintapöytäkirjaan ja sen sisältämiin kuulustelupöytäkirjoihin ainakin siten, että

⁷⁰ Ks. *SOU 1982:26* s. 248–249, jonka mukaan esitutkinta-aineistoon tutustuminen tuomioistuimessa on eri maissa yksi rikosprosessin kiistellyimmistä kysymyksistä. Kysymyksen ratkaisu on läheisessä yhteydessä yleisempään näkemykseen tuomioistuimen roolista ja tehtävistä rikosprosessissa.

⁷¹ Tiedot perustuvat vielä julkaisemattomasta *Ulrike Kleinin* tutkimuksesta (*Das Wechselverhör im finnischen Strafprozeß – Anregung zur Reform der deutschen Hauptverhandlung*, Berliner Wissenschafts-Verlag, ilmestyy 2003) epävirallisesti saatuihin tietoihin. Myös Ruotsissa käytännöt vaihtelevat suuresti, ks. *SOU 1982:26* s. 249. Mainittakoon vertailun vuoksi, että (julkaisemattomassa) Rovaniemen hovioikeuspiirin puitteissa suoritettussa tutkimuksessa (Lainkäytön laatua koskeva kehittämishanke) valtaosa 32 tuomarista ilmoitti tutustuvansa esitutkinta-aineistoon ainakin suuremmissa jutuissa. Yleisenä havaintona tuomarit kuitenkin katsoivat, että tarve esitutkintamateriaaliin etukäteiseen tutustumiseen oli ROL:n voimaan tultua selvästi vähentynyt. Välttämättömänä esitutkintapöytäkirjaan tutustumista kuitenkin pidettiin niissä tapauksissa, joissa syytetty kutsutaan oikeuteen uhalla, että juttu voidaan tämän poissaolosta huolimatta ratkaista (ROL 8:11–12). Näkemystä tukee myös ROL 6:6.3, jonka mukaan asianomistajan tai vastaajan poissaollessa pidettävässä pääkäsittelyssä tuomioistuimen on tarpeen mukaan asiakirjoista selostettava poissaolevan asianosaisen aikaisemmat lausumat. Toisessa yhteydessä (OM:n oikeuspsykologia kurssilla 13.3.–17.4.2002) suoritettussa 'pikagallupissa' puolestaan selvisi, että 16 käräjä- tai hovioikeustuomarin otoksesta esitutkintapöytäkirjaan (erityisesti kuulustelukertomuksiin) tutustuttiin yhtäläisin osuuksin (n. 1/3) kolmella eri tavalla: joko esitutkinta-aineistoa ei luettu lainkaan, valikoivasti vaativammissa jutuissa tai suhteellisen kattavasti aina. Yleishuomiona näistä satunnaisista havainnoista voi sanoa, että aineistoon tutustumisessa on huomattavia tuomarikohtaisia eroja. Voi myös olla, että nyt kun aikaa vuorokuulustelujärjestelmään siirtymisestä on kulunut enemmän (yllä puhuttuun Kleinin tutkimukseen nähden), useampi tuomari on siirtynyt esitutkinta-aineiston vähäisempään lukemiseen tai kokonaan lukematta jättämiseen.

arvio kunkin kuulustelun vaatimasta aikamäärästä ja yleisestä käsittelyaika-
taulusta mahdollistuu. Tätä varten tuomarin ei toisaalta ole välttämätöntä lukea
kuulustelupöytäkirjojen sisältöä – pöytäkirjan ’lehteily’ (tai puhelinkeskustelu
asianosaisten kanssa) voi riittää.⁷²

Rikosprosessuaalisen järjestelmämme yksi keskeinen piirre näyttäytyy eri-
tyisen ongelmallisena tarkasteltaessa tuomioistuimen oikeutta tai velvollisuutta
tutustua esitutkinta-aineistoon ennen pääkäsittelyä. Tarkoitettu seikka on, että
syytteeseen vastaavalla (kuten muillakaan henkilöillä) ei pääsääntöisesti Suo-
messä ole asianajajapakkoa eikä velvollisuutta lakimies- tai muunkaan edusta-
jan käyttöön. On mahdollista ja sallittua, käytännössä yleistäkin, että *syytetty*
vastaa syytteisiin yksin ilman edustajaa tai avustajaa. Oikeusjärjestelmässä,
jossa on asianajajapakko, kysymys esitutkintamateriaaliin tutustumisesta on
periaatteessa mahdollista ratkaista suoraviivaisesti. Kuulusteluiden täydellinen
asianosaisille uskominen saattaa johtaa luontevasti siihen, ettei tuomioistuin
tutustu esitutkinta-aineistoon lainkaan (näin esim. angloamerikkalaisissa järjes-
telmissä⁷³). Meillä kysymys ei ole yhtä selvä, koska syytetyllä ei välttämättä ole
edustajaa kuulusteluja puolestaan suorittamassa. Onko tuomioistuimen tällöin
autettava syytettyä esimerkiksi hoitamalla itse puolustuksen kuulusteluvuorot
tai muuten tukemalla syytettyä tämän suorittamissa kuulusteluissa (esim. pää-
kuulustelua tukevien lisäkysymysten esittämisen muodossa)?

Edellä oleva ensimmäinen vaihtoehto eli yksin syytteeseen vastaavan syyte-
tyn kuulustelutehtävien ’täysi’ omaksuminen edellyttäisi esitutkinta-aineistoon
tutustumista. Menettely on kuitenkin käytännössä poissuljettu vuorokuuluste-
lujärjestelmässämme, jonka selvä sääntö on, että asianosaiset suorittavat kuu-
lustelun. Kuulustelu-oikeuden riistäminen syytetyltä – jota esimerkin tilanne
pitkälti tarkoittaisi – voisi myös itsessään olla epäoikeudenmukaista puhe-
oikeuden rajoittamista.

Syytetyn oikeusturvan tehokas toteuttaminen ei nähdäkseni edellytä esitut-
kintamateriaaliin tutustumista siinäkään tilanteessa, että tuomioistuimen tehtä-
väksi katsottaisiin syytetyn jonkinasteinen tukeminen tämän itsensä suoritta-
missa pää- ja vastakuulusteluissa. Voi tietysti olla, että syytetty on kykenemätön
suoriutumaan kuulustelusta itsenäisesti edes välttävästi, jolloin tämä voi jäädä
pahasti alakynteen taitavaan syyttäjään nähden. Tällaisissa tilanteissa tuomio-

⁷² Luonnollisesti myös vangitsemisasiain käsittelyssä esitettyjen kirjallisten todisteiden kautta
tuomari voi tulla tuntemaan esitutkintaselvitysten sisällön. Vangitsemisasiassa toimimisen ei ole
nähty tekevän tuomarista esteellistä myöhemmässä oikeudenkäynnissä, ks. mm. *Virolainen* 1998
s. 368 av. 5. Vrt. *Helminen ym.* 2002 s. 41, jossa hieman harhaanjohtavasti puhutaan esitutkinta-
pöytäkirjan käytöstä tuomioistuimen puheenjohtajan ”valmistellessa oikeudenkäynnin johta-
mista ja siinä suoritettavia kuulusteluja.” Näkemys ei täsmällisesti huomioi kuulustelutehtävän
kuulamista nimenomaan asianosaisille (eikä tuomioistuimelle).

⁷³ Asianajajapakosta ei tietenkään sellaisenaan vielä välttämättömyydellä seuraa sitä, että tuo-
mioistuimella ei voisi olla velvollisuutta (tai oikeutta) tutustua esitutkintamateriaaliin. Tällainen
seuraus on luonteva, muttei pakollinen.

istuinella on ilman muuta *oikeus* syytettyä tukevaan kyselyoikeuden käyttämiseen. Kyselyoikeutta tulisi tosin käyttää vain syytetylle edulliseen suuntaan, jos mahdollista. Syytettyä tukeva kyselyoikeuden käyttö voi tapahtua jo suullisesti esille tulleen perusteella. Tuomioistuin voi esim. esittää tarkentavia kysymyksiä jostain syytetylle edullisesta seikasta, jos asia jää joltain osin epäselväksi eikä syytetty (eikä syyttäjä objektiivisuusperiaatteesta huolimatta) asiaa selvitä.⁷⁴

Tarkoitettujen tarkentavien ja tukevien kysymysten esittämisen voisi toisaalta ajatella olevan tehokkaampaa, jos tuomioistuin olisi tutustunut esitutkinta-aineistoon. Tällöin tuomioistuin voisi kysyä kuulusteltavilta myös sellaisia syytetylle edullisia seikkoja, joita asianosaiset itse eivät lainkaan ota esille.⁷⁵ Väite pitänee sinänsä paikkansa. Tuomioistuimen oikeusturvatakeita korostavaan mutta silti puolueettomaan rooliin ei kuitenkaan voitane nähdä kuuluvan näin pitkälle meneviä *velvollisuuksia* syytetyyn nähden (paitsi ehkä silloin, kun syytetty on kutsuttu ROL 8:11–12:n mukaisesti eli siten, että asia voidaan hänen poissaolostaan huolimatta tutkia ja ratkaista). Ensisijainen taho, jonka tulee pyrkiä kompensoimaan syytetylle edullisten seikkojen esille tuloa kuulustelussa yksin 'puutteellisesti' esiintyvän syytetyn tilanteessa, on objektiivisuusperiaatteen ohjaama virallinen syyttäjä. Velvollisuutta esitutkinta-aineistoon tutustumiseen syytetyn avustajan puutteen johdosta ei tuomioistuimelle voi asettaa siitäkään syystä, että tuomioistuin ei voi etukäteen varmuudella tietää, tuleeko syytetyllä avustaja olemaan vai ei.

III Tuomioistuimet antavat esitutkinnan täydennyttämistä tarkoittavia kehoituksia (ROL 5:7) syyttäjille vain harvoin.⁷⁶ Silloinkaan kun tällainen kehoitus annetaan, ei menettely välttämättä edellytä esitutkintaviranomaisen suorittamiin kuulusteluihin yksityiskohtaista tutustumista. Esitutkinnan täydennyttämistarve voi tulla ilmeiseksi esim. tiettyjen todistuskeinojen totaalisen puuttumisen johdosta, tai puolustuksen esitutkinnan loppulausunnossa tai haasteeseen antamassaan vastauksessa esittämästä kritiikistä tutkinnan puutteellisuutta kohtaan. Tällaiset keskitettyä pääkäsittelyä vaarantavat seikat tuomioistuin voinee yleensä havaita ilman, että se tutustuisi esitutkintapöytäkirjan kuulustelukertomusten sisältöön.⁷⁷

⁷⁴ Ks. mm. *Ekelöf* 1994 s. 141.

⁷⁵ Teoriassa voidaan ajatella myös niin, että yleisemminkin sen arviointi, koituuko jonkin kysymyksen esittäminen syytetylle edulliseksi vai haitalliseksi, edellyttäisi etukäteistä tuntemusta po. teemoista esitutkintakuulusteluiden ja muiden selvitysten valossa.

⁷⁶ Näin *Helminen ym.* 2002 s. 153. Esitutkinnan täydennyttämisen edellytyksistä ks. *Jokela* 2000a s. 205.

⁷⁷ *Jokela* 2002 s. 364–365 mainitsee esimerkkeinä tilanteet, joissa ”syyttäjä tai asianomistaja on esittänyt sellaisen vaatimuksen tai vedonnut vaatimuksensa tueksi sellaiseen seikkaan, jota ei ole käsitelty esitutkinnassa. Myös silloin, kun vastaajan ilmoittama todiste ei ilmene esitutkinta-

Toki voi olla myös niin, että lisätutkinnan tarve ilmenee vasta jonkun tai joidenkin kuulusteltavien kertomusten yksityiskohtaisesta sisällöstä. Yksittäisenkin lausuma voi nimittäin avata kokonaan uuden mahdollisen 'hypoteesin' relevantista tapahtumainkulusta. Tällaisissa tapauksissa kyse lienee kuitenkin yleensä vain näyttö- tai selvittämiskynnyksen ylittymistä koettelevista näytön heikkouksista, jotka tulee selvitettäväksi vasta oikeudenkäynnissä, mahdollisesti puolustuksen vastatodistelun kautta. Tällaisten seikkojen etukäteiseen kirjoittamiseen tuomioistuimella ei voi olla velvollisuutta. Tuomioistuimen rooliin ei kuulu ennen pääkäsittelyä huolehtia siitä, että syyte saadaan oikeudenkäynnissä näytettyä toteen – tämä on syyttäjän eikä tuomioistuimen tehtävä (SyyttäjäL 1 §).

Mahdollista on tosin myös, että kirjattu esitutkintakertomus tarkoittaa niin keskeistä todistelulausumaa, että suoritettua tutkintaa voidaan suoraan jonkin siinä ilmaistun tiedon valossa pitää puutteellisenä ROL 5 luvun 7 §:n mielessä eli pääkäsittelyn keskitettyä suorittamista vaarantavana. Kyseessä täytynee tällöin olla sellaisen selvityksen puuttuminen, josta (a) puolustus tulee suurella todennäköisyydellä tekemään väitteen ja vaatimaan esitutkinnan täydentämistä jonkin sille edullisen seikan selvittämiseksi. Tilanne ei mahdollistaisi pääkäsittelyn yhtäjaksoista toimittamista. Toisaalta puutteellisuus voi olla ilmeistä myös sen suhteen, että (b) syyttäjä ei saa näytettyä syytettä toteen olemassa olevan esitutkintaselvityksen perusteella, ja tulee näin ollen todennäköisesti esittämään pääkäsittelyn keskeyttämistä (tai hakemaan muutosta KO:n tuomioon).

Kummankaan tilanteen periaatteellinen mahdollisuus *ei* nähdäkseni *velvoita* tuomioistuinta esitutkintakertomuksia lukemaan. ROL 5:7:n tarkoittamien esitutkinnan puutteellisuuksien tulisi ymmärtääkseni olla sikäli ilmeisiä (kuten jonkin reaalityodisteen tai asiantuntijatodistelun puuttuminen), että laiminlyönnit olisivat nähtävissä esim. syytteen teonkuvausta ja syyttäjän haastehakemuksessaan ilmoittamia todistuskeinoja (tai teemoja) toisiinsa vertailemalla.

Kiellettyä esitutkintakertomusten etukäteinen lukeminen ei ole. Kertomusten lukemiseen tuomioistuimen puheenjohtajalla *on* siis *oikeus*. Se, lukeeko tuomari esitutkintakertomukset vai ei, on loppujen lopuksi *de lege lata* kustakin yksittäisestä tuomarista ja tämän omaksumista työskentelytavoista riippuvainen seikka.⁷⁸ Sikäli kun tuomari ei ole lukenut kertomuksia, moni mahdollisia epäselvyyksiä ja potentiaalisia lykkäyspyyntöjä aiheuttava seikka voi jäädä tulevassa oikeudenkäynnissä suoritettavan harkinnan varaan, mahdollisesti

pöytäkirjasta, saattaa olla aiheellista, että valmistelua hoitava tuomari syyttäjän ja vastaajan kanssa keskusteltuaan päättää esitutkinnan laajentamisesta koskemaan vastaajan ilmoittamaa todistelua.”

⁷⁸ Vrt. *SOU 1982:26 s. 248 ss., Prop. 1986/1987:89 s. 35 ja 99–101 ja Fitger 2002 (45:23)* ruotsalaisesta järjestelmästä (RB 45:7), jossa riskiä tuomarin etukäteiskäsityksen muodostumisesta pyritään vähentämään sillä, että syyttäjä poistaa esitutkintapöytäkirjasta syyteasiaan liittyvät tiedot ennen pöytäkirjan toimittamista tuomioistuimeen.

vain näytönarvioinnissa huomioitaviksi näkökohdiksi. Jos toisaalta tuomari on lukenut kertomukset, voi tästä aiheutua tiettyjä seurauksia mm. tuomioistuimen materiaaliselle prosessinjohdolle (josta lähemmin jaksossa 6.2.2) sekä myös ROL 5 luvun 7 §:n tarkoittaman esitutinnan täydennystarpeen harkinnalle. Edellä tilanteessa (a) ei liene estettä sille, että tuomioistuin täydennyttäisi esitutkintaa jonkin syytetyille edullisen seikan selvittämiseksi. Sen sijaan jälkimmäisessä tilanteessa (b) näkisin syytettä tukevan esitutkintaselvityksen hankkimiseen velvoittamisen mahdolliseksi vain äärimmäisen rajoitetusti: kyseessä täytyy mielestäni olla niin räikeä syyttäjän laiminlyönti, että syyttäjä erittäin suurella todennäköisyydellä tulisi hakemaan muutosta käräjäoikeuden – myös suurella varmuudella syytteen hylkäävään – tuomioon.⁷⁹

5.2 VUOROKUULUSTELUJÄRJESTELMÄN ARVIOINTIA

5.2.1 Pääsääntöinen kuulustelujärjestys tuomioistuimessa

I Vanhassa kuulustelujärjestelmässä todistajankuulustelua johti pääsääntöisesti tuomioistuimen puheenjohtaja erotuksena nykyisestä asianosaisvetoisesta vuorokuulustelusta. Vanhassa menettelyssä tosin myös todistajan nimennyt asianosainen sai suorittaa todistajan kuulustelun oikeuden harkinnan mukaan. Tällainen käytäntö yleistyi ainakin siviiliasioissa 1990-luvulle tultaessa.⁸⁰ Toinen merkittävä ero nykyiseen järjestelmään nähden johtui suullis-pöytäkirjallisesta perinteestä. Aikaisemmat tuomioistuinkäytännöt olivat 'liukuneet' siihen, että prosessissa ja todistajankuulustelussa pitkälti tukeuduttiin kirjallisiin esitutkintakertomuksiin niin ali- kuin ylioikeustasollakin.⁸¹ Tätä alettiin pitää epäkohtana, ja suullisen todistelun vastaanottamista muutettiin ROL:n myötä suullisuus-, välittömyys- ja keskitys- sekä kontradiktorisen periaatteen korostamiseksi.⁸²

⁷⁹ Ks. myös *Fitger* 2002 (36:39 ja 45:22–24).

⁸⁰ Ks. *Virolainen* 1988 s. 113. Kaiken kaikkiaan asianosaisilla oli vanhassakin menettelyssä kattava oikeus omien kysymysten esittämiseen: pääsääntöisesti kysymysten esittäminen tosin tapahtui vasta tuomioistuimen puheenjohtajan jälkeen.

⁸¹ Ks. *Jokela* 2000a s. 257.

⁸² Ks. *HE 82/1995 vp.* s. 24, jossa viitataan ratkaisuun KKO 1991:84: Syytetyn kiistettyä huumausainerikosta koskevan syytteen oli näyttönä esitetty eräiden huumausainerikoksista aikaisemmin tuomittujen henkilöiden poliisitutkinnassa antamia ja oikeudessa toistamia kertomuksia. Alemmat asteet olivat hyväksyneet kertomukset näytöksi syyllisyydestä varaamatta syytetyille tilaisuutta kuulustella kertomusten antajia. Koska menettely loukkasi KP-sopimuksen 14 artiklan 3 kappaleen e kohdasta ja ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 6 artiklan 3 kappaleen d kohdasta ilmeneviä periaatteita, joiden mukaan syytetyn vähimmäisoikeuksiin kuuluu oikeus kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan kutsuttuja todistajia, juttu palautettiin alioikeuteen.

Asianosaisvetoiseen vuorokuulusteluun siirtymistä perusteltiin sillä, että tuomari voi keskittyä paremmin todistajan kuulustelun seuraamiseen ja todisteiden näyttöarvon harkintaan, kun hänen ei tarvitse miettiä todistajalle asetettavia kysymyksiä.⁸³ Toisena perusteena mainittiin, että todistajan nimenneen asianosaisen suorittamalla pääkuulustelulla voidaan saada perinpohjaisempi selvitys asiasta kuin tuomarin suorittamasta kuulustelusta. Uutta vuorokuulustelua perusteltiin myös käsittelyn puolueettomuudesta syntyvällä mielikuvalla: akkusatorinen käsittely, jossa tuomioistuin ei itse aktiivisesti pyri selvittämään asiaa, koettiin tässä suhteessa inkvisitorista käsittelyä paremmaksi.⁸⁴

Oikeudenkäynnin kulkua ohjaavat menettelysäännöt palvelevat prosessin yhdenmukaisuutta, selkeyttä ja ennustettavuutta. Rikosasioissa syytetyille on tärkeää tietää prosessin jakautuvan selviin, etukäteen tiedossa oleviin vaiheisiin. Ennakoitavissa olevat menettelysäännöt ovat myös omiaan vähentämään prosessin oikeudenmukaisuutta kohtaan esitettävää kritiikkiä.⁸⁵

Oikeusturva jaetaan usein muodolliseen ja aineelliseen. *Muodollinen oikeusturva* tarkoittaa lähinnä lainkäytön ennustettavuutta eli sitä, että tietentyypiset asiat ratkaistaan kussakin tapauksessa normaaleissa puitteissa ilman yllättäviä poikkeamia. *Materiaalinen tai aineellinen oikeusturva* viittaa lainsoveltamiseen, joka relativoi oikeudenkäytön ennustettavuuden merkityksen samaan aikaan edellytettävien eettisten arvojen toteutumiseen nähden.⁸⁶ Leppänen katsoo, että ennustettavuuden merkitys on lähtökohtaisesti jossain määrin korostunut prosessioikeudessa, erityisesti rikosoikeudessa (ja vastavasti myös rikosprosessissa) useaan muuhun oikeudenalaan nähden. Hän kuitenkin painottaa perustellusti myös sitä näkemystä, ettei asianosaisten tule kärsiä oikeudenmenetyksiä tarpeettomien muodollisuuksien vuoksi.⁸⁷ Perustuslakiuudistuksessa eduskunnan lakivaliokunta onkin korostanut, että modernissa oikeusajattelussa *aineellisen oikeusturvan tulee aina mennä muoto-seikkojen edelle*.⁸⁸ Tämä on perusteltua myös prosessiin osallistuvien maallikoiden näkökulmasta, koska heidän oikeusturvaodotuksensa voi perustua paitsi lain säännöksiin, myös yleisempiin käsityksiin oikeasta ja väärästä.⁸⁹

Todistajankuulustelua ohjaavilla menettelysäännöillä on paitsi edellä mainitut oikeusturvafunktiot, myös tarkoitus edesauttaa mahdollisimman luotettavan

⁸³ Tämä oli pääasiallinen peruste myös Ruotsin RB 36:17:n muutokselle, ks. *Prop. 1986/1987:89* s. 134.

⁸⁴ *HE 82/1995 vp.* s. 146 ja mm. *Jokela 2000a* s. 329 s. Ks. myös *Weißmann 1982* s. 23 s.

⁸⁵ Ks. *Havansi 2002* s. 3–4, *Frände 1999* s. 262, *HE 82/1995 vp.* s. 86 ja *Hormia 1978* s. 231.

⁸⁶ Ks. *Jääskeläinen 1997* s. 108, *Lahti 1999* s. 605, *Aarnio 2002a* s. 55 s. ja *Jonkka 1992a* s. 26 av. 34, joka puhuu samaa tarkoittaen muodollisesta ja aineellisesta oikeudenmukaisuudesta. Materiaalista oikeudenmukaisuutta tarkoittavien vaatimusten historiallis-yhteiskunnallisista syntyisyistä ks. *Tuori 2000* s. 56.

⁸⁷ *Leppänen 1998* s. 15–16.

⁸⁸ Ks. *LaVL 9/1998 vp.* s. 8–9. Ks. myös *Ilveskivi 2000* s. 130 ja *Ervo 2001b* s. 41.

⁸⁹ *Laukkanen 1995* s. 131.

’asiallisen’ tuloksen saamista. Viimeksi mainitun tarkoituksen johdosta on tärkeää, että oikeudenkäymiskaaressa säännelty kuulustelujärjestys ja -muoto ilmentäisivät mahdollisimman pitkälti koeteltuja todistajanpsykologisia periaatteita.⁹⁰

II Asianosaisten eli rikosprosessissa syytetyn ja asianomistajien kuulustelun tulee pääsääntöisesti tapahtua ennen muun suullisen todistelun vastaanottamista kuulustelua koskevasta kysymyksestä (ROL 6:7.2).⁹¹ Säännöksen esitoissa todetaan yleensä olevan tarkoituksenmukaisempaa kuulla *ensin asianomistajaa ja sen jälkeen syytettyä*. Jos asiassa on useita erillisiä syytekohtia, tulee asianomistajaa pääsääntöisesti kuulla kunkin teeman osalta erikseen ennen samasta teemasta kertovaa syytettyä, todistajia ja asiantuntijoita. Järjestyksen rationa on estää asianosaisia mukauttamasta kertomustaan vastaamaan edeltävissä kuulusteluissa kuultuja näkökohtia, ja turvata siten mahdollisimman autenttisten asianosaisnäkemysten esille saanti.⁹²

⁹⁰ Kuulustelumuodon vaikutuksesta ks. *Smith* 1986 s. 317–324. Kiintoisaa olisi tarkastella todistajankuulustelumenettelyä rationaaliselle keskustelulle yleisesti asetettavia vaatimuksia vasten; työekonomisista syistä rajoitun tässä vain muutamiin yleisiin huomioihin. *Aarnion* 1982 s. 172–174 esityksen mukaisesti yleisiä keskusteluehtoja ovat a) ilmaisujen samanlainen käyttö, b) ilmausten johdonmukainen käyttö, c) kaikkien osapuolten yhtäläinen osallistumisoikeus keskusteluun (henkilöllinen avoimuus), d) pakottamisen kieltö, e) keskusteluaiheiden rajoittamattomuus (asiallinen avoimuus), f) esitettyjen väitteiden perusteluvollisuus ja g) rehellisyyden vaatimus eli vastoin parempaa tietoa toimimisen kieltö. Lievempinä kriteereinä Aarnio mainitsee vielä h) perusteluiden puolueettomuuden (audiatur et altera pars eli myös vastaanpuhuvien argumenttien huomiointi), i) asiallisen johdonmukaisuuden ja j) arvoasetelmien yleistettävyyksivaatimuksen. Ks. ideaalisen diskurssin ehdoista myös *Alexy* 1995 s. 113–122 ja 129 ss. ja *Ervo* 2001b s. 33–35 ja 39–42.

Helposti on huomattavissa, että OK 17:33:n vuorokuulustelu ei täytä kaikkia näitä ehtoja. Esimerkiksi osallistumisoikeus keskusteluun on menettelysäännösten rajoittama, keskustelunaiheet on alistettu syytteen teeman ja tuomioistuimen relevanttiusharkinnan rajoituksille, väitteitä ei tarvitse välttämättä perustella (syytetyllä on jopa oikeus valehteluun), eikä ainakaan puolustuksen täydy ottaa kuin omaa näkemystään perustelevia argumentteja huomioon. Yleisten keskustelurationalisuuden ehtojen epätäydellistä toteutumista ei tosin tule pitää todistajankuulustelumenettelyn heikkoutena, koska tietyt rajoitukset johtuvat suoraan rikosprosessille asetetuista oikeusturvanäkökohdista. Toisaalta todistajankuulusteluiden tavoitteena ei välttämättä aina edes ole keskusteluun osallistujien vakuuttaminen tiettyjen perusteluiden aukottomuudesta asiaperustein, vaan vuorokuulustelumenettelyn tarkoituksen täyttämiseksi riittää joskus pelkät keskustelun seuraajille synnyttävät vaikutelmat tietyistä asiantiloista tai niiden negatiivisista. Todistajankuulustelumenettelyissä ts. ”riittää” vain tehokkuusargumenteista huolehtiminen siten, että kuulija saadaan *suostuteltua* tietyin näkemyskseen hyväksymiseen. Koska kyse ei ole ideaalisesta rationaalisesta argumentaatiosta, ei esitettäviä väitteitä koske samalla tavalla pätevyys- ja objektiivisuusvaatimukset kuin tarkan rationaalisessa argumentaatiossa. Ks. *Aarnio* 1982 s. 190.

⁹¹ Ks. mm. *Jokela* 2000a s. 244–245 ja *Lappalainen* 2001a s. 272 s. Ks. myös *Fitger* 2002 (37:7).

⁹² Ks. esim. *Lappalainen* 1992 s. 144–145 ja *Lappalainen* 2002 s. 121–122 (ks. myös *Ekelöf* 1994 s. 152). *HE* 82/1995 vp. s. 88:n mukaan silloin, jos asianomistajalla ei ole vaatimuksia ja hän muutenkin rinnastuu asemaltaan lähinnä todistajaan, tulisi syytettyä päinvastoin kuulla ensimmäiseksi, sitten asianomistajaa ja lopuksi ottaa vastaan muu suullinen todistelu. Itse pitäisin parempana *Fränden* 1999 s. 392 tavoin asianomistajan säännönmukaista kuulemistä ennen

Asianosaisten jälkeen kuullaan pääsääntöisesti todistajia. Todistajien keskinäinen kuulemisjärjestys on vapaasti – asianosaisten, joskin viime kädessä kuitenkin tuomioistuimen – harkittavissa, mutta pääsääntö kuitenkin on, että ensin kuullaan syytetty ja asianomistajan vaatimuksia (etukäteen arvioiden) tukevat todistajat ja tämän jälkeen syytetyn puolesta puhuvat todistajat. Todistajien kuuleminen voi olla tarkoituksenmukaista järjestää teemoittain tapahtuvaksi siten, että kerrallaan kuullaan yhteen teemaan liittyvistä oikeus- ja todistustositseikoista kertovia todistajia.⁹³

Vaikka ROL 6 luvun 7 §:n 1 momentin 5 kohdan sanamuoto asianosaisten kuulemisvelvollisuudesta näyttäisi olevan varsin ehdoton, säännöstä ei voitane tulkita siten, että sikäli kun asianosaisen (syytetty tai asianomistaja) henkilökohtaista läsnäoloa on edellytetty kutsuttaessa heidät oikeudenkäyntiin, tulisi läsnäolevia asianosaisia aina myös kuulla todistelutarkoituksessa. Tässäkin suhteessa tuomioistuimella täytyy olla harkintavaltaa.⁹⁴ Kuulemisen laajuudesta ei missään säädetä, ja kuulustelut voivatkin rajoittua hyvinkin suppeaksi.

III Henkilötodistelu on OK 17:33:ssä järjestetty ns. vuorokuulusteluksi siten, että eri asianosaiset kuulustelevat todistajia ja muita kuulusteltavia kukin vuorollaan pää-, vasta- ja uudelleenkuulusteluvaiheissa.⁹⁵ Vuorokuulustelu-termi soveltuu erityisen hyvin juuri todistajien kuulusteluun, koska empiirisen tutkimuksen mukaan todistajien kuulustelu todella jakautuu laissa tarkoitettuihin vaiheisiin.⁹⁶ Vuorokuulustelu-termi ulotetaan kuitenkin käsittämään kaikkien

syytettyä. Myös vanhassa kuulustelujärjestelmässä asianomistajaa kuultiin ensimmäiseksi, ks. *Virolainen* 1988 s. 404. – Tätä vasten tuntuu ristiriitaiselta, että HE:ssä perustellaan myös järjestystä, jossa todistajia kuultaisiin ennen asianosaisia (näin erityisesti silloin kun etukäteen on syytä olettaa syytetyn kertovan tapahtumista olennaisesti eri tavalla kuin todistaja): pääsäännöstä poikkeavalla kuulustelujärjestyksellä katsotaan voitavan vähentää syytetyn kertomuksen muuttumisia (ks. *HE 82/1995 vp.* s. 82). Ks. myös *Jokela* 2000a s. 251–252, joka pitää tarkoitettua menettelyä kyseenalaisena vaikuttamiskeinona asianosaisen kertomukseen.

⁹³ Ks. *HE 82/1995 vp.* s. 89, *Lappalainen* 2001a s. 242, *Jokela* 2000a s. 251 ja *Lie* 2002 s. 147.

⁹⁴ Ks. *Frände* 1999 s. 390 s.

⁹⁵ Suomeksi kääntämäni termin *vuorokuulustelu* on tietävästi ensimmäisen kerran esitelty Suomessa *Klein* 1999 s. 692–704: ”Wechselverhör”. Saksassa termi on yleinen, ks. mm. *Roxin* 1998 s. 355, *Schild* 1982 s. 44–45, *Klemm* 1979 s. 109 ja *Ekelöf* 1994 s. 79. Vuorokuulustelu on kuvaava termi, koska siitä käy ilmi kuulustelun vuoroittainen etenemisjärjestys ja se myös viittaa implisiittisesti useampaan kuulustelun suorittajaan. Vrt. *Lappalainen* 2001a s. 242 ja 249, jossa kirjoittaja käyttää termiä ”ristikuulustelujärjestelmä” kuvaamaan OK 17:33:n säätelemää kuulustelukokonaisuutta. Samoin *Ervo* 1996 s. 116 av. 287 ja s. 126 käyttää ristikuulustelu-termiä. Termi on sanatarokka käännös englanninkielisestä esikuvasta ”cross-examination”, jolla kuitenkin tarkoitetaan laajemmin syytetyn vastatodistelu-oikeutta. Nähdäkseni käännösversio ei myöskään pysty ’kantamaan’ samoja konnotaatioita kuin englanninkielinen termi suomen kieleen, eikä ristikuulustelu-termi myöskään sanana kuvaa kuulustelutehtävän vuorottelua asianosaiselta toiselle yhtä hyvin kuin vuorokuulustelu-termi. Mainituista syistä tässä tutkimuksessa katsotaan perustelluksi käyttää kuulustelujärjestelmästä vuorokuulustelu-nimitystä.

⁹⁶ Ks. *Klein* 1999 s. 699 s.

henkilöiden kuulustelumenettelyä. Vuorokuulustelumenettely toteuttaa kontradiktorista periaatetta yksittäin kunkin kuulusteltavan kohdalla siten, että henkilön nimennyt asianosainen suorittaa ensin 'päätodistelun' ja tämän jälkeen seuraa vastapuolen 'vastatodistelu'. Kuulustelun dialektista tai kontradiktorista luonnetta korostaa edelleen molempien asianosaisten mahdollisuus reagoida vastapuolen näyttöön vielä uudelleenkuulustelussa pää- ja vastakuulusteluiden jälkeen.⁹⁷

Kleinin kyselylomakkeisiin, haastatteluihin ja tuomioistuinhavainnointiin perustuva tutkimus on tietävästi ainoa julkaistu tuomioistuinkuulusteluja koskeva empiirinen tutkimus vuorokuulustelujärjestykseen siirtymisen jälkeen. Tutkimus on toteutettu noin vuosi uuden rikosprosessin voimaan tulon jälkeen, mistä syystä sen tulokset eivät välttämättä anna täysin virheetöntä kuvaa nykyisin noudatettavista tuomioistuinikäytännöistä. Tulokset näyttänevät kuitenkin menettelyn päälinjat. Tutkimuksen mukaan vuorokuulustelumallin käyttö yleisenä menettelytapana – siis siinä merkityksessä, että kuulustelun suorittavat juuri asianosaiset – on juurtunut suhteellisen hyvin rikosprosessiin. OK 17:33:n pääsäännön mukaista kuulustelujärjestystä käytetään lähes poikkeuksetta, silloinkin, kun jonkin muun käsittelyjärjestyksen voisi periaatteessa katsoa olevan tapaukseen soveliaampi (esim. kun syytetty esiintyy yksin ilman oikeudenkäyntiavustajaa). Toisaalta vuorokuulustelujärjestelmän *yksityiskohtaisissa soveltamistavoissa* näyttäisi Kleinin tutkimustulosten valossa olevan valitettavaa epämääräisyyttä.⁹⁸ Myös kuulustelu-tehtäviä käytännön työssä harjoittavien henkilöiden kanssa käymissäni keskusteluissa esille tulleet seikat tukevat näkemystä hajanaisista ja vaihtelevista kuulustelukäytännöistä eri käräjäoikeuksissa. Menettelytapaoeroja saattaa olla myös saman tuomioistuimen eri tuomareiden välillä.

OK 17 luvun 33 §:n tarkoittama kuulustelujärjestys, josta tässä tutkimuksessa siis käytetään yleisnimitystä *vuorokuulustelu*, on lähemmin lain mukaan seuraava:

33 §. Todistajan kuulustelun aloittaa se asianosainen, joka on nimennyt todistajan, jollei tuomioistuin määrää toisin. Todistajan tulee oma-aloitteisesti ja tarvittaessa hänelle esitettyjen kysymysten avulla esittää kertomuksensa yhtäjaksoisesti.

Edellä 1 momentissa tarkoitetun kuulustelun jälkeen todistajaa kuulustelee todistajan nimenneen asianosaisen vastapuoli. Jos vastapuoli ei ole saapuvilla tai jos tuomioistuin muusta syystä katsoo siihen olevan aihetta, todistajan kuulustelee tuomioistuin.

Sen jälkeen tuomioistuin ja asianosaiset saavat tehdä todistajalle kysymyksiä. Todistajan nimenneelle asianosaiselle tulee varata ensimmäiseksi tilaisuus kysymysten tekemiseen.

⁹⁷ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 177.

⁹⁸ Näin myös *Lappalainen* 2001a s. 251, joka katsoo, ettei uusi todistajankuulustelujärjestelmä ”ole vielä kunnolla kotiutunut kotimaiseen prosessijärjestelmäämme.”

Jos todistajaa ei ole nimennyt kumpikaan asianosainen tai jos todistaja on kummankin asianosaisen nimeämä, todistajan kuulustelun aloittaa tuomioistuim, jos tuomioistuim ei pidä sopivampana sitä, että kuulustelun aloittaa toinen asianosaisista.

Kysymyksiä, jotka sisältönsä, muotonsa tai esittämistapansa puolesta johdattavat määrätynlaiseen vastaukseen, ei saa tehdä muussa kuin 2 ja 3 momentissa tarkoitettussa kuulustelussa silloin, kun pyritään selvittämään sitä, missä määrin todistajan kertomus vastaa todellista tapahtumien kulkua. Tuomioistuimen tulee evätä ilmeisesti asiaan kuulumattomat taikka eksyttävät tai muuten sopimattomat kysymykset.⁹⁹

OK 17:33:n mukaan todistajan kuulustelun aloittaa pääsääntöisesti todistajan nimennyt asianosainen.¹⁰⁰ Todistajan tulee oma-aloitteisesti ja tarvittaessa kysymysten avulla esittää kertomuksensa yhtäjaksoisesti (*pääkuulustelu*). Pääkuulustelun voi kuitenkin poikkeuksellisesti aloittaa tuomioistuim, jos todistajan ja asianosaisen välillä on ilmeinen epäsopu tai muu häiritsevä olosuhde. Samoin voidaan menetellä, jos ilman oikeudenkäyntiavustajaa esiintyvä asianosainen (yleensä syytetty) esittää itse nimeämänsä todistajan kuulemista – ilman avustajaa vastaavan syytetyn kyselyoikeutta tulee kuitenkin suojella tehokkaasti siten, että kuulustelumahdollisuus (esim. uudelleenkuulusteluvaiheessa) tulee tälle lähtökohtaisesti aina suoda. Tuomarin suorittama pääkuulustelu voi olla perusteltu myös lapsia ja psyykkisesti häiriintyneitä henkilöitä kuullaessa.¹⁰¹

Se, että tuomioistuim on viran puolesta kutsunut todistajan kuulusteltavaksi (minkä tosin tulee olla erittäin harvinaista), voi olla peruste normaalista poikkeavalle kuulustelujärjestykselle. Asianosaiset eivät välttämättä tunne sitä, mistä ja millä tavalla tällainen todistaja tulee kertomaan, joten mielekkään pää- ja vastakuulustelustrategian hahmottaminen voi olla asianosaisille vaikeaa. Täl-

⁹⁹ Säännös on sisällöllisesti lähes identtinen Ruotsin RB 36:17:n kanssa (ks. siitä *Prop. 1986/1987:89* s. 20, 133–135 ja 177 ja *SOU 1982:26* s. 447–449). Lähinnä eroa on siinä, että Ruotsissa johdattelevat kysymykset ovat pääsääntöisesti sallittuja vain vastakuulustelussa, siinä kun meillä johdattelevia kysymyksiä voidaan yleisesti käyttää myös uudelleenkuulustelussa. Ruotsissakin johdattelevat kysymykset ovat tosin sallittuja uudelleenkuulustelussa ns. epäsuotuisan tai vihamielisen todistajan (ks. 7.5.7) tilanteessa.

¹⁰⁰ Tilanteessa, jossa virallinen syyttäjä on kutsunut todistajan nimenomaan puolustuksen pyynnöstä syytettyä 'avustaen', tullee pääkuulusteluvuoro todistajan 'teknisestä' nimeäjästä huolimatta yleensä antaa puolustukselle. Ks. mm. *Prop. 1986/1987:89* s. 176 ja *Ekelöf 1994* s. 155. Ks. myös *Lie 2002* s. 104 siitä, että yleensä vain yhden henkilön kummaltakin asianosaistaholta tulisi suorittaa kuulustelu – ehdotonta estettä useamman kuulustelijan käytölle ei laissamme toisaalta ole.

¹⁰¹ Näin *Frände 1999* s. 374. Ks. myös *Jokela 2000a* s. 246–247. *HE 190/2002 vp.* s. 18–19 ja 25–26 esitetään nimenomaisesti, että tuomioistuimen tulisi pääsääntöisesti suorittaa lapsen kuulustelu. Lisäksi esitetään, että lapsen esitutkintakuulustelusta laadittua videotallennetta voitaisiin käyttää näyttönä tuomioistuimessa (poikkeuksena välittömyysperiaatteeseen ja syytetyn kyselyoikeuteen) sekä lapsen kuulustelun suorittamista ns. videokonferenssina. Ks. *HE 190/2002 vp.* s. 23–26.

laisissa tilanteissa tuomioistuimen laajempikin kuulustelun suorittaminen voi olla perusteltua.¹⁰² Jos todistaja on *molempien asianosaisten nimeämä*, kuulustelun tulisi lain mukaan pääsääntöisesti aloittaa tuomioistuin, ellei se katso sopivammaksi, että joku toinen aloittaa. Käytännössä viimeksi mainitussa tilanteessa todistajan pääkuulustelun ensisijainen suorittaja näyttäisi kuitenkin olevan virallinen syyttäjä.¹⁰³

Pääkuulustelujärjestys on periaatteessa 'avoin' sikäli, että ehdotonta sääntöä syyttäjän ja mahdollisen *asianomistajan tai tämän oikeudenkäyntiavustajan keskinäisestä kuulusteluvuorosta tai -järjestyksestä* – kuulusteltaessa esim. todistajaa tai ylipäättänsä muuta henkilöä kuin asianomistajaa itseään – ei löydy oikeudenkäyntinormistostamme. Syyttäjä ja (ainakin rangaistusvaatimuksen esittävä) asianomistaja edustavat lähtökohtaisesti samaa 'puolta' kuulustelun vaiheistuksen näkökulmasta, joten periaatteessa oikeampana menettelyvaihtoehtona 'syyttäjän todistajan' kuulustelussa lienee pidettävä sitä, että kuulustelussa näissä tilanteissa ikään kuin sallitaan 'kaksi peräkkäistä pääkuulustelua' (esim. siten, että syyttäjä suorittaa ensin pääkuulustelun, jota asianomistaja voi heti täydentää). Puolustukselle jäisi tulkinnassa vastakuulustelumahdollisuus. Toisaalta esim. sellaisen asianomistajan kuulustelullinen näkökulma, jolla ei ole rangaistusvaatimuksia (vaan vain siviilioikeudellisia vaatimuksia), saattaa erota huomattavastikin virallisen syyttäjän näkökulmasta.¹⁰⁴ In casu tällaiselle asianomistajalle voikin olla tarkoituksenmukaisempaa tarjota lähinnä uudelleenkuulusteluvuoroa syyttäjän suorittaman pääkuulustelun ja puolustuksen suorittaman vastakuulustelun jälkeen.¹⁰⁵

Vuorokuulustelujärjestelmään kuuluu, että pääkuulustelu johtaa 'automaattisesti' myös kuulusteltavan velvollisuuteen alistua vastakuulustelulle. Todistajien ja muiden henkilöiden vuorokuulustelu tulisi nähdä yhtenäisenä kokonaisuutena siten, että jokaisessa kuulustelussa todella olisi pääkuulustelu-, vastakuulustelu- ja (mahdollisesti) uudelleenkuulusteluvaiheet, tai että asianosaisille ainakin tarjotaan *mahdollisuus* myös vasta- ja uudelleenkuulusteluihin. Tämän mukaisesti 'tynkäkuulustelun' eli pelkästään pääkuulusteluun rajoittuvan kuulustelun voidaan katsoa olevan vuorokuulustelujärjestelmän perusteiden vastainen. Velvollisuutta vasta- tai uudelleenkuulustelun toimittamiseen pääkuulustelun jälkeen kenelläkään ei ole. Sen sijaan tuomioistuimella on velvollisuus

¹⁰² Ks. Klemm 1979 s. 81 ja Niemi-Kiesiläinen 1997 s. 456.

¹⁰³ Tällaista menettelyä kannattaa mm. Jokela 2000a s. 333. Kirjoittaja korostaa myös aiheellisesti, että tarkoitetuissa tilanteissa tuomioistuimen on perusteltua neuvotella kuulusteluvuoroista asianosaisten kanssa. Ks. vastaavasti myös Ekelöf 1994 s. 85.

¹⁰⁴ Toisaalta siviilioikeudellisten vaatimusten perusteiden selvittämistehtävä voi olla pitkälti samansuuntainen syyttäjän todistustaakkaan kuuluvien kuulustelutehtävien kanssa.

¹⁰⁵ Luonnollisesti silloin kun kyse on nimenomaan asianomistajan itsensä (eikä virallisen syyttäjän) nimeämän todistajan kuulustelusta, tulee ensimmäisen pääkuulusteluvuoron kuulua asianomistajalle.

tarjota tähän tilaisuus. Vastaavasti kukaan asianosainen ei voi (tehokkaasti) vaatia, että vastapuolelta evättäisiin vastakuulustelu-oikeus.¹⁰⁶ *Pääkuulustelu on siten epäitsenäinen, että sen välttämättömänä aksessorisena osana on aina myös vasta- ja uudelleenkuulusteluiden mahdollisuus.*¹⁰⁷

Pääkuulustelun jälkeen nimenneen asianosaisen vastapuoli kuulustelee todistajan (*vastakuulustelu*). Vastakuulustelun ensisijainen tarkoitus on pääkuulustelukertomuksen luotettavuuden kontrollointi.¹⁰⁸ Jos vastapuoli ei ole paikalla tai asianosaisen ei itsensä katsota kykenevän suorittamaan asianmukaista kuulustelua, suorittaa vastakuulustelun tuomioistuin. Molemmat lakitekstissä mainitut poikkeusperusteet mahdollistavat tarkoituksenmukaisuusharkinnan siten, ettei tuomioistuimella voitane katsoa olevan ehdotonta velvollisuutta vastakuulustelun pitämiseen (siis vaikka syytetty ei olisikaan paikalla): tällaisen velvollisuuden asettaminen ei olisi tarkoituksenmukaista, koska syyttäjän kuulustelu on saattanut olla niin perusteellinen, ettei asiallista tarvetta tuomioistuimen kysymyksille ole enää jäänyt.

Esitöissä ei ole käsitelty kysymystä, onko todistajan nimenneen asianosaisen vastapuolella oikeus todistajan vastakuulusteluun silloinkin, jos todistajan nimennyt asianosainen luopuu todistajansa kuulemisesta (esim. todistelun vaikuttaessa tarpeettomalta näyttökynnyksen tullessa syyttäjän mielestä ylitetyksi muunkin näytön perusteella – tai muun syyn takia¹⁰⁹). Vastaavasti epäselvää on, tuleeko tuomioistuimen puheenjohtajan kuvatussa tilanteessa suorittaa todistajan pääkuulustelu viran puolesta a) joka tapauksessa tai b) jos vastapuoli vaatii vastakuulustelun suorittamista.¹¹⁰ Tuomioistuin voi luonnollisesti kysyä esim. syyttäjältä syytä siihen, miksi todistajaa ei tulisi kuulla (sikäli kun tämä ei syytä ole oma-aloitteisesti jo ilmoittanut), sekä tiedustella vastaavasti puolustukselta, mikä tarkoitus tämän toivomalla vastakuulustelulla tulisi olemaan. Käydyn keskustelun perusteella tuomioistuin voi harkita, onko todistajan kuuleminen perusteltua oikeudenkäynnin varmuustavoitteen valossa. *Ehdotonta oikeutta todistajaksi aiotun, mutta pääkuulustelussa kuulematta jätetyn henkilön vasta-*

¹⁰⁶ Eri asia on asianajajalle tai muulle oikeudenkäyntiavustajalle langetettava kysely- tai esiintymiskielto epäasianmukaisen menettelyn sanktiona.

¹⁰⁷ Ks. myös edellä jaksossa 4.3.3.1 (s. 269 s.) esitettyä.

¹⁰⁸ Ks. *Prop. 1986/1987:89* s. 177.

¹⁰⁹ Virallinen syyttäjä voisi periaatteessa syyllystyä virkavirheeseen, jos todistaja jätettäisiin kutsumatta tai kuulematta sillä perusteella, että todistajan kertomus on yllättäen muuttunut syyttäjän syytettä vastustavaksi. Objektiivisuusperiaate velvoittaa syyttäjää selvittämään aineellisen totuuden mahdollisuuksien mukaan joka tilanteessa.

¹¹⁰ Angloamerikkalaisessa järjestelmässä vastapuolella on pääsääntöinen oikeus todistajan vastakuulusteluun myös silloin, kun pääkuulustelusta luovutaan. Poikkeuksellisesti vastakuulustelu-oikeutta ei kuitenkaan ole, jos todistaja esiintyy oikeudessa ainoastaan tunnistamistarkoituksessa tai kun todistaja on kutsuttu erehdyksessä prosessiin. Esim. Espanjassa oikeus vastakuulustelun pitämiseen on kuitenkin epäitsenäinen eli riippuvainen pääkuulustelun pitämisestä. Ks. *Tackenberg* 1960 s. 15–16 ja 25–26 ja *Klemm* 1979 s. 44 ja 113.

*kuulusteluun vastapuolella ei ole.*¹¹¹ EIS 6 artiklan 3 kappaleen d-kohta ei takaa (syytetylle) ehdotonta vastakuulustelu-oikeutta, vaan 'vain' oikeuden kuulla sellaisia todistajia, jotka "kutsutaan todistamaan häntä vastaan".¹¹²

Lähempi kuulustelujärjestyksen valinta – sikäli kun vastapuolen tekemään kuulustelun suorittamispyyntöön on suostuttu – lienee tehtävä tarkoituksenmukaisuusharkinnan perusteella (laissa ei ole menettelysäännöksiä tilanteen varalta). Muodollisesti ottaen johdattelevien kysymysten käyttäminen edellyttäisi, että todistajaa olisi ensin kuultu pääkuulustelussa: OK 17:33.5:n sanamuodon mukaan johdattelevia kysymyksiä saa nimittäin käyttää vain tarkoituksessa kontrolloida pääkuulustelukertomuksen todenperäisyyttä.¹¹³ Paitsi että sääntelyllä pyritään turvaamaan mahdollisimman kattavan ja luotettavan kertomuksen saaminen, turvaa pääkuulustelun johdattelukiello myös todistajan asemaa oikeudenkäynnissä – todistajalle tulee ensin antaa mahdollisuus omaan kertomukseen, eikä todistajaa tule kutsua oikeuteen vain siinä tarkoituksessa, että häntä tai hänen kertomustaan vastaan voitaisiin yksinomaan 'hyökätä'. Menettely, jossa todistaja alistettaisiin pelkästään vastakuulusteluun ilman edeltävää pääkuulustelun pitämistä, olisikin nähdäkseni todistajankuulustelujärjestyksen perusteiden vastaista.

Puheena olevassa tilanteessa tuomioistuimen tulisi siis joko suorittaa pääkuulustelu itse tai velvoittaa syyttäjä suorittamaan se riittävässä laajuudessa. Yleisestikin on niin, että vastaavalla tavalla kuin pääkuulustelu-oikeus, myös *oikeus vastakuulustelun suorittamiseen on nähtävä sikäli epäitsenäisenä, että vastakuulustelu edellyttää aina edeltävää pääkuulustelua.*¹¹⁴

¹¹¹ Eri asia on, että vastakuulustelua haluava asianosainen voi toki nimetä po. henkilön omaksi todistajakseen ja pyrkiä sitä kautta kuulemaan henkilöä. Toisaalta koska todistajan alun perin nimennyt asianosainen on tilanteessa jo luopunut po. henkilön kuulemisesta, voinee vastapuolen todistealoite usein kaatua OK 17:7:n tarkoittamaan relevanssikontrolliin (tuomioistuin voi pitää henkilön kuulemista tarpeettomana ja evätä kuulemisen). Jos tuomioistuin kuitenkin suostuu kesken prosessia tehtyyn todistajan nimeämiseen, voi todistajan alun perin nimenneen (ja kuulustelusta luopuneen) asianosaisen kuulustelullinen näkökulma muodostua varsin erikoiseksi: tulisiko hänen tällöin kuitenkin suorittaa nimenomaan pääkuulustelu (jolloin vastakuulustelua alun perin halunnut asianosainen lopulta saisi haluamansa), vai tulisiko asianosainen 'pakottaa' vastakuulustelulliseen asemaan? Yleistävää vastausta on vaikea antaa kysymykseen – johtoa tämänkin menettelyongelman ratkaisuun voi saada asianosaisten mielipiteiden selvittämisestä.

¹¹² Säännöstä on tulkittava sikäli epäformaalisti, ettei nimelliselle "kutsumiselle" tule antaa ratkaisevaa merkitystä, vaan nimenomaan sille, kuullaanko todistajaa de facto syyttäjän pääkuulustelussa.

¹¹³ Lähemmin johdattelevia kysymyksiä käsitellään jaksossa 6.2.3.1.

¹¹⁴ Vastaavalla tavalla on voimassa olevan lainsäädännön valossa tulkittava myös hovioikeuden suullisessa istunnossa järjestettäviä kuulusteluita. Käräjäoikeudessa tuomitun henkilön valituksen perusteella järjestettävässä hovioikeusoikeudenkäynnissä syytetyn – vaikka olisikin ainoa muutoksenhakija ja siinä mielessä uudelleen kuultavat todistajat 'nimennyt' taho – kuulustelu-tehtävä on (alioikeudessa syyttäjän todistajina kuultujen henkilöiden kohdalla) edelleen vastakuulustelullinen. Virallisen syyttäjän virkavelvollisuutena on siten todistajien ja muiden kuulusteltavien henkilöiden pääkuulustelun suorittaminen, jotta syytetty voisi tämän jälkeen suorittaa

Viimein pää- ja vastakuulustelun jälkeen tuomioistuin ja asianosaiset saavat esittää kuulusteltavalle lisäkysymyksiä siten, että todistajan nimennyt saa aloitusvuoron (*uudelleenkuulustelu*).¹¹⁵

IV OK 17:33 jättää siten tuomioistuimelle harkintavaltaa pää- ja vastakuulusteluvuorojen jakamisen suhteen (”jollei tuomioistuin määrää toisin”; ”tai jos tuomioistuin muusta syystä katsoo siihen olevan aihetta” sekä ”jos tuomioistuin ei pidä sopivampana sitä, että...”). Menettelyn täytyykin olla joustavaa erilaisen käytännön tilanteiden ja eri ihmisten erilaisten reagoitintapojen johdosta.¹¹⁶ Itse vuorokuulustelumalli sellaisenaan eli *menettely, jossa oikeudenkäynnin asianosaiset vuorollaan esittävät kysymyksiä kuulusteltavalle – kummalle siten pääkuulustelu uskotaankaan – on kuitenkin vahva pääsääntö*, josta poikkeamiselle tulee olla perusteltu syy.

Täysin ehdoton vuorokuulustelujärjestys ei tosin ole viimeksi mainitussaakaan suhteessa, koska lakiteksti mahdollistaa myös sen, että tuomioistuin suorittaa itse sekä pää-, että vastakuulustelun. Pääkuulustelutehtävä voi tulla tuomioistuimelle OK 17:33:n 4 momentin perusteella, ja vastakuulustelusta säättävän 2 momentin viimeisen lauseen ’muu syy’-peruste mahdollistaa sen, että tuomioistuin suorittaisi vastakuulustelunkin; uudelleenkuulustelumahdollisuuden avaaminen asianosaisille sitä vastoin on tällöinkin pakollista.¹¹⁷ Periaatteessa pää- ja vastakuulustelut on pidettävä erillisinä vaiheina, joskin viimeksi mainitussa tilanteessa, jossa kuulustelun suorittaa yksi ja sama taho, ei vaiheistuksessa pysyminen liene tosiasiaa mahdollista.

niiden henkilöiden vastakuulustelun uudestaan (suullisuus- ja välittömyysperiaate eivät mahdollista syyttäjän todistajien pääkuulusteluiden korvaamista esim. vain nauhalta kuuntelemalla tai KO-kuulusteluista mahdollisesti kirjalliseen muotoon puretun esityksen lukemalla). Ks. *Jokela* 1998 s. 285 hovioikeudessa tapahtuvasta todistelun vastaanotosta: ”Rikosasiassa voidaan siten ottaa ensin vastaan *syyttäjän* todistelu siitä riippumatta, kuka asiassa on valittajana.” – Kysymys muutoksenhaussa tuomittavista oikeudenkäyntikuluista ja niiden korvauksesta on tässä jätettävä syrjään.

¹¹⁵ Kirjallisuudessa OK 17:33.5:n tarkoittamasta kyselystä saatetaan käyttää nimitystä ’tarkentavat kysymykset’. Myös lisä- tai uudelleenkuulustelusta puhutaan. Mm. *Lappalainen* 2001a s. 249 ja 252 käyttää tässäkin tutkimuksessa omaksuttua uudelleenkuulustelu-termiä, samoin jo *Tirkkonen* 1972 s. 292. Myös Ruotsissa vastaavaa kuulustelua kutsutaan uudelleenkuulusteluksi (återförhör). Ks. myös englanninkielistä vastaavaa termiä ”re-examination”, joka tarkoittaa juuri uudelleen kuulustelemista.

¹¹⁶ Teoriassa kollegiaalisen tuomioistuimen puheenjohtaja ei voi itse päättää kuulusteluvuoroista, vaan tuomioistuimen tulee päättää poikkeuksellisesta kuulemisjärjestyksestä kokonaisuutena (näin *Tirkkonen* 1972 s. 290, ks. myös *SOU* 1982:26 s. 448). Käytännössä päätöksen tosin tekee puheenjohtaja pitkälti yksin.

¹¹⁷ Itse pitäisin sitä, että tuomioistuin suorittaisi pää- ja vastakuulustelut kokonaisuudessaan itse, vain äärimmäisen marginaalisesti mahdollisena: ainoa mahdollinen tilanne, jossa menettely voisi olla perusteltu, olisi nähdäkseni kuulustelun suorittamiseen haluttoman tai kykenemättömän syytetyn esiintyminen ilman oikeudenkäyntiasiamiestä tai -avustajaa jutussa, jossa virallinen syyttäjä on jollain poikkeuksellisella perusteella kykenemätön itse suorittamaan asianmukaista kuulustelua (jos syyttäjä on esim. vaihtunut viime hetkellä tai jos syyttäjä – mahdollisesti virkavirheeksi luettavalla tavalla – ei ole muuten valmistautunut oikeudenkäyntiin sillä tavalla, että tämä pystyisi itse kuulustelusta suoriutumaan). Ks. myös *Ekelöf* 1994 s. 159.

V *Asianomistajan* kuulustelussa noudatetaan käytännössä kahta erilaista kyselyjärjestystä, jotka tosin molemmat ovat lain sallimia.¹¹⁸ Selvästi pääsääntöinen menettely on, että omaksi 'todistajakseen' nimeämänsä asianomistajan pääkuulustelun suorittaa syyttäjä, jota seuraa puolustuksen suorittama vastakuulustelu ja mahdolliset tuomioistuimen täydentävät kysymykset.¹¹⁹ Joissain tapauksissa asianomistajan pääkuulustelun aloittaa kuitenkin tuomioistuimen puheenjohtaja. Viimeksi mainitun vaihtoehdon osalta esitöissä todetaan varsin jyrkästi, että puheenjohtajan suorittamaa pääkuulustelua voisivat täydentää kysymyksillään syyttäjä, syytetty ja hänen puolustuksensa vain siten, että täydentävät kysymykset voivat koskea ainoastaan pääkuulustelussa esille tulleiden epäselvyyksien poistamista.¹²⁰ Hallituksen esityksen (merkillinen) kanta tarkoittanee, että puheenjohtajan aloittaessa asianomistajan kuulustelun, ei varsinaista vastakuulustelua saisi lainkaan suorittaa. Mielestäni tilanteessa ei kuitenkaan voi olla perusteita puolustuksen vastakuulustelumahdollisuuden eväämiseksi. Puheenjohtajan suorittamaa asianomistajan pääkuulustelua vastaan puhuu myös se, että kyse kuitenkin on syyttäjän vetoamasta henkilötodisteesta, ja ennen kaikkea se, että menettely saattaa antaa syytetylle aiheutta epäillä, että tuomioistuin toimisi aktiivisesti syytteen toteen näyttämisessä.¹²¹

Itse näkisin perustelluksi, että *asianomistajan avustaja* toimittaa päämiehenä pääkuulustelun, jos kyse on asianomistajan itsensä aloitteesta tapahtuvasta kuulustelusta. Tällainen menettely tulisi itse asiassa jopa preferoida. Tällöin olisi luontevaa, että syyttäjä jatkaisi asianomistajan pääkuulustelua.

Syytetyn kuulustelussa on Suomessa vaihtelevia käytäntöjä, mikä luonnollisesti on valitettavaa. Syytetyn kuulustelussa esiintyy käytännössä kaikki lain mahdollistamat vaihtoehdot, eli kuulustelun voi aloittaa joko tuomari, syyttäjä tai puolustaja. Vuonna 1999 Suomessa tehdyn kyselytutkimuksen mukaan noin puolessa tapauksista pääkuulustelun aloitti tuomari; syyttäjä esitti kysymyksiä vasta vastakuulustelussa.¹²² Mahdollista on myös, että tuomari pysyy koko kuulustelun ajan passiivisena. Hallituksen esityksen mukaan syytetyn kuulustelun tulisi pääsääntöisesti tapahtua puheenjohtajan toimesta, joskin mahdollisena pidetään myös syyttäjän suorittamaa pääkuulustelua. Periaatteessa sallitaan myös puolustusasianajajan toimesta tapahtuva päämiehenä pääkuulustelu, mutta tätä järjestystä lainsäätäjä ei pitänyt kovin suositeltavana. Lainsäätäjän pääasiallinen peruste kriittiseen suhtautumiseen näyttäisi olevan asianajajan ja tämän päämiehen välisen luottamussuhteen turvaaminen: asianajajan suorittamassa pääkuulustelussa esille tulleet syytetylle epäedulliset seikat voivat olla

¹¹⁸ Oikeuskäytännöstä ks. *Klein* 1999 s. 701.

¹¹⁹ Ks. myös *Prop.* 1986/1987:89 s. 134.

¹²⁰ *HE* 82/1995 vp. s. 88.

¹²¹ Ks. *Frände* 1999 s. 392, erit. av. 166. Vrt. *Jokela* 2000a s. 246 asianosaisten kuulustelujärjestyksestä.

¹²² *Klein* 1999 s. 700 s.

omiaan heikentämään luottamussuhdetta ja vaikeuttamaan puolustajan tehtävää.¹²³

Mielestäni esitetty peruste ei ole vakuuttava, ja se osoittaa, ettei lain perusteluissa tältä osin ole kenties mielletty puolustusasianajajan roolia loppuun asti oikein. Puolustajan suorittaman pääkuulustelun puolesta puhuu, että syytetty yleensä pystyy parhaiten esittämään asiansa vapaassa kertomuksessa, jota ei keskeytetä kriittisillä kontrollikysymyksillä: toki myös syyttäjän tulee kunnioittaa vapaan kerronnan sääntöä, mutta ajatuksen ydin on siinä, että puolustusasianajaja ja syytetty voivat keskenään ennen oikeudenkäyntiä selvittää yhteisen prosessistrategian, jolloin pääkuulustelussa ei pitäisi olla mitään tarvetta kysyä seikkoja, jotka ovat syytetylle yllättävällä tavalla negatiivisia. Päinvastainen tilanne on merkki oikeudenkäyntiavustajan huonosta valmistautumisesta oikeudenkäyntiin. Puolustuksen suorittaman syytetyn pääkuulustelun tarkoituksena on päinvastoin tuoda esiin mahdollisimman paljon syytettä vastustavia tai ainakin rangaistuksen mittaamiseen lieventävästi vaikuttavia seikkoja.¹²⁴ Myös mahdollisesta tunnustuksesta kuulustelu tapahtuu helpommin syytetyn puolella olevan henkilön toimesta. Syytetty voi myös paremmin päättää vaitiolo-oikeutensa käyttämisestä, kun hän antaa kertomuksensa luontevasti vain haluamassaan laajuudessa oman oikeudenkäyntiavustajansa kuulustelemana.¹²⁵

Kiesiläinen ja Niemi-Kiesiläinen katsovatkin syytetyn pääkuulustelun aloittamisen kuuluvan luontevimmin puolustusasianajajalle erityisesti siksi, että näin vältetään tuomarin ennakkokäsityksen syntyminen. Kirjoittajat torjuvat syyttäjän laajamittaisen syytetyn pääkuulustelun katsoen, että menettely poikkeaisi perusteettomalla tavalla asianomistajan pääkuulustelusta. Syyttäjä ei näkemyksen mukaan pysty suorittamaan pääkuulustelua yhdenvertaisella tavalla, koska syyttäjän tehtävänä on myös syytetyn kertomuksen kriittinen tarkastelu vastakuulustelussa.¹²⁶ Myös Frände suhtautuu torjuvasti tuomioistuimen suorittamaan syytetyn pääkuulusteluun, mutta hän kannattaa muuten syytetyn pääkuulustelutehtävän uskomista syyttäjälle.¹²⁷

Nähdäkseni uudessa rikosprosessissa tulisi kunnioittaa sen entistä akkusatorisempaa luonnetta ja jättää syytetyn pääkuulustelu yleisesti ottaen tämän oman oikeudenkäyntiavustajan tai -asiamiehen hoidettavaksi, silloin kun syytetyllä tällainen on apunaan – ja kun syytetyn edustaja *tahtoo* pääkuulustelun suorittaa.¹²⁸ Syyttäjän tehtäväksi jäisi vain syytetyn vastakuulustelu silloin, kun syy-

¹²³ Ks. HE 82/1995 vp. s. 88–89. Argumentti lienee johdettavissa Ekelöfin 1994 s. 152 i.f. esittämästä.

¹²⁴ Ks. Schellenberg 2000 s. 96.

¹²⁵ Ks. Jokela 2000a s. 246–247 ja Weißmann 1982 s. 114.

¹²⁶ Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 204–205.

¹²⁷ Ks. Frände 1999 s. 392.

¹²⁸ Samoin Ervo 2001b s. 31. Puolustuksen prosessistrategiaan saattaa tosin kuulua myös se, että syytettyä ei tahdota lainkaan kuulla puolustushypoteesin selvittämisen tai tukemistarkoituksessa. Syytetyn vaitiolo-oikeus mahdollistaa myös syyttäjän ja tuomioistuimen kysymyksiin vastaa-

tetyllä on apunaan lainoppinut avustaja, joka tahtoo pääkuulustelun suorittaa.¹²⁹ Näen perusteltuna noudattaa yllä mainittua kuulustelujärjestystä yleisenä pääsääntönä eli paitsi silloin, kun a) syytetty on puolustuksen itsensä nimeämä todistuskeino, myös silloin, kun c) syytetty on sekä syyttäjän että puolustuksen nimeämä. Silloin, jos c) syytetty on vain syyttäjän nimeämä, lienee tilanne usein se, ettei puolustus itse tahdo syytettyä kuulla. Tällöin pää- ja vastakuulustelutehtävät kuuluvat luontevasti syyttäjälle. Tässäkin tilanteessa on asianmukaista tiedustella syytetyn avustajalta, tahtoisiko hän silti syytetyn pääkuulustelun suorittaa.

Syytteeseen *ilman avustajaa vastaavan syytetyn* pääkuulustelun luontevin aloittaja on kuitenkin mielestäni tuomioistuim. Menettelyyn voi saada johtoa Ruotsissa noudatettavista käytännöistä. Ruotsissa tuomari aloittaa syytetyn pääkuulustelun,¹³⁰ jota syyttäjä sitten jatkaa siirtyen jossain vaiheessa 'saumatomasti' vastakuulusteluun (RB 37:1). Puolustuksella on lähinnä uudelleenkuulustelun rooli.¹³¹ Tarkoituksenmukaisimman menettelytavan katsotaan olevan, että tuomari aloittaa syytetyn kuulustelun yleisin kysymyksiin ("kertokaa omin sanoin, mitä..."). Kuulustelu tulisi aloittaa ns. kontaktikysymysten kautta esim. selvittämällä kuulustelun kulku ja muita yleisiä asioita syytetylle. Yleensä on hyödyllistä välttää täysin välitön pääasiaan siirtyminen ja sen sijaan pyrkiä luomaan lyhyt sopeutumisvaihe, jotta syytetty ehtisi valmistautua kuulusteluun. Pääsääntöisesti katsotaan olevan perusteltua jättää pääkuulustelu varsin pian syyttäjän hoidettavaksi.¹³² Joka tapauksessa selvää on, ettei tuomarin (eikä syyttäjän) tule keskeyttää syytetyn vapaata kerrontaa, vaikka kertomuksessa olisikin aukkoja tai epäselvyyksiä.

Syyttäjän jatkaessa (yksin vastaavan) syytetyn pääkuulustelua tuomarin jälkeen, on syyttäjän tavoitteena kiistetyissä jutuissa yleensä syytetyn kertomuksen vastustaminen; onhan syyttäjä syytteen nostaessaan päätynt toisenlaiseen tulkintaan tapahtumista. Pää- ja vastakuulustelun yhdelle asianosaiselle usko-

matta jättämisen. Syytetyn oikeudenkäyntiavustajaa ei luonnollisesti tulekaan vastoin tämän itsensä tai syytetyn tahtoa velvoittaa syytetyn pääkuulustelua pitämään. Asianmukaisin menettely lieneekin, että tuomioistuimen puheenjohtaja tiedustelee syyttäjältä ja syytetyn oikeudenkäyntiavustajalta näiden näkemyksiä tai toivomuksia syytetyn kuulustelujärjestyksestä. Molempien asianosaisten halutessa pääkuulustelu suorittaa, tulee *lähtökohtana* olla, että puolustukselle suotaisiin pääkuulusteluvuoro.

¹²⁹ Näin myös Klein 1999 s. 700–701.

¹³⁰ Samoin Norjassa, ks. *Robberstad* 1999 s. 311 ja *Lie* 2002 s. 93 ss., joka (s. 97) kuitenkin huomauttaa, että Ruotsissa käytännöt ovat luisuneet pitkälti asianosaisten suorittaman syytetyn kuulustelun suuntaan.

¹³¹ Ks. mm. *Prop.* 1986/1987:89 s. 134–135 ja 175–177 ja *Wilton* 1996 s. 140 sekä kriittisesti *Diesen* 1996 s. 259–268: "Den ende som har fördel av denna ordning är åklagaren." (s. 259). Ks. myös *Fitger* 2002 (37:6–7). Kuten sanottu, itse en sellaisenaan kannata ruotsalaista menettelyä. Pidän sitä kuitenkin suositeltavana nimenomaan silloin, kun syytetyllä ei ole oikeudenkäyntiavustajaa tai muuta puolustajaa.

¹³² Ks. *Lundqvist* 1998 s. 126.

misen näennäisestä ristiriidasta huolimatta menettely on mahdollinen syyttäjän selvittämisen- ja objektiivisuusvelvollisuuksien johdosta. Syyttäjän tulisi kuitenkin selvästi osoittaa, missä vaiheessa kuulustelu vaihtuu pääkuulustelusta vastakuulusteluksi.¹³³ Tämä on tarpeen sen varmistamiseksi, että syytetyn pääkuulustelussa eli vaiheessa, jossa pyritään saamaan syytetyltä tämän itsenäinen kertomus tapahtumista, ei käytettäisi sopimatonta johdattelua. Siirtymää ei tosin tarvitse tehdä nimenomaisesti esimerkiksi ilmoittamalla ”väliotsikkona” vastakuulustelun alkavan. Asianmukainen menettely on esim. siirtyä vastakuulusteluun viittaamalla johonkin syytetyn jo pääkuulustelussa kertomaan (”palatkaamme nyt siihen, mitä tapahtui...”). Syyttäjän tulisi kuitenkin pyrkiä suunnittelemaan kuulustelunsa sikäli huolellisesti, ettei ’vastakuulusteluosan’ jälkeen enää tarvitsisi siirtyä kokonaan uusien seikkojen pääkuulusteluun.

Syytetyn kertomus kuullaan todistelumenettelyn alkuvaiheissa eli joko ensimmäiseksi tai mahdollisen asianomistajan kertomuksen jälkeen, mutta pääsääntöisesti kuitenkin aina ennen todistajien kuulemistä. Käytännössä syytetyn kertomus voi muodostua jossain määrin erilaiseksi riippuen siitä, onko syytetty ensin kuullut asianomistajan tapahtumainkuvauksen, vai pääseekö syytetty esittämään oman tapahtumainkuvauksensa ilman, että kertomusta ohjaisi asianomistajan kertomuksen kommentointipyrkimys. Syytetyn pää- ja vastakuulustelun tulee silti tapahtua samojen sääntöjen ja periaatteiden ohjaamana molemmissa tapauksissa. Syyttäjä ei saa pyrkiä vaikuttamaan syytetyn kertomukseen *pääkuulustelun* aikana siinäkään tapauksessa, että hän kertoo asioista päinvastoin kuin asianomistaja. Pääkuulustelun funktiona on tällöinkin saada esiin syytetyn mahdollisimman vapaa ja mieluiten yhtäjaksoinen kertomus siten, että kertomuksen luotettavuuden arviointi olisi mahdollista. *Vastakuulustelussa* syyttäjä voi luonnollisesti pyrkiä heikentämään syytetyn kertomuksen näyttöarvoa.

Tuomarin tehtävät yksin syytteisiin vastaavan syytetyn vuorokuulustelussa rajoittuisivat siten edellä kuvatulla tavalla lähinnä kuulustelun aloittamiseen. Oikeudenkäyntiavustajan tukeman syytetyn kuulustelussa tuomioistuim voi periaatteessa jättäytyä asian selvittämisen suhteen täysin passiiviseksikin, jos tuomioistuin ei katso kysymysten esittämistä uudelleenkuulustelussa tarpeelliseksi. Selvää on, että tuomioistuimen tulee joka tapauksessa tarkkailla ja kontrolloida asianosaisten suorittamaa kuulustelua sekä mahdollisesti täydentää sitä omilla kysymyksillään. Epäselvempää sen sijaan on, saako tuomioistuin esittää täydentäviä kysymyksiä jo pää- tai vastakuulustelun aikana, vai tulisiko tuomioistuimen täydentävät kysymykset esittää aina viimeisinä. Varhaista kuulusteluun puuttumista ei ole laissa kielletty, ja mielestäni tuomarilla pitääkin olla oikeus puuttua kuulusteluun omilla kysymyksillään missä vaiheessa tahansa. Päinvastainen tulkinta johtaisi pääkäsittelyn epätarkoituksenmukaiseen forma-

¹³³ Ks. *Diesen* 1996 s. 262.

lisointiin ja estäisi tuomaria tarpeen vaatiessa 'auttamaan konseptinsa hukan-
nutta asianosaista eteenpäin'.¹³⁴ Toisaalta, vasta kuulustelun lopussa on mah-
dollista arvioida, mitkä seikat ovat jääneet epäselviksi. Asianosaisten vuoro-
kuulusteluun puuttuminen voi joskus olla myös epätarkoituksenmukaista ja
asianosaisten prosessistrategian toteuttamista vaikeuttavaa.¹³⁵ *Pääsääntönä pi-
täisinkin, että tuomioistuimien puuttuisi kuulusteluun vasta uudelleenkuulustelussa.*

Syytetyille tulee aina antaa viimeinen sana, ennen kuin asia siirretään tuomio-
istuimen päätettäväksi.¹³⁶ Sanonta ei ole ristiriidassa edellä kuvatun vuoro-
kuulustelumallin kanssa, koska *viimeinen sana -ohje* ei koske todistelua vaan
jutun loppulausuntovaihetta. Asianosaisten loppulausuntojen jälkeen on asi-
anmukaista tiedustella syytetyiltä henkilökohtaisesti, onko hänellä vielä jot-
ain lausuttavaa. "Viimeinen sana" -sääntö ei siis kuitenkaan koske vuoro-
kuulustelua siten, että syytetyille tulisi aina tarjota viimeinen kyselymahdolli-
suus pää-, vasta- ja uudelleenkuulusteluiden jälkeen. Tällainenkin menettely
voi tosin olla perusteltua silloin, kun syytetty vastaa itse syytteisiin ilman
avustajaa, koska syytetty ei välttämättä pysty suorittamaan kuulusteluun
suunnitelmallisesti ja johdonmukaisesti, vaan uusia relevantteja kysymyksiä
saattaa nousta esille vasta kuulustelun ollessa jo varsinaisesti 'ohi'. Silloin,
kun syytettyä avustaa asianajaja tai muu oikeudenkäyntiavustaja, lienee pa-
rasta pitäytyä lain mukaisessa vuorokuulustelun vaiheistuksessa siten, että
uudelleenkuulusteluvaiheen jälkeen kuulustelu todella päätetään.¹³⁷

5.2.2 Nykyisen ja vanhan kuulustelujärjestelmän vertailua

5.2.2.1 Vanhasta kuulustelujärjestelmästä

Tirkkonen ei nähnyt tuomarivetoisessa todistajankuulustelussa puolueetto-
muus- tms. ongelmia. Hän päinvastoin katsoi, että puheenjohtajan tuli olettaa
olevan kysymyksissään puolueettomamman kuin todistajan nimenneen asian-
osaisten tai tämän vastapuolen. Vanhan rikosprosessin aikaan pääsääntöistä
tuomarivetoista kuulustelua saatettiin myös modifioida siten, että todistajan
nimennyt asianosainen antoi puheenjohtajalle ennen todistajan kuulustelua
listan niistä kysymyksistä ja seikoista, josta asianosainen tahtoi todistajaa

¹³⁴ Ks. *Weißmann* 1982 s. 117.

¹³⁵ *Weißmann* 1982 s. 118.

¹³⁶ Ks. mm. *Tolvanen* 2001 s. 415 sekä myös *Robberstad* 1999 s. 316.

¹³⁷ Syytetyn kuulemisoikeutta tulee korostaa myös siinä (harvinaisessa) tilanteessa, jossa kukaan
oikeudenkäyntiin osallistuva taho ei ole nimennyt syytetyn kuulustelua todistuskeinokseen.
Tällöin syytetyn kuulematta jättämisestä ei voida perustaa formaaliin argumenttiin siitä, että
syytetty ei ole kenenkään asianosaisten 'nimeämä'. Riippumatta siitä, onko syytetty nimetty
todistuskeinoksi vai ei, tulee syytetyille joka tapauksessa varata oikeudenkäynnissä mahdollisuus
tulla henkilökohtaisesti kuulluksi.

kuultavan. Pitkään tuomioistuinkäytäntöön ja asianosaisten puutteelliseen oikeudelliseen edustukseen vedoten Tirkkonen katsoi kuvatus ns. mannermaisen kuulustelujärjestelmän sopivan asianosaisvetoista kuulustelua paremmin Suomen oloihin.¹³⁸ Etuna puheenjohtajavetoisessa kuulustelumallissa nähtiin myös se, että kuulustelua aktiivisesti johtava tuomari oli pakotettu keskittymään käsillä olevaan tehtävään maksimaalisesti. Toisaalta menettelymallia saatettiin arvostella mm. juuri siitä, että siinä tuomarille kasautui liian paljon tehtäviä pääkäsittelyssä, mikä saattoi haitata asian asianmukaista käsittelyä.¹³⁹

Järjestelmä, jossa tuomari suoritti todistajien kuulustelun, oli pitkälti jäänne inkvisitorisesta prosessista. Kuulustelua johtava tuomari oli siinä sikäli ristiriitaisessa asemassa, että kuulustelussa tuli ottaa huomioon sekä syytetyn puolesta että häntä vastaan puhuvia seikkoja. Samalla kun tuomarin tuli yrittää luoda hyvät kuulusteluedellytykset luottamuksellisen ja rauhallisen ilmapiirin avulla, piti tuomarin myös pyrkiä asianmukaisen kuulustelutaktiikan noudattamiseen aineellisen totuuden selvittämiseksi, jolloin hän saattoi joutua esittämään ’epämiellyttäviäkin’ kysymyksiä kertomuksen luotettavuutta arvioidakseen. Menettely alettiin nähdä ongelmallisena, koska tuomari saattoi joutua osallistumaan kuulusteluun niin tiiviisti subjektiivisesta horisontistaan, ettei hän välttämättä aina pystynyt täysin irrottautumaan asian objektiiviseksi arvioijaksi tuomiota kirjoitettaessa – ja vaikka pystyikin, niin tätä koskevia epäilyksiä saattoi joka tapauksessa syntyä.¹⁴⁰ Vanhaa kuulustelumallia kritisoitiinkin hallituksen esityksessä erityisesti puolueettomuusnäkökohdista käsin. Aktiivisesti kuulustelua johtava tuomari voi nimittäin antaa vaikutelman sekä syytetylle että muille tahoille siitä, että hän pyrkisi toimimaan syytetyn syyllisyyden selvittämiseksi. Syytetty voi tällöin kokea, että hänen vastassaan on paitsi syyttäjä, myös tuomioistuimen puheenjohtaja.

Vanhassa järjestelmässä virallinen syyttäjä ja puolustusasianajaja saattoivat yleensä ainoastaan esittää täydentäviä kysymyksiä todistajalle tuomioistuimen kuulustelun jälkeen. Asianosaisten näkökulmasta tässä oli ongelmallista, että tuomari saattoi kokea täydentävät kysymykset kritiikiksi tuomioistuimen suoritamaa kuulustelua kohtaan. Tuomioistuimen johtama kuulustelu ei välttämättä myöskään johtanut parhaaseen mahdolliseen sisällölliseen lopputulokseen, koska yleensä asianosaiset kuitenkin itse tietävät parhaiten, mitä todistajalta tulisi kysyä.¹⁴¹ Asianosaisten kysymykset siinä vaiheessa, kun tuomari on päättänyt kyselynsä – katsoen täten omalta osaltaan kaiken tarpeellisen jo tulleen

¹³⁸ Ks. Tirkkonen 1972 s. 288 ja 292.

¹³⁹ Ks. Weißmann 1982 s. 88a. Mainittakoon, että Saksassa noudatetaan edelleen todistajankuulustelumenettelyä, jossa tuomioistuimen puheenjohtaja vastaa todistajien ja muiden henkilöiden kuulustelusta – muilla prosessisubjekteilla on (rajoitetumpi) kyselyoikeus, ks. lähemmin Schellenberg 2000 s. 48 ss. ja 55 ss. ja reformikeskustelusta esim. Roxin 1998 s. 354–356.

¹⁴⁰ Weißmann 1982 s. 13.

¹⁴¹ Ks. Weißmann 1982 s. 14–15, Breithaupt 1962 s. 48 ja Tackenberg 1960 s. 11 ja 81.

selvitetyksi – saattoi myös johtaa turhaan asioiden toistamiseen siinä vaiheessa, kun asian yksityiskohtaisemmin tunteva syyttäjä tai puolustusasianajaja ryhtyi selvittämään samaa asiaa hieman perusteellisemmin. Toisaalta silloin, jos asianosaisten kyselyyn negatiivisesti suhtautuva tuomari tiedusteli asianosaiselta tämän tavoittelemien lisäkysymysten tarkoitusta, huononnettiin mahdollisuuksia saada po. kysymyksiin todistajan aitoa kannanottoa – asianosaisten perustelut kysymykselleen nimittäin saattavat vaikuttaa väärinymmärryksellä todistajan kertomuksen sisältöön tai ainakin sen sävyyn.¹⁴²

Keskeinen ongelma vanhassa järjestelmässä oli, että kuulustelua johtava tuomari joutui suunnittelemaan ja toteuttamaan kuulustelun esitutkimateriaalin perusteella. Tällöin ei voitu välttää jonkinlaisen etukäteiskäsityksen syntymistä käsiteltävästä asiasta ja mahdollisesti myös syytetyn syyllisyydestä. Tuomari saattoi tiedostamattaankin suorittaa kuulustelun sellaisesta näkökulmasta tai sellaisella tavalla, joka on muotoutunut syytetä tukevan – mahdollisesti yksipuolisesti tai puutteellisesti suoritettuna – esitutkinnan perusteella.¹⁴³ Puolustuksen kuulustelun tehtäväksi saattoi tällaisessa järjestelmässä pikemminkin jäädä vain tuomarille etukäteen syntyneen käsityksen horjuttaminen kuin minkään välittömän käsityksen muodostaminen tapahtumainkulusta.¹⁴⁴ Tuomarin esitutkimateriaaliin perustuvat etukäteistiedot voivat aikaansaada sen, että tuomari suhtautuu jäykemmin tai vähemmän avomielisesti oikeudenkäynnissä esitettävään todisteluun verrattuna tilanteeseen, jossa tuomarilla ei ole etukäteistietoa todisteista. On nimittäin mahdollista, että esitutkinta-aineiston pohjalta syntyneen ”työhypoteesin” selvittämiseksi kuulustelua suorittava tuomari muodostaa käsityksensä tapahtumainkulusta tavalla, jonka jälkeen hän ei enää ole yhtä vastaanottavainen muulle todistelulle.¹⁴⁵

On luontevaa, että esitutkinta-aineiston perusteella kuulustelua suorittava tuomari kiinnitti huomiota seikkoihin, jotka ovat tuttuja kirjallisen aineiston perusteella. Tällainen aineisto voi implisiittisesti vaikuttaa kuulusteluun tavalla, joka ei välttämättä tule avoimesti esiin ja kontradiktorisen keskustelun alaiseksi kuulustelussa, mutta jää silti vaikuttamaan tuomarin sisäiseen harkintaan. Tuomarin mahdollisuus kontrolloida oman vakaumuksensa muodostumisperusteita tuskin myöskään toteutui parhaalla mahdollisella tavalla, kun tuomarin tuli jatkuvasti aktiivisesti viedä kuulustelua eteenpäin ja miettiä seuraavaksi esitettäviä kysymyksiä. Suullisesta todistelusta ilmi tulleet seikat, jotka eivät tuke-neet tuomarin etukäteiskäsitystä, saattoivat myös helposti jäädä pinnallisesti käsitellyiksi tai tulla jopa sivuutetuiksi.¹⁴⁶

¹⁴² Ks. *Dahs* 1983 s. 279 ja *Salditt* 1988 s. 451.

¹⁴³ Ks. *Jonkka* 1992a s. 36, *Virolainen* 1988 s. 410–411 (erit. av. 106), *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 205 ja *Weißmann* 1982 s. 16–18. Ks. myös edellä jaksossa 5.1.5 esitettyä.

¹⁴⁴ Ks. *Smith* 1986 s. 334 s.

¹⁴⁵ Näin *Weißmann* 1982 s. 19 s. Ks. myös *Diesen* 1997 s. 68.

¹⁴⁶ Ks. *Weißmann* 1982 s. 20. Passiivisesti kuulustelua seuraavalle tuomarille on mahdollista

5.2.2.2 Uudesta vuorokuulustelujärjestelmästä

Vuorokuulustelulla on tuomioistuimen puheenjohtajan suorittamaan todistajan tai asianosaisten kuulustelun nähden mm. se etu, että viimeksi mainitussa kuulustelussa kuulusteltavan ensiksi antama vapaa kertomus ja vastaukset tuomarin kysymyksiin antavat harvoin aihetta kriittiseen punnintaan siitäkin huolimatta, että kertomuksessa on virheitä. Virheisiin ei voida puuttua yhtä nopeasti ja tehokkaasti kuin välittömästi pääkuulustelun jälkeen seuraavassa vastakuulustelussa, jossa voidaan luoda monipuolisempi näkemys asiaan esim. havainto-olosuhteita objektivoidulla ja konkretisoidulla. Erityisesti vuorokuulustelu voi hyödyttää totta puhuvaa syytettyä, jonka kertomuksesta on mahdollista saada tuomarin suorittamaa kuulustelua konkreettisempi ja siten uskottavampi kuva (ainakin silloin, kun syytetyn pääkuulustelun suorittaa tämän oikeudenkäyntiavustaja). Syytetyn onkin sanottu olevan käyttökelpoisempi todistuskäyttö vuorokuulustelussa kuin tuomarivetoisessa kuulustelussa.¹⁴⁷

Merkittävin vuorokuulustelun tuoma etu lienee, että kuulustelua 'ulkopuolelta' seuraavan tuomarin on helpompi keskittää koko tarkkaavaisuutensa kysymyksiin ja niihin annettuihin vastauksiin, kun tuomarin ei tarvitse jatkuvasti miettiä kuulustelutaktiikkaa tai muotoilla seuraavaksi esitettävää kysymystä mielessään.¹⁴⁸ Tuomarin on helppoa kiinnittää huomiota todistelussa esiintyviin puutteisiin tai epäselvyyksiin kun hän on (pääsääntöisesti) passiivisessa tarkkailijan roolissa. Kontradiktorisen vuorokuulustelun, jossa kukin näkökanta on itsenäisesti ja tasavahvasti edustettu ja jossa käydään keskustelua sekä esitetään todistelua asianosaisten eri näkökantojen välillä, katsotaan täten palvelevan aineellista totuutta paremmin.¹⁴⁹ Asianosaisten suorittama kuulustelu kysymyksineen ja vastakysymyksineen tekee kuulustelusta elävämmän ja voi antaa kuulusteltavan persoonallisuudesta yksilöidymmän kuvan, mikä helpottaa tuomarin ja lautamiesten todistelun seuraamista ja tärkeiden assosiaatioiden synty- mistä todistusharkinnassa.¹⁵⁰

On myös selvää, että asianosaiset tuntevat asian omalta näkökulmaltaan parhaiten, joten heidän on helpompi esittää sisällöltään relevantteja kysymyksiä loogisessa järjestyksessä. Vuorokuulustelu mahdollistaakin loogisesti ja systemaattisesti etenevän asian selvittämisen. Asian huonommin tuntevan tuomarin

paljon suuremmassa määrin arvioida mm. esitettävien kysymysten asianmukaisuutta ja vaikutusta kannanmuodostumiselle, jolloin on helpompi arvioida tarvetta täydentävien kysymysten esittämiseen. Menettely edistää myös kausaalisuhteita tarkasti analysoivan tuomioperusteluiden kirjoittamismahdollisuutta.

¹⁴⁷ Ks. *Tackenberg* 1960 s. 78, 80 ja 82 ja *Klemm* 1979 s. 51.

¹⁴⁸ Ks. *HE* 82/1995 vp. s. 146, *Tackenberg* 1960 s. 82 ss. ja kootusti uuden menettelyn eduista *Lappalainen* 2001a s. 246–247.

¹⁴⁹ Ks. *Weißmann* 1982 s. 26 ja *Rückel* 1986 s. 187.

¹⁵⁰ Näin *Tackenberg* 1960 s. 80, 85 ja 90.

esittämät kysymykset voivat pahimmillaan johdatella todistajaa lausumaan sel-laista, mitä hän ei tarkoittanut sanoa.¹⁵¹ Tuomarin esittämät kysymykset saatta-vat myös tarkoituksellisesti tai tiedostamattomasti viestittää lautamiehille tuo-marin käsityksiä todistelusta ja siten vaikuttaa epäasianmukaisesti lautamiesten kykyyn suorittaa itsenäistä, ennakkokäsityksistä vapaata todistusharkintaa.¹⁵²

Jutun asiakirja-aineistosta ei uudessa käsittelyjärjestelmässä välttämättä syn-ny ennakkokäsitystä tuomarille. Tuomarin korostettu neutraalisuus ja passiivi-suus näytön selvittämisessä on myös omiaan estämään tuomarin omien täsmen-tymättömien oletusten tai arvioiden roolia nousemasta liian suureen ase-maan.¹⁵³ Vuorokuulustelussa tuomarin ei tarvitse perehtyä aineistoon sellaisella tarkkuudella, jota henkilönkuulustelun suorittaminen edellyttäisi, eli tuomari voi lukea aineiston lähinnä ”informatiivisessa” mielessä tai jopa jättää sen kokonaan lukematta. Tuomarin seuratessa kuulustelua passiivisesti, ei tuomarin oma kanta tai näkemys asioista tule julkiseksi tuomarin itse esittämien kysy-mysten kautta.¹⁵⁴ Oikeudenkäyntimenettely voi siten myös näyttää ulospäin puolueettomammalta.

Henkilötodistelua seuratessaan tuomari voi jatkuvasti kontrolloida kerto-musta ja arvioida etukäteen mahdollisesti syntynyttä käsitystään kriittisesti uusien todisteiden valossa. Tuomarin prosessinjohdolla voi korjata asianosais-vetoisen vuorokuulustelun epäasiallisuuksia, puutteita tai liiallista yhtä näkö-kulmaa painottavaa subjektiivisuutta. Uudelleenkuulustelussa tuomarin esittä-mät kysymykset ovat ”viimeistellympiä” kuin vanhassa kuulustelujärjestelmäs-sä, joten puheenjohtajan täydentävillä kysymyksillä voi tehokkaasti selvittää todistajankertomuksessa pää- ja vastakuulustelun aikana mahdollisesti synty-neitä ristiriitaisuuksia tai puutteita.¹⁵⁵ Uudelleenkuulustelussa tuomioistuin voi ottaa huomioon kaiken siihen asti esitetyn näytön eikä kysymysten esittäminen siis perustu ainakaan kokonaisuudessaan esitutkimateriaalin mieleen nostat-tamiin kysymyksiin.¹⁵⁶ Uudelleenkuulusteluvaiheen kysymykset voivat siten olla aikaisempaan kuulustelujärjestelmään verrattuna ongelmattomampia myös puolueettomuusnäkökulmista.

Käytännössä vuorokuulustelujärjestelmän toimivuus riippuu pitkälti siitä,

¹⁵¹ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 291, *Virolainen* 1988 s. 28, *SOU* 1982:26 s. 118 ja *Klemm* 1979 s. 50; vrt. *Tackenberg* 1960 s. 32.

¹⁵² Ks. *Klemm* 1979 s. 80 ja *Honig* 1967 s. 15.

¹⁵³ Saksassa kritiikin aiheeksi onkin katsottu se, että tuomarin suorittama kuulustelu on yleensä vain jatkoa sille käsityksenmuodostumisprosessille, joka on alkanut jo tuomarin tutustuessa esitutkintapöytäkirjaan ennen oikeudenkäyntiä. Käsittelyn painopiste on siten liian suuressa määrin esitutkinnassa (ja oikeudenkäynnin avaamispäätös -menettelyssä). Ks. *Rückel* 1986 s. 38.

¹⁵⁴ Ks. myös *Lie* 2002 s. 94–95. Vrt. *Jokela* 2002 s. 361–362, joka suhtautuu ’hyväksyvämmiin’ tuomioistuimelle mahdollisesti syntyvään ennakkokäsitykseen.

¹⁵⁵ Ks. *Weißmann* 1982 s. 86 ja *Tirkkonen* 1972 s. 291.

¹⁵⁶ Kootusti vuorokuulustelujärjestelmän eduista ks. *Ekelöf* 1994 s. 76–77.

missä määrin kuulustelua suorittavat asianosaiset sekä tuomioistuimen jäsenet pystyvät omaksumaan uuden menettelyn. Tuomari, joka sallii virheellisesti prosessinjohtossaan johdattelun käytön pääkuulustelussa tai muuten sopimattomien kysymysten esittämisen, voi menettelyllään välillisesti edesauttaa vääristyneiden todistajankertomusten syntymistä.¹⁵⁷ Tämä ei kuitenkaan ole vakuuttava argumentti vuorokuulustelua vastaan, koska oletettavasti tällaisen tuomarin johtamassa käsittelyssä esiintyisi johdattelua myös silloin, jos tuomari itse suorittaisi kuulustelun. Syyttäjän tulee joka tapauksessa toimia objektiivisuusperiaatteen mukaisesti. Tämän hän voi toteuttaa toimimalla kuulustelussa tietyssä määrin siten kuin tuomareiden edellytettiin vanhassa kuulustelujärjestyksessä toimivan.¹⁵⁸ Syytetyn oikeudenkäyntiasiamies tai -avustaja on puolestaan kuulustelua toimittaessaan sekä virallisen syyttäjän että tuomioistuimen kontrollin alainen.¹⁵⁹ Vastaavasti tuomioistuin ja syyttäjä ovat erityisesti kuulusteluun liittyvissä kysymyksissä tietyssä määrin syytetyn puolustajan 'kontrollin' alaisia.

Asianosaisten suorittamaa todistajakuulustelua vastaan on esitetty, että siinä johdattelevat tai todistajalle loukkaavat kysymykset samoin kuin ristiriidat syyttäjän kanssa olisivat tavallisia.¹⁶⁰ Näin ollen vuorokuulustelujärjestelmä rasittaisi tarpeettomasti todistajia ja olisi siten huono 'palkka' kansalaisvelvollisuuden täyttämiseksi. Empiirisen tutkimuksen mukaan suurin osa tuomareista ja syyttäjistä on kuitenkin sitä mieltä, ettei vuorokuulusteluun siirtyminen ole merkinnyt kuulusteluiden ankaroitumista tai kärjistymistä todistajien kannalta.¹⁶¹ Todistajan kannalta kuulustelu on yleensä rasittavaa tai painostavaa vain poikkeustapauksissa, esim. perheenjäsenten, naapureiden tai muiden keskenään läheisten ihmisten ollessa prosessissa kuulusteltavina eri osapuolina ja tällöinkin lähinnä silloin, kun syytettynä oleva lähihenkilö itse suorittaa kuulustelun. Tällöin kuulustelu voi muodostua epäasialliseksi ja tarpeettoman henkilöön käyväksi. Asianajajat ja muut puolustuslakimiehet pyrkivät jossain – mutta ei merkittävässä – määrin taktisesti saamaan kuulusteltavan epävarmaksi lausumastaan erityisesti vastakuulustelussa. Empiirinen tutkimus on antanut viitteitä siihen suuntaan, että asianajajat itse asiassa toivoisivat vastakuulusteluihin nykyistä kärjistetympää kysymyksenasettelua ja tiukempaa otetta. Vuorokuulustelujärjestelmän osin kontrolloiva funktio luonnollisesti edellyttääkin tietynasteista kriittistä kysymyksenasettelua. Pääsääntöisesti sekä syyttäjät että puolustajat kuitenkin suorittavat kuulustelut neutraalisti ja asiallisesti ja suhtau-

¹⁵⁷ Ks. *Tackenberg* 1960 s. 91.

¹⁵⁸ Ks. *Weißmann* 1982 s. 78.

¹⁵⁹ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 291.

¹⁶⁰ Tähän suuntaan esitettyihin epäilyihin viittaa esim. *Toivola* 2000 s. 599–600.

¹⁶¹ Ks. *Välikoski* 2000 s. 950–951, jonka mukaan pääosin todistajat eivät itse ole kokeneet tulleen epäasiallisesti kohdelluksi kuulustelussa. Ks. kuitenkin *Hyttiäinen* 2002 s. 22 kielenkäytön 'räväköitymisestä' suulliseen rikosprosessiin siirtymisen jälkeen.

tuvat kuulusteltavaan kunnioittavasti myös silloin, kun kertomus joltain osin ei vaikuta luotettavalta.¹⁶²

Vuorokuulusteluun siirtyminen ei periaatteessa muuttanut sitä, minkä laatuisia kysymyksiä kuulusteltavalle voi esittää. Loukkaavat ja sopimattomat kysymykset (esim. vihjailu kuulusteltavan erityisasiantuntemukseen asunto-murtojen tekemisessä tai kysymykset seksuaalisesta käyttäytymisestä) on tullut torjua jo aikaisemmin. Tosiasiassa 'riski' sopimattomien tai muuten torjuttavien kysymysten esittämiseen on kuitenkin kasvanut lainmuutoksen johdosta, koska kuulustelutehtävää suorittavien henkilöiden – ja samalla erilaisten kuulustelutyötylien – lukumäärä on olennaisesti kasvanut ja monipuolistunut laadullisesti.

Kuulustelussa kärjistyvän kaksiasianosaissuhteen on katsottu myös johtavan asianosaisten välisiin konflikteihin. Tällainen olettama ei kuitenkaan saa tukea käytännöstä: riitaisuudet syyttäjän ja puolustuksen välillä ovat hyvin harvinaisia. Riitaisia asetelmia esiintyy lähinnä vain tietäntyyppisissä jutuissa, esim. kun kyseessä on huomattava taloudellinen etu, henkirikos tai kun asianosaiset (päämiehet) ovat sukua toisilleen. Tuomarit ja syyttäjät näkevät ns. aseiden yhtäläisyyden toteutuvan hyvin vuorokuulustelussa ja muutenkin uudistetussa rikosprosessissa.¹⁶³

Syyttäjän suorittama kuulustelu on nähty olevan myös ristiriidassa syyttäjän objektiivisuusvelvollisuuden kanssa. Vuonna 1999 Suomessa suoritettuun kyselyyn osallistuneista tuomareista 89 % kuitenkin katsoi, että syyttäjät hoitivat tehtävänsä asianmukaisesti ja puolueettomasti. Syyttäjät eivät toisin sanoen pyri yksipuolisesti syytteen toteen näyttämiseen kaikin keinoin.¹⁶⁴ Vuorokuulustelua vastaan on argumentoitu myös sillä, että menettelyn lopputulos riippuu liiallisessa määrin kuulustelijoiden (syyttäjän ja puolustajan) taitavuudesta. Jotkin syyttäjiltä saadut kommentit ovatkin sen suuntaisia, että syytteen hyväksyminen riippuu pitkälti syyttäjän kuulustelullisista ja retorisisista valmiuksista.

Vuorokuulustelun, jossa tuomari on lähinnä passiivisen sivustakuuntelijan

¹⁶² Todistajien odotuksia ja kokemuksia rikosoikeudenkäynnissä on empiirisesti tutkinut *Välikoski* 2000 s. 948 ss. Vrt. *Honig* 1967 s. 23, jossa asianosaistavetoista vuorokuulustelua vastustetaan sillä perusteella, että menettelyn mahdollistama jännittynyt tai rauhaton ilmapiiri voi haitata todistajan suorituksen ohella erityisesti myös tuomioistuimen lautamiesten objektiivista harkintaa. Ks. myös *Lindgren ym.* 2001 s. 175 asianomistajan kuulustelukokemuksista Ruotsissa suoritetuista tutkimuksista: n. 65 % asianomistajista koki tutkimuksen mukaan kuulustelunsa jollain tavoin painostavaksi. Tulos on ymmärrettävä, koska asianomistaja ei ole juttuun eikä syytettyyn nähden vastaavalla tavalla 'ulkopuolinen' kuten todistaja. Erityisesti syytetyn puolustuksen taholta asianomistajat saattavat joutua kokemaan vahvaakin kertomuksen kyseenalaistamista.

¹⁶³ Tiedot perustuvat yllä mainitusta (s. 346 av. 71) – tämän käsikirjoituksen valmistumishetkellä vielä – julkaisemattomasta Kleinin tutkimuksesta saatuihin epävirallisiin tietoihin.

¹⁶⁴ *Ibid.*

roolissa, on lisäksi nähty heikentävän tuomarin asemaa ja tekevän tämän työstä epämieluisampaa. Kleinin tutkimuksessa tätä koskevaan kysymykseen vastasi kuitenkin selvä 80 % kieltävästi. 70 % tuomareista katsoi lisäksi, että vuorokuulusteluun siirtyminen on parantanut tuomioistuimen mahdollisuuksia aineellisesti oikeaan tuomioon pääsemiseen. Tuomarilla on enemmän aikaa analysoida kuulustelua ja enemmän liikkumatilaa kuulustelun tulosten kehittelyyn. Asianosaisvetoisessa kuulustelussa myös kysymyksenasettelut nähdään aikaisempaa täsmentyneempinä ja monipuolisempina.¹⁶⁵

5.3 KUULUSTELUA SUORITTAVIEN ASIANOSAISTEN ROOLI

Virallinen syyttäjä, asianomistaja ja syytetyn puolustus tarkastelevat oikeudenkäyntiaineistoa omista näkökulmistaan, mistä syystä heillä on omat – osaksi toisilleen vastakkaiset – intressinsä sen suhteen, mitä kuulusteltavilta kysytään ja millaiseen valoon todistelutarkoituksessa annettu kertomus tahdotaan saat-
taa. Kuulusteluiden yleisen tehtävän määrittäminen on silti varsin selvä kysymys: tarkoitus on saada esiin mahdollisimman paljon relevanttia tietoa syyteasian asianmukaista ratkaisemista varten. Kuulustelun funktion tarkastelu on kuitenkin aina eriytettävä sen suhteen, mikä näkökulma kuulusteluun valitaan: tuomari, syyttäjä ja syytetyn puolustus vastaavat kysymykseen kuulustelun funktiosta hieman eri tavoin.¹⁶⁶ Näkökulmaerojen havainnollistamiseksi seuraavassa käsitellään lyhyesti kuulustelua suorittavien asianosaisten 'rooliasemia'.

Tuomioistuimen näkökulma on neutraali siinä mielessä, että sillä ei pidä olla etukäteiskäsitystä tai tendenssiä asiaan, joka ohjaisi näytön tarkastelua suuntaan tai toiseen. Tuomioistuimen intressissä on ylipäättään vain saada relevanttia tietoa, ja tämän mukaisesti siitä huolehtiminen, etteivät asianosaiset epäasianmukaisesti estä tämän tavoitteen toteutumista.¹⁶⁷ Vaikka tuomioistuimen omat aktiiviset kuulustelutehtävät ovat varsin rajoittuneita, voi tuomioistuin kuitenkin tiettyssä määrin jatkaa jonkin asianosaiskuulustelussa kesken tai epäselväksi jätetyn teeman selvittelyä omilla kysymyksillään, tai tiedustella omaan, mahdollisesti prosessissa aikaisemmin käsittelemättömään ajatuksenkulkuunsa eli vaihtoehtoiseen hypoteesiin liittyviä seikkoja (tällaisten seikkojen tulisi olla pääsääntöisesti syytetylle edullisia). Tuomioistuimen kuulustelullista roolia käsitellään lähemmin jaksossa 6.2.2.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Ks. *Kutchinsky* 1981 s. 24 ss. ja *Hellwig* 1944 s. 15–16.

¹⁶⁷ Ks. *Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 4 sekä *Eisenberg* 1999 s. 324.

5.3.1 Syyttäjän rooli

Vanhassa suullis-pöytäkirjallisessa rikosprosessissa syyttäjät saattoivat olla varsin passiivisia oikeudenkäynnin asianosaisia: kärjistäen sanoen syyttäjä saattoi oikeudenkäynnin alussa vain esittää vaatimuksensa ja olla sen jälkeen enemmän tarkkailijan kuin osanottajan roolissa.¹⁶⁸ Uudessa rikosprosessissa syyttäjä on päinvastoin erittäin keskeinen prosessisubjekti. Usein sanotaan, että syyttäjä on rikosprosessin moottori, dynamo ja suodatin.¹⁶⁹ Legaliteetti- eli syyttämisperiaatteen mukaisesti syyttäjällä on velvollisuus nostaa syyte epäilyn syyllisyydestä ollessa todennäköisiä syitä, ja tällöin hän on myös velvollinen hankkimaan oikeudenkäyntiä varten riittävän todistusaineiston (ROL 1:2 ja 1:6 ja Syyttäjäl 1 §). Ns. opportunitaattiperiaatteen nojalla syyttäjä voi kuitenkin tietyin edellytyksin myös jättää syytteen nostamatta. Syyteharkinnassa suodattuu monia tekoja pois myös muilla perusteilla, mm. puuttuvan näytön, rikoksen vanhentumisen tms. takia.

Syyttäjän tehtävänä on rikosoikeudellisen vastuun toteuttamisesta huolehtiminen ajamalla syytettä ja yleensäkin yleistä etua valvomalla. Syyttäjä toimii kaikessa toiminnassaan virkavastuulla. Yleisinä syyttäjän toimintaa ohjaavina tavoiteperiaatteita ovat syyttäjätöiminnan taloudellisuus, nopeus ja oikeudenmukaisuus.¹⁷⁰ Yleisesti syyttäjää velvoittaa myös ns. *hyvä syyttäjätapa*, joka täsmentyy syyttäjää koskevista normeista ja niiden tulkintaperiaatteista, valtakunnansyyttäjän kanteluratkaisuista sekä ylimpien lainvalvojien ratkaisukäytännöstä.¹⁷¹ Syyttäjää sitoo lisäksi ns. *objektiivisuusperiaate* (objektiviteetti-periaate), jonka mukaan syyttäjän on selvitettävä ja tuotava esiin myös syytetyn puolesta puhuvat seikat.¹⁷²

Objektiivisuusperiaate ohjaa myös syyttäjän suhtautumista tuomioistuimeen nähden. Kaikissa kanssakäymisissään pääkäsittelyssä ja pääkäsittelyn ulkopuo-

¹⁶⁸ Syyttäjän roolia vanhassa menettelyssä epäkohtineen kuvaa *Noronen* 1991 s. 746–763. Ks. aikaisemmasta menettelystä myös *Möller* 1999 s. 447–448 ja *Möller* 1990 s. 584 s., jonka mukaan aikaisemmin usein syytetyn ja joskus myös asianomistajan kuulustelu korvattiin esitutkintakertomuksen ääneen lukemisella. Jopa todistajan kuulustelu saatettiin suorittaa vastaavalla tavalla, mikä oli suoraan lainvastaista.

¹⁶⁹ Ks. *Jonkka* 1992a s. 56, *Jonkka* 1992c s. 51, *Jokela* 2000a s. 53, *Toivola* 2000 s. 594, *Virolainen* 1998 s. 88 ja *Jääskeläinen* 1997 s. 5 ja 7. Ks. myös *Lappi-Seppälä* 2000 s. 42 ja *Jokela* 2002 s. 8. Tunnetusti syyttäjä käyttää joltain osin myös tuomitsemisvaltaa, jolloin hänen roolia-asemansa saa ’neljänneksen ulottuvuuden’ (ks. *VKSV* 2001 s. 7 ja 10–11).

¹⁷⁰ Ks. Syyttäjäl 1.1 §: Syyttäjän tehtävänä on huolehtia rikosoikeudellisen vastuun toteuttamisesta rikosasian käsittelyssä, syyteharkinnassa ja oikeudenkäynnissä asianosaisten oikeusturvan ja yleisen edun vaatimalla tavalla. Ks. myös *Syyttäjän käsikirja* 1990 s. 23.

¹⁷¹ Näin *Toivola* 2000 s. 594. Ks. myös *Virolainen* 1998 s. 94.

¹⁷² Ks. *Jonkka* 1992a s. 56, *Jääskeläinen* 1997 s. 5, *Ekelöf–Boman* 1994 s. 66 ja *Diesen* 1993 s. 485 av. 13: Ruotsissa syyttäjän kaksoisroolia on kuvattu mm. seuraavasti: ”syyttäjä on esitutkinnassa tutkija ja tuomari, oikeudenkäynnissä tutkija ja asianosainen”. Suomessa syyttäjä ei johda esitutkintaa, mutta syyttäjällä on kuitenkin huomattavasti valtaa esitutkintatoimenpiteistä ja mahdollisista lisätutkimuksista päätettäessä, joten luonnehdinta soveltuu osittain myös Suomeen.

lella sekä tuomioistuimen että syyttäjän tulee ottaa huomioon se, ettei syyttäjää ja tuomioistuinta samaistettaisi toisiinsa erityisesti syytetyn taholta (objektiivinen puolueettomuus). Toisaalta syyttäjän tulee kaikissa tilanteissa käyttäytyä asianmukaisesti ja arvokkaasti tuomioistuinta ja myös sen mahdollisesti yllättäviä päätöksiä kohtaan.¹⁷³

Syyttäjän kaksoisrooli on osittain ristiriitainen, koska päättäessään nostaa syytteen syyttäjä on esitutinnan perusteella katsonut, että syytetty on todennäköisin syin syypää rikokseen, mutta oikeudenkäynnissä syyttäjän tulee kuitenkin sekä puolustaa tätä näkemystään että tarvittaessa esittää myös argumentteja ja todisteita näkemystään vastaan.¹⁷⁴ Mainittuun asemaan sisältyy tiettyjä ongelmia. Objektiivisuusongelmat ovat kuitenkin hyväksyttävä 'hintana' siitä, että rikosprosessissa näin päädytään suuremmalla todennäköisyydellä 'oikeaan' lopputulokseen. Objektiivisuusperiaatteen johdosta syyttäjän tulee esimerkiksi pääkäsittelyssä puuttua todistajankertomukseen, jos puolustaja laiminlyö selvittää esille tulleen sellaisen seikan, joka voi olla syytetylle edullinen. Muutenkin syyttäjällä katsotaan olevan julkisen edun valvojana vastuu siitä, että rikosasiassa annettavat tuomiot ovat kaikin puolin lain mukaisia.¹⁷⁵ Syyttäjällä on esim. oikeus hakea muutosta syytetyn eduksi (ROL 1:13).¹⁷⁶

Tolvanen on mielestäni oivaltanut hyvin syyttäjän objektiivisuusvelvollisuuden sisällön uudessa rikosprosessissa – hän katsoo, että syyttäjän objektiivisuusvaatimus ei ole vakio, vaan että se muuttuu rikosprosessin eri vaiheissa. Vahvimmillaan puolueettomuusvaatimus on esitutkinnassa ja syyteharkinnassa, koska näissä menettelyvaiheissa kaikenlaisen ennakoasenteellisuuden merkitys voi olla ratkaiseva prosessin jatkolle. Pääkäsittelyvaiheessa syyttäjä on kuitenkin prosessin asianosainen, jolla on luonnostaan asianosaisintressiään vaalittavanaan.¹⁷⁷ Näin ollen syyttäjä on oikeutettu ja velvoitettu oman

¹⁷³ Ks. Lindberg 1997 s. 206–207.

¹⁷⁴ Ks. Ebervall 2002 s. 243 ja Volkmann-Schluck 1979 s. 42: "Eine unparteiische Partei ist ein Widerspruch in sich, denn, wenn sie Partei ist, kann sie nicht unparteiisch sein, und wenn sie unparteiisch ist, ist sie nicht Partei."

¹⁷⁵ Ks. Jokela 2000a s. 154 ja Jonkka 1992a s. 57 ja 58, jossa kirjoittaja viittaa oikeuskanslerin päätökseen n:o 2780/1974: kaupunginviskaalia syytettiin virkavirheestä, kun tämä oli "syytteen nostettuaan jättänyt asian päätettäväksi kuulustuttamatta jutun kannalta tarpeellisia, poliisitutkinnassa kuultuja todistajia. Raastuvanoikeus oli hylännyt syytteen näyttämättömänä."

¹⁷⁶ Ks. kuitenkin VKSV 2001 s. 39 siitä, että muutoksenhakuun syytetyn eduksi ei yleensä ole syytä, jos syytetyllä on avustaja.

¹⁷⁷ Ks. Tolvanen 2001 s. 413 sekä Virolainen 1998 s. 92 ja 273 av. 3. Ks. myös VKSV 2001 s. 37–38 ja 10: "Tuomioistuimen eli viimekätisen ratkaisuelimen puolueettomuus on eri luokan kysymys kuin asianosaisasemassa olevan syyttäjän puolueettomuus." – Vastaavasti rikoksesta epäillyn asianosaisaseman voi sanoa muuttuvan (vahvistuvan) rikosprosessin edetessä: esitutkinnassa epäilty on osittain asianosainen ja osittain tutkinnan objekti. Prosessin edetessä epäilty/syytetty saa enemmän puolustautumismahdollisuuksia ja aktiivisia oikeuksia (esim. rikosepäilystä on ilmoitettava, samoin oikeudesta avustajaan), ks. Lundqvist 1998 s. 117–118. Vrt. Ekelöf – Boman 1994 s. 66, jossa objektiivisuusvelvollisuutta ei suhteellisteta mainitulla tavalla (Ruotsissa tilanne on tosin sikäli erilainen, että siellä syyttäjä on esitutkinnan johtaja).

näkemyksensä tehokkaaseen ajamiseen oikeudenkäynnissä. Syyttäjä voi siis esim. asennoitua skeptisesti puolustuksen suoraa ja epäsuoraa vastatodistelua kohtaan ja mm. suorittaa aggressiivistakin itsenäistä 'vastatodistelua'. Syyttäjä ei tosin saa pääkäsittelyssäkään ummistaa silmiään aineelliselta totuudelta, eli vakuuttava puolustushypoteesia tukeva todistelu tai epäonnistuminen omassa todistelussa saattaa johtaa syyttäjän arvioimaan omaa – alunperin syytteen nostamiseen johtanutta – kantaansa uudelleen esim. siinä valossa, olisiko aiheellista peruuttaa syyte.¹⁷⁸

Joka tapauksessa syytetyn oikeudenkäyntiavustajan läsnäolo pääkäsittelyssä on omiaan relativoidaan syyttäjän objektiivisuusvelvollisuutta. Tällöin syyttäjät harvemmin käytännössä keskittyvät selvittämään syytetyn puolesta puhuvia seikkoja. Liian innokas syytetyn puolesta toimiminen tällaisessa tilanteessa voi jopa luoda tuomioistuimelle kuvan, että syyttäjä ei ole hoitanut tehtäviään kunnolla. Syyttäjän yksipuolisuus tai pintapuolisuus syytetä mahdollisesti vastaan puhuvien kysymysten selvittämisessä on tilanteessa ymmärrettävää ja hyväksyttävää.¹⁷⁹

Vaikka virallinen syyttäjä on oikeudenkäynnin asianosainen ja hänen pääasiallinen tehtävänsä oikeudenkäynnissä on perustella ja toteennäyttää aiheelliseksi katsomansa syyte, voidaan syyttäjän asianosaisaseman kuitenkin katsoa olevan vähemmän 'puolueellinen' kuin syytetyn puolustuksen. Syyttäjän kannalta on esimerkiksi virheellistä puhua jutun voittamisesta tai jutun häviämisestä. Tästä huolimatta syyttäjän ei pidä olla 'heikko' asianosainen, vaan hänen tulee käytettävissään olevin keinoin ja kyvyin pyrkiä siihen, että asiassa saadaan *totuus selville*.¹⁸⁰ Viime kädessä syyttäjän ponnistelut eivät saisi kohdistua yksinomaan siihen, että syyte menestyisi, vaan että 'oikea', historiallinen totuus selviäisi, ja että saataisiin sen mukainen tuomioistuinratkaisu.

Aineellisen totuuden tavoittelupyrimys – sen näkemyksen pohjalta joka syyttäjälle on oikeudenkäyntiaineiston ja muun hallussaan olevan materiaalin perusteella muodostunut – saattaa tosin joissain tilanteissa *välttämättä edellyttää hyvinkin kriittistä asennoitumista puolustuksen todisteluun* (jonka syyttäjä voi katsoa olevan esim. vääristelyä tai muuten totuutta vastaamatonta). Tarvittaessa syyttäjä voikin virkansa puolesta kritisoida jyrkästikin puolustuksen

¹⁷⁸ Varsin jyrkkää kantaa tässä suhteessa tuntuisi edustavan *Turunen* 1999 s. 490, joka katsoo, että sekä syyttäjä että asianajaja "ovat asianosaisroolinsa orjia, ja lähtökohdan muuttaminen ei onnistu", sekä pitää asianosaisten roolinäkökohtien muokkaamista (juuri objektiivisuusperiaatteeseen tai aineelliseen totuuteen pyrkimisen tavoitetta asianajajatoiminnassa) vain näennäisenä kaunisteluna.

¹⁷⁹ Ks. *Diesen* 1993 s. 486 ja *Virolainen* 1988 s. 356. Ks. myös VKSV 2001 s. 38. Vrt. *Ervo* 1996 s. 60. Hyvään syyttäjätapaan voidaan katsoa toisaalta kuuluvan, että syyttäjä ei asiattomasti puutu asianajajan ja tämän päämiehen välisiin suhteisiin tai asianajajan toimeksiantoon kuuluviin tehtäviin. Syyttäjänkin tulee kunnioittaa asianajajan ja tämän päämiehen välistä luottamussuhdetta. Ks. *Toivola* 2000 s. 600.

¹⁸⁰ Ks. *Lindberg* 1997 s. 202.

todistelua.¹⁸¹ Tämä näkökohta oikeuttaa syyttäjän soveltamaan kuulustelutoiminnassaan myös – jäljessä lähemmin jaksoissa 7.5–7.8 selvitettäviä – kuulustelutaktisia menetelmiä, ml. destruktiivisia kuulustelutaktiikoita. Mielestäni syyttäjällä on siis virkatehtäviinsä perustuva yleinen *oikeus* tarkoitettujen kuulustelutaktisten keinojen hyödyntämiseen.¹⁸² Aineellisen totuuden selvittämisen tärkeä sija syyttäjän toiminnassa johtaa nähdäkseni myös siihen, että syyttäjällä voi tietyissä tilanteissa olla myös *velvollisuus* yllä viitattujen ’advoseeraavien’ keinojen käyttämiseen. Syyttäjän kannalta destruktiivisen tai aggressiivisen kuulustelun täytyy kuitenkin aina olla perusteltua aineellisen totuuden selvittämisen kannalta.¹⁸³

Yleisemminkin syyttäjän toiminnan tulee aina perustua päteviin syihin, ja esim. syyttäjän mahdollisuudet erilaisilla vaihtoehdoilla (henkilö)todistelussa spekuloimiseen ovat rajoitetummat kuin puolustuksella.¹⁸⁴ Syyttäjän menettelyssä – erityisesti puolustuksen todistajien kuulustelussa – tulee periaatteessa aina ottaa huomioon mahdollisuus siitä, että syyte ei olekaan perusteltu. Tämä tarkoittaa sitä, että syyttäjä ei ole kovin kevyin perustein – tai ainakaan pelkäämällä sillä perusteella, että kyseessä on syytteelle vastaisesta todistelusta – oikeutettu aggressiivisesti hyökkäämään syytettyä tai puolustuksen todistajia vastaan. Mm. rikoksen selvittämistressin (vaihteleva) painoarvo mielessään pitäen syyttäjä voikin aina ”vetäytyä” kuulustelusta ja/tai syytteen ajamisesta – kuulusteltavaa painostavaan vastakuulusteluun ryhtymättä – jos esim. yllättäen puolustukselle edullisesti puhuvan todistajan kuulustelun seurauksena syyttäjälle tulee selväksi, ettei tuomitsemiskynnys mahdollisesti enää ylity tai että muut edellytykset syyteharkinnassa muotoutuneen prosessistrategian läpiviemiseen eivät enää ole olemassa. Paitsi että syyttäjä voi aina tarvittaessa esim. peruuttaa syytteen,¹⁸⁵ hän voi myös hyväksyä todistajien kertomusten muuttumisen syytetylle edulliseen suuntaan – yksinkertaisesti uskoa muutettuja kertomuksia – ja näin jättää oman lähtökohtaisen asianosaisintressinsä syrjään (ikään kuin ’alistua’ syytteen hylkäävään tuomioon). Vastaavaa oikeutta ei yleensä ole syyttäjän vastapuolella, syytetyn puolustajalla, jonka muut näkö-

¹⁸¹ Ks. myös VKSV 2001 s. 37–38: ”Syytteen toteennäyttäminen varsinkin laajassa ja kiistetyssä jutussa vaatii syyttäjältä usein hyvin päättäväistä syytteen ajamista.”

¹⁸² Näin myös Ekelöf 1994 s. 152.

¹⁸³ Ks. Lindberg 1997 s. 200: ”En besvärlig situation kan uppstå om åklagaren inför rätta finner att ett vittne sannolikt ljuger på någon punkt, dvs. om misstanke om mened uppkommer under pågående rättegång. I sådana fall bör åklagaren inte stillatigande åhöra att felaktiga uppgifter lämnas...”

¹⁸⁴ Ks. Lindberg 1997 s. 202. Luonnollisesti puolustusasianajajankin toiminnalla on omat reunaehdonsa.

¹⁸⁵ Edellytyksenä syytteen peruuttamiselle on, ettei syytetty vastusta menettelyä (ROL 1:12.2). Syytteen peruuttamisen (ROL 1:12.1) ja syytteestä luopumisen käsitteistä ks. esim. Viro-lainen 1998 s. 455 ss. ja Jokela 2000a s. 152–153. Ks. myös Jokela 2002 s. 56, 207–211 ja 225–226.

kohdat pääsääntöisesti ohittava velvollisuus on asian ajaminen ja todistelun suorittaminen nimenomaan syytetyn intressejä palvelevalla tavalla. Puolustaja voi, ja hänen tulee siten käyttää mm. destruktiivisia kuulustelumetodeja lähtökohtaisesti aina, kun menettelyn voi arvioida koituvan päämiehelle edulliseksi.

Syyttäjän tasapainottelu kuulusteluroolissaan pohjautuu aina syyttäjän omaan pätevyyteen ja ammatilliseen etiikkaan. Viimekätisenä – joskaan ei vähimmäisäkään määrin yksiselitteisenä – mittapuuna siinä, miten aggressiivista asianajollista taktiikkaa syyttäjä voi erilaissa tilanteissa noudattaa, toimii kysymys siitä, millainen menettely toteuttaa hyvälle syyttäjätavalle ja oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille asetetut laatuvaatimukset.¹⁸⁶ Jos syyttäjä tuomioistuimen mielestä kuitenkin toimii objektiivisuusperiaatteen vastaisesti, tulee tuomioistuimen itsensä huolehtia, että asiassa selvitetään myös syytetyn puolesta puhuvat seikat asianmukaisesti. ROL 6 luvun 5 §:n 2 momentissa säädetyn asianmukaisen käsittelyn vaatimuksen pääasiallinen funktio pääkäsittelyvaiheessa onkin juuri syyttäjän objektiivisuusperiaatteen noudattamisen kontrollointi.¹⁸⁷

5.3.2 Puolustusasianajajan rooli

I Syyttäjän luonnollisena 'vastapuolena' akkusatorisessa menettelyssä on viime kädessä aina rikoksesta syytetty. Usein syytettyä kuitenkin edustaa ja avustaa lakimieskoulutuksen saanut puolustaja, jolloin useassa suhteessa syyttäjän 'vastapuolena' esiintyy juuri puolustaja. Tästä syystä puolustusasianajajan roolia on perusteltua tässä tarkastella.¹⁸⁸ Asianajajalain 5 §:n 1 momentin mukaan asianasianajajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut tehtävät sekä kaikessa toiminnassaan noudattaa hyvää *asianajajatapaa*. Valtion oikeusaputoimistoista annetun lain (258/2002; OAL) 6 §:n 1 momentissa säädetään vastaavasti, että *julkisen oikeusavustajan* tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut tehtävät sekä kaikessa toiminnassaan noudattaa hyvää *asianajajatapaa*.¹⁸⁹ Julkisten oikeusavustajien on siis noudatettava samaa tapa-

¹⁸⁶ Ks. Levy 1999 s. 409 syyttäjän asemasta: "He may prosecute with earnestness and vigor – indeed, he should do so. But, while he may strike hard blows, he is not at liberty to strike foul ones."

¹⁸⁷ Ks. Diesen 1993 s. 486.

¹⁸⁸ Asianajajapakon puuttuessa syytetyn puolustajana voi toimia muukin lakimies. Työekonomisista syistä tarkastelu on tässä rajattu lähinnä vain asianajajiin. – Vastaavista syistä usean jäljessä tarkasteltavaksi tulevan tilanteen lähtökohtaisena taustaoletuksena on, että syytetyllä on apunaan puolustaja. Tilanteet, joissa syytetty vastaa syytteisiin ilman avustajaa, on pitkälti muutenkin rajattu tutkimuksen ulkopuolelle.

¹⁸⁹ 1.6.2002 voimaan tullut oikeusapulaki (OAL) korvasi aikaisemmin voimassa olleet oikeusapujärjestelmät – yleisten oikeusavustajien ammattinimike muuttui julkiseksi oikeusavustajaksi (ks. HE 82/2001 vp.).

ohjeistoa kuin asianajajienkin, ja heidän toimintansa on myös vastaavasti asianajajayhdistyksen valvonnan alaista. Asianajajasta lausuttu voi siten usein soveltaa myös julkiseen oikeusavustajaan. Suomen asianajajaliitto on edellä mainittujen velvollisuuksien lähemmäksi täsmentämiseksi laatinut yleisesti asianajotoiminnassa noudatettavat ohjeet (TO).¹⁹⁰

ROL 2:6:n mukaan puolustaja ja asianomistajan oikeudenkäyntiavustaja on velvollinen huolellisesti hyvää *asianajotapaa* noudattaen valvomaan päämiehensä etua ja oikeutta sekä siinä tarkoituksessa edistämään asian selvittämistä.¹⁹¹ Ilmaisu asianajotapa (erotuksena asianajajataavasta) johtuu siitä, että syytetyn puolustajana voi ROL 2:2.1:n (ja OAL 8.2 §:n mukaan) toimia muikin OTK-tutkinnon suorittanut henkilö kuin asianajaja tai julkinen oikeusavustaja. Muun *yksityisen avustajan* kuin asianajajan roolin lähempi erillistarkastelu on tässä jätettävä syrjään.

Asianajaja on luettavissa oikeudenhuollon orgaanien joukkoon, joten syytetyn puolustajana hänen tulee ottaa huomioon suhteensa paitsi päämieheensä (TO 18–21 §), myös tuomioistuimeen (TO 40 §) ja päämiehensä vastapuoleen (TO 33–39 §).¹⁹² Päällimmäisenä lähtökohtana on kuitenkin asianajajan ehdoton lojaalisuusvelvollisuus päämiehelleen ja asianajajan vaitiolovelvollisuus seikoista, jotka päämies on hänelle asian ajamista varten uskonut (TO 18 ja 19 § sekä OK 17:23.1,4 ja 3 momentti).¹⁹³ Asianajajan tulee myös olla kaikessa toiminnassaan ehdottoman rehellinen tuomioistuimeen ja asiakkaaseensa nähden (TO 2 §). Nämä asianajajan yhteiskuntaan ja erityisesti oikeudenhuollon viranomaisiin kohdistuvat ns. ammatilliset bona fides -velvoitteet kaventavat ja rajoittavat asianajajan lojaalisuusvelvollisuutta päämiestään kohtaan siten, että asianajaja ei ole oikeutettu ajamaan asiakkaansa asiaa keinolla millä hyvänsä tai muista seurauksista piittaamatta.

Yhtenä keskeisimmistä asianajajan ammattitoiminnan perusteista on asianajajan *riippumattomuus* yhtäältä muista yhteiskunnallisista instituutioista ja toisaalta asianajajan omista muista sivuvaikutteista, jotka saattaisivat haitata toimeksiannon asianmukaista hoitamista. Tällaisen riippumattomuuden vastapainona asianajajilta on edellytettävä toiminnan rehellisyyttä ja kunniallisuutta. Korkeiden eettisten normien noudattaminen on myös edellytys sille, että asianajajan ja tämän päämiehen luottamuksellinen suhde ylipääntänsä ansaitsee tulla

¹⁹⁰ Ks. *Ylöstalo* 1985 s. 30–31 ja *Peltonen* 1985 s. 40. Myös aikaisemmassa oikeusapulaissa lähdettiin siitä, että yleiset oikeusavustajat olivat toiminnassaan samojen velvoitteiden alaisia kuin asianajajatkin, näin *Esko* 1986 s. 17. – Vastaavasti Ruotsin osalta ks. *Ebervall* 2002 s. 28 ss.

¹⁹¹ Vastaavasti OAL 8 §:n 4 momentin mukaan laissa tarkoitettu (julkinen tai yksityinen) avustaja on velvollinen noudattamaan hyvää asianajotapaa.

¹⁹² Ks. *Tarkka* 1999 s. 270, *Manner* 2001 s. 189, *Peltonen* 1985 s. 40 ja *Melander, L.* 2000 s. 559.

¹⁹³ Ks. *Peltonen* 1985 s. 39. Asianajajan vaitiolovelvollisuudesta säädetään myöskin asianajajalain (496/1958) 5c §:ssä sekä OK 15:17:ssä.

suojatuksi yhteiskunnan taholta.¹⁹⁴ Asianmukaisesti toimiva rikosasianajaja – vaikka hän tavallaan puolustaa ’pahaa’ – kuitenkin toimii positiivisesti yhteiskunnan kannalta, koska puolustamistoiminnalla kontrolloidaan ja alistetaan kriittiseen keskusteluun vallitsevia moraalinäkemyksiä. Toisaalta rikoksesta syytettyjen oikeus puolustusasianajajan apuun on myös omiaan legitimoimaan yhteiskunnallista vallankäyttöä ja rikosprosessia.¹⁹⁵

Rehellisyysvaatimus tarkoittaa lähemmin ilmaisten prosessin tarkoituksperiä palvelevaa tehokasta, oikeasuhtaista ja vilpistä vapaata oikeusprosessiin osallistumista. Asianajajan bona fides -velvollisuuksiin kuuluu luonnollisesti lain noudattaminen ja säännösten asianmukainen tulkinta sekä toimenpiteiden ja ratkaisuiden perustaminen aineelliseen totuuteen. On kuitenkin helppo nähdä, että asianajajan työ nimenomaan rikoksesta syytetyn puolustajana pakottaa asianajajan vaikeaan ristiriitatilanteeseen eli yhdistämään kaksi toisilleen vastakkaista intressiä: yhtäältä päämiehen edut ja toisaalta ammatillisten bona fides -velvoitteiden vaatimukset. Mainitut jännitteet aiheuttavat paitsi eettisiä ongelmia, myös juridisia toimivaltuus- tai toimintavapausongelmia.¹⁹⁶ Asianajajan roolin mukaisena on kuitenkin nähtävä, että TO 1 §:ssä mainittu asianajajan *velvollisuus valvoa päämiehensä oikeutta ja etua, on asianajajan ensisijainen velvollisuus ja toiminnan lähtökohta*.¹⁹⁷

Ebervall on väitöskirjassaan kuvannut puolustusasianajajien toiminnassa vaikuttavia ideologioita (so. tausta-ajatuksia ja näkemyksiä hyvästä asianajajatastavasta) ja näitä ideologioita käytännössä manifestoivia ns. ideaalityyppejä. Analyysissään hän on erottanut kaksi toisilleen vastakkaista ideaalityyppiä ’ääripäin’: ns. *aseenkantajaideologian* ja *neuvonantajaideologian*. Ideaalityyppien avulla voidaan paitsi selittää puolustusasianajajien rationalisointeja toiminnastaan (esim. kysymyksissä siitä, tuleeko kaikki toimeksiannot ottaa vastaan, ja onko asianajajan seurattava kaikessa päämiehensä ohjeita ja toiveita), myös arvioida kunkin ideaalityypin toimintaperusteluiden lähemmän argumentaation pitävyyttä tai hyväksyttävyyttä.¹⁹⁸ Tässä tyydytään argumenttien tiivistettyyn ja pintapuoliseen esittelyyn ja jätetään ’valinnan’ tekeminen ideologioiden välillä avoimeksi.¹⁹⁹ Kumpaisenkin ideaalityypin tausta-ajatuksen voi sanoa olevan legitiimejä, koska ne painot-

¹⁹⁴ Ks. Peltonen 1985 s. 38–39 ja 45, Peltonen 2000 s. 586, Melander, L. 2000 s. 560 ja Ylöstalo – Tarkka 2000 s. 30.

¹⁹⁵ Ks. Ebervall 2002 s. 87–88.

¹⁹⁶ Ks. Peltonen 1985 s. 40–41. Käytännössä asianajajan prosessaamis- ja reagointiaktiivisuuden on havaittu riippuvan paljon siitä, onko asianajajan päämies mukana oikeudenkäynnissä; sen sijaan lehdistön edustajien läsnäolon ei ole havaittu merkittävästi vaikuttavan asianajajien aktiivisuuteen. Ks. Välikoski 1996 s. 30.

¹⁹⁷ Näin myös Manner 2001 s. 189 sekä EUTO 2.7 kohta.

¹⁹⁸ Ks. Ebervall 2002 s. 26–27 ja 39 ss.

¹⁹⁹ Ebervall 2002 itse (s. 398) löytää kantavampia perusteluita ns. aseenkantajatyyppille (vaependragareideologi). Myös Ekelöf 1994 s. 79 näyttäisi mieltävän (ruotsalaiset) asianajajakäytännöt pitkälti mainitun tyyppisinä.

tavat (kylläkin keskenään hieman eri tavoin) keskeisiä oikeusvaltiollisia oikeusturvaelementtejä. Näin ollen molempien toimintamallien voi sanoa olevan suomalaisen(kin) lainsäädännön ja hyvän asianajajatavan mukaisia.

Ensiksi mainittua ideaalityyppiä eli aseenkantajaideologiaa kuvaa lähinnä se, että mallissa puolustusasianajaja nähdään ensisijaisesti instrumenttina päämiehensä käsissä. Puolustajan tulee erottaa ammattitoiminnassaan ja yksityiselämässään 'käytettävä' moraali ja pitää kaikessa toiminnassaan päämiehensä tahtoa johtotähtenä. Tämän mukaisesti puolustajan tulee hyödyntää prosessin sääntöjä tavalla, jolla päämiehen (itsensä vaatimien) intressien toteutuminen voidaan maksimoida. Asianajajan toiminnan taustaideoina voidaan pitää antipaternalismia (päämiehen liberalistista vapauspiiriä kunnioitetaan siten, että pidättäydytään päämiehen tahtoon vaikuttamisesta – eikä näin ollen välttämättä myötävaikuteta aineellisen totuuden tavoitteluun), moraalista neutraalisuutta (ketä tahansa on puolustettava) ja prosessuaalisen järjestelmän sääntöjen soveltamista yksinomaan päämiehen intressejä edistävällä tavalla.²⁰⁰ Ideaalityypin mukainen puolustajatoiminta on varsin 'selväpiirteistä', ja siinä useat moraaliset ongelmat voidaan välttää vetoamalla asianajajan laveasti tulkittuun institutionaaliseen rooliin akkusatorisessa järjestelmässä. Ajattelu on mahdollista perustaa mm. oikeusturvan ja yhdenmukaisuuden vaatimukseen, syyttömyysolettamaan ja siihen, että rikosasianajaja puolustaa ihmistä, ei rikollista tekoa (asianajajan ei voida sanoa hyväksyvän päämiehensä tekoja tai ajattelua, jos asianajaja puolustaa valikoimatta kaikenlaisia epäiltyjä ja syytettyjä).²⁰¹

Neuvonantaja-ideaalityypille kuvaavaa on, että puolustajan tulee huomioida ja toteuttaa muitakin kuin päämiehensä intressejä. Tällaiset muut intressit saattavat olla jopa päämiehen eduille vastakkaisia (kuten oikeusjärjestelmän edut, prosessin yhteiskunnalliset vaikutukset tai tertiusten intressit). Puolustusasianajajan tehtäväksi nähdään 'aineellisen totuuden' tavoittelun edistäminen ja myös omien moraalisten näkemystensä mukainen ammatitoiminta. Lain kirjaimen lisäksi puolustajan tulisi ottaa huomioon myös lain 'henki', mistä syystä asianajajan rooliksi ei hyväksytä, että nämä olisivat vain "servants of business". Puolustajan rooli rinnastetaan ikään kuin päämiehen 'holhoojaan' tai 'ystävään' sikäli, että puolustajan tulisi pyrkiä laajemmassa yhteiskunnallisessa ja 'inhimillisessä' mielessä päämiehelleen parhaaseen lopputulokseen (tämä voi johtaa myös päämiehen nimenomaisen tahdon vastaiseen toimintaan). Neuvonantaja-ideaalityyppi korostaa puolustajan velvollisuuksia (eikä oikeuksia tai toimintavapauksia) ja lähtee siitä, että vaikka asianajajan ammatilliset moraalinäkemykset olisikin mahdollista erottaa asianajajan henkilökohtaisista moraalisisista näkemyksistä, ei tällainen menettely silti aina olisi 'oikein'.²⁰² Ideaalin soveltaminen on väistämättä aseenkantaja-ajattelua komplisoidumpaa, koska mukana on arvottava elementti – riittäväksi ei katsota, että puolustusasianajaja olisi vain tahdoton instrumentti päämiehensä käsissä. Näkemys korostaa puolustusasianajajan itsenäistä vastuunottoa, kontrollia omasta työstään, moraalista 'rohkeutta', rehellisyyttä toimeksiantojensa hoitamisessa ja kokonaisnäkemyksellistä

²⁰⁰ Ks. Ebervall 2002 s. 55–70.

²⁰¹ Ks. Ebervall 2002 s. 98–102.

²⁰² Ks. Ebervall 2002 s. 70–84.

lojaliteettia oikeusjärjestelmälle (ikään kuin ’teleologista’ lainsäätäjän tahdon ja lain hengen toteuttamista).²⁰³

Asianajajalla ei toisaalta liene ehdotonta velvollisuutta noudattaa kaikessa päämiehensä tahtoa, vaikka lojaalisuusvelvollisuus sitä pitkälti edellyttääkin. Ongelmallinen tilanne syntyy esimerkiksi silloin, kun asianajaja paremman laillisen tuntemuksensa perusteella päätyy katsomaan jonkin toisen kuin päämiehensä ehdottaman menettelytavan tarkoituksenmukaisemmaksi. Asianajajan velvollisuus tehokkaaseen päämiehensä etujen ajamiseen voi tällöin edellyttää, että asianajaja päämiehensä tahdosta riippumatta menettelee itsenäisesti parhaaksi katsomallaan tavalla.²⁰⁴ Euroopan yhteisön asianajajien tapaohjeissa nimenomaisesti varoitetaan asianajajia luopumasta ammatillisesta tasostaan päämiestään miellyttääkseen.²⁰⁵ Syytetty ei useinkaan voi ylläpitää tarpeellista etäisyyttä omaan asiaansa, ja hänen edellytyksensä asian objektiiviseen arviointiin ovat jo tästä syystä asianajajaa huonommat – jälleen seikka, joka puhuu asianajajan riippumattomuuden puolesta.²⁰⁶ Puolustuksen materiaalisista seikoista tulee tosin ehdottomasti vallita yksimielisyys, jotta tehtävän voisi asianmukaisesti suorittaa.

Lojaliteettiperiaatteen johdosta asiakkaan täytyy voida luottaa siihen, että asianajaja hoitaa tehtävänsä asianmukaisesti loppuun saakka. Tehtävästä luopumiselle vaaditaan aina perusteltu syy. Yleisesti tällaiseksi perustelluksi syyksi katsotaan se, että asiakas tahtoo asianajajan menettelevän vastoin lakia eikä huomautuksesta huolimatta luovu vaatimuksestaan. Asianajaja katsotaan myös velvolliseksi luopumaan tehtävästä, jos päämies pyrkii vaikuttamaan todisteluun luvatta eikä tämä ”ojennu” huomautuksesta.²⁰⁷

Puolustuksen ei kuitenkaan tarvitse (eikä lojaliteettivelvoitteensa takia saakaan) ottaa huomioon objektiivisuusvelvollisuutta tai vastaavia näkökohtia, jotka velvoittaisivat asian monipuoliseen tutkintaan ja sekä epäillyn puolesta että vastaan puhuvien seikkojen esille nostamiseen. *Puolustus voi ja sen tulee keskittyä vain ja ainoastaan syytetylle edullisten seikkojen toteen näyttämiseen.*²⁰⁸ Sanottu tarkoittaa, että puolustusasianajajan toiminnan ’johtotähti’ ei

²⁰³ Ks. *Ebervall* 2002 s. 104 ss.

²⁰⁴ Ks. *Ebervall* 2002 s. 78–79 ja 100.

²⁰⁵ Ks. *Tarkka* 1999 s. 271. Ks. asianajajan riippumattomuudesta myös *Malek* 1994 s. 13.

²⁰⁶ Ks. *Rückel* 1986 s. 4–5, 7, 9 ja 11–12. *Ebervall* 2002 passim. on osoittanut päämiehen toiveiden ja neuvojen noudattamisen olevan hyvin monitahoinen kysymys, joihin liittyviin kysymyksiin puolustaja ei löydä suoraa ratkaisua lainsäädännöstä tai hyvän asianajajatavan normistosta, vaan jotka kysymykset tämän on viime kädessä itse in casu ratkaistava ”medvetet eller omedvetet med stöd av argumentet och resonemang som kan sammanfattas som advokatideologier.” (s. 395)

²⁰⁷ Näin mm. *Peltonen* 1985 s. 52–55. Ks. tosin OK 15:11, jonka mukaan ”Valtuusmiehen älköön olko lupa Oikeudessa luopua asiasta, jonka hän on siinä alottanut, ellei Oikeus katso hänellä olevan siihen syytä.”

²⁰⁸ Voimakkaasti tällaista näkemystä edustaa *Lundqvist* 1998 s. 118–119. Ks. myös *Virolainen* 1998 s. 173.

voi olla aineellisen totuuden selvittäminen – lojaliteettiperiaate estää ilmaismasta oikeaa asianlaitaa, jos se on päämiehelle epäedullinen. Puolustukselle annettu yhteiskunnallinen tehtävä on yhtä lailla syyttömien tuomitsemisen estäminen kuin myös kaikkien päämiestensä – niin syyttömien kuin syyllistenkin – puolustaminen valtion oikeusjärjestelmää 'vastaan'.²⁰⁹ Tästä on pidettävä kiinni ja seikka on huomioitava henkilötodistelunkin suorittamisessa (mm. siinä, mitä asianajaja on oikeutettu kuulustelussa kysymään ja ilmaisemaan). Tältä osin näkisin edellä kuvatun ns. aseenkantaja-ideologian vastaavan paremmin suomalaista oikeuskulttuuria.

Asianajajan totuusvelvollisuuden vaikeimmat tulkintatilanteet syntyvät rikosprosessissa syytetyn avustajana.²¹⁰ Tapaohjeiden 42 §:ssä säädetään asianajajan totuusvelvoitteesta²¹¹ tarkemmin seuraavasti:

Ilman erityistä aihetta asianajaja ei ole velvollinen tarkistamaan päämiehensä hänelle antamia tietoja. Asianajaja ei saa antaa tuomioistuimelle tietensä paikkansa pitämättömiä ilmoituksia eikä kiistää, minkä tietää todeksi.

Asianajaja ei saa myötävaikuttaa todisteiden salaamiseen taikka vääristelemiseen. Asianajaja ei kuitenkaan ole velvollinen eikä vastoin päämiehensä tahtoa oikeutettu esittämään todistetta tai siihen vetoamaan taikka antamaan tietoja, jotka ovat hänen päämiehelleen vahingoksi, paitsi milloin hänet siihen velvoitetaan todistamista tahi esiinantovelvollisuutta koskevien säännösten nojalla.

Asianajajan totuusvelvollisuus ei koskaan voi olla suppeampi kuin päämiehen totuusvelvollisuus. Rikosprosessissa asianajajalla on itse asiassa laajempi totuusvelvollisuus kuin asiakkaallaan: asianajajaa koskee ns. negatiivinen totuusvelvollisuus, mutta päämiehellä eli rikoksesta syytetyllä ei totuusvelvollisuutta ole lainkaan.²¹² Negatiivinen totuusvelvollisuus tarkoittaa yhtäältä sitä, että asianajaja ei syytetyn avustajana ole velvollinen eikä edes oikeutettu vastoin päämiehensä tahtoa antamaan tuomioistuimelle mitään uutta tietoa tai luovuttamaan syytetylle haitallista aineistoa. Kun toisaalta kyse kuitenkin on totuusvelvollisuudesta, ei oikeudenkäyntiavustaja myöskään saa valehdella tai tietoisesti muutenkaan toimia aktiivisesti vastoin parempaa tietoaan. Viimeksi sanotusta huolimatta asianajajan vaitiolo velvollisuus syrjäyttää negatiivisen totuusvelvollisuuden sikäli, että syytetyn avustaja ei saa missään olosuhteissa paljastaa avustajan tehtävässä saamaansa luottamuksellista tietoa, joka on päämiehelle haitallinen. Avustajan tulee asemansa ja toimeksiantonsa perusteella kiistää

²⁰⁹ Ks. *Manner* 2001 s. 189 ja *Ebervall* 2002 s. 117.

²¹⁰ *Peltonen* 1985 s. 55–60.

²¹¹ Asianajajan totuusvelvollisuudesta ks. *Turunen* 1999 s. 485 ss., *Peltonen* 2001 s. 967 ss., *Ervo* 2002 s. 817 ja *Melander, L.* 2000 s. 561 s.

²¹² Ks. *Melander, L.* 2000 s. 562.

syyte ja sen tueksi esitetyt tosiseikastoväitteet sen mukaisesti, mitä päämies on lausunut, vaikka syyttäjän asiassa esittämä näyttö olisi hyvinkin vahvaa.²¹³

Ylipäättänsä asianajajan henkilökohtainen tietämys ei ole prosessin kohteena, eikä se sellaisenaan kuulu myöskään lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon (ROL 11:2). Asianajajan henkilökohtaisesti tietämällä on tosin suoraa relevanssia negatiivisen totuusvelvollisuuden mukaiselle asianajajan prosessistrategiaa rajoittavalle säännölle siitä, että *vastoin parempaa tietoa ei saa toimia*. Esimerkiksi tietoisesti väärän sisältöisten lausumien esittäminen tai väärän sisältöiseen todisteeseen vetoaminen ja oikeudelle antaminen ovat negatiivisen totuusvelvollisuuden vastaisena kiellettyä.²¹⁴ Asianajajan ei myöskään tulisi nimetä sellaista todistajaa kuultavaksi, jonka hän varmasti tietää tulevan syyllistymään perättömään lausumaan: todistajan nimeäminen tällaisten edellytysten vallitessa saattaisi johtaa myös asianajajan itsensä syytteeeseen yllytyksestä tai avunannosta perättömään lausumaan.²¹⁵ Päämiehen asianajajalleen tekemä tunnustus rajoittaa muutenkin puolustusstrategisia valintoja: Asianajaja ei tietenkään voi perustaa puolustusta jollekin tekaistulle perustalle (esim. alibitodistelulle), jos päämies on luottamussuhteen puitteissa myöntänyt tehneensä teon.

Paremmen tiedon vastaisesti toimimisen rajat joutuvat koetukselle tilanteessa, jossa asianajaja varmasti *tietää päämiehensä valehtelevan* viranomaisille esim. epävirallisesti annetun tunnustuksen kautta tai muulla luotettavalla tavalla.²¹⁶ Rikoksesta syytetty ei voi määritelmän mukaisesti syyllistyä perättömään

²¹³ Ks. *Du Cann* 1993 s. 46: ”He [the advocate] is the gladiator of the accused. He wears his garland, and like the mercenaries through the ages he has no right to ask if the cause for which he fights is just.” Myös *Ebervall* 2002 (mm. s. 25 ja 42) puhuu aseenkantajaideologiasta samansuuntaisesti.

²¹⁴ Ks. *Rückel* 1986 s. 7: ”Die Wahrheitspflicht verbietet, mit der Lüge zu verteidigen, nicht dagegen Belastendes nicht vorzutragen.” Toisaalta voidaan erottaa se, minkä asianajaja varmasti (esim. reaalityodisteiden tms. kautta) tietää, ja mitä hän uskoo tai ajattelee subjektiivisesti. Kuten sanottu, yleisesti ottaen asianajajan lojaalisuusvelvollisuus voi silti ohittaa esim. kiellon kiistää sellaista, minkä asianajaja tietää todeksi (sitä, että asianajaja vaikenee seikasta) – Asianajaja ei saa asettua päämiehensä tuomariksi (*Peltonen* 2000 s. 584), mistä syystä perusteeltaan epäselvienkin juttujen ajaminen on yhteiskunnallisesti perusteltua. Ks. myös *Du Cann* 1993 s. 46: ”A client is entitled to say to his counsel: ‘I want your advocacy, not your judgment,..., I prefer that of the court.’”

²¹⁵ Ks. RL 15:5 (yllytetty yritys perättömään lausumaan) sekä RL 15:13. Ks. myös *Levy* 1999 s. 64 ja *Dahs* 1983 s. 111–112. Ks. lähemmin aiheesta *Müller* 2000 passim.

²¹⁶ Tietävästi tällaiset tilanteet ovat tosin käytännössä hyvin harvinaisia: rikoksesta epäillyt – erityisesti ammatti- ja taparikoilliset – nimittäin noudattavat varsin tiukasti toimintaohjetta ”jos aiot valehdella oikeudessa, valehtele myös asianajajalle”. Vrt. tosin *Ebervall* 2002 s. 191, joka ei pidä tarkoitettuja ristiriitatilanteita kovin harvinaisina. *Ebervall* 2002 s. 213–214 ja 218–239 osoittaa myös, miten eri tavoin toimivat asianajajat ylipäättänsä voivat toiminnassaan tulla ”tietämään” päämiehensä valehtelusta: Ns. aseenkantajaideologian pohjalta toimiva avustaja pyrkii nimenomaan päämiehensä itsensä tarkoittaman tapahtumainkuvauksen selvittämiseen siten, että juttuteoriaan ’suodatetaan’ vain tätä näkemystä tukevia seikkoja. Tällainen avustaja toimii pitkälti syyttömyysolettaman pohjalta eikä hän välttämättä pyri suoraan selvittämään päämiehensä syyllisyyttä. Sen sijaan ns. neuvonantajadeologiaa toteuttava avustaja pyrkii päämieskeskustelussa

lausumaan, koska syytetyllä ei ole minkäänlaista totuusvelvollisuutta. Koska asianajajalla itsellään ei tällaista valehtelu-oikeutta ole, voi puolustustehtävän hoitamisessa syntyä vaikeita eettisiä ristiriitoja (vaikka esim. kysymys yllytyksestä tai avunannosta perättömään lausumaan ei aktualisoituisikaan) päämiehen halutessa perustaa puolustuksensa tekaistuille seikoille. Tilanteessa, jossa päämiehen valheelle perustuva asennoituminen on täysin ilmeinen, saattaa asianajaja pyrkiä vaikuttamaan asiakkaaseensa siten, että tämä suostuisi ilmoittamaan asian oikean laidan myös tuomioistuimelle. Jos päämies ei tähän myönnä, ei asianajajakaan ole vaitiolovelvollisuutensa takia oikeutettu tiedon eteenpäin välittämiseen. Jos kyseessä on asian kannalta olennainen tieto eikä asiakas suostu sitä oikaisemaan, *katsotaan asianajaja tällöin yleisesti velvolliseksi luopumaan tehtävän hoitamisesta*; tällöin puolustuksen koko strategia nimitäin perustuisi valheelle ja olisi asianajajan totuusvelvoitteen vastainen.²¹⁷

Näkökantaa voidaan kuitenkin pitää varsin idealistisena. Klamin näkemys siitä, että asianajaja voisi toimia myös tässä puheena olevan kaltaisissa 'varman syyllisyyden' tapauksissa ja tällöin esimerkiksi esittää vastatodistelua silminnäkijätodistajalle, vaikuttaa realistisemmalta. Silloin kun asianajaja kaikesta huolimatta jatkaa syytetyn edustajana, ei asianajajan lojaliteettivelvollisuuden näkökulmasta ole moitittavaa kiinnittää asiallisia huomioita syyttäjän päänäytön heikkouteen: "ei ole mikään valhe sanoa *totuus näytöstä*, vaikka se ei olisi *totuus asiasta*".²¹⁸ Turusen perustelu menettelylle on myös huomion arvoinen: Syytetyn puolustuksen tulee voida toimia tavalla, jolla syytetyn kahtalaisia oikeuksia yhtäältä itsekriminoinnin suojan ja toisaalta avustajakonstultaation toteutumiseksi ei mitätöidä. Sellainen asianajajan tai avustajan rooli, joka ei käsittäisi mahdollisuutta jatkaa syylliseksikin tiedetyn syytetyn puolustusta mm. syyttäjän todistelua kritisoiden, käytännössä epäisi syytetyltä molempien oikeuksien yhtäaikaisen toteutumisen.²¹⁹

Jutusta luopumista sillä perusteella, että päämies tahtoo neuvoista huolimatta valehdella, ei välttämättä voi pitää edes eettisesti (tai käytännöllisesti) täysin

selvittämään 'aineellisen totuuden', mikä voi edellyttää myös päämiehen juttuteorian vastaisten seikkojen selvittämistä (ja voi johtaa mm. siihen, että asianajaja katsoo mahdottomaksi ottaa valehtelijaksi katsomansa syytetyn juttua hoitaakseen).

²¹⁷ Näin mm. *Lappalainen* 2001b s. 1001. Ks. myös *Frände* 1999 s. 313, joka pitää puolustustoimeksiannon jatkamista enemmän tai vähemmän mahdottomana syytetyn tunnustettua syyllisyytensä avustajalleen. Kokoavasti keskustelusta ks. myös *Turunen* 1999 s. 486 ss. Suomalaisessa oikeusjärjestelmässä, jossa lainsäädäntö ja hyvä asianajajatapa sallii asianajajakunnassa vallitsevan ideologisen pluralismin, lieenee todennäköistä, että 'yksin jätetty' syytetty kuitenkin löytää sellaisen avustajan, joka suostuu toimeksiannon vastaanottamaan (jolloin järjestelmä ei ole ainaakaan avustajan EIS 6 art. 3 kappaleen e-kohdan vastainen). Ks. tarkoitettua markkinatalousmallista ja ns. 'last lawyer in town' -problematiikasta *Ebervall* 2002 s. 90, 99, 147 ss., 181, 195 ja 302.

²¹⁸ *Klami ym.* 1994 s. 164 ss. Myös *Turunen* 1999 s. 484 tuntuu pitävän mahdollisena jatkaa puolustustoimeksiantoa päämiehen ohjeiden mukaisesti, vaikka avustaja tietäisi syytteen oikeaksi. Ks. myös *Du Cann* 1993 s. 48.

²¹⁹ Ks. *Turunen* 1999 s. 491.

kestävänä ratkaisuna. Menettelyssä ongelmaa ei nimittäin kokonaan poisteta (muuten kuin asianajajan kohdalla henkilökohtaisesti), vaan oikeudenkäynnin kannalta sitä vain siirretään ajallisesti kauemmaksi ja/tai eri henkilöille.²²⁰ Ei ole yleensä syytä olettaa, että syytetty luopuisi toisenkaan asianajajan tai muun puolustajan opastamana tarkoituksestaan antaa 'aineellista totuutta' vastaamattomia tietoja tuomioistuimelle. Edellisen avustajansa menettelyn aiheuttama luottamussuhteen epäily saattaa itse asiassa nostaa todennäköisyyttä sille, että epäilty tai syytetty jättää ilmaisematta vastaavat tiedot uudelle avustajalleen, jolloin viimeksi mainittu ei välttämättä tule lainkaan edes tietämään tai epäilemään päämiehensä valehtelevan. Tällöin on menetetty ne vähätkin mahdollisuudet vaikuttaa valehtelun rajoittamiseen, jotka alkuperäisellä avustajalla olisi ollut käytössään neuvojensa tai oikeudenkäyntistrategiassa tekemiensä valintojensa puitteissa.²²¹

Angloamerikkalaisella oikeusalueella katsotaankin yleisesti, että asianajaja voisi tällaisessakin tilanteessa jatkaa puolustusta arvostelemalla syyttäjän todistelua esim. vastakuulustelemalla syyttäjän todistajia (ts. prosessaamalla todistustaakalla).²²² Näytön objektiivista kritisointia järkevän epäilyksen aikaansaamiseksi voidaan mainitussa valehtelutilanteessa mielestäni pitää Suomessa-kin asianajajan rooliin kuuluvana puolustettavana menettelynä.²²³ Puolustus-asianajajan tulisi kuitenkin rajoittaa päämiehensä (pää)kuulustelua siten, ettei asianajaja tule itse aktiivisesti edesauttamaan syytettyä valheellisen kertomuksen antamiseen.

Suomessa tilanteen arvostelua haittaava tekijä on, että käytännössä syytetyn kuulustelun vaiheistuksessa noudatetaan erilaisia menettelytapoja, kuten yllä (jaksossa 5.2.1) ilmeni: syytetyn pääkuulustelun voi suorittaa joko tuomioistuimien ja syyttäjä yhdessä, tai pelkästään syyttäjä tai puolustusasianajaja. Tästä johtuen asianajajan kädet ovat sikäli sidotut, ettei hänellä ole mitään keinoja varmuudella estää päämiestään valehtelemasta, vaikka asianajaja niin tahtoisikin ja sen suuntaisesti päämiestään neuvoisi. Syytetynkin pääkuulustelussa tulee nimittäin joka tapauksessa – riippumatta siitä, kuka sen suorittaa – noudattaa vapaan kerronnan sääntöä. Vapaassa kertomuksessaan syytetyllä on mahdollisuus kertoa ja valehdella periaatteessa mitä tahansa. Selvää kuitenkin on, että jos syytetyn pääkuulustelutehtävä uskotaan tämän omalle

²²⁰ Ks. *Ebervall* 2002 s. 353.

²²¹ Ks. *Levy* 1999 s. 65, *Dahs* 1983 s. 45 ja *Niemistö* 2000 s. 571–572.

²²² Ks. *Peltonen* 1985 s. 64–66 ja 68 ja *Stone* 1988 s. 2. Ks. myös *Dahs* 1983 s. 44 samansuuntaisesti saksalaisen rikosprosessin osalta.

²²³ Näin myös esim. *Virolainen* 1998 s. 174. Rikosasianajajan joskus raskaana tehtävänä on ikään kuin ”vuokrattuna omatuntona” toiminen: tämä voi edellyttää eräänlaisen ”naamion” päälle pukemista oikeudenkäynnin ajaksi (vrt. englantilaisen barristerin peruukki ja kaapu). Asianajajan on suhtauduttava syylliseltäkin näyttävään syytetyyn asiallisesti, ja asianajaja saattaa tehtävänsä hoitamiseksi joutua esittämään sellaisia näkökantoja ja tulkintoja, jotka eivät vastaa hänen henkilökohtaisia mielipiteitään.

oikeudenkäyntiavustajalle, ei tämä saa aktiivisesti kysymyksiin johtaa syytettyä valheellisen kertomuksensa kehittelemiseen, vaan asianajajan tulee rajoittua vapaan puheenvuoron tarjoamiseen ja pidättäytyä täsmäntäviistä lisäkysymyksistä. Asianajajan tulisi silti pyrkiä suorittamaan näin supistettu pääkuulustelu sillä tavoin ”normaalisti”, ettei tuomioistuimelle heräisi kysymyksiä huomiota herättävästi poikkeavalla tavalla suoritettua päämiehen kuulustelun syistä.²²⁴

Mielestäni mm. Klamin ja Turusen esittämä anglosaksisen perinteen suuntainen näkökohta on siis mahdollinen myös Suomessa.²²⁵ Edellä mainituin perusteiden tulkitsisin TO 15 §:n 2 momentin 3 kohdan edellytyksiä asianajajan velvollisuudesta luopua toimeksiannosta sikäli välttämättä, ettei syytetyn vilpillinen menettely tai väärin tietojen antaminen automaattisesti velvoittaisi luopumaan toimeksiannosta.²²⁶ Syylliseksi ’tietämänsä’ syytetyn puolustamisen täytyy olla mahdollista jo siitä syystä, että nuorten syytettyjen kohdalla tai muuten ROL 2:1:ssä tarkoitetuilla perusteilla määrätty ns. *pakkopuolustaja* ei muutoin kaikissa tapauksissa välttämättä voisi hoitaa saamaansa toimeksiantoa.²²⁷

Käytännöllisenä seurauksena valehtelevan päämiehen asian hoitamisesta voi kiistämättä olla, että puolustuksen käytöstä rajautuu pois joitain puolustautumiskeinoja, kuten valehtelevien todistajien nimeäminen kuultavaksi.²²⁸ Asianajajan tulee ehdottomasti tästä seikasta päämiehelleen ennen oikeudenkäyntiä kertoa: ”vaisun puolustusstrategian” tulee aina perustua päämiehen etukäteiseen hyväksyntään.²²⁹ Loppujen lopuksi kysymys on asianajajan riippumattoman aseman ja syytetyn ”valehtelu-oikeuksien” kollisiosta: valitun ’valheelle perustuvan’ ja siksi rajoitetun puolustautumisstrategian tulee olla syytetyn itsensä valitsema. Näkemyksessä korostetaan syyttömyysolettamaa ja syytetyn yksityisautonomiata. Se seikka, että asianajajan sinänsä vilpittömästi suorittama ja totuuden vääristelyyn kannustamaton päämiehensä (pää)kuulustelu (samoin kuin todistajien kuulustelu) voi tällöin jäädä normaalia suppeammaksi, on kuitenkin mielestäni parempi vaihtoehto kuin se, että toinen asianajaja valheesta tietämättä pyrkii – tällöinkin kyllä ehkä vilpittömästi mutta joka tapauksessa

²²⁴ Ks. Levy 1999 s. 65–69.

²²⁵ ”Angloamerikkalaista linjaa” näyttäisi kannattavan myös Melander; L. 2000 s. 562–563.

²²⁶ Tapaohjeet ovat yleisestikin joustavia normeja, kuten Peltonen 2000 s. 580 toteaa.

²²⁷ Problematiikasta ks. EIT:n ratkaisu *Artico* 13.5.1980, josta myös Ebervall 2002 s. 121.

²²⁸ Jos päämies vastoin asianajajan tahtoa silti tahtoo itse kutsua valheellista kertomusta tukevia vilpillisiä todistajia, ei asianajajalla käytännössä ole juuri muita vaihtoehtoja kuin jutusta luopuminen. Kesken oikeudenkäyntiä luopuminen tosin saattaa käytännössä olla hyvin vaikeaa ja johtaa ongelmiin TO 17 §:n kanssa – tästä pian jäljessä tarkemmin.

²²⁹ Muutoin olisi lähellä se prosessiekonomisesti epätarkoituksenmukainen tilanne, että syytetty kesken pääkäsittelyä asianajajan toimintaan yllättyneenä ja tyytymättömänä päättää puolustus-toimeksiannon, jolloin puolustus tulee järjestää uudelleen. Ks. myös Ebervall 2002 s. 108 Wiklundin näkemyksestä: ”Den sāmsta lösningen är att advokaten åtar sig uppdraget och sedan sköter det slött och ointresserat.”

aineellisen totuuden vastaisesti – mahdollisimman tehokkaaseen syytetyn oman teorian esille tuomiseen.²³⁰

Valittua tulkintaa vastaan heti oikeudenkäynnin alussa puhuva käytännöllinen argumentti on tosin otettava tässä vielä esiin. Jos puolustusasianajaja jatkaa valehtelevan syytetyn puolustustoimeksiantoa edellä tarkoitettussa rajoitetussa suhteessa, voidaan problematisoida, *voiko asianajaja ilmoittaa päämiehensä kiistävän syyteen vastauksena tuomioistuimen tätä tarkoittavaan kysymykseen?* Mm. Manner katsoo yleisen näkemyksen mukaisesti, että asianajajan negatiivisesta totuusvelvollisuudesta johtuu kielto kiistää oikeudenkäynnissä syyte, jos päämies on asianajajalleen tunnustanut tehneensä syytteenalaisen teon: tällainen menettely merkitsisi tietoista väärän sisältöisen lausuman antamista.²³¹ Näkemyksen mukaan asianajaja voisi ylipäätänsä hoitaa vain sellaisia puolustustoimeksiantoja, joissa syytetty aikoo oikeudenkäynnissä vastata syytteeseen samalla tavalla – joko syytteen myöntäen tai kiistäen – kuin mitä hän on asianajajalleen ilmoittanut. Tällaisessa näkemyksessä edellä puheena ollut problematiikka ns. ”hankalien tapausten” toisille siirtämisestä sivuutetaan. Kuitenkin myös sellaisille syytetyille, jotka koettavat oikeudenkäynnissä puolustautua syytettä vastaan jollain aineellista totuutta vastaamattomalla perusteella, ja joka peruste ei asianajajan tiedon mukaan pidä paikkansa, tulee periaatteessa taata mahdollisuus puolustajan käyttämiseen. Katsoisinkin, ettei asianajajalla ole ehdotonta velvollisuutta luopua toimeksiannosta tällaisessa tilanteessa, ja että myös syytteen kiistämisen päämiehen tahdon mukaisesti tulisi olla mahdollista. Edellä mainituista syistä tämä epäkohta on hyväksyttävä asianajajan toimenkuvaan kuuluvana hankalana mutta joskus väistämättömänä velvollisuutena.

II Toinen ongelmallinen näkökohta jutusta luopumisessa johtuu siitä, että kesken oikeudenkäynnin tapahtuvan jutusta luopumisen tulisi tapahtua loukkamatta (ex-)päämiehen intressejä (TO 17 §).²³² Tämä voi tarkoittaa mm. sitä, että luopuminen tulee tehdä riittävän ajoissa siten, että ’entinen’ asiakas ehtii edellytystensä puitteissa kohtuullisen vaivattomasti hankkia itselleen uuden edustajan, eikä luopumisen johdosta joutu kärsimään oikeudenmenetyksiä esim. prosessuaalisten määräaikaisten ylityksen johdosta. Tällaiset tilanteet lienevät

²³⁰ Ks. tosin *Ebervall* 2002 s. 147, 175–177 ja 182–183 siitä, että järjestelmässä, jossa asianajajilla ei ole laillista velvollisuutta toimeksiantojen vastaanottamiseen (kuten Suomessa), kaikkien oikeus puolustusasianajajan käyttöön kuitenkin suurella todennäköisyydellä realisoituu käytännössä, jos toimeksiantojen hoitaminen tapahtuu kysynnän ja tarjonnan lakien puitteissa ja jos syytetyillä on valinnanvaraa ideologisen pluralismin hengessä.

²³¹ Ks. *Manner* 2001 s. 191. Tilanne on eri, jos po. kysymykseen vastaakin syytetty henkilökohtaisesti (eikä syytetyn avustaja). Lähtökohdan tulisi olla, että syytetyltä kysytään henkilökohtaisesti, tunnustaako hän syytteen teonkuvauksen oikeaksi (ja hyväksyykö hän yksityisoikeudelliset vaatimukset). Syytetyllä ei toisaalta ole velvollisuutta näihinkään kysymyksiin vastaamiseen, eli näihin *alkukeskustelun* kysymyksiin voi vastata myös syytetyn puolustaja. Ks. *Jokela* 2000a s. 242. Vrt. *Ekelöf* 1994 s. 150.

²³² Vastaavasti EUTO 3.1.4. Ks. myös *Ebervall* 2002 s. 311–312 ja 324 ss.

vähiten ongelmallisia, vaikka edellä mainittu vastuun kiertämisen ja siirtämisen ongelma ei tässäkään ole vältettävissä. Periaatteessa syytetty saattaa kuitenkin vastoin hänen ja asianajajansa aikaisempaa yhteisymmärrystä päättää tarjota tuomioistuimelle täysin valheellisen selvityksen tapahtumista. Edellä sanotun (yleisen näkemyksen) mukaisesti asianajajan tulisi yleensä tällaisessa tilanteessa päättää toimeksiantosuhde. Koska itse luopumistoimen kautta asianajaja ei kuitenkaan saa millään tavoin viestittää ulkopuolisille tahoille kuten syyttäjälle, asianomistajalle tai tuomioistuimelle, ettei hänen päämiehellään ’ole oikeutta puolellaan’,²³³ voisi tehtävästä kesken oikeudenkäynnin luopuminen olla vähintäänkin epäluuloja herättävää.

Jos tilanne kuitenkin kärjistyy tehtävästä luopumiseen, tulisi tuomioistuimen ”tulla vastaan”. OK 15:11:ää tulisikin tulkita siten, ettei tuomioistuimen yleisesti tulisi vaatia asianajajalta (ainakaan yksityiskohtaisia) perusteluja tehtävästä luopumiselle. Riittävänä perusteluna luopumiselle voidaan pitää mm. sitä, että asianajaja ilmoittaa luottamuspulasta hänen ja asiakaan välillä, minkä takia puolustustehtävän asianmukainen hoitaminen ei enää ole mahdollista. Lähempiä syitä luottamuspuolaan johtaneista seikoista ei tule edellyttää eikä tarjota.²³⁴ Koska tällainenkin menettely voi toisaalta indikoida asianajajan käsitystä päämiehensä syyllisyydestä ja siten koitua asianajajan lojaalisuusvelvollisuudelle vastaiseksi, saattaa edellä esitetyn mukaisesti parempi vaihtoehto tällöinkin olla asianajotoimeksiannon (”vaisu”) jatkaminen.

III TO 42 §:n pääsäännöstä huolimatta, joissain tilanteissa asianajajan tulee tarkistaa päämiehensä hänelle antamat tiedot. Erityisesti tietojen tarkistusvelvollisuus koskee sellaisia seikkoja, joilla on merkitystä suoritettavien prosessitoimien tai laillisten määräaikojen noudattamisen kannalta.²³⁵ Tietojen tarkistustarve voi tulla eteen myös silloin, jos asianajaja epäilee jotain merkittävää seikkaa koskevaa väitettä vääräksi. Tällaisen materiaalsen seikan tarkistamiseen asianajajalla ei ole yksiselitteistä velvollisuutta, vaan tietojen tarkistaminen jää asianajajan oman harkinnan varaan. Joissain tilanteissa asianajajan velvollisuus päämiehen edun ja oikeuden toteuttamiseksi saattaa kuitenkin edellyttää, että asianajaja pyrkii ’kovistelemalla’ saamaan totuuden irti päämieheltään, jonka epäilee pimittävän tietoja.²³⁶ Yleensä puolustus voi tehtävässään jatkaa sellaisenkin päämiehen kannanoton nojalla, jonka puolustus epäilee

²³³ Ks. *Kranck* 1995 s. 311–313.

²³⁴ Toisaalta päinvastaiseen suuntaan saattavat puhua ’oikeudenkäyntitaloudelliset’ argumentit: erityisesti maksuttoman oikeudenkäynnin – yleisissä – tapauksissa voi olla syytä jonkinasteisiin tiedusteluihin tehtävästä luopumisen syistä sellaisissa – harvinaisissa – tapauksissa, joissa oikeudenkäyntiavustajan epäillään tietoisesti pelkäänsä laskuttavan asian valmistelusta ilman, että tämä olisi edes tarkoittanut hoitaa saamaansa toimeksiantoa loppuun saakka.

²³⁵ Ks. *Ylöstalo – Tarkka* 2000 s. 237.

²³⁶ Näin *Manner* 2001 s. 191.

olevan valheellinen muun näytön valossa, mutta jonka valheellisuus ei toisaalta ole käynyt täysin ilmeiseksikään. Ehdottomana edellytyksenä tällöin on kuitenkin se, ettei asianajaja millään lailla saa kehottaa päämiestänsä valheellisen lausuman antamiseen. Asianajaja ei myöskään saa vaikuttaa valheelliseksi epäilemänsä lausuman sisältöön millään tavoin. Epäselvyytilanteissa asianajaja ei siis yleensä voi lähteä siitä, että asiakkaan antama tieto olisi väärä: presumption tulee olla päinvastainen.²³⁷ Asianajajan tehtävänä ei myöskään ole opastaa tai vaatia päämiestään luopumaan rikoksesta syytetylle kuuluvista oikeuksista, joihin kuuluu mm. totuusvelvollisuuden puuttuminen.

Jotkin Suomen Asianajajaliiton hallituksen kurinpitajaoksen ratkaisut havainnollistavat edellä sanottua. Ratkaisussa Kj 1983/6 ”asianajaja saattoi perheoikeudellisessa riidassa päämieheltään saamien tietojen nojalla sanoa vastapuolen olevan juopotteleva, riidanhaluinen, työtä vieroksuva ja pahoinpitelyyn taipuvainen.” Toisin Suomen Asianajajaliiton kurinpitolautakunnan päätöksessä 25.3.1994 § 22: ”Lasten huoltoa koskevassa riidassa oli syntynyt alioikeudessa sovinto. Asianajajan laatimassa muutoksenhakemuksessa väitettiin vastapuolen syyllistyneen inestiin. Väitettä, jonka teki päämies, ei ollut esitetty aikaisemmin. Kun väite oli erittäin vakava ja loukkaava, asianajajalla oli, olosuhteen muutenkin huomioon ottaen, erityistä aihetta tarkastaa päämiehensä antaman tiedon todenperäisyyttä”.²³⁸

Asianajajan totuusvelvollisuuden ja asianajajan vaitiolovelvollisuuden merkitys havainnollistuu myös tilanteessa, jossa asianajaja on *todistajan* kanssa käymänsä epämuodollisen keskustelun perusteella tullut tietämään todistajan halukkuudesta tai valmiudesta antaa syytetyn puolesta perätön lausuma, eli aikomuksesta valehdella syytetyn eduksi. Asianajajan totuusvelvollisuus saattaa estää kuulemasta todistajaa lainkaan oikeudenkäynnissä tai ainakin mainitusta valheellisesta teemasta. Jos todistajaa kuullaan, ei asianajaja saa tuoda mitään syytetylle vastaista esille, joten todistajan kuulustelussa hän ei saa välittää tätä – todistajan uskottavuuteen olennaisesti vaikuttavaa – tietoa edelleen tuomioistuimelle. Puolustusstrategian tulisi silti mahdollisimman pitkälti perustua totuudelliseen ja objektiiviseen arviointiin tapauksen tosiseikoista.²³⁹

IV Puolustuksen kuulustelullinen näkökulma tuomioistuimessa on olennaisesti erilainen kuin esim. poliisilla esitutkintakuulusteluissa tai syyttäjällä pääkäsitelyn vastapuolena. Erotuksena esitutkinta- ja syyttäjäviranomaisista, puolustus voi toiminnassaan sitoutua enemmän ja voimakkaammin tiettyyn ’subjektiiviseen’ totuuskäsitykseen ja keskittyä täysin tämän tietyn tosiseikastohypoteesin tai -väitteen todisteluun.

²³⁷ Ks. *Rückel* 1986 s. 16, *Peltonen* 1985 s. 61 ja *Levy* 1999 s. 67.

²³⁸ *Ylöstalo – Tarkka* 2000 s. 237–238. Ks. myös *Ebervall* 2002 s. 345.

²³⁹ *Rückel* 1986 s. 8, 15 ja 21.

Puolustuksen rooli mahdollistaakin sille huomattavasti *enemmän liikkumattilaa ja kuulustelutaktisia vapauksia todistajankuulustelussa syyttäjään verrattuna*. Asianajajan rooliin päämiehensä puolustajana kuuluu, että 'syyttäjän' todistajan vastakuulustelussa todistajankertomus pyritään saattamaan mahdollisimman huonoon tai epäluotettavaan valoon, riippumatta siitä, minkä asianajaja tietää tai aavistelee olevan asiassa totuus.²⁴⁰ Menettelyn oikeutus perustuu asianajajien ja muiden oikeudenkäyntiavustajien asemaan osana kontradiktoria rikosprosessuaalista menettelykokonaisuutta.²⁴¹ Toisenlainen käsitys puolustusasianajajan roolista, ts. sellainen, jossa asianajaja katsottaisiin velvolliseksi jättämään päämiehelle hyödyllinen ja tehokas vastakuulustelumahdollisuus tai -taktikka käyttämättä sen takia, että hänen päämiehensä on ollut asianajajalleen rehellinen ja kertonut totuuden asiassa, tekisi asianajajan ja päämiehen välisen luottamussuhteen merkityksen pitkälti tyhjäksi. Syytetyn puolustuksen täytyy voida käyttää kaikkia objektiivisesti perusteltuja puolustautumiskeinoja – jollainen esimerkiksi rehellisenkin todistajan muisti-, havainnointi- tai päättelykyvyn kritisointi usein on – siinäkin tapauksessa, että puolustusasianajaja tietää todistajan sinänsä puhuvan totta.²⁴²

Asianajajan tapaohjeissa kuitenkin kehoitetaan pidättymään sopimattomalta painostukselta ja loukkaavilta lausumilta, eli suurempi vapauspiiri todistajankuulustelussa ei kuitenkaan tarkoita täydellistä vapautta käyttää mitä tahansa keinoja päämiehelle edullisen lopputuloksen saavuttamiseksi. Tapaohjeissa myös kielletään esittämästä tuomioistuimelle näyttöä seikoista, jotka ovat omiaan saattamaan vastapuolen halveksimisen alaiseksi, ellei se ole välttämätöntä asian hoitamiseksi (TO 36 §).²⁴³

Oma asianajajan vuorokuulustelun suorittamiseen liittyvä kysymyksensä on, voiko asianajaja vastapuolen todistajan vastakuulustelussa esim. johdattelevalla kysymyksellä vihjata jonkin seikan olemassaoloa, vaikka asianajajalla ei olisi perusteita tai todisteita 'väitteensä' tueksi. Kysymys on relevantti myös virallisen syyttäjän kohdalla. Kyse on siitä, voiko kuulustelija todistajankertomukseen tyytymättömänä pyrkiä kysymyksin esittämään vaihtoehtoisen tulkinnan tapahtumista, jonka kuulustelija arvelee olevan mahdollinen selitys, mutta josta kuulustelijalla ei toisaalta ole selvää näyttöä.²⁴⁴ Mielestäni on selvää, että sekä syyttäjä että puolustusasianajaja voivat pääsääntöisesti näin menetellä.

²⁴⁰ Ks. Levy 1999 s. 410 puolustusasianajajan asemasta todistajankuulustelussa: "... we countenance or require conduct which in many instances has little, if any, relation to the search for truth".

²⁴¹ Ks. Manner 2001 s. 188 ja Rückel 1986 s. 10 asianajajien 'luonnollisesta puolueellisuudesta' tarpeellisenä ja tunnustettuna vastapainona syyttäjän vahvalle – ja osittain myös funktionaalisesti puolueelliselle – asemalle.

²⁴² Ks. Levy 1999 s. 411 s. ja Manner 2001 s. 191. Ks. myös Ebervall 2002 s. 346 siitä, että "en aggressiv form av processföring är mera legitim i brottmål än i civilmål."

²⁴³ Peltonen 1985 s. 47–51 ja Ylöstalo 1985 s. 34.

²⁴⁴ Ks. Levy 1999 s. 412 ss.

Erityisesti puolustuksen kuulustelustrategian kannalta voi olla olennaisen tärkeää, että todistajilta tiedustellaan tiettyä – asiaesityksessä väitettyä – puolustusteorian mukaista seikkaa, tai että syyttäjän suorittamassa pääkuulustelussa puolustuksen teorian vastaisesti todistanutta todistajankertomusta pyritään horjuttamaan esittämällä kriittiseen sävyyn kilpaileva selitysmalli syyttäjän päähypoteesin rinnalle. Asianajajan tulee voida perustaa puolustusstrategia niihin tietoihin, jotka hänen päämiehensä on hänelle antanut: Puolustuksen vastakuulustelurooliin voi nimenomaisesti kuulua myös se, että todistajalle ’esitetään’ puolustushypoteesin mukaisia seikkoja, vaikka muuta tietoa niiden paikkansa-pitävyydestä kuin syytetyn kertomus ei olisikaan. Vastaavasti myös syyttäjä voi puolustuksen todistajan vastakuulustelussa mm. johdattelevin kysymyksin ’esittää’ tälle seikkoja, joita syyttäjä pitää oikeaan tapahtumainkulkuun kuuluvina, vaikka selvää näyttöä tällaisista seikoista ei olisikaan.

Sen sijaan hyvän syyttäjän-, asianajajan-, tai asianajotavan mukaisena ei ole pidettävä täysin ”tuulesta temmattujen” tai muuten hyvin epäluotettaviin lähteisiin perustuvien seikkojen tai spekulatioiden esittämistä kuulusteltavalle tämän kertomuksen heikentämiseksi. Tällainen menettely voisi olla vastuutonta kuulusteltavan ahdistelua ja se voidaan nähdä myös asianajajan totuusvelvollisuutta (tai syyttäjän objektiivisuusperiaatetta) rikkovana.²⁴⁵ Esimerkiksi oikeudenkäynnissä esitettävien puolustuksen väitteiden poliisin epäasianmukaisesta menettelystä tulisi yleensä olla perusteltuja, ja asianajajalla saattaa tämänluonteisten väitteiden kohdalla olla lähtökohtaisesti ’erityistä syytä’ varmentaa hänelle kerrotut seikat ennen oikeudenkäyntiä. Tässäkään suhteessa ei tosin voida mennä liian pitkälle: koska muuta näyttöä esitutkintaviranomaisten epäasianmukaisesta menettelystä ei usein ole syytetyn kertomuksen lisäksi, ei yksinomaan tämä seikka – tai se, ettei asianajajalla kenties päämiehelleen tekemien seikkaperäisten tiedusteluiden lisäksi ole mitään muita keinoja ”tarkistua” seikkojen paikkansa-pitävyydestä – voi estää puolustusta esittämästä tällaisia väitteitä.

Asianajajan ei myöskään tulisi kuulustelussa ’esittää’ tai ’väittää’ todistajalle asianajajan omiin havaintoihin perustuvia seikkoja. Menettely rikkoisi ns. yksiroolisuuden periaatetta vastaan. Jos asianajaja tietää jotain tapauksen tosiseikkojen selvittämisen kannalta relevanttia, tulee asianajajan kertoa näistä seikoista todistajan ominaisuudessa. Intressikonfliktien välttämiseksi tilanteessa, jossa asianajaja saatetaan kutsua todistajaksi syyttäjäpuolen taholta, tai jos asianajaja katsoo päämiehensä edun vuoksi olevansa velvoitettu itse asettautumaan tämän todistajaksi, asianajajan tulisi pääsääntöisesti siirtää puolustustoimeksianto toiselle asianajajalle.²⁴⁶

²⁴⁵ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 203–204 ja 207. Ruotsalaisesta oikeuskäytännöstä ks. *Ebervall* 2002 s. 343–345.

²⁴⁶ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 210 ja *Levy* 1999 s. 417. Käytännössä tarkoitettu yksiroolisuuden periaatteesta täytynee joustaa tilanteessa, jossa asianajaja tai muu syytetyn puolustaja tuo

V EIT on Suomea koskevassa ratkaisussa *Nikula* 21.3.2002 (55 §) todennut, että EIS 10 art. 2 kappaleessa turvatus *sanavapauden rajoituksia voidaan syytetyn puolustajan kohdalla pitää vain poikkeuksellisesti sallittuina ja tarpeellisina demokraattisessa yhteiskunnassa*. Kyseisessä tapauksessa varatuomari oli syytetyn avustajana arvostellut virallisen syyttäjän toimintaa ja väittänyt tämän syyllystyneen virkarikoksena pidettävään roolimanipulointiin yhtäältä nostamalla syytteen tiettyä henkilöä kohtaan (estäen näin henkilön kuulustelun todistajan ominaisuudessa) ja toisaalta jättämällä syytteen nostamatta toista henkilöä vastaan (joka näin pääsi todistajana todistamaan varatuomarin päämiestä vastaan). Virallinen syyttäjä nosti syytteen varatuomaria vastaan HO:ssa, joka tuomitsikin varatuomarin julkisesta, vastoin parempaa tietoa tehdystä herjauksesta (RL 27:2). KKO hyväksyi HO:n perustelut mutta jätti syytetyn rangaistuksen tuomitsematta teon vähäisyyden johdosta.

Ihmisoikeustuomioistuin totesi asiantilasta jäsenmaissa vallitsevan suhteellisen selvän konsensuksen johdosta, että kyseisessä suhteessa jäsenvaltioiden oma harkintamarginaali (margin of appreciation) on suppea (46 §). Yhtäältä EIT totesi, että syytetyn puolustajan sananvapaus ei voi olla täysin rajoittamaton (49 §), mutta toisaalta selvästi myös sen, että syyttäjään kohdistuvan kritiikin perustuessa nimenomaan tämän kyseisessä asiassa tekemiin päätöksiin tai siinä esittämiin näkemyksiin, *tulee syyttäjän virassaan sietää hyvinkin kärkeästä arvostelua puolustuksen taholta* (51 §). Kritiikin sietäminen perustuu syyttäjän asianosaisasemaan akkusatorisessa menettelyssä.²⁴⁷

EIT katsoi, että ensisijaisena reagointitapana asianosaisten sopimattomiin ilmauksiin tulisi olla *tuomioistuimen puheenjohtajan prosessinjohto- ja kurinpitovallan käyttö* (53 §), ja että puolustajien omaan pitkälti vapaaseen harkintavaltaan (mahdollisesti Asianajajaliiton kontrollin alaisena) tulisi jättää se, millaisiin argumentteihin he katsovat asianmukaiseksi ja tarpeelliseksi puolustautumisstrategiansa perustaa. Rikos- ja vahingonkorvausoikeudelliset jälkikäteiset sanktiot EIT näki sopivan huonosti yhteen puolustajan tehtävien tehokkaan hoitamistavoitteen kanssa (54 §).²⁴⁸

tuomioistuinkuulustelussa esille sen, että kuulusteltava on kertonut seikoista puolustajalle eri tavalla ennen pääkäsittelyä käydyin etukäteiskeskustelun aikana (ks. lähemmin jaksossa 7.3).

²⁴⁷ Lähemmin EIT argumentoi seuraavasti tapauksessa *Nikula* 21.3.2002 (51 §): "Although some of the terms were inappropriate, her [varatuomarin] criticism was strictly limited to T.'s [syyttäjän] performance as prosecutor in the case against the applicant's client, as distinct from criticism focusing on T.'s general professional or other qualities. In that procedural context *T. had to tolerate very considerable criticism by the applicant in her capacity as defence counsel*." (kurs. PP). Syyttäjään kohdistuva arvostelu nähtiin myös vapaammin mahdolliseksi kuin tuomioistuimeen kohdistuva arvostelu. Ratkaisua on kommentoinut yksityiskohtaisesti *Ervo* 2002 s. 815 ss. Ks. myös *Hyytiäinen* 2002 s. 22.

²⁴⁸ Ks. myös Euroopan Neuvoston ministerikomitean suositus (on the exercise of the profession of lawyer) nro. 2000 (21), jonka I periaatteen 4. kohdan mukaan "lawyers should not suffer or be threatened with any sanctions or pressure when acting in accordance with their professional standards."

6 Tuomioistuimen prosessinjohto henkilötodistelussa

6.1 YLEISTÄ PROSESSINJOHDOSTA

Edellä jaksossa 3.5 on käsitelty ns. hypoteesimetodia realistisena vaihtoehtona 'perinteisemmille' todistusteorioille. Hypoteesimetodi pyrkii kuvaamaan näytönarviointia ja yleisemmin tuomarin päätöksentekoprosessia, ja on samalla normatiivinen kannanotto tuomarin roolista rikosprosessissa. Mallissa tuomari nähdään ennen kaikkea syytetyn oikeusturvasta ja yleisemminkin eri tahojen perusoikeuksista huolehtivana tahona. Neljännessä luvussa esitetyt kannanotot hyödyntämiskieltojen enenevän soveltamisen puolesta ovat puolestaan valottaneet toista – samansuuntaista – tuomarin rooliin vaikuttavaa tekijää. Tuomarin tärkeänä tehtävänä nähdään oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta ja muiden perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta huolehtiminen – asianmukainen rikossyytteen käsittely voi joskus edellyttää tietynlaisen todistelun vastaanottamisen tai hyödyntämisen kieltämistä. Käytännössä (rikos)tuomarin rooli tulee kuitenkin selvimmin esiin tuomarin oikeudenkäynnin – erityisesti henkilötodisteluvaiheen – aikaisista muodollisista ja materiaalisista prosessinjohtotehtävistä, jotka ovat laajemmin nyt käsillä olevan luvun aiheina.

6.1.1 Prosessinjohdon akkusatorinen lähtökohta

Prosessinjohdosta eli erilaisista tuomioistuimen suorittamista prosessitoimista ei ole säädetty yksityiskohtaisesti. Käytännössä prosessinjohdon aktiivisuus ja muoto riippuu pitkälti paitsi tuomarin persoonasta, myös tuomioistuintyössä saaduista kokemuksista ja tuomariuran aikana omaksutuista työskentelytavoista. Tuomioistuinkulttuurissa vaikuttavat tavat siirtyvät tuomarikuntaan joko siten, että ne koetaan velvoittavina normeina, tai implisiittisesti siten, että tavat ja ajattelumallit iskostuvat tuomarin persoonallisuuteen.¹ Suomen ja Ruotsin kuulustelua koskevan lainsäädännön käytännön soveltaminen käy esimerkkinä tuomioistuinkulttuurin kontekstisidonnaisuudesta. Hyvin samankaltaisesta lainsäädännöstä huolimatta ruotsalaiseen prosessinjohtokulttuuriin on

¹ Ks. *Laukkanen* 1995 s. 123.

kuulunut huomattavasti pidättyväisempi ote kuin Suomessa, jossa tuomarit ovat perinteisesti osallistuneet kuulusteluun aktiivisemmin.²

Viime vuosikymmenen siviili- ja rikosoikeudenkäyntimenettelyuudistuksilla ei kavennettu tuomioistuimen prosessinjohtovaltuuksia. Vuonna 1993 voimaan tulleella OK 17:8:n muutoksella tuomioistuimelle päinvastoin mahdollistettiin todisteiden hankkiminen viran puolesta entistä laajemmin myös dispositiivisissa asioissa sekä lievissä rikosjutuissa.³ Rikosoikeudenkäyntiuudistuksen yhteydessä toteutetut muutokset syyttäjän ja syytetyn puolustuksen tehtävissä ovat silti korostaneet asianosaisten aktiivisuutta. Rikosoikeudenkäynnin entistä *akkusatorisempi luonne – eli menettelyn rakenteellinen uudistus – on tosiasiasa vähentänyt tuomarin aktiivisuutta materiaalisessa prosessinjohdossa eli vastuuta asian selvittämisestä*. Riita-oikeudenkäyntiuudistuksen perusteluissa todettiin jopa varsin kategorisesti, että ”korkeatasoisen syyttäjäkunnan katsotaan riittävästi turvaavan sen, että tuomioistuinten käytössä rikosasioissa on riittävä selvitys.”⁴ Vastapainona muutokselle tuomarin kontrollointivastuu mm. todistajankuulustelussa on lisääntynyt.⁵

Edellä jaksossa 2.2.1 käsitellyt rikosprosessin konfliktinratkaisu- ja ohjaustehtävät tuovat selvästi esille rikosprosessioikeuden läheisen yhteyden aineelliseen rikosoikeuteen ja kriminaalipoliittisiin tavoitteisiin. Rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden keskinäinen suhde voikin vaikuttaa tuomarin rooliin ja pääkäsittelyn aikaiseen prosessinjohtoon. Tässä katsannossa keskeinen kysymys on, missä määrin tuomarin tulee toimia, tai missä määrin hän on oikeutettu toimimaan tavalla, jonka tuomioistuin katsoo parhaiten toteuttavan rikosoikeudellisen lainsäädännön tarkoitusta eli sitä, että syylliset tulevat tuomituiksi rangaistuksiin. Aineellisen rikosoikeuden ja menettelyllisen rikosprosessioikeuden välillä vallitsee erottamaton kohtalonyhteys, joten ajatus siitä, että tuomari voisi toimia lainsäätäjän ”käden jatkeena”, ei sinänsä ole kaukaa haettu. Tuomarin tulkintarooliin kuuluu nimittäin paitsi aineellisen rikosoikeuden (sanktio)normien tulkintaa rikosoikeudellisten tulkintaoppien mukaisesti, myös prosessuaalisten normien tulkintaa. Viimeksi mainittu tulkintatehtävä tulee kuitenkin periaatteessa pitää erillään rikoslainsäädännön sääntöjen tulkinnasta: näin ollen esimerkiksi sanktionormin sääntelytarkoituksen (mahdollisesti kriminaalipoliittisten tavoitteenasetteluiden) ei tulisi

² On huomattavaa, että ruotsalaisen ja englantilaisen tuomarin materiaaliset prosessinjohtovaltuudet kyselyoikeuden käytössä vastaavat pitkälti toisiaan (näin *Ebervall* 2002 s. 133) – seikka, joka voidaan pitää mielessä pohdittaessa uuteen rikosprosessiimme ja vuorokuulustelujärjestelmäämme kuuluvan tuomioistuimen kyselyoikeuden käyttöä (vastaahan nyt myös vuorokuulustelusääntelymme pitkälti ruotsalaista järjestelmää).

³ Ks. *HE 15/1990 vp.* s. 107–108.

⁴ *HE 15/1990 vp.* s. 108.

⁵ *Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 3. Tuomarin roolista rikosprosessissa ks. myös *Klami* 2000 s. 68.

ainakaan määräävästi vaikuttaa siihen, miten prosessuaalisia normeja tulkitaan.⁶

Suomessa onkin perusteltua vastata esitettyyn kysymykseen Fränden tavoin siten, että tuomioistuimen tai tuomarin ei tule *prosessuaalisia* säännöksiä tulkitessaan ja soveltaessaan tähdätä *rikosoikeudellisen* sanktiojärjestelmän maksimaaliseen tehokkuuteen. Ekelöfin sanktiomekanismi-ajatteluun perustuva ohjausfunktio ei siten voisi *rikos*prosessissa toimia tuomarin lähtökohtana prosessuaalisia päätöksiä tehdessään.⁷ Päinvastoin, entistä akkusatorisemman nykyjärjestelmämme mukaiseen tuomarin rooliin kuuluu rikosprosessissa menettelysäännösten objektiivinen ja perusoikeusmyönteinen tulkinta. Silloin kun menettelysäännön tulkinnalla on välitöntä vaikutusta rikoksesta syytetyn oikeuspiiriin, tulee prosessuaalisten sääntöjen tulkinnan olla pikemminkin suipistavaa ja oikeusturvaintresseistä huolehtivaa kuin sen suuntaista, että syyte-tylle saataisiin langetetuksi tuomio.⁸ Näkemyksen tulisi ohjata myös tuomioistuimen kyselyoikeuden käyttöä siten, että syytteen toteen näyttämistä tukevien kysymysten esittäminen pitäisi jättää syyttäjälle.

Vastausta voidaan perustella myös Tuorin ns. oikeuden tasomallin mukaisella näkemyksellä, jonka mukaan oikeudella on yhteyksiä yhteiskunnallisiin moraaliperiaatteisiin sekä poliittisiin argumentteihin. Poliittiset näkökannat ilmenevät ensisijaisesti oikeuden pintatasolla lainsäätäjän tuottaessa jatkuvasti uutta säädösaineistoa kulloistenkin poliittisten tavoitepäämäärien ja tilanteiden edellyttämien kompromissitarpeiden mukaisesti. Lainkäytön tehtävänä nähdään olevan huolehtia siitä, että oikeus säilyttää yhteytensä oi-

⁶ Ks. esim. *Lappi-Seppälä* 2000 s. 33–35, jonka mukaan kullakin rikosoikeuden toimintatasolla (kuten juuri kriminalisointien lainsäädäntötasolla ja lainkäyttötasolla) toimintoja ja ratkaisuja ohjaavat erilaiset tavoitteet ja päämäärät.

⁷ Ohjausfunktion korostaminen tarkoittaa ratkaisuiden mieltämistä ikään kuin rikosoikeudellisten lopputulosten kautta, mikä voisi olla suoraan ristiriidassa prosessuaalisina oikeusturvanormeina tulkittavien argumenttien kanssa. Ks. samansuuntaisesti *Moore ym.* 1996 s. 242: ”The factfinder’s job is to render a verdict based on the evidence, not to render a verdict which the factfinder thinks will have the ”right” effect on third parties.” Ks. myös *SOU* 1982:26 s. 115 materiaalsen rikosoikeuden vaikutuksesta tuomioistuimen prosessinjohtolle: ”Mot ett mycket aktivt agerande talar emellertid flera skäl. Att särskilda brottsutredande organ finns innebär sannolikt en ändamålsenlig arbetsfördelning och gör en mer omfattande utredningsverksamhet från rättsens sida ekonomisk orimlig. Även önskemålet att rätten skall anses opartisk talar mot en sådan verksamhet. Vidare kan domstolens möjligheter att överblicka bevisningen minska om han alltför aktivt engagerar sig i utredningen.”

⁸ Ks. *Frände* 1998b s. 225–226 ja *Lappi-Seppälä* 2000 s. 46: ”Tuomioistuinten tehtävä on oikeusturvan antaminen, ei ennusteisiin ja tuleviin käyttäytymisodotuksiin perustuvien yksittäistapauksellisten preventioratkaisujen tekeminen.”. Ks. myös *Jonkka* 1992a s. 20 ja *Laukkanen* 1999 s. 622 prosessisäännösten (aineelliseen oikeuteen nähden) autonomisesta tulkinnasta. Ks. myös *Jonkka* 1992a s. 108 siitä, että yksittäistasolla aineellisen rikosoikeuden arvot eivät juurikaan voi olla ristiriidassa oikeusturvanäkökohtien kanssa, koska yksittäisen tapauksen ratkaisulla ei yleensä ole suurtakaan merkitystä koko sanktiomekanismin toiminnalle.

keusjärjestelmää ympäröivän yhteiskunnan arvo- ja moraalinäkökohtiin sekä myös siitä, että lainkäyttö toimii sopusoinnussa oikeusjärjestelmämme perustavien syvärakenteiden tai oikeusvaltioperiaatteiden kanssa (esimerkkinä viimeksi mainituista mm. vallanjako-opit, ns. demokratiaperiaate, valtioeliiniin kohdistuva perusoikeussuoja, ihmisoikeusperiaatteet ja yleinen lainalaisuussääntö). Oikeusvaltion vallanjako-oppien mukaisesti pragmaattisen tavoiterationaalit, instrumentaaliset poliittiset arviot ja päätökset kuuluvat lakia valmisteleville virkamiehille ja demokraattisesti valituille poliitikoille. Heidän tehtävänä on arvioida ja arvottaa erilaisia (lainsäädännöllisiä) keinoja yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden saavuttamiseksi.⁹ Modernin oikeuden työnjaossa – oikeuden ns. syvärakenteen mukaisesti – lakia soveltavien tuomioistuinten toimialaan eivät mainitut pragmaattiset punninnat kuulu. Sen sijaan tuomioistuinten tulkintatehtäviin saattaa kuulua ottaa kantaa oikeuteen in casu sisällöllisesti eli eettisten tai moraalisten perusteiden kautta.¹⁰

6.1.2 Materiaalinen ja muodollinen prosessinjohto

I Tuomioistuimen prosessinjohto jaetaan materiaalliseen (aineelliseen) ja muodolliseen. *Muodollinen prosessinjohto* tarkoittaa oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta kuten käsittelyn ajankohdasta, kielestä, julkisuudesta ja välittömyydestä päättämistä.¹¹ Pääkäsittelyn pääsääntöisestä käsittelyjärjestyksestä määräävä ROL 6:7 ja siitä poikkeuksen mahdollistava ROL 6:5.1 sekä tuomioistuimen yleinen velvollisuus huolehtia siitä, että asian käsittelyssä noudatetaan selvyttä ja järjestystä, kuuluvat muodolliseen prosessinjohtoon. Tavoitteena on selkeä, havainnollinen ja tarkoituksenmukainen oikeudenkäyntikokonaisuus. Tuomioistuimen järjestyksenvalvomisvelvollisuuteen kuuluu, että tuomioistuimen tulee keskeyttää sopimaton lausuma ja oikaista häiritsevästi tai asiattomasti käyttäytyvää henkilöä sekä jopa poistaa tällainen henkilö istuntosalista.¹² Myös tuomioistuimen OK 14:7:ään perustuva kurinpitovalta on luettavissa muodollisen prosessinjohtoon.¹³

Rikosprosessissa asian selvittämistä edistävä *materiaalinen prosessinjohto*

⁹ Näkemys perustuu käsitykseen rationaalista lainsäätäjää, joka ensisijaisesti pyrkii (Weberin määritelmän mukaisen) tavoiterationaaliin toteuttamiseen: tavoiterationaali lainsäätäjällä valitsee ne keinot, joiden se katsoo parhaiten toteuttavan asettamiaan tavoitteita. Ks. tästä mm. *Pöyhönen* 1997 s. 369 ja *Tuori* 2000 s. 40.

¹⁰ Ks. *Tuori* 2000 s. 296 ss.

¹¹ Ks. *Lappalainen* 2002 s. 83 ja *Jokela* 2000a s. 250–252.

¹² Ks. *Virolainen* 1988 s. 43 ss., *HE 82/1995 vp.* s. 82 ja *Frände* 1999 s. 242 ss. Tuomioistuimen järjestyksenpitovalan käytöllä on useita funktioita: asianmukaisesti etenevä prosessi edistää mm. todistelun luotettavuutta ja siten aineellisen totuuden periaatetta, menettelyn asian- ja oikeudenmukaisuudesta syntyvää kuvaa, tuomioistuimen arvovaltaa sekä usein myös todistajien ja asianomistajien oikeuksien ja intressien suojelemista.

¹³ Ks. *HE 15/1990 vp.* s. 27. Ks. muodollisesta prosessinjohtosta myös *Havansi* 2002 s. 139.

liittyy yhtäältä rikoksen selvittämistressin ja toisaalta oikeusturvaintressien väliseen punnintaan. Perusjännitteitä aineellisen prosessinjohtoon soveltamiseen aiheuttaa rikosprosessimme entistä akkusatorisempi luonne: koska virallinen syyttäjä kantaa periaatteessa täyden vastuun syytteen toteennäyttämisestä, ei tuomioistuimen tule (enää) juurikaan puuttua oikeudenkäyntiaineiston muotoutumiseen. Joissain tapauksissa prosessiaineistoa rikastuttava aineellinen prosessinjohto on kuitenkin tarpeen asianmukaisen selvittämisen tai epäillyn intressien takia. Materiaalisella prosessinjohtolla tarkoitetaan tuomioistuimen yhtäältä a) *oikeudenkäynnin kohteen toteamiseen* ja vahventamiseen (vaatimukset ja niitä perustelevat oikeustositseikat) liittyvää ja toisaalta b) *oikeudenkäyntiaineiston hankkimiseen* (samoin kuin tämän aineiston rajoittamiseen) liittyvää toimintaa.¹⁴

Usein muodollinen prosessinjohto on käytännössä vaikea erottaa materiaalisesta prosessinjohtosta. Kysymys esitetyn *todisteen torjumisesta* tai hyväksytävyydestä OK 17:7:n merkityksessä liittyy sekä muodolliseen että materiaaliseseen prosessinjohtoon (kyse ei siis ole todistamiskiellosta). Esimerkiksi tuomioistuimen kannanotto siihen, voidaanko hypnoosin avulla saatua kertomusta ylipäättänsä ottaa vastaan todisteeksi, kuuluu muodolliseen prosessinjohtoon sikäli, että ratkaisu ohjaa oikeudenkäynnin kulkua, mutta samalla ratkaisu vaikuttaa asian aineelliseen muotoutumiseen ja kuuluu siten materiaaliseseen prosessinjohtoon.¹⁵ Samoin päätös katselmuksen järjestämiseksi todistajan kuulemisen apuvälineeksi kuuluu ensisijaisesti materiaaliseseen prosessinjohtoon, koska järjestelyn tarkoitus on oikeudenkäyntiaineistoon vaikuttaminen: tapahtumapaikalle palaaminen parantaa tutkimusten mukaan muistisuoritusta – tällöinkin prosessitoimessa on tosin myös muodollinen elementti.¹⁶

Käsitteellinen erottelu muodolliseen ja materiaaliseseen (aineelliseen) prosessinjohtoon on systemaattisessa mielessä tarkoituksenmukainen, joskaan tuomioistuimen toiminnan luokittelulla jompaan kumpaan kategoriaan ei ole välitöntä oikeudellista merkitystä.¹⁷ Erityisesti todistajan kuulustelussa käsite-erottelulla ei ole käytännöllistä merkitystä. Tuomioistuimen saumattona kokonaisuutena soveltama muodollinen ja aineellinen prosessinjohto yhdessä mahdollistaa tai aiheuttaa tietynmuotoisen ja -sisältöisen todistajakertomuksen, ja koska mm. asioiden esittämisjärjestyksellä on merkityksensä asiasta saatavalle kokonaiskuvalle,¹⁸ voidaan väittää, että aineellisen

¹⁴ Määritelmistä ks. Virolainen 1988 s. 30–31, 41 ja 51–52, Frände 1999 s. 242 ja 278, Laukkanen 1995 s. 156, Tirkkonen 1972 s. 160 s. ja Lappalainen 1986a s. 385 ja 387. Ks. myös Prop. 1986/1987:89 s. 103–104 ja SOU 1982:26 s. 101.

¹⁵ Ks. Virolainen 1988 s. 42. Oikeuskäytännössä tuomioistuimet ovat hyväksyneet esimerkissä mainitun todistelun vastaanottamisen. Sen sijaan tällaisen kertomuksen näyttöarvoa saatetaan pitää hyvinkin vähäisenä. Ks. Haapasalo 2000 s. 64–66.

¹⁶ Haapasalo 2000 s. 119–120.

¹⁷ Virolainen 1988 s. 42.

¹⁸ Ks. mm. Wagenaar ym. 1993 s. 37 ja 57.

prosessinjohtoon ohella myös muodollinen prosessinjohto vaikuttaa suullisen näytön vastaanottamiseen ja siten myös todistusharkintaan.

II Virolainen on jakanut materiaalisen prosessinjohtoon viiteen osaan: 1) asianosaisten esitysten selkeyttäminen (kun asianosaisten lausuman sisältö tai tarkoitus on epäselvä), 2) asianosaisten esitysten muuntaminen tuomioistuimessa yleisesti sovellettuihin muotoihin, 3) uuden oikeudenkäyntiaineiston tuottaminen eli prosessiaineiston rikastuttaminen, 4) yllätysratkaisuiden ehkäiseminen informatiivisen prosessinjohtoon keinoin sekä 5) rajoittava prosessinjohto (erityisesti OK 17:7:n ilmaisema relevanssisääntö).¹⁹

Siviiliprosessia koskevan materiaalisen prosessinjohtoon *selventävä funktio* ilmenee OK 6 luvun 2a §:n 2 momentista. Rikosprosessin osalta vastaava säännös on ROL 6 luvun 5 §:n 2 momentti. Sääntelyn tarkoituksena on varmistautua siitä, että tuomioistuin on ymmärtänyt oikein asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet. Onnistuneella selventävällä prosessinjohtolla tuomioistuin voi välttää tulkin, joka saattaisi heti selventämättömänä tulla myöhemmin asianosaisille yllätyksellisenä.²⁰ Selvennystarvetta voi ilmetä esim. syyttäjän tai asianomistajan rangaistusvaatimuksissa ja tapahtumainkuvauksissa (esim. jos syyttäjä epähuomiossa unohtaa lausua vaativansa rangaistusta tietyistä rikoksista useiden syytekohtien joukossa tai kun tapahtumainkuvauksessa on ristiriita esim. vammojen syntyyn suhteen). Joissain tilanteissa tuomioistuimen tulee myös tarkistaa, mitä syytetty tarkoittaa esim. syytteen kiistämisellä tai yksityisoikeudellisen vaatimuksen myöntämisellä.²¹

Prosessinjohtoon *korjaavan* tai *muuntavan funktion* tarkoitus on edellistä formaalisempi, koska siinä kyse on asianosaisten käyttämien ilmausten juridisteknistä uudelleenmuotoilusta. Usein esityksen selventäminen ja muuntaminen kulkevat erottamattomasti ”käsi kädessä”, koska epäselvyyden selvittäminen voi johtaa ilmaisun muuntumiseen. Lisäksi muuntavaan funktioon kuuluu asianosaisten esityksen epätäydellisyyksien oikaiseminen (esim. vahingonkorvauksen määrää koskevien lisätietojen edellyttäminen).²² Selventävään ja muuntavaan materiaaliseen prosessinjohtoon sekä joissain tapauksissa myös informatiiviseen prosessinjohtoon tuomioistuimen puheenjohtajalla katsotaan olevan velvollisuus.

¹⁹ Ks. Virolainen 1988 s. 60. Ks. myös Laukkanen 1995 s. 200 ja Välikoski 1996 s. 14 ja 61–62.

²⁰ Ks. Virolainen 1988 s. 61 ss. ja 363 i.f. ja Ervo 2001b s. 28–29.

²¹ HE 82/1995 vp. s. 83 s. ja SOU 1982:26 s. 135. Selventävään prosessinjohtoon tuomioistuimella on velvollisuus erityisesti asianosaisten alkukeskustelun (ja asiaesittelyn) aikana, koska menettelyvaiheen tarkoituksena on nimenomaan perustella ja kehittää asianosaisten vaatimuksia ja niiden perusteita. Näistä näkemyksistä tulisi vallita mahdollisimman pitkälle selvyys. Ks. Ekelöf 1994 s. 156. Selventävän prosessinjohtoon tehtävä näyttäytyy hieman erilaisena myöhemmässä prosessin vaiheessa, jossa on jo siirrytty todistelun vastaanottamiseen. Tällöin erityisesti puolueettomuusnäkökohdat johtavat siihen, että selventävää (ja erityisesti rikastuttavaa) prosessinjohtoa voidaan soveltaa aikaisempaa rajoitetummin.

²² Ks. Virolainen 1988 s. 65 ss.

Prosessinjohton *rikastava funktio* tarkoittaa edellisistä poiketen kokonaan uuden oikeudenkäyntiaineiston hankkimista ja siten irrottautumista asianosaisten esittämästä materiaalista. Mainittu prosessinjohton ulottuvuus ilmentää tutkintaperiaatteen soveltamista rikosasioiden käsittelyyn, mistä syystä rikastava prosessinjohto ei yleisesti ottaen (enää) tule kovinkaan usein rikosasioissa kyseeseen. Syytesidonnaisuudesta ja puolueettomuusvaatimuksesta johtuen tuomioistuin ei yleensä saakaan laajentaa prosessin kohdetta rikastavalla prosessinjohtolla (ks. tästä edellä jaksossa 3.5.2). 'Vain' todistustositseikkoihin kohdistuva rikastava prosessinjohto voi sitä vastoin tulla helpommin kyseeseen, joskin tätäkin toimintaa rajoittaa olennaisesti se, ettei tuomioistuin saa aktiivisesti hankkia syytetyn haitaksi koituvaa todistelua. Kokonaan uusien todistustekojen hankkiminen (esim. uusia todistajia kutsumalla) OK 17:8:n perusteella onkin vaikeasti sovitettavissa tuomioistuimen rooliin. Käytännössä OK 17:8:n soveltaminen lienee – kuten pitääkin – hyvin harvinaista.²³ Rikastavalla prosessinjohtolla voi nähdäkseni olla eniten relevanssia henkilötodistelun aikaisen kyselyoikeuden käyttämisessä. Kysymykseen palataan lähemmin jaksossa 6.2.2, mutta todettakoon tässä kuitenkin alustavasti, ettei tällainenkaan rikastava prosessinjohto näyttäisi yleensä ainakaan ongelmattomasti sopivan tuomioistuimen tehtäviin.

Vastaan voi tulla myös sellainen tilanne, jossa syyttäjä vetoaa perusteettomasti todistajan esitutkintakertomukseen, vaikka henkilöä ei ole edes kutsuttu kuultavaksi todistajaksi oikeudenkäyntiin. Tilanne voi aktualisoitua esimerkiksi jonkin toisen todistajan kuulustelun yhteydessä, jos tämä kertoo tietystä seikasta eri tavalla kuin kutsumatta jätetty todistaja. Selvää on, että suorat viittaukset esitutkintapöytäkirjaan tulee mainitussa tilanteessa torjua OK 17:11:n (ja tietysti myös OK 17:32.2:n) perusteella. Säännökset estävät pääsääntöisesti *kaikkien sellaisten esitutkintapöytäkirjan sisältämien kuulustelupöytäkirjojen lukemisen* (tai ylipäätänsä suullisen todistelun sisällöstä kertovien kirjausten lukemisen, kuten rikosilmoitusjäljennös-osan²⁴), *joiden antaneita henkilöitä ei kuulla pääkäsittelyssä*. Näkemystä tukee kontradikto-

²³ Tuomioistuinten passiivisuudesta todisteiden hankkimisessa ks. mm. *Ekelöf – Boman* 1994 s. 61, *SOU* 1982:26 s. 131 ja 136 sekä *Virolainen* 1988 s. 108–109 ja 407. Ks. myös *Diesen ym.* 2000 s. 13 ja *HE 15/1990 vp.* s. 28, jossa aineellisen prosessinjohton painopisteen katsotaan kuuluvan (siviiliprosessissa) käsittelyn alkuvaiheisiin.

²⁴ *Sisäasiainministeriön poliisiosaston* 2002 s. 12 ohjeiden mukaan rikosilmoituslomakkeesta tulisi erottaa poliisien havainnot ja todistajien lausunnot erillisille lomakkeilleen ja kuulustelupöytäkirjoihin. Päinvastaisessa tilanteessa asiallisesti henkilötodistelua referoiva rikosilmoituskirjaus (tai esim. pöytäkirjan johdanto-osa) tulisi rinnastaa kuulustelupöytäkirjaan myös oikeudenkäynnissä, ja kirjauksen hyväksikäyttöä oikeudenkäynnissä tulee koskea samat rajoitukset kuin kuulustelukertomuksiakin. Käytännössä ongelmallista voi olla jaksossa 4.3.1 tarkoitettujen esitutkinnan kirjaamissääntöjen soveltaminen nimenomaan rikosilmoitusosion yhteydessä: asianmukaisena tosin näkisin sen, että sittemmin todistamiskiellon alaiseksi katsottava (tai muutunut) tieto poistettaisiin myös ilmoitusosiesta, jos se on sinne aikaisemmin kirjattu. Yleisesti rikosilmoituksen kirjaamisesta ks. *Helminen ym.* 2002 s. 195–198.

risen periaatteen ohella se seikka, ettei tuomareilla ole velvollisuutta esituskintapöytäkirjaan etukäteiseen perehtymiseen.²⁵ Prosessinjohton kannalta tilanteessa lienee selvää, ettei tuomioistuimella ole ainakaan velvollisuutta kutsua tällaista alun perin kutsumatta jätettyä henkilöä todistajaksi pääkäsittelyyn. Tällaiseen oma-aloitteiseen menettelyyn tuomioistuimella ei voine olla edes oikeutta, jos kyse on syytettä tukevasta todistajasta tai seikasta. Eri asia on, että tuomioistuin voi kuitenkin *syyttäjän pyynnöstä* määrätä tällaisen alun perin kutsumatta jätetyn todistajan kuultavaksi ristiriidan esimerkiksi osoittauduttua merkittäväksi. Tällöin tuomioistuimen on OK 17:7 säännös mielessään pitäen arvioitava, onko kyseinen todiste (todistaja) tarkoituksenmukainen asian selvittämiseksi. Päinvastaisessa tilanteessa tuomioistuimen tulee ratkaista asia käytettävissä olevan näytön perusteella, mikä voi tarkoittaa myös syytteen (osittaista) hylkäämistä toteen näyttämättömänä.

Tuomioistuimen *informatiivinen prosessinjohtovelvollisuus* on tarkoitettu estämään yllätysratkaisuiden syntyminen. Asianmukainen informointi toteuttaa kontradiktorista periaatetta ja ehkäisee turhaa muutoksenhakua.²⁶ Informatiivinen prosessinjohto koskee yleensä tuomioistuimen näkemyksiä jostain oikeuskysymyksestä,²⁷ mistä syystä tällä prosessinjohton puolella ei ole erityisen suurta relevanssia juuri todistajankuulusteluiden aikana. Välillistä merkitystä oikeuskysymyksistä informoinnilla voi henkilötodistelulle olla toki sitä kautta, että 'uudet' relevantit oikeuskysymykset voivat johtaa asianosaisia kiinnittämään todistelussaan huomiota 'uusiin' konkreettisiin tosiseikkoihin (koska kulloinkin aktualisoituvaan oikeustositseikkaan kytkeytyvät relevantit todistustositseikat saattavat muuttua).²⁸

Materiaalisen prosessinjohton *rajoittava funktio* ilmenee yhtäältä tiettyjen todistuskeinojen torjumisena (OK 17:7, josta lähemmin seuraavassa jaksossa), toisaalta nimenomaan todistajankuulustelun aikana myös oikeudellisesti kiellettyjen tai tuomioistuimen mielestä muuten torjuttavien kysymysten kieltämisenä. Asianosaisten suorittamaan kuulusteluun kohdistuvan rajoittavan prosessinjohton kysymyksiä käsitellään lähemmin jaksossa 6.2.3.

²⁵ Ks. *Virolainen* 1988 s. 411 s. ja tekstissä mainitut KKO:n ratkaisut KKO 1966 II 101 ja 1969 II 81. Ks. myös *Jonkka* 1992b s. 712.

²⁶ Ks. *Ervo* 2001b s. 35 ss.

²⁷ Esim. ratkaisussa KKO 1992:73 RO ei ollut käyttänyt informatiivista prosessinjohtoa sen esille tuomiseksi, että syytteenalainen teko saatettaisiin lukea syytetyn vahingoksi törkeänä tekemuotona eikä siten tiedustellut syytetyltä tämän näkemystä teon törkeysarvostelusta. Menettely oli EIS 6 artiklan vastaista (ks. ratkaisusta esim. *Lappalainen* 1993 s. 41–42). Informointivelvollisuus on myös päinvastaisessa tapauksessa eli kun tuomioistuin harkitsee syytettä lievempää teon oikeudellista arvioimista, ks. KKO 1993:164; lievemmän tekemuodon vaatima puolustus voi nimittäin olla erilainen (näin *Roxin* 1998 s. 344). Ks. informatiivisesta prosessinjohtosta myös ratkaisut KKO 1995:44 ja KKO 1994:26 sekä *SOU* 1982:26 s. 135.

²⁸ Ks. *Roxin* 1998 s. 344 ja *Virolainen* 1988 s. 76.

6.1.3 Päätöksenteko asianosaisten todistealoitteista

OK 17:33 yhdessä ROL 6:5.2:n asianmukaisuusvaatimuksen kanssa määrittää rajoittavan prosessinjohtoon puitteet todistajankuulustelussa. ROL 6 luvun 5 §:n 2 momentin mukaan tuomioistuimen tulee valvoa, että asia tulee asianmukaisesti käsitellyksi eikä asiaan sekoiteta mitään siihen kuulumatonta. Ilmaisuihin 'mitään asiaan kuulumatonta' viittaa kaikkiin oikeudenkäynnin vaiheisiin eli yhtä hyvin asianosaisten asiaesittelyyn, todisteluun kuin loppupuheenvuoroihin. Asiaan kuulumatonta tulee tarkastella kulloisessakin asiayhteydessä ja esimerkiksi todistelun suhteen tuomioistuimen tulee olla erityisen varovainen ja huomioida koko todistelun konteksti arvioitaessa sitä, onko tietty todiste tai todistusteema asiaan kuulumatonta.

Sama koskee OK 17:7:n tarkoittamaa asiaan vaikuttamatonta todistetta. Todisteen relevanttisuutta tulee arvioida ensisijaisesti syytteessä esitetyn teonkuvauksen aktualisoimien todistusteemojen valossa. OK 17:7:n mukaan tuomioistuin voi kieltää todisteen esittämisen, jos se koskee seikkaa, joka on asiaan vaikuttamatonta tai selvitetty, tai jos näyttö on helpommin ja edullisemmin saatavissa toista kautta. OK 17:7 ilmaisee ns. *yleisen relevanttisuussäännön*, joka mahdollistaa prosessiekonomisin perustein tapahtuvan intressipunninnan todistelun tarpeellisuudesta.

Yleisesti voidaan sanoa, että muut kuin syyllisyys- ja seurauskysymyksen kannalta relevantit seikat ovat ROL 6:5.2:n tarkoittamalla tavalla asiaan kuulumatonta. Todisteen tai kysymyksen irrelevanttisuus merkitsee siis sen kohdistumista sellaisiin todistustositseikkoihin, joista ei voi tehdä tapauksessa aktualisoituviin todistusteemoihin kohdistuvia päätelmiä. Kysymys tai todiste voi tosin relevanttisuudestaan huolimatta olla myös OK 17:7:n näkökulmasta katsottuna turha, jos todistelun kohteeksi aiottu seikka ei olennaisesti rikastuta oikeudenkäyntiaineiston fakta- tai oikeusperustaa (siis kun seikka on jo riittävästi selvitetty). Tuomioistuin voi esim. pitää aihetodistelun esittämistä asiaankuulumatonta myös sillä perusteella, että – sinänsä relevanttia seikkaa koskevan – todisteen tai kysymyksen mahdollistamat johtopäätökset liittyvät sellaiseen tilannetulkintaan, jonka tuomioistuin jo etukäteen arvioi hylkäävänsä.²⁹

ROL 5 luvun 3 §:n 1 momentin 7 kohdan mukaan syytteessä täytyy ilmoittaa todisteet, jotka syyttäjä aikoo esittää (todistuskeinot), sekä mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen (todistusteemat). Vastaavasti syytettyä kehoitetaan vastauksessaan ilmoittamaan samat seikat, paitsi jos todistelua ei tarvita syytetyn tunnustuksen tai muiden seikkojen perusteella (ROL 5 luvun 9 §:n 1 momentin 3 kohta). Todistuskeinojen ohella myös todistusteemojen ilmoittaminen on välttämätöntä OK 17:7:n johdosta, koska tuomioistuimen on voitava

²⁹ Ks. *Frände* 1999 s. 279 s. ja 348, *Hormia* 1978 s. 134 ja *Schellenberg* 2000 s. 158 s.

arvioida todisteen ja todistusteeman tarpeellisuutta sekä kustannusvaikutuksia prosessille.³⁰

Todistelun estäminen tietystä teemasta sillä perusteella, että asia on jo selvitetty, edellyttää tietynlaista (hypoteettista) ennenaikaista todistusharkintaa pääkäsittelyn aikana, ja on siten vain rajoitetusti mahdollista. Tuomioistuimen tällainen kanta antaa asianosaisille vahvan viestin tuomioistuimen senhetkisestä asennoitumisesta, ja voi antaa näille syytä prosessistrategian tarkennuksiin. On kuitenkin pidettävä mielessä, että tuomioistuimen kannanotto jonkin tosi-seikan totena (tai vääränä) pitämisestä tarkoittaa vain sanottua, eikä tämän sisällöstä päätöksestä voi välttämättä tehdä päätelmiä siitä, mitä johtopäätöksiä tuomioistuin kyseisestä seikasta tekee, tai onko seikka ylipääntensä tuomioistuimen mielestä lopputulokseen vaikuttava. Tuomioistuimen torjuva suhtautuminen todisteeseen yhdessä oikeudenkäynnin vaiheessa ei myöskään tarkoita sitä, etteikö (täsmälleen samansisällöistä) todistealoitetta voisi myöhemmin prosessissa esittää. Tuomioistuimen torjuva päätös ei tule oikeusvoimaiseksi tai sitä itseään sitovaksi, vaan tuomioistuin voi sittemmin esitetyn muun todistelun valossa päätyä pyörtämään aikaisemman päätöksensä tarkoituksenmukaisuusperusteilla (jos esim. vastatodistelulla on onnistuttu asettamaan syytteen todennäköisyys kyseenalaiseksi).³¹

Tuomioistuimen on annettava erillinen päätös torjuessaan asianosaisen todistelualoite. Todisteen vastaanottamisen torjuva päätös tulee perustella vähintäänkin sillä tarkkuudella, että asianosaiselle käy selväksi, millä perusteella ja mihin prosessuaaliseen säännökseen perustuen todiste on torjuttu.³²

Omantyyppisiä rajoittavan prosessinjohtoon kysymyksiä voi luonnollisesti liittyä todistamis- ja hyödyntämiskieltoilanteisiin. Edellä on katsottu, että nimienomaisen todistamiskiellon rikkomistilanteissa tuomioistuimella on lähtökohtainen velvollisuus oikeudenkäyntiaineistoa rajoittavaan prosessinjohtoon todisteen esittämiskielto tai hyödyntämiskielto asettamalla. Muissakin hyödyntämiskieltoilanteissa tuomioistuin voi harkintansa mukaan päätyä vastaaviin lopputuloksiin. Käytännössä tuomioistuin voi esim. kieltää kuulusteltavaa kertomasta (periaatteessa vapaakin kerronta keskeyttäen) tietystä seikasta, kieltää kuulustelijaa esittämästä jotain kysymystä ja/tai estää esitutkintapöytäkirjan lukeminen OK 17:32.2:n perusteella. Hyödyntämiskieltooperusteiden osalta viittaaan edellä neljännessä luvussa lähemmin esitettyyn.

³⁰ Ks. *Jokela* 2002 s. 359–360 ja *Virolainen* 1988 s. 112.

³¹ Ks. *Jokela* 2002 s. 366 siitä, etteivät tuomioistuimen prosessitoimia koskevat päätökset ylipääntänsäkään saavuta oikeusvoimaa.

³² Ks. *Rückel* 1986 s. 165 ja *Virolainen* 1988 s. 111 ja 421. Päätös, jossa tuomioistuin on evännyt todistajan kuulemisen tai torjunut muun todistelualoitteen, ei ole erikseen muutoksenhakukelpoinen (OK 25:1.3), ks. *Jokela* 1998 s. 86 ja 89.

6.1.4 Puheenjohtajan prosessinjohtovelvollisuudet ennen todistajan kuulemista

OK 17 luvun 28 §:n 1 momentin mukaan tuomioistuimen puheenjohtajan tulee kysyä todistajalta hänen nimensä, ikänsä, toimensa ja asuinpaikkansa. Tuomarin tulee myös tarpeen vaatiessa tiedustella todistajalta ennen tämän kuulemista sellaisia seikkoja, jotka oikeuttavat tai velvoittavat todistajan kieltäytymään todistamasta. Silloin, kun todistaja on oikeutettu kieltäytymään todistamisesta tai kysymykseen vastaamisesta, on puheenjohtajan ilmoitettava tästä todistajalle.³³ Jos todistaja vaitiolo-oikeudestaan huolimatta tahtoo todistaa, tulee todistajan tällöin normaalisti perättömän lausuman rangaistusuhan alaisena täyttää positiivinen totuusvelvollisuutensa, josta on todistajalle huomautettava.³⁴

OK 17:25:n mukaan todistamisesta kieltäytyvän tulee tukea kieltäytymistään todennäköisin syin. Sikäli kun kieltäytymisperusteena on *itsensä tai lähiomaisensa syytteen vaaraan saattaminen* (OK 17:24.1), voi tuomioistuimella vaatia kieltäytymisperusteesta tarkempaa selvitystä vain silloin, kun kieltäytymisperusteen aitoutta on todellista aihetta epäillä.³⁵ Toisaalta, syytteen vaaraa ei ole, jos rikoksen syyteoikeus on vanhentunut tai jokin muu peruste poistaa syyteoikeuden (oikeuttamis- tai anteeksiantoperuste). Tällöin todistajalla ei myöskään ole vaitiolo-oikeutta.³⁶

Käytännössä tuomioistuimen on hyvin vaikeaa pyrkiä selvittämään viimeksi mainittuihin seikkoihin perustuvaa todistajan oikeutta vastaamatta jättämi-

³³ Seikkaperäisesti vaitiolo-oikeudesta tehtävän informoinnin perusteista ks. *Hormia* 1979 s. 59–62.

³⁴ Lähiomaisasianomistajan ja -todistajan 'vain' negatiivisesta totuusvelvollisuudesta ks. edellä jaksossa 4.3.3.2 (IV) s. 288 esitettyä.

³⁵ Ks. *Hormia* 1979 s. 80 ss. ja *Lappalainen* 2001a s. 233–234. Ks. myös edellä jaksossa 4.3.3.2 (s. 282–285) OK 17:24.1:n 'syytteen vaarasta' myös todistelutarkoituksessa kuulusteltavan syytetyn lähiomaisen läheiselleen vastaisesti todistamisen suojana. – Kuulusteltavan salassapitointressejä selvittävä menettely Suomessa poikkeaa olennaisesti angloamerikkalaisesta vastineesta eli ns. *voir dire* -menettelystä. Voir direllä tarkoitetaan todistajan kuulustelua ennen varsinaista todistelutarkoituksessa kuulustelua siitä, kelpaako henkilö ylipäättään todistajaksi. Voir dire -menettely on asianosaisten vastuulla siten, että todistajan kuulemista vastustavan asianosaisen tulee tehdä kantansa tiedäväksi ennen kuulustelua, jolloin asianosainen suorittaa todistajan vastakuulustelunomaisen kuulustelun (vastakuulustelun sääntöjä, mm. johdattelevien kysymysten luvallisuudesta noudattaen). Ks. *Wrottesley* 1961 s. 45 ja *Levy* 1999 s. 79–81 ja 148. Suomessa todistajan esteettömyys selvitys ja vaitiolo-oikeus- tai -velvollisuusselvitys suoritetaan aina viran puolesta. Silloinkaan, kun asianosaisella olisi omat perusteensa vastustaa todistajan kuulustelua, ei todistajan 'esteettömyyskuulustelua' voitane suorittaa vastakuulustelun sääntöjä noudattaen. Ensijainen menettelytapa on tuomioistuimen puheenjohtajan kysymykset. Tarvittaessa asianosainen voi pyytää tuomioistuimelta lupaa myös omien kysymysten esittämiseen. Koska kyse ei ole varsinaisesta todistelusta, ei johdatteleva vaara tässä vaiheessa ole erityisen suuri. Nähdäkseni johdatteleviin kysymyksiin puheena olevassa 'esikuulustelussa' voidaankin pääsääntöisesti suhtautua sallivasti. Todistajan 'esteettömyyskuulustelun' tulee joka tapauksessa tapahtua ennakkokysymyksenä ennen varsinaista kuulustelua, ks. *HE 14/1985 vp.* s. 30.

³⁶ Ks. yksityiskohtaisesti *Viljanen, P.* 1993 s. 1020–1024 ja *Schellenberg* 2000 s. 115 s.

seen ilman, että kieltäytymisoikeuden funktiota samalla vakavasti (kenties peruuttamattomasti) vaarannetaan. Tarkempi kysely saattaisi todistajan kiu-salliseen asemaan ja voisi samalla tehdä itsekriminointisuojaan merkitykset-tömäksi. Todistajan vaitiolo voi periaatteessa perustua myös syytteen vaa-raan sellaisesta teosta, jota todistaja ei ole tehnyt, mutta jota koskeva (aiheen-ton) syyte voisi tulla todennäköiseksi todistamisen seurauksena (todistajan subjektiivinen näkemys). Lieneekin aiheellista yhtyä Tirkkosen näkemys-seen siitä, että useimmiten käytännössä todistajat vain vaikenevat seikasta, jonka eivät tahdo tulevan tuomioistuimen tietoon. OK 17:5:n mukaan tuo-mioistuin voi kuitenkin kaikki asiassa ilmenneet seikat huomioon ottaen harkita, mikä merkitys todistajan kieltäytymiselle vastata kysymykseen todisteena on. Kieltäytyminen voi mm. toimia aputositseikkana todistajan muun kertomuksen luotettavuuden arvioinnissa (paitsi, kuten sanottu, OK 17:20:n tarkoittamissa lähiomaistilanteissa).

Esikysymyksenä mm. todistamisesta kieltäytymisperusteiden selvittämislle tulee todistajalle luonnollisesti tehdä selväksi, mistä asiassa on kysymys. Riittä-vä asian identifiointi on edellytyksenä myös sille, että todistaja voi täyttää positiivisen totuusvelvollisuutensa. Esimerkiksi monet poliisit joutuvat toimi-maan todistajina useissa jutuissa, joten on tarkoituksenmukaista varmistua sii-tä, että todistaja keskittyy oikeaan asiaan. Jos todistajaa on tarkoitus kuulla vain rajatusta todistusteemasta, tulee tämä seikka selvittää todistajalle ennen todista-jankuulustelun alkua, jotta todistajaa ei tarvitsisi turhaan ohjata takaisin rele-vanttiin aihepiiriin vapaan kerronnan aikana.

Ylipäätänsä olisi eduksi, että todistajalle, joka saapuu kuultavaksi oikeussa-lin ulkopuolelta kesken oikeudenkäyntiä, aluksi osoitettaisiin oikeudenkäyntiin osalliset henkilöt ja heidän roolinsa. *Todistajan orientoiminen* kuulustelutilan-teeseen on sitä tärkeämpää, mitä keskeisemmästä todistajasta on kyse; sikäli kun todistajaa on tarkoitus kuulla vain hetki suppeaksi rajatusta teemasta, ei todistajan alkuohjauksen tai ”asetumisvaiheen” tarvitse olla yhtä pitkä tai perusteellinen.³⁷

OK 17 luvun 28 §:n 1 momentin mukaan puheenjohtajan tulee kysyä identi-fiointitietojen ohella todistajalta ”myös sellaista, mikä voi vaikuttaa todistajan uskottavuuteen”. Säännöksen sanamuoto on sikäli epäonnistunut, että todista-jan uskottavuuden sijasta tulisi pikemminkin puhua todistajankertomuksen luotettavuusedellytysten kartoittamisesta. Henkilökohtaisiin ominaisuuksiin perustuva yleinen uskottavuusajattelu on paitsi monesti irrationaalista, myös suuressa määrin subjektiivista. Todistajanlausunnon luotettavuuden arvioinnin tulisi sen sijaan perustua kertomuksen sisällön sekä synty- ja muutostekstin

³⁷ *Kutchinsky* 1981 s. 91 s. Käytännössä järkevää olisi myös selventää todistajille ja muille kuulusteltaville välittömyysperiaatteen merkitys prosessissa, jotta vältettäisiin ’olen tämän jo poliisille kertonut’ -vastaukset; ks. *Eisenberg* 1999 s. 317.

avulla objektiivisesti arvioitavaan luotettavuusarvioon – jossa arvioissa voidaan luonnollisesti tukeutua myös henkilöön liittyviin ominaisuuksiin.³⁸

Säännöstä on tulkittu siten, että puheenjohtajan tulee tiedustella mm. todistajan suhdetta jutun asianosaisiin ja itse asiaan (tunteeko todistaja syytettyä tai mahdollisia asianomistajia), todistajan havaintokykyä ja sivistystasoa sekä muita vastaavia seikkoja.³⁹ Säännöksellä oli merkitystä aikaisemmassa suullis-pöytäkirjallisessa menettelyssä, jossa asiaa myöhemmin käsittelevä eri tuomari saattoi yleisemminkin perustaa toimintansa ja ratkaisunsa pöytäkirjaan kirjatuihin seikkoihin. Nykyisessä välittömässä oikeudenkäyntimenettelyssä säännöksellä ei enää ole vastaavaa merkitystä.⁴⁰ Rikosprosessiuudistuksen jälkeen säännöksen asiallinen soveltamisala on kaventunut myös sikäli, että syytteen toteen näyttäminen on käytännössä täysin syyttäjän vastuulla, ja yleensäkin todistelusta huolehtiminen on asianosaisten velvollisuus. Tällaiseen akkusatoriseen rikosprosessiin sopii luontevammin, että asianosaiset selvittävät säännöksessä tarkoitettut luotettavuuteen liittyvät seikat pää- ja vastakuulustelussa.⁴¹

OK 17:31:n mukaan puheenjohtajan tulee muistuttaa todistajaa *valan* merkityksestä ennen kuulustelun alkamista. Tässä yhteydessä puheenjohtaja voi vielä muistuttaa OK 17:23–24:n säätämistä vaitiolo-oikeuksista ja -velvollisuuksista. Todistajalle ei tulisi välittää sellaista käsitystä, että häneltä odotettaisiin jotain tietynsisältöistä tai -suuntaista lausuntoa, tai että hänen päätöstään käyttää vaitiolo-oikeuttaan tulkittaisiin selvästi tietyllä tavalla.⁴² Siitä, missä muodossa tai sävyssä valamuistutuksen tulee tapahtua, vallitsee eriäviä mielipiteitä. Yhtäältä valan merkityksestä muistuttamisen tulee tapahtua riittävän vakavasti, jotta perättömän lausuman rangaistusuhka tulee selväksi ja kriminalisointisäännöksen tavoitteleva todistelun luotettavuus voitaisiin turvata. Toisaalta, todistajan yksilöllisistä ominaisuuksista riippuen, muodollisesti suoritettu todistajan velvollisuuksien esittely voi myös haitata todistajan vapaata kertomusta ja vaikuttaa todistajan antamiin vastauksiin: ns. neutraaliin painostukseen helposti taipuva henkilö voi esim. myönteillä vastauksessaan linjoja, joita hän olettaa kysyjällä olevan.⁴³

³⁸ Ks. *Stone* 1988 s. 41: ”Statements are the object of belief; witnesses are the objects of trust”. Ks. myös *Roxin* 1998 s. 101 ja *Pölönen* 2000 s. 26–28.

³⁹ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 279.

⁴⁰ Näin mm. *Lappalainen* 2001a s. 208, av. 69 sekä 243 av. 187.

⁴¹ Säännöksen mukainen menettely voi sitä paitsi johtaa siihen, että puolustus voi joutua (kiusallisesti) puuttumaan tuomarin johdolla tapahtuvaan esiselvittelyyn mm. sillä perusteella, että tässä yhteydessä todistaja tuo esille joitain syytetyille epäedullisia seikkoja, jotka saattavat vaikuttaa tuomioistuimen näytönarviointiin puolustukselle haitallisemmin verrattuna siihen, että seikoista kysely olisi tapahtunut puolustuksen toimesta; ks. *Malek* 1994 s. 165.

⁴² Ks. *Schellenberg* 2000 s. 108.

⁴³ Ks. *von Eyben* 1981 s. 49. Nykyään valalla ei enää ole samanlaista uskonnollista merkitystä kuin oikeudenkäymiskaaren säätämisaikoihin, jolloin tuomarilla oli oikeus passittaa kristinopista tietämätön todistaja ”papisten luokse kuultavaksi ja saamaan opetusta valan arvosta ja merkityksestä”, ks. *Tirkkonen* 1972 s. 283.

6.2 MATERIAALINEN PROSESSINJOHTO TODISTAJANKUULUSTELUN AIKANA

Edellä puhe on ollut prosessinjohtosta yleisellä tasolla. Tässä tarkoituksena on tutkia tuomioistuimen konkreettista toimintaa kuulusteluissa. Jatkotarkastelun lähtökohta on hyvä nostaa heti esiin: Vanhan rikosprosessin vaatimus asian ”perusteellisesta käsittelystä” (OK 14:4) on muuttunut ROL:n myötä muotoon ”asianmukainen käsittely” (ROL 6:5.2). Sanamuodon muutoksella tahdottiin korostaa tuomioistuimen passiivista ja valvovaa roolia, ja samalla vähentää tuomioistuimen aktiivisten selvittämistoimenpiteiden käyttöä.⁴⁴ Uuden tuomarin roolin mukaista onkin, *ettei tuomioistuimella ole juuri lainkaan vastuuta kysymyksenasetteluiden kehittämisestä todistajankuulustelussa*.⁴⁵ On aiheellista pohtia, miten muutos näkyy konkreettisesti tuomioistuimen kyseioikeuden käytössä.⁴⁶

Vaikka tuomari ei enää vastaa todistajankuulustelun suorittamisesta, eivät tuomarin prosessinjohtolliset tehtävät kuitenkaan rajoitu pelkästään kuulustelun passiiviseen seuraamiseen ’sivullisena’. Kuten edellä on mainittu, prosessinjohto voi olla luonteeltaan sekä asianosaisten kuulustelua *kontrolloivaa* että jossain määrin myös oikeudenkäyntiaineistoa *rikastuttavaa* tai sen *laatua parantavaa*. Pian seuraavassa (6.2.2) tarkastellaankin yhtäältä sitä, missä määrin tuomioistuin ylittää voi osallistua henkilötodisteluun kysymyksiä esittäen (esim. kysyen kuulusteltavalta seikkoja, joita koskeva esitys on ollut epäselvää tai puutteellista). Tämän jälkeen (6.2.3) tarkastellaan tuomioistuimen asian-

⁴⁴ ROL:n säätämiseen johtaneessa hallituksen esityksessä (HE 82/1995 vp. s. 83) todetaan selvästi vakiintuneen käsityksen olevan, että tuomioistuin ei ole velvollinen huolehtimaan oikeudenkäynnin eteenpäin viemisestä eikä syytteen toteen näyttämisestä. Vanhasta OK 14:4:sta ks. Ervo 1996 s. 56 s. Merkittävässä ratkaisussaan 1995:44 korkein oikeus katsoi, että EIS 6 artiklaan sisältyvät oikeusperiaatteet huomioon ottaen hovioikeuden ei olisi tullut oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 8 §:n nojalla omasta aloitteestaan palauttaa juttua syytettä tukevan lisäselvityksen hankkimista varten. Ratkaisussa aineellisen totuuden periaatetta on selvästi rajoitettu oikeudenkäynnin puolueettomuuden (ja oikeudenmukaisuuden) toteuttamiseksi. Ratkaisussa myös todettiin yleisesti, että OK 17:8:aa on poikkeussäännöksenä asianosaisten pääsääntöisestä velvollisuudesta todisteiden hankkimiseen tulkittava supistavasti.

⁴⁵ Ks. HE 82/1995 vp. s. 146: ”...etenkin rikosasioissa on hyvä, että puheenjohtajan pääkuulustelussa todistajalle esittämien kysymysten perusteella ei synny mielikuvaa tuomioistuimen omaaloitteisesta asian selvittämisestä.” Ks. myös SOU 1982:26 s. 130–131, Jokela 2000a s. 252–253, Toivola 2000 s. 599 ja 601, Ervo 2001b s. 33, Jonkka 1992c s. 55 ja Havansi 2002 s. 145: ”Tuomari(e)n rooli on näissä todisteluvaiheissa mahdollisimman pitkälle puolueettoman tarkkailijan.” Ks. myös Jonkka 1992a s. 74 s. ja 66, jossa hän puhuu tuomioistuimesta ’puolueettomana erotuomarina’.

⁴⁶ Vrt. OK 6:2a.2, jossa säädetään siviiliproessin osalta edelleen tuomioistuimen velvollisuudesta valvoa, että asia tulee *perusteellisesti* käsitellyksi. Siviiliprosessissakin tuomioistuimen on luonnollisesti oltava puolueeton. Tämä puolueettomuusvaatimus ei kuitenkaan ole yhtä korostunut kuin rikosprosessissa, mikä mahdollistaa ensiksi mainitussa aktiivisemmat otteet asian selvittämisessä (ja yleisemmällä tasolla myös suuremmassa määrin ns. teleologisen metodin soveltamisen).

osaiskuulusteluja kontrolloivia tehtäviä (esim. velvollisuutta torjua tiettyjä tai tietyllä tavalla esitettäviä kysymyksiä).

Asianosaisten kuulustelua kontrolloivan tai muuten todistajankuulusteluun puuttuvan prosessin johdon soveltaminen edellyttää joka tapauksessa käsitystä siitä, millaisia kysymyksiä pääkäsittelyn henkilötodistelussa ylipäätään saatetaan esittää. Käsitteistö on tarpeen myös seitsemännen luvun kuulustelutaktisen esityksen paremmaksi ymmärtämiseksi. Kysymystyyppien lähempi tarkastelu on mielekästä lisäksi kysymysten johdattelevuuden kontrolloinnin näkökulmasta samoin kuin asianosaisten prosessitaktiikan suunnittelun ja toteuttamisen kannalta. Aivan ensiksi tarkastellaan siis erilaisia kysymystyyppisiä (6.2.1) esikysymyksenä prosessinjohtotehtävien käsittelylle.

6.2.1 Kysymysten jaottelutapoja

Erialaisten kysymystyyppien erottamisen tärkeys käy ilmi jo OK 17:33.5:sta, jossa on kielletty ns. johdattelevien kysymysten käyttö pääkuulustelussa. Erialaista kysymystyyppiä tulee siis tarkastella niiden johdattelevuuden kannalta. Kysymysten ryhmittely on perusteltua laajemminkin kuulustelutaktiselta kannalta. Seuraavan jäsentelyn pääasiallinen tarkoitus onkin palvella seitsemännen luvun kuulustelutaktista esitystä (kysymysten johdattelevuutta käsitellään vielä erikseen jaksossa 6.2.3.1).

Tyypillisimmin oikeuskirjallisuudessa kysymystyyppit jaetaan avoimiin ja suljettuihin kysymyksiin. *Avoimien kysymysten* vaatii vastaukseen useampia sanoja, eikä se rajaa vastausmahdollisuuksia tai sisällä oletusta tietynlaisesta vastauksesta. Tällaisesta avoimesta kysymyksestä käytetään myös nimitystä määrätäkysymys. Avoimet kysymykset lisäävät keskustelun vuorovaikutteellisuutta ja ennen kaikkea edesauttavat kuulusteltavaa kertomaan enemmän omia näkemyksiään ja siten myös parantavat kertomuksen luotettavuuden arviointimahdollisuuksia.⁴⁷ *Suljettuun kysymykseen* voi vastata periaatteessa vain yhdellä sanalla tai muuten vastausvaihtoehtoiltaan rajatuissa puitteissa. Esimerkiksi vaihtoehtokysymykseen on kaksi tai useampi vastausvaihtoehto. Kysymystyyppi voi olla hyvin harhaanjohtava, jos esitetyt vaihtoehdot ovat vääriä. Nimeämiskysymys toisena esimerkkinä suljetuista kysymyksistä edellyttää jonkin asian (henkilö, ajankohta, paikka) nimeämistä, ja on siten muodoltaan edellisiä vähemmän suljettu.⁴⁸ Pääsääntöisesti suljettu kysymys on aina johdat-

⁴⁷ Ks. Eisenberg 1993 s. 77, Ellonen ym. 1996 s. 41, Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 194, Tirkkonen 1972 s. 295, Lie 2002 s. 65 ja Karstinen 1998 s. 126. MacHovec 1989 s. 107 vertaa avoimia kysymyksiä osuvasti kalaverkkoon, joka on aluksi avoin mutta joka sulkeutuu pikku hiljaa vastauksen edetessä.

⁴⁸ Ks. Lie 2002 s. 66 ja Ellonen ym. 1996 s. 41–42. Suljettujen kysymysten eduista ks. mt. s. 43 sekä Moore ym. 1996 s. 114.

televa; äärimmillään tämä näkyy ns. retorisisa kysymyksissä, joiden merkitys on itse asiassa vain kysymyksen esittämisessä eikä siihen saatavassa vastauksessa.

Leche ja Hagelberg jakavat kysymykset kuuteen ryhmään: edellytekysymys, odotekysymys, epätäydellinen valintakysymys, kyllä/ei -kysymys, täydellinen valintakysymys ja määrääntäkysymys. Tämä jaottelu on elänyt pitkään kirjallisuudessa ja on nykyäänkin hyväksytty.⁴⁹ Karsinen kuitenkin kritisoi ryhmittelyä ja pitää Gudjonssonin nelijaottelua käytännössä parempana: avoimet kysymykset, vaihtoehtokysymykset, kyllä/ei -kysymykset ja nimeämiskysymykset. Tässä ei ole varsinaisesti tarkoituksena esittää omaa ryhmittelynäkemyistä, koska mainitunlaisilla sopimuksenvaraisilla kysymysten ryhmittelyillä ei viime kädessä ole suurtakaan käytännöllistä merkitystä. Kysymyksiä voi lisäksi ryhmitellä muillakin perusteilla kuin kysymyksen avoimuuden tai kieliopillisten sääntöjen perusteella. Puhtaasti kysymyksen lauseopilliseen muotoon perustuva jaottelu ei ole mielestäni kaikkein tarkoituksenmukaisin, koska kysymysten käyttötarkoitus ei määräydy yksinomaan kysymyksen muodon tai sisällön perusteella. Seuraavassa kysymykset – tai oikeastaan kyselytavoitteet – onkin luokiteltu ensisijaisesti niiden kuulustelutaktisen tarkoituksen perusteella kuuteen eri pääryhmään: 1) avoimet kysymykset, 2) suodatinkysymykset, 3) suljetut kysymykset, 4) linkkikysymykset, 5) kontrollikysymykset ja 6) edellytyskysymykset. Tämä jaottelu palvelee paremmin seitsemännen luvun esitystä pää- ja vastakuulustelutaktiikasta.

1) *Avoimen kysymyksen* tarkoituksena on saada kuulusteltavalta oma-aloitteinen vapaa kertomus tapahtuneesta, jota kertomusta tosin voidaan täydentää rajatuilla kysymyksillä. Tyypillisesti avoin tiedustelu tarkoittaa ’milloin?’ ’missä?’ ’miten?’ tai ’mitä sitten tapahtui?’ -tyyppisiä kysymyksiä, jotka jättävät henkilölle vapauden kertoa näkemyksistään omin sanoin (kyse ei siten ole johdattelevista kysymyksistä). Täydentävät kysymykset voivat perustua vapaassa kerronnassa esille tulleiden seikkojen täsmentämiseen (esim. ’miten tiedätte sen?’; ’miten hän ilmaisi itseään?’), joskin myös lievästi ohjailevia kysymyksiä suvaitaan käytännössä jonkin verran.

2) *Suodatin- (filteri)kysymyksellä* testataan kykyä kertoa tietystä asiasta, ja samalla voidaan karsia kertomuksesta kuulustelijan mielestä irrelevantteja osia pois (esim. muistiin sekoittuneet lehtitiedot tai toiselta todistajalta kuullut asiat). Suodatinkysymysten tarkoitus on testata missä määrin henkilö todella on voinut tehdä kertomansa havainnot ja erotella seikat, jotka eivät ole tämän omia välittömiä havaintoja (esim. ”Kuulitteko tämän itse?”; ”Käytittekö silloin silmälasianne?”).⁵⁰ Suodatinkysymykset voivat olla johdattelevia, mutta yhtä hyvin myös täysin avoimia.

⁴⁹ Viimeksi mm. Lappalainen 2001a s. 250 ja Helminen ym. 2002 s. 285 jakavat johdattelevat kysymykset Leche-Hagelbergin mallin mukaan.

⁵⁰ Ks. Nack 2000 s. 255 ja Eisenberg 1993 s. 79, ks. myös StPO 69 II.

3) *Suljettu kysymys* on johdatteleva eli se johtaa tietäntyyppiseen vastaukseen. Tästä syystä useimmat vastakuulustelussa esitettävät kysymykset ovat jollain lailla muodoltaan (tai tarkoitukseltaan) suljettuja. Suljettuja kysymyksiä voidaan ryhmitellä useilla tavoilla: Vähiten johdatteleva suljetun kysymyksen tyyppi on *epätäydellinen valintakysymys* eli kysymys, johon vastataan valitsemalla jokin annetuista vaihtoehtoista. Esille saatavan tiedon luotettavuuden kannalta olisi suotavaa, että ainakin yksi vaihtoehto olisi avoin ”en tiedä”-mahdollisuus, ja että mitään vastausvaihtoehtoa ei kysymyksen muodolla tai esittämistavalla korostettaisi muihin nähden. Mitä avoimempi kysymys on, sitä korkeampi näyttöarvo vastaukselle pääsääntöisesti voidaan antaa. Sikäli kun ”en tiedä”-mahdollisuus jätetään ja kun kysymys esitetään täsmämentämisarkoituksessa, voi valintakysymystä käyttää pääkuulustelussakin.⁵¹

Täydellinen vaihtoehtokysymys ei ole johdatteleva – ja on siten pääkuulustelussa sallittu –, jos kertomuksen tai muiden taustatietojen mukaan järjellisiä vaihtoehtoja on vain tietty rajattu määrä. Muissa tapauksissa eli kun vastausvaihtoehtoja tavalla tai toisella rajataan, on kysymyksessä johdatteleva epätäydellinen valintakysymys.⁵² *Kyllä/ei -kysymyksiä* voi käyttää pääkuulustelussa vain poikkeuksellisesti, esim. jos kuulusteltava on hyvin vastentahtoinen todistamiseen. Helposti johdateltava ihminen saattaa nimittäin luulla häneltä odotettavan myönteistä vastausta, minkä lisäksi kysymystyyppi saattaa olla liian rajoittava, jolloin relevanttia tietoa voi jäädä saamatta. Ns. *vahvistus- tai odotekysymyksellä*, joka on suljettu ja johdatteleva, kysymyksen esittäjä pyytää vain vahvistusta esittämälleen hypoteesille. Tällä tavalla esitettyyn kysymykseen annetun vastauksen näyttöarvo on luonnollisesti yleensä varsin matala.⁵³

Suljettuja kysymyksiä käytetään vastakuulustelussa myös destruktiivisessa tarkoituksessa siten, että kuulusteltava pyritään saamaan kysymyksiin ”ansaan”. Tätä tarkoittavat kysymykset voi luokitella vastakohtakysymyksiin, mahdottomuskysymyksiin ja eri tavalla painostaviin kysymyksiin.⁵⁴ *Vastakohtakysymyksellä* kuulusteltava voidaan ”saada kiinni” tiettyyn tapahtumainkulkuun siten, että jos tämä kieltää kysymyksessä ehdotetun seikan, saadaan vahvistettua tämän vastakohta. Kuulusteltavalta voidaan esimerkiksi kysyä: ”sanoiko hän, että voit halutessasi mennä kotiisi?” tarkoituksessa saada henkilö päinvastoin kertomaan, että hänen oli pakko jäädä. *Mahdottomuskysymyksellä*

⁵¹ Ks. *Nack* 2000 s. 255 siitä, miten yleisiä valintakysymykset voivat olla: kirjoittajan käytännöllisten havaintojen mukaan jopa 50 % kaikista kysymyksistä oikeudenkäynnin aikana voivat olla tällä tavoin rajattuja valintakysymyksiä.

⁵² Ks. *Diesen ym.* 2000 s. 1996 s. 229.

⁵³ Kriittisesti tällaisista kysymyksistä (Voraussetzungsfragen) ks. *Eisenberg* 1993 s. 78–79.

⁵⁴ Kuten jäljempänä 7. luvussa tulee ilmi, destruktiivisessa vastakuulustelussa voidaan käyttää useita suoria ja epäsuoria kuulustelutaktiikoita, joilla pyritään kontrolloimaan kuulusteltavan kertomuksen todenperäisyyttä ja luotettavuutta – luonnollisestikaan kaikkia näissä taktiikoissa käytettäviä kysymyksiä ei sellaisenaan voi luokitella johonkin tässä esitetyistä kolmesta kysymystyyppistä.

annetaan kuulusteltavan ymmärtää, että hänen kertomansa tuskin voi olla totta muiden tietojen tai todisteiden valossa ("eihän automaattivaihteinen auto voi lähteä itsekseen rullaamaan tiellä, miten siis selität asian?"). Mahdottomuuskysymyksen tarkoitus ei ole pelkästään saada kiinni valehtelusta vaan myös auttaa kuulusteltavaa korjaamaan ja parantamaan lausuntoaan.⁵⁵ *Painostava* kysymystyyli on mahdollinen, jos kuulusteltava on erittäin vastentahtoinen ja kieltäytyy yhteistyöstä tai esim. muuttaa täysin esitutkintakertomustaan menettelyään perustelematta.

4) *Linkkikysymyksen* tarkoituksena on yhdistää kertomuksen eri osia, tai vaihtoehtoisesti johdattaa kuulusteltava väliaikaisesti "sivuraiteille". Linkkikysymykset jaetaan edelleen ohjauskysymyksiin ja keskeytyskysymyksiin. *Ohjauskysymyksellä* kuulustelija pyrkii johdattamaan kuulusteltavan "oikeille raiteille" eli saamaan hänet kertomaan jutulle relevanteista todistusteemoista tai palauttamaan kauaksi eksynyt kertomus takaisin uomiinsa. Ohjauskysymys on suotavaa esittää hienovaraisesti eikä siten, että kuulusteltavan annetaan ymmärtää puhuvan irrelevantteista seikoista ("Näetkö jonkin yhteyden sen ja tapahtuneen välillä?"; "Jos menisimme vielä takaisin..."; "Kerroitte, että... Muistatteko vielä tarkemmin, mitä..."). *Keskeytyskysymyksellä* on tarkoitus estää epätoivottuja reaktioita (esim. todistajan inhontunteet) tai hetkeksi katkaista tietty ajatuksenkulku.⁵⁶ Jo po. kysymysten luonteesta johtuu, että linkkikysymykset ovat yleensä johdattelevia.

5) *Kontrollikysymyksen* tarkoituksena on selvittää kuulusteltavan uskottavuutta tai kertomuksen luotettavuutta.⁵⁷ Kontrollikysymysten tarve perustuu inhimilliseen taipumukseen mm. sovittaa kertomusta paremmin vastaamaan henkilön johtopäätöksiä, keksiä jonkinlainen vastaus silloinkin, kun henkilö on epävarma tai ylipäättänsä kertomuksen paranteluun jälkirationalisoinnin. Kontrollikysymyksiä ovat tilannekysymys, teemanvaihtokysymys ja testikysymys. *Tilannekysymys* on kontrollikysymyksistä tärkein: Kysymys ei koske suoraan kuultavaa teemaa, vaan ympäröiviä olosuhteita. Tilannekysymyksen tarkoituksena on selvittää, onko kuulusteltava todella itse kokenut seikat, joista tämä kertoo. Todistajaa saatetaan esimerkiksi pyytää kuvaamaan säätä, ympäristömiljöötä tai välittömästi tapahtumaa edeltäviä tai seuraavia tuntemuksia ja havaintoja. Jäljempänä selviää, että tällainen kyselytyyli on ns. epäsuoran vastakuulustelun pääasiallinen metodi.⁵⁸

⁵⁵ Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 194–195.

⁵⁶ Ks. Nack 2000 s. 255.

⁵⁷ Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 195.

⁵⁸ Ks. Nack 2000 s. 256. Koska tilannekysymykset ovat ehkä tärkein todistajanlausunnon luotettavuutta esille tuova kuulustelumetodi, tulisi tuomioistuimen prosessinjohtoon olla tältä osin mahdollisimman 'sallivaa', vaikka tilannekysymykset välillä tuntuvatkin vievän keskustelun pois varsinaisesta kuulusteluteemasta. Ks. esim. Du Cann 1993 s. 147: "Cross-examination on irrelevant matters frequently discloses untruthfulness on the relevant ones."

Teemanvaihtokysymys (ns. zig-zag -kysymys) muistuttaa sikäli keskeytyskysymystä, että sillä tavoitellaan tilapäistä siirtymää (hankalasta) teemasta toiseen. Erona on kuitenkin, että alkuperäiseen teemaan on tarkoitus palata myöhemmin. Teemanvaihtokysymyksen tarkoituksena ei ole katkaista tunteenpurkausta, vaan lähinnä yllättää kuulusteltava kysymyksellä, johon tämä huomauttaen vastaa mahdollisesti kompromettoiden itsensä tai ainakin epäluuloja herättävällä tavalla viivästyneesti tai muuten epävarmasti.⁵⁹ Teemanvaihtelu on yksi epäsuoran vastakuulustelun perustekniikka, jota käytetään erityisesti yrityksissä paljastaa kuulusteltavan erehtyminen tai valehtelu. *Testikysymykset* eivät välttämättä liity itse asiaan, vaan tarkoitus on vain testata ja koetella kuulusteltavan havainnointikykyä, todenpuhumismotivaatiota, arviointikykyä tai johdateltavuutta.⁶⁰ Todistaja saatetaan esimerkiksi konfrontoida sinänsä selvän mutta todistajalle kiusallisen seikan kanssa (esim. ”juopotteleeko miehenne?”), jolloin todistajan todenpuhumisvalmiutta voidaan koetella. Johdateltavuuden testaamiseksi saatetaan joskus käyttää tietoisesti harhauttavia johdattelevia kysymyksiä, ansoja (esim. ”Oliko maa märkää astuessanne autosta ulos?”), vaikka hyvin tiedetään, että tapahtuma-aikaan oli täysin kuivaa). Myös kuulusteltavan ennakkoluuloisuutta tai kertomuksen yksityiskohtaisuutta voi testata. Koska kontrollikysymykset ovat yleisiä juuri vastakuulustelussa, ovat ne yleensä myös johdattelevia.⁶¹

6) *Edellytyskysymyksellä* kuulustelija sisällyttää kysymykseensä oletuksen joistain tosiasioista, jotka saattavat enemmän tai vähemmän peittyä kysymyksen ilmeisen ”kärjen” taakse. Edellytyskysymyksen metodina on edellyttää (yleensä) jotain keksittyä seikkaa, jolloin kuulusteltava voi asian uudessa valossa muuttaa vastausta ja kieltää edellytyksen olemassaolon. Kyse on selvän johdattelevista kysymyksistä. Tarkoituksena on ’provosoida’ kuulusteltava viimein kertomaan omin sanoin joistain seikoista tai ainakin saada varmistus sille, että henkilön aikaisemmin kertoma ei pidä paikkansa. Yleensä menetelmää tulee käyttää vain poikkeuksellisesti ”viimeisenä oljenkortena” ja tällöinkin vain erityisen vastenhakoisten kuulusteltavien kohdalla. Yleisintä on edellyttää sellaista seikkaa, josta henkilöllä ei voi olla tietoa, tai josta tämän epäillään tarkoituksellisesti vaikenevan (siis valehtelevan). Usein edellytyskysymyksen teho perustuu niiden yllätyksellisyyteen siten, että kuulusteltava ihmetellessään, miten kuulustelija tiesi tiettyä seikkaa kysymyksessään olettaa, tulee – seikan vahvistaessaan tai kiistäessään – tarjoamaan myös mahdollisesti hyödyllistä lisätietoa.⁶²

⁵⁹ Ks. *Eisenberg* 1993 s. 79–80 ja *Nack* 2000 s. 255.

⁶⁰ Havainnollisesti *Palmer* 1966 s. 104–105.

⁶¹ Testikysymyksiksi voidaan lukea myös sellaiset oikeussalissa järjestettävät ’kokeet’, joiden tarkoituksena on esim. selvittää, miten hyvin todistaja näkee tietyn etäisyyden päähän. Ks. tällaisista ’koejärjestelyistä’ mm. *Lie* 2002 s. 80–82.

⁶² Ks. *Diesen* 1996 s. 235 ss. Myös *hypoteettinen kysymys* on yhdenlainen edellytyskysymys.

6.2.2 Tuomioistuimen kuulustelullinen rooli

I Edeltävän kysymystyyppien 'yleiskartoituksen' jälkeen voidaan nyt siirtyä tutkimaan lähemmin tuomarin kyselyoikeuden käyttöä vuorokuulustelun aikana.⁶³ Tuomioistuimen pääkäsittelyroolia tämentävä perussäännös on ROL 6:5.2, jonka mukaan tuomioistuimen tulee kysymyksiin poistaa *asianosaisten* eli syyttäjän, asianomistajan ja syytetyn lausuntojen epäselvyyksiä ja puutteellisuuksia. Heti alkuun on korostettava, että säännöksestä ei tule johtaa perustetta vanhanmallisten aktiivisten tuomarin selvittämistoimien tueksi. Yleisesti ottaen tällaista tehtävää ei tuomioistuimella enää ole. Säännöksen henkilöllinen soveltamisala tukee juuri sanottua: tuomioistuimella on velvollisuus huolehtia nimenomaan ja vain *asianosaisten* esitysten selkeydestä. Selventävää kyselyä tuleekin esittää aina silloin, kun asianosaisten selvityksestä ei saa selvää, mitä hän tarkoittaa.⁶⁴ Säännöksen sanamuoto ilmaisee selvästi, että se *ei* koske *todistajien* epäselviä lausumia. Mainittu rajausta tarkoittaa sitä, että ROL 6:5.2 koskee ensisijaisesti *asianosaisten vaatimuksissa ja syytteen teonkuvaavuuksissa olevien puutteellisuuksien selventämistä* – eikä ainakaan ensisijaisesti todistelutarkoituksessa esitettyjä lausumia.

Käsittelyn selkeys ja asianmukaisuus edellyttää, että asianosaisten *vaatimuksia selventävää* prosessinjohtoa tuomioistuin voi harjoittaa rajoituksetta 'molempiin suuntiin' eli sekä syyttäjälle että syytetylle 'edullisesti'. Ei ole kenenkään intressissä, että missään prosessin vaiheessa ei saada selvyyttä siihen, mikä asia tarkkaan ottaen on prosessin kohteena. On tarkoituksenmukaista esittää tämentäviä kysymyksiä mm. siitä, tarkoittaako syyttäjä vaatia rangaistusta myös sellaisesta teosta, jota koskevan rangaistusvaatimuksen esittämisen syyttäjältä on saattanut epähuomiossa unohtua usean syytekohtaan joukossa (syyttäjän tulee syytteessään vaatia syytetyn tuomitsemista rangaistukseen; ks. ROL 5:3.1,5, ks. myös ROL 11:3).⁶⁵ Vastaavasti yksityisoikeudellisten vaatimusten selvittäminen kyselemällä on perusteltua, jos vaatimukset jäävät epäselviksi tai selvän puutteelliseksi.

Prosessinjohtoon kannalta ongelmallista on syyttäjän vaatimusten ja niiden perusteiden (vedottujen oikeustositseikkojen) toisistaan erottaminen. Vaati-

Siinä edellytyksenä on hypoteesi, jonka siis ei kysymyksessä väitetäkään olevan totta. Jos kuulusteltava on sanonut, ettei hän nähnyt asetta, voidaan häneltä kysyä: "Olisitko nähnyt ase, jos sellainen olisi ollut?"

⁶³ Kyselyoikeuden käyttöä koskevan esityksen ulkopuolelle on rajattu asianomistajan ROL 7 luvun mukaisesti itse ajamat syyteasiat samoin kuin ns. poissaolotutut. Näissä käsittelytyypeissä – ja tietyissä määrin myös virallisen syyttäjän ajamissa rikosjutuissa, joissa syytetty vastaa syyteteisiin ilman oikeudenkäyntiavustajaa tai -asiamiestä – tuomioistuimen kyselyoikeuden täytynee asian luonteesta johtuen olla ns. normaalitilannetta aktiivisempaa.

⁶⁴ Ks. Virolainen 1988 s. 105 ja 140–141. Velvollisuus selventää asianosaisten esityksiä onkin pidettävä erillään oikeudenkäyntiaineistoa rikastavasta prosessinjohtosta. Viimeksi mainittu toiminta on tuomioistuimen harkintavallassa, eikä siihen ole velvollisuutta.

⁶⁵ Ks. *SOU* 1982:26 s. 133–134.

musten perusteisiin kohdistuvaa prosessinjohtoa on käsitelty edellä jaksossa 3.3.1 (II) sekä jaksossa 3.5.2 (IV–V). Asiaan (vetoamistaakaan tai syytesidonnaisuuteen) ei tässä enää palata. Korostettakoon silti vielä sitä, että pääsääntöisesti kaikenlainen syytesidonnaisuuden rajoista joustamiseen ’kannustaminen’ syytetylle vastaisella tavalla tulee nähdä kiellettynä.⁶⁶

ROL 6:5.2:lla ei siis ole tarkoitettu, että tuomioistuimella olisi velvollisuus asianosaisten *todistelutarkoituksessa* antamien lausumien tai kertomusten epäselvyyksien poistamiseen. Käsittelyperiaatteen leimaaman vuorokuulustelu-järjestelmän mukaista onkin, että *vastuu selvästä ja ymmärrettävästä asianosais- ja todistajankuulustelusta kuuluu nimenomaan kuulustelua suorittaville asianosaisille*. Tuomioistuimen *oikeutta* asianosais- tai todistajankertomuksen epäselvyyksien selvittämiseen ei toisaalta voida pitää olemattomanakaan. Päinvastoin, OK 17:33.3:n mukainen uudelleenkuulustelusääntely ilmentää selvästi, että tuomioistuimella on oikeus käyttää kyselyoikeuttaan myös todistelutarkoituksessa annettujen lausumien selventämiseen (sanamuoto ei itse asiassa sulje pois rikastamistakaan).⁶⁷

Toisaalta tuomioistuimen oikeutta asianosaisten sen paremmin kuin todistajienkaan todistelutarkoituksessa antamien kertomusten sisällölliseen (asialliseen) selventämiseen ei voida pitää rajoittamattomana. Erityisesti tuomioistuimen *puolueettomuusvaatimus sekä käsittelyperiaatteen mukainen ensisijaisesti todistelua vastaanottava ja kontrolloiva rooli voi rajoittaa tuomarin aktiivisessa kyselyoikeudessa sallittavaa tematiikkaa*. Asian tarkastelu voidaan aloittaa käsittelemällä erästä ROL:n esitöiden problemaattista näkemystä, joka johdattaa yleisempään kysymykseen tuomioistuimen kuulustelullisesta roolista.

II Tulkintaepäselvyyksiä voi aiheuttaa ROL 6:5.2:n sanamuoto (’Tuomioistuimen tulee kysymyksiin poistaa asianosaisten lausuntojen epäselvyyksiä ja puutteellisuuksia’). Säännökseen liittyvän hallituksen esityksen mukaan tuomio-

⁶⁶ Ks. lähemmin edellä jaksossa 3.5.2 (s. 173) syytesidonnaisuuden tiukasta tulkinnasta esitettyä. Tuomioistuimen tulee pääsääntöisesti pidättäytyä sellaisesta prosessinjohtosta, jonka seurauksena syyttäjää ’avustettaisiin’ tämän vetoamistaakan täyttämisessä tuoden uusia konkreettisia oikeustositseikastoväitteitä syytettä tukemaan. Tällöin voi olla erityisen hankalaa tehdä rajanvetoa sen välille, onko kyse muodollisesti selventävästä vai rikastavasta prosessinjohtosta. Silloin kun on mahdollista, että *selventäväksikin* prosessinjohtoksi luettava toiminta koituisi tarkoitettulla tavalla syytetylle vastaiseksi, tulee menettelystä pidättäytyä. Tuomioistuimen ei esim. tule kiinnittää syyttäjän huomiota siihen, että tämä voisi vedota myös vaihtoehtoihin kanneperusteisiin tai vaihtoehtoiseen syytteesen, tai että tämä voisi tarkistaa syytettä (ellei kyse ole selvästä syyttäjän inhimillisestä erehdyksestä kyseisten seikkojen suhteen). Syytetylle selvästi *edulliseen* suuntaan koituvaa selventävää prosessinjohtoa voi tosin näissäkin kysymyksissä soveltaa (esim. vastatosiseikan tuomioistuin voi ottaa huomioon viran puolesta).

⁶⁷ Kyselyoikeuden käyttöä aikaisemmissakaan kuulustelun vaiheissa ei ole kielletty. Pidän silti vahvasti suositeltavana, että tuomioistuin suo kuulustelua suorittaville asianosaisille riittävän ’työrauhan’, ja esittää ainakin useimmat omat kysymyksensä nimenomaan vasta uudelleenkuulusteluvaiheessa.

istuimella todetaan olevan velvollisuus selvittää syy sille, miksi *asianosaisen lausunto poikkeaa hänen esitutkinnassa esittämästään*. Epäselvyyttä voi vallita siitä, tarkoittaako asianosaisen 'lausunto' vain tämän vaatimuksia ja niiden perusteita, vai myös todistelutarkoituksessa annettavaa kertomusta. Esityöt eivät anna tähän yksiselitteistä vastausta. Yhtäältä HE:ssä lainkohdan tarkoitukseksi mainitaan varmistaa se, ettei "jää epäselväksi se, mitä asianosainen itse asiassa tarkoittaa lausua ja mistä hänen poikkeamisensa aikaisemmin antamastaan lausunnosta johtuu", toisaalta myös se, ettei asianosaisen vaatimusten sisällöstä ja vaatimusten perusteista jäisi epäselvyyttä.⁶⁸ Esityksessä käytetty myös-sana ei voine itsessään olla riittävä peruste asianosaisen 'lausunnon' laajentavaan tulkintaan siten, että lausunnolla tarkoitettaisiin myös todistelutarkoituksessa annettua kertomusta. Kaikki HE:n lähemmät esimerkit materiaallisen prosessinjohtoon käytöstä koskevat viimeksi mainittua tilannetta eli vaatimusten ja niiden perusteiden täsmentämistä. Säännöstä koskevan HE:n asiasyhteys kokonaisuudessaan tulee nähdäkseni edelleen sitä, ettei ROL 6:5.2:lla ole tarkoitettu asianosaisen todistelutarkoituksessa antamien lausuntojen/kertomusten kontrollointivelvollisuutta. HE:ssä on päinvastoin selväsanaisesti korostettu menettelyn akkusatorisuutta, tuomioistuimen puolueettomuutta ja syyttäjän velvollisuutta näyttää syyte toteen. Asianosaisen esitutkintakertomuksen muutosten selventämistehtävä olisikin tuomioistuimen roolin ja puolueettomuusvaatimuksen kannalta varsin ongelmallinen.

Asianosaisten (ja luonnollisesti myös todistajien) kertomusten muutosten kontrollointivelvollisuus edellyttäisi välttämättä esitutkintakertomusten lukemista ennen pääkäsittelyä: edellä on kuitenkin käynyt ilmi, ettei tuomioistuimella tällaista velvollisuutta ole. Esitutkintakertomusten lukemista voidaan pitää jopa jossain määrin haitallisena, koska lukeminen voi synnyttää välittömyysperiaatteen toteutumista haittaavan etukäteiskäsityksen asiasta. Mainituilla perusteilla en pidä mahdollisena asettaa tuomioistuimelle *velvollisuutta* asianosaisten tai todistajien esitutkintakertomusten kontrollointiin. Toisaalta myöskin tuomioistuimen *oikeus* esitutkintakertomusten muutosten kontrollointiin voidaan riitauttaa.

Käsittelyperiaatteen leimaaman rikosprosessin mukaiseen tuomioistuimen neutraaliin rooliin sopii nähdäkseni luontevammin, että tuomioistuimella *ei pääsääntöisesti* ole edes *oikeutta* ryhtyä omatoimisesti selvittämään asianosaisen tai todistajien kertomusten muuttumisia esitutkinnasta. Pidän sääntöä varsin selvänä ainakin tilanteessa, jossa kertomusten muuttumissyiden kontrollointi tai kuulusteltavan 'oikean' näkemyksen tivaaminen tulisi varmuudella koitumaan syytetylle vastaiseksi, eli kun toiminta tosiasiaa tukisi syyttäjän päätodisteluna esittämän henkilötodistelun näyttöarvoa. Toisaalta myös tilan-

⁶⁸ HE 82/1995 vp. s. 83.

teissa, joissa kuulusteltava on esitutkinnassa todistanut joltain osin syytetylle edullisesti, mutta joissa henkilö oikeudenkäynnissä muuttaa kertomustaan selvästi syytetylle vastaiseksi, voisi kertomuksen muutossyihin pureutuva selvittävä prosessinjohto loppujen lopuksi kuitenkin koitua syytetylle vastaiseksi (vaikka alun alkujaan menettelyyn ryhdyttäisiinkin nimenomaan puolustusta tukevassa tarkoituksessa). Jos nimittäin kyselyllä esim. paljastetaan seikkoja, jotka selittävät esitutkintakertomuksen 'valheellisuuden' tai virheellisyyden, tuetaan menettelyllä de facto syyttäjän oikeudenkäynnissä 'tuottaman' syytetylle vastaisen kertomuksen näyttöarvoa (tai jos kyse on syytetyn nimeämistä todistajasta, nimenomaisesti heikennetään puolustushypoteesia tukevaa todistelua, so. puolustuksen varsinaista vastatodistelua). Tällaiset selvittävän prosessinjohtoon 'näyttöllisen suunnan' epäselvyystilanteet tuovatkin selvimmin esille tuomarin roolin hankalimmat ongelmakohdat. Ratkaiseva kysymys näyttäisi olevan se, tuleeko tuomarin käsittelyperiaatteen ja korostetun objektiivisen puolueettomuusvaatimuksen mukaisesti pidättyä selvittävästä tai rikastavasta prosessinjohtosta aina, kun on vaara, että prosessinjohto *voisi* koitua syytetylle vastaiseksi.

Mainittuja rooli- tai puolueettomuusongelmia ei voi väistää argumentoimalla, että tuomioistuimen selvittävä (tai esitutkinta-aineistoon viittaava rikastavakin) syytetylle vastaiseksi koitua prosessinjohto ei itse asiassa olisi lainkaan puolueellista, vaan vain neutraalia 'aineellisen totuuden' selvittämiseen tähtäävää toimintaa. Totta on, että tuomioistuin tosiasiallisesti voi toimia subjektiivisesta horisontistaan käsin täysin puolueettomasti, vaikka se vapaasti selvittelisikin kaikenlaisia asian luonnostaan nostattamia kysymyksiä sekä syytetylle edulliseen että myös haitalliseen suuntaan. Tällaista menettelyä ei kuitenkaan ole enää katsottu asianmukaiseksi, koska EIT:n ja KKO:n oikeuskäytännössä korostetaan vahvasti tuomioistuimen ns. objektiivista puolueettomuutta: menettely ei saa edes herättää epäilyjä puolueellisuudesta tai syytetylle vastaisesta asenteellisyydestä.

Objektiiviseen puolueettomuusvaatimukseen nähden eri kysymyksensä on, miten 'riskialtis' selvittävä tai rikastava prosessinjohto ylipäättensä muutenkaan sopii modernin rikosprosessin rooliasetelmiin. 'Tuomari-ideologiamme' voinee katsoa olevan jonkinlaisessa murrostilassa ROL-muutoksen myötä.⁶⁹ Lienee selvää, että vanhan, tutkintaperiaatetta korostaneen rikosprosessin mukainen tosiseikkojen aktiivista selvittämistä korostanut roolinäkemyks jollain tasolla edelleen vaikuttaa käytännön oikeuselämässä. Menettelyn rakenteellinen uudistus eli lähinnä se, että syyttäjälle on selvästi säilytetty syytteen toteen-

⁶⁹ Tässä tarkoitettulla 'tuomari-ideologialla' tarkoitetaan (mutatis mutandis *Ebervallin* 2002 s. 39–40 esittämien tavoin) lähinnä oikeuden syvärakenteisiin perustuvaa näkemystä siitä, mikä on tuomarin rooli ja tehtävät erityisesti 'akselilla': aktiivinen tosiseikkojen selvittäjä – passiivinen asianosaistodistelua seuraava taho.

näyttämiseen tarvittavasta todistelusta huolehtimisen taakka, puhuu kuitenkin vahvasti sen puolesta, että *tuomioistuimen tehtävänä ei enää tulisi nähdä tosiseikkojen omatoimista selvittämistä*.⁷⁰ Tuomarin keskeisenä roolina nähdään rikosoikeudellisten ja prosessioikeudellisten kysymysten ratkaiseminen yksinomaan sen todistelun perusteella, jonka asianosaiset ovat tuomioistuimelle esittäneet.

Katsoisinkin, että 'velvollisuus' esitutkintakertomusten ja tuomioistuinlausunnon välillä olevien ristiriitaisuuksien esille tuomiseen on yksinomaan rikosprosessin asianosaisilla eli virallisella syyttäjällä tai puolustuksella (sikäli kun puolustukselle ylipäättään tällaisia velvollisuuksia tai taakkoja voidaan asettaa). *Tuomioistuimella ei itsellään ole aktiivista oikeutta – ja vielä vähemmän velvollisuutta – kontrolloida asianosaisten tai todistajien kertomusten mahdollisia muutoksia rikosprosessin eri vaiheissa*.⁷¹ Yhteisenä ja yleisenä edellytyksenä tuomioistuimen kaikenlaiselle (paitsi selvästi syytetyn eduksi tapahtuvalle) materiaaliselle prosessinjohdolle pitäisin siis sitä, että *tuomioistuin ei saa perustaa puutteellisuuksia tai epätasällisyyksiä selvittäviä kysymyksiään/toimenpiteitään rikoksen esitutkinta-aineistoon, vaan pelkästään oikeudenkäyntiaineistoon*.⁷²

⁷⁰ Ks. Jokela 2000a s. 252–253: ”Nykyisin katsotaan *akkusatorisen periaatteen* mukaisesti, että tuomioistuin ei ole velvollinen huolehtimaan oikeudenkäynnin eteenpäin viemisestä eikä syytteen toteen näyttämisestä.”

⁷¹ Tulkintaa tukee myös HE 82/1995 vp. s. 83: ”Silloin kun syyttäjä käsittelyn aikana havaitsee, että asianosainen poikkeaa esitutkinnassa antamastaan lausunnosta, *syyttäjän on kiinnitettävä tähän tuomioistuimen huomiota*. Tuomioistuimen velvollisuus on momentin mukaan huolehtia siitä, että ei jää epäselväksi... ” (kurs. PP). Tuomioistuimen selventämisvelvollisuus siis mainitaan vasta siinä tilanteessa, kun syyttäjä on poikkeamasta huomauttanut. – Vrt. Jokela 2000a s. 253–254 ja 257, josta voisi päätellä, että kirjoittaja tarkoittaa tuomioistuimella olevan velvollisuuden kontrolloida esitutkintakertomusten muuttumattomuutta. Mt. s. 254 kirjoittaja toteaa: ”Jos taas syytteessä esitetyssä teonkuvauksessa on epätasällisyyksiä tai alkuaan asianosaisten esitutkinnassa antamiin kertomuksiin perustunut teonkuvaus osoittautuu oikeudenkäynnissä osittain toisenlaiseksi, tuomioistuimen tulee prosessinjohdon keinoin pyrkiä selvittämään se teonkuvaus, josta syyttäjä tarkoittaa vaatia rangaistusta.” (kurs. PP). Ks. myös Ekelöf 1994 s. 156–157. Kursivoidulla erotettu ajatus tarkoittaisi nähdäkseni käytännössä sitä, että jos todistajat eivät vahvistakaan syyttäjän teemaväitteitä, tulisi tuomioistuin tarvittaessa 'auttamaan' syyttäjää tämän vetoamistaan käytössä mahdollisesti siten, että syyttäjää 'vihjattaisiin' vetoamaan uusiin oikeustositseikkoihin. Tällöin tuomioistuin toimisi mielestäni selvästi kielletyllä, syytetylle vastaisella tavalla. Ekelöf ja Jokela näyttäisivät sallivan tarkoitetun menettelyn, kunhan tuomioistuin ei vain anna aihetta epäilyksiin, että se toimisi *yksinomaan* syytetylle vastaisella tavalla. Tällainen rajanveto on kuitenkin siinä määrin vaikeaa, että pidän perusteltuna, ettei tuomioistuin lainkaan puutu tarkoitettulla tavalla syyttäjän vetoamistaan käyttämiseen. Ks. myös Frände 1999 s. 281: ”... är det åklagarens sak att åberopa förundersökningen så att den blir laglig processmaterial.”

⁷² Frände 1999 s. 281 katsoo hyvin perustein, ettei tuomioistuin saa käyttää tietojaan esitutkinnan sisällöstä perusteena selvittävien kysymysten tarpeelle, vaan perusteen on oltava objektiivinen eli pelkästään oikeudenkäynnissä esitettyyn (eikä esitutkinnasta ilmi käyviin seikkoihin) perustuva. Pitkälti samoin myös Virolainen 1988 s. 358, joka katsoo, että syytetä tukevasta näytöstä määräämisen tulee tapahtua pelkästään asianosaisten esittämään aineistoon perustuen erotuksena syytetyn eduksi tapahtuvista selvityksistä, joiden suhteen tuomioistuimella on vaapampi liikkumatila.

Tilanteissa, joissa syytetty esiintyy oikeudenkäynnissä ilman oikeudellista avustusta, voidaan tuomioistuimen vähäinen kommunikatiivisuus nähdä syytetytyn näkökulmasta usein lähinnä haittana. Tuomioistuimen onkin perusteltua pyrkiä *kompensoimaan ilman oikeudellista avustajaa esiintyvän asianosaisen asemaa* aktiivisemmalla materiaalisella prosessinjohdolla.⁷³ Kyselyoikeuden käyttämiseen tällaisissa tilanteissa vaikuttaa olennaisesti se, missä määrin tuomioistuimen puheenjohtaja on tutustunut asian esitutkinta-aineistoon (ks. tästä jaksossa 5.1.5). Tuomioistuimen voi siten esim. olla asianmukaista pyrkiä selvittämään todistajankertomuksen muutoksia (esitutkinnasta) ja muitakin epäselvyyksiä, jos po. seikka voi olla syytetylle edullinen, eikä syytetty itse (tai syyttäjät) seikoista kysy. Se, ettei syytetyllä ole oikeudenkäyntiavustajaa tai -asiamiestä, voi myös olla peruste 'normaalista' poikkeaville kuulustelujärjestyksille. Tuomioistuimen kuulustelullinen rooli on väistämättä näissä tilanteissa erilainen kuin silloin, kun syytetyllä on puolustaja apunaan. Kuten sanottu, tämän tutkimuksen puitteissa rajoitutaan tarkastelemaan lähinnä viimeksi mainittuja tilanteita, koska *tilanne lienee käytännössä huomattavasti yleisempi ainakin vähänkin komplisoiduimmissa rikosjutuissa, joissa ylipäätään on (enemmän) kuulustelullista mielenkiintoa*.⁷⁴ Mainituista syistä tuomioistuimen roolin ja prosessinjohtoon mahdolliset erot syytetytyn puolustajan läsnäolon/poissaolon johdosta jätetään tässä enemmälti syrjään.

III Tuomioistuimen rooliaseman rajat tulevat yleisimmin ja selvimmin koetukselle tilanteessa, jossa kyse on kuulusteltavan *oikeudenkäynnin aikana todistelutarkoituksessa esittämän kertomuksen tai lausunnon epäselvyyksien tai puutteellisuuksien selvittämisestä* (siis nimenomaan kertomuksen itsenäisten 'meriittiensä' puolesta eikä suhteessa esitutkinnassa lausuttuun). Epäselvyyksien hälventäminen on yleisesti tarkoituksenmukaista ja myös asianmukaista silloin, kun tuomioistuimelle on todella jäänyt epäselväksi, mitä asianosainen, todistaja, asiantuntija tai muu kuulusteltava tarkoittaa todistelutarkoituksessa kuultuna sanoa (siis kun tuomioistuin ei aidosti ymmärrä, mitä kuulusteltava sanoo tai tarkoittaa). *Tällaiseen selvittävään prosessinjohtoon tuomioistuimella on lähitökohtainen oikeus*, koska kyseen ollessa kuulusteltavan itsensä esille ottamasta seikasta (asianosaisen tai tämän edustajan kysymyksen johdosta tai vapaasti kertomana), ei menettely yleensä voine tarkoittaa syytetylle vastaisena kiellettyä rikastavaa prosessinjohtoa. Täysin rajoituksettomasti en toisaalta näe voitavan suhtautua tällaiseenkaan selvittävään prosessinjohtoon.

⁷³ Ks. HE 15/1990 vp. s. 28. Puolustuksen oikeuksien 'kompensaatiota' korostaa myös EIT useissa ratkaisuissaan, ks. Ervo 2002 s. 825.

⁷⁴ Ks. myös VKSV 2001 s. 38: "Jos asian laatu on sellainen, että vastaajan oikeusturva edellyttää avustajan hankkimista, syyttäjän on omasta puolestaan valvottava, ettei pääkäsittelyä aloiteta ilman vastaajan oikeudenkäyntiavustajaa." Ks. myös mt. s. 56–57. – Laajan ja/tai vaikean henkilötodistelun suorittaminen voi nähdäkseni hyvinkin olla peruste avustajan käytön varmistamiseen.

Yleisesti tuomioistuinkuulusteluissa vaikuttavana tekijänä tulee ottaa huomioon, että rikosasioissa ilmoitettu *todistusteema ei sido kuulustelua* kuten siviiliprosessissa, jossa valmistelussa esitetystä todistusteemasta ei saa vastapuolen yllätykseksi poiketa laajentavaan suuntaan.⁷⁵ Siviiliprosessissa *preklusio* estää henkilötodistelussa sellaiset uusiin oikeustositseikkoihin kohdistuvat kysymykset, jotka laajentaisivat prosessin kohdetta. Preklusio ei sitä vastoin millään tavoin rajoita siviiliprosessissa – kuten ei rikosprosessissa – esittämästä vedottuihin oikeustositseikkoihin liittyviin todistustositseikkoihin kohdistuvia kysymyksiä, jotka esim. täsmentävät lausuman sisältöä tai vaikuttavat kertomuksen näyttöarvoon.⁷⁶

Rikosprosessissa preklusiota ei ole ali- ja hovioikeustasolla lainkaan.⁷⁷ Tästä johtuen todistajankuulustelussa myös sellaiset kysymykset, vastaukset ja kuulusteltavan oma-aloitteisesti kertomat seikat, jotka kohdistuvat toisiin oikeustositseikkoihin kuin mitkä ovat syytteen tai puolustushypoteesin kannalta relevantteja, ovat periaatteessa sallittuja. Todistajaa ei siten esim. tarvitse välttämättä estää vapaassa kertomuksessaan kertomasta rikoksesta B syytetytyn osalta, vaikka syytetty olisi syytteessä vain teosta A.⁷⁸

Luonnollisesti tuomioistuin voi rajoittaa syytteen tai puolustushypoteesin teemojen ulkopuolelle meneviä kysymyksiä tai todistajankertomuksia, jos seikka ei tuomioistuimen mielestä ole relevantti käsiteltävässä syyteasiassa. Jos siis todistajankuulustelu selvästi lähtee kokonaan eri linjoille kuin mitä teemaksi on ilmoitettu, tulee puheenjohtajan puuttua kuulusteluun vähintäänkin siinä määrin, että tuomioistuin voi arvioida, onko uusi kyselylinja relevantti asian selvittämiseksi tai OK 17:7:n perusteella torjuttava.⁷⁹

Edellä mainitut yleishuomiot koskevat myös tuomioistuinta sen omassa kyselytoiminnassaan. Preklusio ei tietenkään koske suoraan tuomioistuinta, jolla ei ole minkäänlaista vetoamistaakkaa. Tuomioistuin on kuitenkin 'preklusioon rinnastettavalla' tavalla estynyt esittämästä vuorokuulustelussa kysymyksiä, jotka voisivat johtaa prosessin kohteen laajentumiseen syytetylle haitallisella tavalla. Vaihtoehtoisten hypoteesien konstruoinnin ja selvittämisen kautta henkilötodistelussa käsiteltävän aihepiirin laajennus syytetylle edulliseen suuntaan on kuitenkin mahdollista.⁸⁰ Nämä menettelyvapauden

⁷⁵ Ks. Ervo 2001a s. 424 ja Leppänen 1998 s. 328 ss.

⁷⁶ Ks. Hirvonen 1995 s. 443. Ks. myös Jokela 2002 s. 329.

⁷⁷ Todistepreklusiosta ks. mm. Havansi 2002 s. 159 ja Lappalainen 2002 s. 79 s. Rikosasioissa todistepreklusio kuitenkin soveltuu KKO:n ennakkoratkaisuluonteisiin tuomioihin (OK 30:7); ks. Leppänen – Välimaa 1998 s. 113 ja 120. – Vrt. Lie 2002 s. 87–88: Norjassa rikosasioissakin voi olla todistepreklusio StrpL 293 §:n mukaisesti.

⁷⁸ Ks. Jokela 1998 s. 231: "... meillä on katsottu, että todistusteema ei sido tuomioistuinta, todistajaa itseään tämän kertoessa oma-aloitteisesti tapahtumista eikä todistajan nimenneen asianosaisen vastapuolta, joka mahdollisessa vastakuulustelussa voi esittää todistajalle muitakin kysymyksiä."

⁷⁹ Ks. Frände 1999 s. 375.

⁸⁰ Menettely ei tarkoita prosessin kohteen laajentumista syytesidonnaisuuden näkökulmasta. Tarkkaan ottaen prosessin varsinainen kohde ei laajene vaihtoehtoisten hypoteesien käsittelyn kautta muutenkaan, koska viime kädessä ratkaistavana oikeudenkäynnissä on ainoastaan kysymys siitä, voidaanko syytetytyn katsoa syyllistyneen syytteen teonkuvauksen mukaisiin tekoihin. Vaihtoehtoinen hypoteesi voi olla tutkittavana nimenomaan syytteen todennäköisyyttä vähentävänä, epäilystä luovana vaihtoehtoisena tekijänä. Vaihtoehtoinen hypoteesi ei kuitenkaan

rajat eivät kuitenkaan johdu preklusiosta, vaan *tuomioistuimen yleisestä prosessiasemasta*. Nimenomaan preklusio ei rajoita myöskään tuomioistuimen kyselyoikeutta, jolla pyritään joidenkin kuulusteltavien kertomien seikkojen (todistustositseikkojen) lisäselvittämiseen. Rajoituksia tällaiselle kyselyoikeuden käytölle voi silti johtua mainitusta tuomioistuimen yleisestä prosessiasemasta.

Tuomioistuimen roolia (prosessiasemaa) kuvaa keskeisesti kielto selvittää syytetylle vastaisia seikkoja. Näkemys on selvä ja yleisesti hyväksytty. Esim. ROL:n esitöissä *tuomioistuinta on nimenomaisesti kielletty määräämästä hankittavaksi syytteen toteennäyttämisen edellyttävää selvitystä*.⁸¹ Periaatteessa kiellettyä 'selvitystä' voi tarkoittaa sekä selventäväksi että rikastavaksi prosessinjohtoksi luokiteltava tuomioistuimen toiminta. 'Selvityksellä' voidaan edelleen tarkoittaa sekä uusia todistuskeinoja että tuomioistuimen kuulusteltavalle esittämiä lisäkysymyksiä. Se, että tuomioistuimen aloitteesta käsittelyyn tulisi rikastavasti sellainen (uusi) syytetylle vastainen todistusteema eli konkreettinen oikeustositseikka, jota asianosaiset eivät ole lainkaan käsitelleet, on siis nähtävä selvästi kiellettyä.⁸² Toisaalta selventäväkin prosessinjohto voi olla puolueettomuusvaatimusten kannalta sikäli ongelmallista, että esim. tiettyyn – jo asianosaisten esittelemään todistustositseikkaan liittyvään – aputositseikkaan tai kokemussääntöön kohdistuva selventävä prosessinjohto voi tosiasialla koitua syyttäjän päätodistelun vahvistamiseksi tai puolustushypoteesia tukevan todistelun heikentämiseksi.

Omasta puolestani en näe tuomioistuimen rooliin yleisesti kuuluvan sen, että se pyrkisi tuomaan uusia konkreettisia tosiseikkoja esille tai edes sitä, että tuomioistuimen puheenjohtaja pyrkisi itse aktiivisesti kysymyksiin vaikuttamaan asianosaisten esittämän näytön näyttöarvoon mm. selventämällä tai tiedustelemalla esim. aputositseikoiksi tai aiheutodisteluksi luettavia seikkoja. *Pääsääntöisesti todistelutarkoituksessa esitettyyn kohdistuvan selventävän prosessinjohtoon tulisi rajoittaa lähinnä vain tilanteisiin, joissa tuomioistuin todella ei ymmärrä jotain kuulusteltavan kertomaa*. Syytetylle edulliselle vaihtoehdolle hypoteesille relevantteja seikkoja (samoin kuin niiden luotettavuuden arvioinnille relevantteja (aputosi)seikkoja) tuomioistuin voi kuitenkin kysellä

tule sellaisenaan oikeudenkäynnin kohteeksi siten, että tuomioistuimella esim. olisi aktiivinen selvittämis- tai ratkaisupakko po. seikoista.

⁸¹ Ks. HE 82/1995 vp. s. 71 ja 84. Näkemys yhdyttään selvästi myös oikeuskirjallisuudessa, ks. mm. *Havansi* 2002 s. 125 ja 134, *Virolainen* 1998 s. 143 ja *Jokela* 2002 s. 371.

⁸² Ks. *Jokela* 2000a s. 254 ja HE 82/1995 vp. s. 84: "Syyttäjällä on virkansa puolesta velvollisuus huolehtia oikeudenkäynnin aikana siitä, että kaikki tarvittava selvitys esitetään oikeudenkäynnissä." (kurs. PP) ja edelleen: "Jos syyttäjä on teonkuvauksessa jättänyt mainitsematta rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvan tekijän, syyte olisi 11 luvun 3 §:n nojalla hylättävä. Näin esimerkiksi silloin, kun syyttäjä on vaatinut rangaistusta petoksesta, vetoamatta kuitenkaan nimenomaan siihen, että vastaaja olisi tahallaan erehdyttänyt."

aktiivisemmin. Menettely on asianmukaista, koska se palvelee syytetyn intressejä. Muilta osin se, että tuomioistuimien pyrkisi itsenäisesti ottamaan esille seikkoja, jotka voisivat vaikuttaa kuulusteltavan kertomuksen näyttöarvon määrittelyyn (tiedustellen esim. tapahtumaa mahdollisesti selittäviä taustatekijöitä), ei mielestäni ole tuomioistuimen tehtävien mukaista. Vastuun henkilötodistelun näyttöarvoon positiivisesti ja/tai negatiivisesti vaikuttavien tekijöiden esittelmisestä näen kuuluvan yksinomaan rikosasian asianosaisille⁸³ (ks. mm. näistä pää- ja vastakuulustelullisista asianosaisnäkökulmista lähemmin jaksoissa 7.5–7.7 esitettävää.)

Periaatteessa mahdollisena voitaneen tosin pitää, että tuomioistuimella poikkeuksellisesti kuitenkin olisi oikeus kertomuksen näyttöarvon määrittelyä täsmentävään prosessinjohtoon, tai peräti myös syytetylle vastaiseen *selventävään* prosessinjohtoon: Jos kyse esim. on *selvästä syyttäjän inhimillisestä erehdyksestä tai unohduksesta* esittää relevanttia lisäkyselyä jostakin todistusteemalle ratkaisevasta epäselväksi jääneestä seikasta, voisi tuomioistuimella olla oikeutettu huolehtimaan aineellisen totuuden selvittämisestä myös silloin, kun tällaista seikkaa koskevat selvennykset suurellakin todennäköisyydellä tulevat koitumaan syytetylle vastaisiksi.⁸⁴ Tuomioistuimen passiivisuus tai ”silmiä ummistaminen” olisi tällöin näennäisesti syytetyn kannalta puoleutonta, mutta helpotus syytetylle olisi vain tilapäinen, koska virhe suurella todennäköisyydellä kuitenkin oikaistaisiin muutoksenhakuinstansseissa.⁸⁵ Pidän tarkoitettuna menettelymahdollisuutta jossain määrin mahdollisena. Tällaisten ’paikkailumahdollisuuksien’ tulisi tosin rajautua ’lautamiesnäkökulmasta’ yksinomaan oikeudenkäynnissä jo esille tulleisiin seikkoihin perustuviin räikeisiin ja ilmeisiin virhetilanteisiin, ja rajoittua tässä mielessä nimenomaan *selventävään* prosessinjohtoon. Syyttäjän laiminlyöntien ’paikkailumahdollisuuskin’ voi siten kaatua siihen, ettei po. seikka ole *lainkaan* täsmentynyt oikeudenkäynnissä.⁸⁶

Käytännössä edellä tarkoitettua pääsääntöistä kieltoa hankkia syytetylle haitallista tai potentiaalisesti haitallista näyttöä *ei* kuitenkaan *voida noudattaa täysin ehdottomasti*, koska usein todisteen näyttövaikutuksen suunta selviää vasta

⁸³ Ks. Virolainen 1998 s. 89–90: ”Syytettä tukevan todistusaineiston hankkiminen ja esittäminen kuuluu oikeuskäytännön mukaan yksinomaan syyttäjälle, ei enää osaksikaan tuomioistuimelle.” Vrt. Ekelöf 1994 s. 157: ”att lägga åklagarens bevisbörda till grund för domen får man endast göra om det tidigare gjorts ett allvarligt försök att utreda det relevanta händelseförloppet och detta misslyckats.” Itse en suhtautuisi yhtä skeptisesti asianosaisten kykyihin suorittaa asianmukaista todistelua (vrt. mt. s. 155 i.f.), ja katson muutenkin, ettei näin pitkälle menevä kuulustelullinen ote sovi tuomioistuimen rooliin eikä työnjakoon syyttäjään nähden (ks. myös edellä s. 416 av. 71).

⁸⁴ Ks. Jonkka 1992a s. 75, joka selkeästi hyväksyy mainitun pääsäännön mutta myös katsoo, että poikkeuksellisesti tuomioistuimella voi käyttää materiaalista prosessinjohtoa syytetyn vastaisesti, jos tuomioistuimella havaitsee syyttäjän toimivan selvästi velvollisuuksiensa vastaisesti oikeudenkäynnissä.

⁸⁵ Ks. Ekelöf 1994 s. 144 ja Jokela 2002 s. 372.

⁸⁶ Ks. Frände 1999 s. 281: ”nämndemannaperspektiv”.

todisteen vastaanoton yhteydessä. Ylipäättävänsä minkäänlaisen selventävän-kään prosessinjohtoon harjoittaminen – samoin kuin OK 17:33:n yleisesti mahdollistama tuomioistuimen omatoiminen täsmentävä kysely – estyisi, jos kaikissa tilanteissa pidettäisiin tiukasti kiinni säännöstä, jonka mukaan tuomioistuimen tulisi aina olla etukäteen varma siitä, ettei kysymys tai todiste millään tavoin tulisi olemaan syytetylle haitallinen.⁸⁷ Näin ollen pidän mahdollisena, että tuomioistuin kyselyoikeuttaan käyttämällä selvittää jotain seikkaa, jota koskevaa vastausta tuomioistuin todella ei ole (lainkaan) ymmärtänyt, vaikka ei olisi selvää, tuleeko selvennys tukemaan vai heikentämään syyttäjän päätodistelu. Kielto velvoittaa sitä vastoin vahvasti tilanteissa, joissa on selvää, että todisteen tai kysymyksen esille ottaminen koituu syytetylle vastaiseksi.⁸⁸ Ja kuten sanottu, jos epäselvyys koskee yksinomaan jotain kertomuksen luotettavuuden arviointiin liittyvää seikkaa tai kysymystä (eikä siis itse kertomuksen 'tarkoitusta'), näkisin pidättyvän kyselyoikeuden käytön yleisemminkin perustelluksi.

Puolueettomuusnäkökohtien huomioiminen johtaa myös siihen yleiseen lähtökohtaan, että tuomioistuimen itsenäinen vastuu oikeudenkäyntiaineiston kattavuudesta huolehtimisen suhteen (so. rikastava prosessinjohto) on laajempi selvitettäessä *seuraamus*kysymyksiä kuin *syylisyys*kysymyksiä. Tuomioistuin voi siis soveltaa rikastuttavaa materiaalista prosessinjohtoa helpommin sellaisiin seikkoihin, jotka koskevat pääosin vain teon törkeysarvosteluun tai muuten rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavia teon yksityiskohtia (kuten päiväsakon määrään liittyviä seikkoja).⁸⁹

Kysymyksenasetteluita ei myöskään voi aina muotoilla täysin neutraaleiksi, vaan kysymyksen aihe ja verbaalinen asu voi ilmentää jossain määrin tuomarin omia arvostuksia tai senhetkisiä ajatuksia kuulemastaan kertomuksesta.⁹⁰ Joka tapauksessa on selvää, että tuomarin tulisi käytöksellään viestittää rauhallista ja ennakoasenteista vapaata asennetta oikeudenkäyntiin: ts. tapa, jolla materiaalista prosessinjohtoa ja kyselyoikeutta harjoitetaan, vaikuttaa myös olennaisesti oikeudenkäynnin objektiiviseen puolueettomuuteen.

⁸⁷ Ks. Virolainen 1988 s. 146, Lappalainen 1986a s. 410–411, Frände 1999 s. 356, Jokela 2002 s. 317 ja Prop. 1986/1987:89 s. 110. Toisaalta jos tuomioistuimen puheenjohtaja ei ole lukenut esitutkintakuulusteluita, ei tuomarilla voine olla juuri mitään kestävää pohjaa arvioida sitä, tulisiko hänen aikomansa kysymyksensä koitumaan syytetylle edulliseksi vai haitalliseksi. Tämäkään seikka ei voi sellaisenaan estää OK 17:33:n tarkoittamaan selventävään kyselyyn ryhtymistä (joskin voi de facto olla kyselyoikeuden varovaisen soveltamisen puolesta puhuva seikka).

⁸⁸ Ratkaisevaa kyselyyn ryhtymisen ja siitä pidättäytymisen välillä tulee nähdäkseni olla, miten todennäköisesti ja miten keskeisiltä osin näin mahdollisesti edesautetaan syytetylle haitallisiin johtopäätöksiin päättymistä (ratkaisevaa ei sen sijaan tule olla se, luokitellaanko po. toiminta 'muodollisesti' juuri rikastavaksi tai selventäväksi prosessinjohtoksi).

⁸⁹ Ks. Virolainen 1988 s. 415 ja SOU 1982:26 s. 132.

⁹⁰ Ks. Tackenberg 1960 s. 28–29 ja 31. Käytännössä ei siten voine olla täysin vältettävissä, että tuomarin kysymys voi kosketella kuulusteltavan kertomuksen luotettavuutta tai henkilön uskottavuutta koskevia seikkoja.

IV Empiirisen tutkimuksen mukaan tuomioistuimet esittävät itse jonkin verran kysymyksiä tarvittaessa. Tuomioistuimen aktiivisuus riippuu pitkälti tuomarin persoonasta ja totunnaisista työtavoista, mutta yleensä tuomioistuimen puuttumisten määrä on jossain ääripäiden 'ei koskaan' ja 'aina' välillä.⁹¹ Tuomioistuimet näyttäisivät siten olevan pääosin varsin passiivisia todistajankuulusteluissa. Tutkimuksen perusteella tuomioistuimet eivät esittäneet erityisen paljon omia asiaa selvittäviä kysymyksiä, mutta eivät myöskään olleet kovin aktiivisia johdattelevien ja muiden kiellettyjen kysymysten kontrolloimisessa.

On perusteltua korostaa, että mainitut tehtävät tulee erottaa toisistaan: tarkoitus ei ole, että tuomioistuimet olisivat täydellisen passiivisia henkilötodistelun suhteen. Tuomioistuimen rooli on entistä passiivisempi lähinnä syytettä tukevan materiaallisen selvittämisen tai rikastamisen suhteen. Sen sijaan *tuomioistuimilta edellytetään tarkkaavaisuutta ja aktiivisuutta nimenomaan asianosaisten menettelyä kontrolloivassa ja rajoittavassa prosessinjohdossa*. Prosessinjohdossa korostuu nimenomaan kiellettyjen kysymysten torjuminen (siitä lähemmin jaksossa 6.2.3).

V Tuomioistuimen materiaalisessa prosessinjohdossa on vielä huomiotava, että *rutiininomainen puuttuminen asianosaisten suorittamaan kuulusteluun tuomioistuimen taholta voi aiheuttaa turhaa toistoa, rauhattomuutta ja strukturoimattomuutta kuulusteluun*. Aktiivinen materiaallinen prosessinjohto saattaa myös aiheuttaa tarpeettomia rasitteita asianajajan ja tämän päämiehen väliselle luottamussuhteelle, koska päämies saattaa saada tuomarin aktiivisesta kyselystä aiheen epäillä valitsemansa asianajajan pätevyyttä suoritua tehtävästään.⁹² Liialliset tuomioistuimen kysymykset ja keskeytykset voivat pahimmillaan tuhota asianosaisten etukäteen suunnitteleman kuulustelustrategian menestymismahdollisuudet.

Joissain tapauksissa tuomari kuitenkin voi ja hänen myös tulee puuttua materiaallisen prosessin johdon keinoin kuulusteluun nimenomaan *asianosaisten käyttämän kuulustelustrategian tai -taktiikan johdosta*. Jos tuomari esimerkiksi katsoo syyttäjän tai puolustuksen kysymysten olevan selvästi "tendenssimäisiä", tai jos vastakuulustelua suorittava taho on onnistunut saamaan kuulus-

⁹¹ Kleinin tutkimuksesta kävi ilmi, että liialliseksi koettu tuomioistuimen aktiivisuus todistajankuulustelussa liittyi useimmiten virkaiältään vanhempiin tuomareihin, jotka olivat omaksuneet prosessia johtavan roolin vanhassa menettelyssä, eivätkä olleet vielä täysin mukautuneet uuteen asemaansa. Ks. Klein 1999 s. 696–697 ja Välikoski 1996 s. 60–61, 70, 92 ja 146. Välikosken (s. 89–90) mukaan suuri osa tuomioistuimen asian selvittämistä tarkoittavista kysymyksistä yleensä sekä erityisesti todistajankuulustelun aikana kohdistuu jo tiedossa olevan seikan täsmen-
tämiseen, eikä kokonaan uuden seikan selvittämiseen. Suuri osa tuomioistuimen asian selvittämistä tarkoittavista kysymyksistä koskee lisäksi lähinnä asianosaisten henkilö- tai muita tunnistetietoja.

⁹² Virolainen 1988 s. 156.

teltavan myöntämään jonkin ristiriidan aiheuttavan seikan ja lopettaa sitten nopeasti kuulustelun – antamatta kuulusteltavalle mahdollisuutta lähemmin selvittää kantaansa – saattaa tuomarin olla asianmukaista tarjota kuulusteltavalle mahdollisuus selvittää sanomaansa paremmin vastamaan sitä, mitä henkilö tarkoitti sanoa. Yleensä tällöin kyse on selvittävän prosessinjohtajan tilanteista, joissa tuomioistuimelle on jäänyt epäselväksi, mitä kuulusteltava on todella tarkoittanut sanoa. Tällä tavalla tuomarin prosessinjohto voi ”tuhota” vastakuulustelijan saavuttaman ”voiton”. On kuitenkin korostettava, ettei tuomarin varsinaisena tehtävänä luonnollisestikaan ole hankaloittaa asianosaisten prosessitaktisia etenemistapoja, vaikka tuomarin käsitys objektiivisesta kuulustelusta ja relevanteista tiedoista voikin erota asianosaisten intresseistä.

Menettely on mahdollista edellä selvittävistä ja rikastavasta prosessinjohtajasta lausutun puitteissa: Lähes itsestään selvästi ’kuulustelustrategisista syistä’ aiheutuvat tuomioistuimen kysymykset perustuvat jo esille tulleetseen oikeudenkäyntimateriaaliin (onhan kyse juuri asianosaisten kyselyn aiheuttaneen epäselvyyden selvittämisestä), jolloin esille ei nouse kysymystä laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle menemisestä. Useissa tilanteissa voi myös olla epäselvää, mihin suuntaan tuomioistuimen kuulusteltavalta toivoma lisätäsmennys tulisi todistamaan. Kuten sanottu, tämä seikka ei muodosta lähtökohtaista estettä kysymyksen esittämiselle. Kuitenkin erityisesti silloin kun on kyse nimenomaan puolustuksen kuulustelustrategisen ’voiton’ kyseenalaistamisesta, tulee tuomioistuimen menetellä varovaisesti – ainakin toistuvat oikaisut ja selvennykset puolustuksen suorittamaan vastakuulusteluun voivat antaa objektiivisen aiheen epäillä menettelyn puolueettomuutta. Äärimmäisyyksiinkään meneminen mainitussa suhteessa ei silti voine olla tarkoituksenmukaista, jos kohta ei ehkä käytännössä mahdollistakaan. Pääsääntönä tulisi silti pitää, että tuomioistuin pidättäytyisi esittämästä kysymystä, jos siihen saatava vastaus varmuudella tulisi koitumaan puolustukselle vastaiseksi.⁹³

Prosessitaktisilla perusteilla tapahtuvat tuomarin puuttumiset ovat perusteltuja lähinnä vain silloin, kun tuomari katsoo asianosaisten räikeästi ”advoseeraavan” hyvin subjektiivisia intressejä edistävällä tavalla siten, että *menettely tuomarin näkemyksen mukaan selvästi estää aineellisen totuuden esille saamista*. Tuomareiden tulisi lisäksi kunnioittaa rikastavaa materiaalista prosessinjohtoa rajoittavaa sääntöä, jonka mukaan tuomarin kysymyksien on yleensä odotettava vuoroaan, joka on asianosaisten pää- ja vastakuulusteluiden jälkeen. Esimerkkinä esitettyssä tilanteessa voi olla asianmukaisempaa, että tuomari ei heti lähde

⁹³ Vrt. menettelyyn angloamerikkalaisessa järjestelmässä, jossa prosessin akkusatorisuus ja todistelusta huolehtivien asianosaisten asema on niin vahva, että jää asianosaisten päätettäväksi, mistä seikoista todistajaa kuulustellaan. Asianosainen myös tehokkaasti päättää kuulustelun oman harkintansa mukaan siten, että todistajan saattaa olla pakko ”jäää elämään” mahdollisesti syntyneen väärinkäsityksen tai häntä loukkaavan tulkinnan kanssa.

selvittämään todistajan ”kesken jäänyttä ajatusta”, vaan tarjoaa ensin uudelleenkuulusteluvuoroa todistajan nimenneelle asianosaiselle. Jos tämä ei seikkaan puutu, voi tuomari tarvittaessa kuulustelun lopussa palata aiheeseen.⁹⁴

6.2.3 Tuomioistuimen kuulusteluja kontrolloivat tehtävät

6.2.3.1 Johdattelevien kysymysten käyttö

I Tuomioistuimen nykyisessä kuulustelullisessa roolissa painottuu nimenomaan asianosaisten suorittamaa kuulustelua kontrolloivat ja rajoittavat tehtävät. Yksi keskeinen kontrolloiva tehtävä on ns. johdattelevien kysymysten käyttöön asianmukainen puuttuminen.⁹⁵ OK 17:33.5 kieltää johdattelevien kysymysten käytön pääkuulustelussa, mutta sallii niiden käytön vasta- ja uudelleenkuulusteluvaiheissa. Järjestely on kokonaisuudessaan tarkoituksenmukainen asian selvittämisen näkökulmasta, ja muutenkin pää- ja vastakuulustelut erottavaan vuorokuulustelujärjestelmään hyvin sopiva. Kuulusteltavan omaehtoista kerrontaa korostavassa pääkuulustelussa kyselyn tuleekin olla avointa ja neutraalia siten, että ilmi todella saadaan kuulusteltavan itsensä tarkoittama. Sen sijaan pääkuulustelua kyseenalaistavassa vastakuulustelussa johdattelevien kysymysten käyttö on luonnollisesti tarpeellista poikkeavien näkemysten esille saamiseksi.

Kysymyksen ulkoisen muotoilun näkökulmasta asianajollisessa käytännössä voidaan erottaa neljä (asianmukaista) kyselytapaa: yksinkertainen, avoin kysymys (”missä olitte kesäkuun 6. päivän yönä?”), kääntömuotoinen kysymys (”kerrokaa tuomioistuimelle missä olitte kesäkuun 6. päivän yönä”), kehoitusmuotoinen kysymys (”kertoisitteko tuomioistuimelle missä olitte kesäkuun 6. päivän yönä?”) ja neljäntenä lausuman esittäminen ja pyyntö vahvistaa tämä lausuma (”kesäkuun 6. päivän yönä olitte X:n ravintolassa. Pitääkö tämä paikkansa?”).⁹⁶ Viimeksi mainittu on johdatteleva kysymys ja sikäli vain rajoitetusti sallittu tai tarkoituksenmukainen.

Yleisesti johdattelevalla (suggestiivisella) kysymyksellä tarkoitetaan kysymystä, joka a) ilmaisee halutun vastauksen tai muuten johtaa vastauksen haluttuun suuntaan, tai b) johon sisältyy oletus kiistanalaisesta seikasta.⁹⁷ Esimerk-

⁹⁴ Ks. *Tackenberg* 1960 s. 30. Tilanteesta riippuen välitönkin rajoittava prosessinjohto voi tosin olla perusteltua.

⁹⁵ Ks. *Ekelöf* 1994 s. 83.

⁹⁶ Ks. *Evans* 1993 s. 84. Ks. myös *Lie* 2002 s. 65.

⁹⁷ Ks. *Levy* 1999 s. 19, *von Eyben* 1981 s. 50, *Honig* 1967 s. 12, *Evans* 1993 s. 29–30, *Tapper* 1995 s. 282 ja *Lie* 2002 s. 68. *Haapasalo* 2000 s. 92 puhuu kysymyksistä, ”joissa on jokin valmis lähtökohta, odotus tai oletus.” *Wrottesley* 1961 s. 32 määrittelee johdattelevan kysymyksen sellaiseksi, joka on: ”calculated to instruct the witness how to answer on material points.” Vrt. *Santtila* 1999 s. 9. Saksassa puhutaan ns. kielletyistä ansakysymyksistä (Fangfrage), joilla tarkoitetaan: ”Fragen, die mittels erfinderischen, in der Regel trügerischen Kniffs darauf

kinä ensimmäisestä tilanteesta (a) mainittakoon todistajalle esitettävä kysymys yliajo/kuolemantuottamusasiassa: 'Näitkö toisen auton tulevan vauhdilla päinvastaisesta suunnasta?' Oikeampi tapa tiedustella samoja seikkoja ilman, että samalla ilmaistaisiin kysymyksellä tavoiteltava vastaus voisi tapahtua esim. seuraavasti: 'Huomasitko muuta liikennettä? Mistä suunnasta auto tuli? Kulkiiko auto nopeasti vai hitaasti?'. Esimerkkinä jälkimmäisestä tilanteesta (b) eli kiistanalaisen seikan olettamisesta kysymyksessä toiminee seuraava, silloin kun kysymys esitetään ennen kuin todistaja on itse ehtinyt lyömisestä kertoa: 'Mitä teit X:n lyötyä sinua?'⁹⁸

Yleisesti määriteltynä suggestiivisuus eli johdattelevuus tarkoittaa mieltämiseen, käyttäytymiseen tai toimintaan yllyttävää, ja suggestio mielipiteen, asenteen, arvoarvostelman tai käyttäytymismuodon harkinnatonta omaksumista jonkun (suggeroijan) vaikutuksen alaisena.⁹⁹ Lakitekstissä kysymyksen johdattelevuus määritellään sanoilla ”johtaa määrätynlaiseen vastaukseen” (OK 17:33.5). Määrätynlaiseen vastaukseen johtavat kysymykset siis ovat pääkuulustelussa kiellettyjä. Näiltä osin kyseessä on selvä todistusmetodikielto. Sen sijaan vastausvaihtoehtoiltaan rajoittamattomaan vastauksen johtavat kysymykset ovat (johdattelukiellon puolesta) sallittuja.¹⁰⁰

Periaatteessa jokainen kysymys rajaa aihepiirinsä suhteen sitä, mihin vastausta odotetaan.¹⁰¹ Näin jokaisen kysymyksen voi sanoa olevan jollain lailla johdatteleva. OK 17:33.5:n kannalta kysymys on siitä, ettei vastauksen liikkuematilaa kavenneta yli sen, mitä kysymys välttämättä luonnollisesti edellyttää.¹⁰²

gerichtet sind, unter Verheimlichung der Absicht der Verhörenden, eine begehrte Antwort zu erlangen, indem man den Erklärenden überrumpelt”; esim. ’onko totta, että olette lakannut lyömästä vaimoanne kolme kuukautta sitten?’ (ks. *Tackenberg* 1960 s. 40 ja *Dahs* 1983 s. 280 s.; ks. Norjan osalta myös *Lie* 2002 s. 76). Kyse on siis vahvasti johdattelevista kysymyksistä, jotka sisältävät tarkoituksellisesti harhaanjohtavan oletuksen. Tällaisen ansakysymysryhmän erillinen jaottelu Suomessa ei nähdäkseni ole tarkoituksenmukaista – kyse on vain johdattelevien kysymysten vaihtelevasta voimakkuudesta.

⁹⁸ Esimerkit *Tapperin* 1995 s. 282.

⁹⁹ *Aikio, A. – Vornanen, R.*: Uusi sivistyssanakirja. Keuruu 1993.

¹⁰⁰ *Ellonen ym.* 1996 s. 44. Erotuksena johdatteleviin kysymyksiin, ns. *neutraali painostus* ei johda määrätynlaiseen vastaukseen, vaan ylipäätään jonkin vastauksen saamiseen. Tästä huolimatta neutraalikin painostus voi olla omiaan vääristämään mahdollisesti esille saatavia tietoja. Neutraalia painostusta on mm. se, että kysymys toistetaan sen jälkeen, kun henkilö on vastannut, ettei hän tiedä tai muista asiaa, samoin kuin se, että vastauksen jälkeen vielä esitetään varmistuskysymys tyyppiä ”oletko täysin varma”. Kuulusteltavan vastauspaineita nostattava neutraali painostus voi olla myös ei-verbaalista. Ks. neutraalista painostuksesta mm. *Smith* 1986 s. 180 ss., *Jonsson* 1997 s. 160, *Karstinen* 1998 s. 123, *Santtila* 1999 s. 13, *Malpass – Devine* 1980 s. 347 ss. ja *Lappalainen* 2001a s. 251.

¹⁰¹ Ks. *Blank* 1997 s. 180: ”...daß Erinnerungen (und damit auch Zeugenaussagen) im wesentlichen Anpassungen im Gedächtnis verfügbarer Informationen an die Erfordernisse einer bestimmten Abfragesituation sind.”

¹⁰² Havainnollisesti esim. *Moore ym.* 1996 s. 112: avoin kysymys jättää kuulusteltavan vapaasti vastattavaksi mm. kertomuksen henkilöllisen, paikallisen, ajankohdallisen ja lähemmän sisällöllisen puolen.

Aina kiellettyinä johdatteluna voidaan pitää sitä, jos kuulustelija 'panee sanat kuulusteltavan suuhun' siten, että kuulusteltava voi ainoastaan toistaa kuulustelijan esittämän.¹⁰³ Käytännössä lievästi johdattelevia kysymyksiä kuitenkin esiintyy pitkin kuulustelua (pääkuulustelunkin aikana) ilman, että tuomioistuin puuttuisi asiaan: erään arvion mukaan tuomioistuimessa esitettävistä kysymyksistä joka tapauksessa lähes puolet olisi johdattelevia.¹⁰⁴ Oikeuskäytännössä tehdään siis jatkuvasti rajanvetoa sallittujen ja kiellettyjen johdattelevien kysymysten välillä. Raja on vaikeasti määriteltävissä ja liikkuva, koska kysymyksen johdattelevuuteen vaikuttaa paitsi kysymyksen muoto, sisältö, kuulustelijan ja kuulusteltavan välinen aikaisempi vuorovaikutus, myös ei-verbaalinen viestintä.¹⁰⁵

Johdattelevia kysymyksiä voi luokitella mm. muodollisesti, jolloin johdattelevaksi katsotaan sellainen kysymys, joka *muotonsa* puolesta johtaa tiettyyn vastaukseen enemmän kuin toiseen. Tämän mukaisesti määriteltynä johdatteleva kysymys voi olla *positiivisesti* johdatteleva, eli kysymys tähtää nimenomaisesti määrättyyn vastaukseen. Esim. "eikös ryöstäjän myssy ollut sininen?" on johdatteleva kysymys, koska se johtaa ajatukset siniseen myssyyn ja myöntävään vastaukseen. Kysyjä panee sanat kuulusteltavan suuhun ja varmistaa, ettei tämä tee virhettä. *Negatiivisesti* johdatteleva kysymys puolestaan edellyttää jonkin asian kiistämistä (esim. "he eivät siis juoneet illan aikana enempää kuin kaksi olutta?").¹⁰⁶ Muodollisen määrittelyn heikkoutena on kuitenkin se, että monet kysymykset voivat tosiasiaissa olla johdattelevia kysymyksen muodosta huolimatta.¹⁰⁷

Epätäydellinen valintakysymys "oliko myssy keltainen tai vihreä?" rajoittaa vastauksen liikkumatilaa eli se johdattelee vastausta tiettyyn suuntaan, sillä tosiasiaissa (väri)vaihtoehtoja voi olla useampikin, minkä lisäksi kysymys myös edellyttää myssyn olemassaoloa. Esimerkki osoittaa myös, miten johdateltavuuden arviointiin vaikuttaa olennaisesti kuulusteltavan aiemmin kertomat asiat tai muuten esille tulleet asiat. Sikäli kun kertomuksesta myssyn olemassaolo on jo käynyt ilmi, on kysymys "minkä värinen miehen myssy oli?" neutraali ja avoin. Muussa tapauksessa kysymys on sikäli johdatteleva, että se saa kuulusteltavan oletamaan, että tapauksessa miehellä todella on ollut myssy.

Ilman etukäteistietoa myssyn olemassaolosta kysymys: *Miltä myssy näytti?* on johdatteleva, koska se edellyttää, että henkilöllä ylipääntensä oli

¹⁰³ Ks. Klemm 1979 s. 46 ja 86. Luonnollisesti kiellettyinä ääripäänä johdattelevien kysymysten käytössä on niin voimakas todistajan painostaminen ja johdattelu, että menettelyn voi katsoa lähestyvän yllytystä perättömän lausuman antamiseen. Tällaista tilannetta tuomioistuimen ei tule koskaan sallia syntyvän: kuvattu kyselytyyli tulee torjua epäasiallisena ja todistajan prosessuaalisia oikeuksia loukkaavana. Luonnollisesti menettely olisi myös hyvän asianajotavan vastaista.

¹⁰⁴ Ks. Lie 2002 s. 74 (Norjan ja Tanskan osalta).

¹⁰⁵ Kuulustelijan saattaa olla vaikea välttää jonkinasteista johdattelua, vaikka hän nimenomaisesti pyrkisi muotoilemaan kysymyksensä siten, etteivät ne johtaisi määrätynlaisiin vastauksiin, ks. Höfer ym. 1997 s. 172.

¹⁰⁶ Ks. mm. Lie 2002 s. 69.

¹⁰⁷ Kattavasti johdattelevista kysymyksistä ks. Lie 2002 s. 68–82.

myssy (tietty edellytys johtaa yhdenlaiseen ja tietty edellytys toisenlaiseen vastaukseen). Kysymys: *Oliko ryöstäjällä myssy?* on sekin johdatteleva, koska se johtaa vastauksen myöntämiseen tai kieltämiseen, ja saattaa saada kuulusteltavan unohtamaan, että ryöstäjällä olikin lippalakki. Oikea tapa kysyä olisi: *Käyttikö ryöstäjä päähinettä?* Tämäkin kysymystyyppi johtaa periaatteessa vastaamaan joko kyllä tai ei, mutta ero edellisiin esimerkkeihin on siinä, että koska kysymykseen on vain kaksi ajateltavissa olevaa vastausvaihtoehtoa (ihmisellä joko on jotain päässään tai ei), ei kysymys sinänsä johdattele vastausta mihinkään tiettyyn suuntaan (vastauksen liikkumatilaa ei kavenneta). Viimeksi mainittu kysymys on ns. *avoin vaihtoehtokysymys*. Kysymys: *Oliko myssy vihreä vai punainen?* on ns. *suljettu vaihtoehtokysymys* ja johdatteleva, koska olemassa on muitakin väri vaihtoehtoja. Kysymys: *Miten ryöstäjä oli pukeutunut?* on vielä avoimempi kuin kysymys päähineen käyttöä koskeva kysymys, sillä koska kaikki ihmiset ovat jollain lailla pukeutuneita, ei kysymys johdata millään lailla määrättyyn vastaukseen.¹⁰⁸

Johdateltavuuden välttämässä ei tietenkään tule mennä liiallisuuksiin, koska jos kysymys on tyypiltään liian avoin, johtaa se helposti irrelevantteihin vastauksiin. Tällainen kysymys olisi esim.: *Miltä ryöstäjä näytti?* Vastaus voisi olla: komea, lihava, ihan tavalliselta jne. Kysymys on tavallaan turha, koska seuraavaksi pitäisi kuitenkin kysyä: *Miten ryöstäjä oli pukeutunut?*¹⁰⁹ Toisaalta jos todistusteemana on Olof Palmén murha, ei pääkuulustelua tarvitse aloittaa seuraavalla tavalla: *Muistatteko jonkin merkittävän tapahtuman? Mitä teitte helmikuussa 1986? Millä paikoilla olitte helmikuussa 1986?* Kuulustelun voi suoraan aloittaa kehottamalla henkilöä kertomaan havainnoistaan esim. seuraavalla tavalla: *Mitä havaintoja Teitte Olof Palmén murhasta?*¹¹⁰ Tapahtuman voi olettaa olevan kaikille tunnettu eikä kysymys johdata määrätynlaiseen vastaukseen.¹¹¹

Smith kirjoittaa kuvaavasti kysymyksen johdattelevuuden arvioinnista: ”I det hele taget er det nok overordentligt vigtigt at gøre sig klart, at spørgsmålene ikke udtales i et vakuum, men af en bestemt person, til en bestemt person, under bestemte omstændigheder og i forbindelse med en række andre spørgsmål”.¹¹²

Evans esittää hyödyllisen peukalosäännön pääkuulustelua suorittavalle henkilölle, jota noudattaen voidaan välttää esittämästä entuudestaan tuntemattomia seikkoja kysymysten muotoilussa: todistaja ei voi kertoa mitä hän tietää ennen

¹⁰⁸ Samuelson 1997 s. 39–41.

¹⁰⁹ Samuelson 1997 s. 41.

¹¹⁰ Samuelson 1997 s. 41–42.

¹¹¹ Toisaalta useimmat vastaväitteet johdattelevasta kuulustelun aloituksesta voi välttää yksinkertaisella taktiikalla: jos kuulustelu aloitetaan tiedustelemalla kuulusteltavalta itseltään, tietääkö hän, miksi hänet on kutsuttu todistamaan, saadaan henkilö itse avoimesti yksilöimään se tapahtuma, josta on tarkoitus lähemmin kysellä. Ks. Evans 1993 s. 92. – Käytännössä jo tuomioistuimen puheenjohtajan olisi asianmukaista todistajan saliin saapuessa tervehdys- tai muiden alkusanojen jälkeen selvittää todistajan oikeuteen kutsumisen tarkoitus, eli todistamiselle relevantti aihepiiri voi tulla täsmennettäväksi jo tuomioistuimen taholta.

¹¹² Ks. Smith 1986 s. 222. Johdateltavuuden relatiivisuudesta ja kontekstisidonnaisuudesta ks. myös Tapper 1995 s. 282. Ks. myös Ekelöf 1994 s. 79–80.

kuin hän on selittänyt, miten hän tuli seikan tietämään (= ns. foundation rule). 'Säännön' noudattaminen tarkoittaa käytännössä pitkälti sitä, että kuulustelta-valta pyydetään ensin selostusta olosuhteista ja tilanteesta, jossa tämä teki havaintonsa ('setting the scene'). Kuvatunlainen menettely edesauttaa yleensä myös kertomuksen kronologista, selkeää ja loogista etenemistä.¹¹³ Asianmukaisesti sovellettuna kuulusteluun tulisi tällöin muodostua temaattisesti eräänlainen 'miten?' – 'mitä?' -rytmi, jonka seurauksena asioiden selvittäminen muodostuu erityisen havainnolliseksi.¹¹⁴ Pitkälti samaa tarkoitusta toteuttaa menettely, jossa pääkuulustelun kysymyksiä hahmotetaan ikään kuin pareittain siten, että ensin kysytään jostain seikasta yleisesti, ja tämän jälkeen esitetään yksilöity, vastausta kvalifioiva tarkentava kysymys (esim: "Olette kertonut olleenne kesäkuun 6. yönä X:n ravintolassa. Näittekö siellä ketään, jonka voitte tunnistaa? – Kyllä. – Kertokaa kenet näitte. – Näin vastaajan. – Olitteko koskaan nähnyt vastaajaa entuudestaan? – Kyllä. – Milloin olitte nähneet vastaajan? – Olin nähnyt hänet Y:ssä edeltävällä viikolla. jne.).¹¹⁵

II Todistajien on usein nähty olevan taipuvaisia tietynasteiseen puolueellisuuden heidät kuultavaksi nimenneen tahon hyväksi.¹¹⁶ Todistajan nimennyt kuulustelija ei saa ennestään pahentaa tätä lähtökohtaista asetelmaa käyttämällä pääkuulustelussa johdattelevia kysymyksiä. Ongelmallista johdattelevissa tai rajatuissa kysymyksissä on myös, että ne stimuloivat paitsi muistia, myös mielikuvitusta – siksi oma kerronta on lähtökohtaisesti luotettavampaa.¹¹⁷ Mainituista syistä johdattelu onkin perustellusti torjuttu pääkuulustelussa.¹¹⁸

OK 17:33.5:n sinänsä ehdottomasta sanamuodosta huolimatta *johdattelevien kysymysten käyttö pääkuulustelussa* voidaan kuitenkin nähdä tietyissä tilanteissa luvallisenä. Johdattelevia kysymyksiä voitaneen käyttää pääkuulustelussakin mm. silloin, kun sama tai toinen todistaja on aikaisemmin kertonut oikeudelle jostakin relevantista (vähämerkityksellisestä) yksityiskohdasta, jota koskeva

¹¹³ Näin myös Lie 2002 s. 215: "Selv om vi ikke har noen "foundation rule" hos oss, kan det være nyttig å være oppmerksom på denne teknikken, som tar vare på alle detaljer etter hvert som forklaringen går systematisk fremover. Vi får en trinnvis og logisk oppbygning av forklaringen."

¹¹⁴ Ks. Moore ym. 1996 s. 125 ja 149 s.

¹¹⁵ Ks. Evans 1993 s. 90–93, Moore ym. 1996 s. 149–150 ja Lie 2002 s. 65.

¹¹⁶ Ks. esim. Samuelson 1997 s. 39 ja Wrottesley 1961 s. 75.

¹¹⁷ Ks. Du Cann 1993 s. 97: "Leading questions... do great damage; they destroy the reality of the evidence and prevent the character of the witness emerging, they destroy the reliability of the evidence by suggesting the answer the witness should give, and they stamp the partiality of the examiner."

¹¹⁸ Jo se, että pääkuulustelija on koettanut kysyä jotain seikkaa johdattelevalla tyyllillä – vaikka kysymys olisi torjuttu puheenjohtajan toimesta tahi omasta tai vastapuolen aloitteesta ja sittemmin uudelleen muotoiltu – voi tosin vaikuttaa haitallisella tavalla todistajaa johdattelevasti. Todistajan mielestä tuskin voi kokonaan poistua se seikka, johon kuulustelija vihjasi, ja sittemmin asianmukaisen neutraalisti muotoiltuun kysymykseen annettu vastaus voi tosiasiaa osittain muotoutua sen mukaisesti.

kysymys esitetään samasta teemasta myöhemmin kertovalle todistajalle, jonka voi olettaa tuntevan saman tosiseikan, mutta joka ei muista seikkaa vapaassa kertomuksessaan. Tällöin johdattelun tarkoitus on säästää oikeudenkäynnin aikaa helpottamalla kuulusteltavan miellelyhtymien ja assosiaatioiden muodostumista kuulustelijan mielestä relevanttiin teemaan tai yksityiskohtaan. Johdatteleva kysymys voidaan sallia pääkuulustelussa vieläkin vapaammin, jos kysymyksen sisältävä seikka on entuudestaan riidaton eli tuomioistuimen mielestä riittävällä varmuudella selvitetty.¹¹⁹ Lisäksi vaitonaisen henkilön kohdalla voidaan aluksi käyttää johdattelevia kysymyksiä pienten tai epäolennaisten seikkojen suhteen, mikä edistää kontaktin saamista kuulusteltavaan ja samalla osoittaa, että kuulustelija ymmärtää tämän mahdollisesti epämurkavan tilanteen ja pyrkii auttamaan tätä ”vauhtiin”. Myös pienet siirtymät pois asiasta joka-päiväisiin tai kuulusteltavalle tuttuihin seikkoihin voivat saada tämän ’avautumaan’ paremmin, eikä tällaisessa tarkoituksessa tehtyihin johdatteleviin kysymyksiin ole tarkoituksenmukaista puuttua.¹²⁰

Johdattelevaan kysymykseen pääkuulustelussa ei ole välttämättä syytä puuttua myöskään silloin, jos kysymyksen johdattelevuudella on ainoastaan ’johdantomaista’ merkitystä siten, että kuulusteltava saadaan avoimesti myöntämään tai kieltämään tietty seikka, ja johon perustuen kuulustelua sitten voidaan jatkaa ilman, että kyse olisi selvästi pääkuulustelijan subjektiivisten intressien mukaisesta asian eteenpäin viemisestä.¹²¹ Nähdäkseni pääkuulustelussa tapahtuvaan johdatteluun voi suhtautua suvaitsevammin myös siinä (harvinaisessa) tilanteessa, että todistaja osoittautuukin hänet nimenneelle asianosaiselle vihamieliseksi. Koska tarkoitettu todistaja määritelmän mukaisesti kiistää aikaisemmin kertomansa tai kertoo muuten olennaisesti eri tavalla ja hänet nimenneelle asianosaiselle vastaisesti, on perusteltua sallia todistajan muutetun kertomuksen luotettavuuden kontrollointia jossain määrin myös johdattelevien

¹¹⁹ Ks. *Levy* 1999 s. 25, *Samuelson* 1997 s. 44 ja vastaavasti *Smith* 1986 s. 199 ja 211. Ks. myös *Tackenberg* 1960 s. 15. Tekstissä mainittuun menettelyyn tosin liittyy riski siitä, että alunperin (mahdollisesti) muodostuneen väärän oletettaman näin sallitaan saavan ”helpotusta” tai ”vahvistusta” sillä, että samaa seikkaa kysytään muilta henkilöiltä johdattelevasti – jolloin teema voi saada ansaitsematonta tukea puhtaasti kuulustelumudon takia.

¹²⁰ *Smith* 1986 s. 207 ss. ja 125 s. Esim. Kinseyn (Kinsey, C. – Pomeroy, W. B. – Martin, C. E.: *Sexual Behaviour in the Human Male*. Philadelphia, Saunders. USA 1948) tutkimuksessa amerikkalaisten miesten seksuaalisesta käyttäytymisestä todettiin, että positiivista vastausta edellyttävillä johdattelevilla kysymyksillä on mahdollista saada enemmän tietoa sellaisista seksuaalisuuden muodoista, joista suora kysyminen johtaisi kieltämiseen tai vaikenemiseen (ks. mm. *Lie* 2002 s. 77).

¹²¹ Ks. *Wrottesley* 1961 s. 27, 33 ja 50. Ylipäänsä puhtaasti käsittelyä jouduttavien johdattelevien kysymysten tulisi olla vapaita vastapuolen vastaväitteistä ja tuomioistuimen keskeytyksistä ja kysymyksen uudelleenmuotoilukehotuksista. Niinpä todistaja voidaan esimerkiksi suoraan johdattaa keskeisiin seikkoihin kysymällä häneltä: ”Oletteko N. N. yrityksessä työskentelevä peltiseppä?” sen sijaan, että edellytettäisiin turhan avoimia tiedusteluja todistajan ammatista tai asuinpaikasta.

kysymysten avulla.¹²² Myös silloin, kun pääkuulustelussa joudutaan muistin virkistämiseksi tai ristiriitaisuuden selvittämisen vuoksi viittaamaan toisen todistajan kertomukseen, on kysymys useimmiten jollain tavoin johdatteleva: tuleehan näin kuulusteltavalle esitetyksi uutta tietoa, johon tätä pyydetään kiinnittämään tarkkaavaisuuttaan ja vastaamaan.¹²³

Johdatteleviin kysymyksiin tulee kuitenkin joka tapauksessa suhtautua *tiukan torjuvasti kaikkien kuulusteltavien vapaan kerronnan aikana*. Vapaaseen kerrontaan ei tulisi puuttua tarpeettomasti edes täysin neutraalein – siis ei-johdattelevin – kysymyksiin, ja sitä vähemmän voidaan vapaasta kertomuksesta puhua, jos sen esittämistä on ohjailtu tarkoituksellisesti välikysymyksiin. Johdattelevat kysymykset pääkuulustelussa tulevatkin mahdollisiksi lähinnä vasta vapaan kertomuksen kuulemisen jälkeen.

Yllä mainittujen tilanteiden lisäksi angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa johdattelevia kysymyksiä pidetään mahdollisina pääkuulustelussa myös tiettyissä muissa tapauksissa: Johdattelu nähdään sallittuna todistajalle hyvin vaikeissa tai monimutkaisissa jutuissa muistin virkistämiseksi sekä jossain määrin myös henkilöiden ja esineiden tunnistamisessa (sitä, että todistajan huomio kysymyksiin suunnataan suoraan tunnistettavaan asiaan).¹²⁴ Edelleen johdattelun käyttö voi olla perusteltua, jos kuulustelijan tulee saada 'omalta' todistajaltaan selvä kiistäminen jollekin aikaisemmin esitetylle väitteelle tai väitteelle, jonka väääräksi osoittaminen on välttämätöntä oman juttuteorian toteen näyttämiseksi.¹²⁵ Nähdäkseni mainittuja sääntöjä tai periaatteita voidaan soveltaa myös Suomessa.

III Edellä sanotuista poikkeuksista huolimatta selvä pääsääntö on, että johdattelevat kysymykset ovat *sallittuja vasta vastakuulustelussa*. 'Ensi lukemalta' OK 17:33.5:n sanamuotoa voitaisiin tulkita siten, että johdattelevat kysymykset olisivat vastakuulustelussakin sallittuja vain silloin, kun kyse on jo pääkuulustelussa käsitellyn teeman kontrolloinnista. Käytännössä johdattelevia kysymyksiä voi kuitenkin olla tarpeen käyttää myös sellaisten uusien seikkojen kohdalla, joita ei ole pääkuulustelussa lainkaan käsitelty. Sekä suora että epäsuora vastatodistelu (ks. edellä 3.1.2 (II)) voivatkin tarkoittaa joidenkin *pääkuulusteluun nähden uusien tosiseikkojen* esille ottamista vastakuulustelussa. Voidaan kysyä, onko ylipäättäen mahdollista tai edes säännöksen tarkoituksen mukaista rajata johdattelevien kysymysten käyttöä siten, että niitä ei sallittaisi käyttää viimeksi mainituissa tilanteissa. Tällainen tulkinta ei nähdäkseni ole perusteltu. Johdattelevia kysymyksiä voidaan siten OK 17:33.5:n estämättä

¹²² Ks. *Wrottesley* 1961 s. 30. Lähemmin ns. vihamielisistä todistajista jaksossa 7.5.7.

¹²³ Ks. *Levy* 1999 s. 26–27 ja *Moore ym.* 1996 s. 141 ja 143. Esitutkintakertomuksen lukeminen OK 17:32.2:n edellytysten täyttyessä voi myös tarkoittaa johdattelevien kysymysten esittämistä. Ks. myös jäljempänä jaksossa 7.5.7 (s. 511 av. 222) esitettävää.

¹²⁴ Ks. *Tapper* 1995 s. 283 s. *Wrottesley* 1961 s. 41 ja *Honig* 1967 s. 19.

¹²⁵ Ks. *Munkman* 1951 s. 40 i.f. ja *Evans* 1993 s. 90.

käyttää periaatteessa kaikenlaisten seikkojen selvittämisessä vastakuulustelussa.¹²⁶

Ylipäättänsäkin asianosaiset voivat pyrkiä omaa juttuteoriaansa tukevien konkreettisten tosiseikkojen esille nostamiseen rajattujen, nimenomaan tietyn tosiseikan olettan ja siihen vain vahvistusta (tai negaatiota) edellyttävien kysymysten avulla. Tällaiset kysymykset ovat jo määritelmältään selvästi johdattelevia. Johdattelevien kysymysten sallittavuutta on mahdollista tarkastella vuorokuulustelujärjestelmän tavoitteiden näkökulmasta: viimekätisenä tarkoituksena on turvata aineellisen totuuden esille saaminen. Formaallilla säännöstulkinnalla ei tule estää sellaisia tehokkaita menettelyitä, jotka voivat palvella paremman asiallisen selvyuden saamista jutusta. Puheena olevassa tilanteessa ei tästä tosin ole lainkaan kysymys, koska johdattelevat kysymykset on katsottava sallituiksi jo OK 17:33.5:n sanamuodon perusteella. Jos nimittäin asianosainen katsoo kuulusteltavan *todistaneen tosiasiallista tapahtumainkulkua vastaamattomalla tavalla*, esim. jättäneen tietyistä tosiseikoista kertomatta tai todistaneen seikasta tavalla tai toisella virheellisesti, on kuulustelijan näkemyksen (juttuteorian) mukaan ’tosien’ seikkojen (destruktiivinen tai konstruktiiivinen) esille ottaminen käytännössä välttämätöntä. Erityisesti kun kyse on kokonaan uusista faktoista, ei näitä välttämättä voi saada esiin puhtaan avoimilla kysymyksillä, vaan vastakuulustelija saattaa joutua nimenomaisesti edellyttämään kyseisiä seikkoja kysymyksessään (tyyliin: ’Kattohan vuoti uudelleen pari viikkoa katon korjaamisen jälkeenkin, eikö totta?’). Menettely tarkoittaa tällöin nimenomaan sen koettelemista, ”missä määrin todistajan kertomus vastaa todellista tapahtumien kulkua.”¹²⁷

¹²⁶ Ks. *Ekelöf* 1994 s. 80: ”Vad därefter angår motförhöret, må först erinras om att ett vittne kan höras även om andra fakta än det som angivits som bevistema.” Näkemys koskee myös siviiliprosessia. Käytännössä johdattelevia kysymyksiä tulee voida vastakuulustelussa käyttää esim. silloin, kun vastakuulustelun tarkoituksena on pääkuulustelukertomuksen luotettavuuden tai kuulusteltavan henkilön uskottavuuden selvittäminen. Vastakuulustelussa voidaan tällöin selvittää esim. lähempiä havainnointiedellytyksiä tai henkilön taustoja ja luonnetta. Vaikka tällaisissa tarkoituksissa esitettyjen kysymysten aihepiiri voi ylittää sen, mitä pääkuulustelussa on tullut ilmi, tulee johdattelevia kysymyksiä silti voida käyttää. Vrt. *SOU* 1982:26 s. 449.

¹²⁷ Ks. myös *Lappalainen* 2001a s. 251 siviiliprosessin osalta: ”Sikäli kuin vastakuulustelutilanteessa kysymykset suuntautuvat pääkuulusteluteeman ulkopuoliselle alueelle, esim. vastakuulustelua toimittavan osapuolen itsensä vetoamiin oikeustositseikkoihin, ei kyseessä ole varsinainen vastakuulustelu, vaan tältä osin on sovellettava *pääkuulustelua* koskevia säännöksiä.” Ks. myös *Hirvonen* 1995 s. 446 ja *Ekelöf* 1994 s. 80 i.f. Näkemys ei ole ristiriidassa tässä esitetyn kanssa, koska kirjoittaja tarkoittaa siviiliprosessissa vetoamistaakkaan perustuvaa tilannetta, jossa vastakuulustelijan esille ottama seikka kohdistuu kokonaan toiseen todistustemaan kuin mistä todistajaa kuultiin pääkuulustelussa. Kyse voi esim. olla tilanteesta, jossa vastakuulustelija ottaa esille vahingonkorvauksen sovittelusta (VahL 1.2 §) perustelevia tekijöitä, kun todistajaa on kuultu pääkuulustelussa toisesta teemasta, kuten vahingon syntysyistä. Siviiliprosessissa asianosaisen tulee ensinnäkin erikseen vedota tällaisiin erilaisiin (sovittelun puolesta puhuviin) oikeustositseikkoihin, ja toisekseen esittää näitä seikkoja tukevaa omaa päätodisteluaan. Tällaisen todistelun tulee tapahtua asianosaisen näkökulmasta nimenomaan päätodisteluna, henkilötodistelussa pää-

Vastakuulustelun tehokkuuden kannalta on muutenkin varsin eri asia suorittaa tehokasta konstruktivistista (tai destruktiivista) vastakuulustelua keskeisiä faktapropositioita kuulusteltavalle kommentoitavaksi esitellen kuin vain selaista 'kädet sidottua' vastakuulustelua, jossa kuulusteltavalle voitaisiin esitellä uusia tai toisenlaisia tosiseikkoja ainoastaan hypoteettisina kysymyksinä tai vain neutraalin avoimesti, 'kautta rantain' tiedustellen.¹²⁸ Myös tämä seikka tukee näkemystä, että *kuulusteltavalle voidaan vastakuulustelussa esittää tiettyjä tosiseikkoja olettavia tai edellyttäviä johdattelevia kysymyksiä silloinkin, kun seikkoja ei ole pääkuulustelussa alustavasti käsitelty.*¹²⁹ Menettely voi olla usein välttämätön puolustuksen vaihtoehtoisen hypoteesin toteen näyttämiseksi. Toisaalta myöskin syyttäjän tulee voida vastaavalla tavalla 'esittää' syytteen teonkuvauksen mukaisia tosiseikkoja puolustuksen todistajien vastakuulustelussa.

IV Johdattelevien kysymysten sallimista *vastakuulustelussa* perustelee erityisesti se, että ihmisillä on taipumus pitäytyä kerran antamassaan lausunnossa. Oikeudessa kuulusteltavaa on kuultu jo esitutkinnassa ja mahdollisesti asianajajan toimesta alustavasti ennen oikeudenkäyntiä, jolloin on luontevaa, että henkilö on sitoutunut aiempaan kertomukseensa viimeistään vastakuulusteluun siirryttäessä. Tästä voi kuitenkin seurata, että kuulusteltava jättää joitakin seikkoja tai painotuksia mainitsematta pyrkiessään toistamaan saman, minkä hän on aikaisempien kuulusteluiden johdosta mieltänyt keskeiseksi. Täten johdattelevia kysymyksiä käyttävä vastakuulustelu voi olla omiaan antamaan nyansoi-

kuulusteluna (eikä toista teemaa koskevan vastakuulustelun 'sisällä' vastakuulustelun säännöin). *Rikosprosessissa*, jossa preklusion puuttumisesta ja erilaisesta vetoamistaakasta johtuen *todistajille 'ilmoitetut' todistusteemat eivät ole tällä tavoin sitovia* (ks. edellä jaksossa 6.2.2 (III) s. 418), vastaava tilanne ei käytännössä aktualisoidu. Kaikenlainen 'vastatodistelu', vaikka se kohdistuisi sinänsä toisiin seikkoihin kuin mistä on ollut kyse pääkuulustelussa, tähtää rikosprosessissa siihen, ettei tuomioistuin hyväksyisi pääkuulustelussa annettua kertomusta todeksi. Tällöin ei ole perusteltua erottaa johdattelun kannalta tilanteita sen perusteella, onko vastakuulustelun seikkaa jo pääkuulustelussa käsitelty, vai onko kyse 'uudesta' seikasta.

¹²⁸ Eri asia on, että joskus vastakuulustelijan kannalta voi olla tarkoituksenmukaista pyrkiä uusien seikkojen esille saamiseen avoimin kysymyksin ilman johdattelua, koska näin saaduilla vastauksilla saatetaan katsoa olevan vahvempi näyttöarvo kuin johdattelevien kysymysten perusteella saaduilla vastauksilla. Ks. *Lie* 2002 s. 74, *Weißmann* 1982 s. 126 ja *Wilton* 1996 s. 145.

¹²⁹ Kyse ei ole 'sanojen panemisesta kuulusteltavan suuhun' vaan vain siitä, että tietty tosiseikasta koskeva poikkeava näkemys tehdään tiettäväksi ja tuodaan kuulusteltavan kommentoitavaksi. Asianmukaisessa vastakuulustelussa menettely tulisi rajata juuri tähän myös siinä merkityksessä, että kuulustelija todella käsittelee vain konkreettisia tosiseikkoja eikä sen sijaan näistä faktapropositioita tehtäviä johtopäätöksiä. Argumentteja ja päätelmiä koskevien näkemysten esittelyn asianmukaisempi 'paikka' on yleensä jutun loppulausuntovaiheessa. Toisaalta joissain tapauksissa vastakuulustelun aloittaminen konfrontoimalla kuulusteltava suoraan keskeistä argumenttia tarkoittavalla kysymyksellä – johon oletettavasti saadaan kieltävä vastaus – voi olla sikäli tarkoituksenmukaista, että seuraavilla rajatuilla tiedustelevilla kysymyksillä voidaan kuitenkin saada kuulusteltava tunnustamaan sellaisia tosiseikkoja, jotka voivat toimia aihetodisteina juuri kiistetyt argumentit todennäköisyyden puolesta. Toisaalta puolustuksen kannalta menettely voi olla sikäli riskialtista, että sillä saatetaan myös edesauttaa kuulusteltavaa kertomaan yksityiskohtaisempia perusteluita vastakkaiselle näkemykselleen; ks. *Moore ym.* 1996 s. 180–183.

dumman kuvan henkilön havainnoista ja mahdollisista asenteista sekä muista lausuntoon vaikuttavista tekijöistä. Johdattelevat kysymykset ovatkin tarkoituksenmukaisia – ts. totuuden esille saamisessa hyödyllisiä – silloin, kun kysymyksessä on joltain osin riidanalainen tai epäselvä seikka.¹³⁰ Erityisesti kun kyse on puolustukselle edullisesta seikasta, voi seikkaa koskeva kysymys olla vastakuulustelussa vahvastikin johdatteleva.

Vaikka johdattelevien kysymysten esittäminen on yleisesti sallittua vastakuulustelussa, tulee mielestäni johdattelun suhteen erottaa sellaiset todistajat ja asianomistajat, jotka ovat oikeutettuja vaitioloon, mutta jotka valitsevat olla käyttämättä tätä ”latenttia” oikeuttaan. (Kokonais)vaitioloista luopuminen ei kaikin osin poista todistamiskiellon takana olevien oikeusperusteiden merkitystä, mistä syystä johdattelevia kysymyksiä tulisi sallia vain hyvin varovaisesti. Erityisen merkityksellistä johdattelukiellon valvonta on kuultaessa syytetyn lähimaisia todistelutarkoituksessa, koska johdattelulla on mahdollista loukata näiden henkilöiden vaitiolo-oikeutta perustelevia intressejä.¹³¹

Johdattelevien kysymysten käyttöä vastaan puhuu niiden potentiaalisesti totuutta vääristävä luonne. Yleisen mielipiteen mukaan johdattelevat kysymykset ovatkin aineellista totuutta palvelevia puolueellisen tai (pääkuulustelussa) kantansa lukkoon lyöneen henkilön kohdalla, mutta mahdollisesti totuutta vääristäviä yleisimmässä tilanteessa eli neutraalin kuulusteltavan kohdalla. Todistajanpsykologian piirissä ihmisten johdateltavuutta on tutkittu kattavasti 1970-luvulta lähtien ja havaittu, miten pienetkin suggestiot tai kyselytyylin erot voivat johtaa vastauksen vääristymiseen.¹³² Todistajanpsykologisissa kokeissa on mm. havaittu kymmenien prosenttien erehtymistason nousu, kun todistajalle esitetään johdattelevia kysymyksiä (esim. ”ajoiko muita autoja stop-merkin ohi?”), kun paikalla oikeasti on kärkikolmio).¹³³ Johdattelevilla kysymyksillä on myös taipumus houkuttaa todistajaa vain vastaamaan esitettyihin kysymyksiin kyllä tai ei, eli ne voivat johtaa todistajan positiivisen totuusvelvollisuuden täyttymättä jäämiseen.¹³⁴

¹³⁰ Ks. *Lie* 2002 s. 77–78: ”Det må antakelig legges til grunn at man ville få frem flere sanne opplysninger om man i større utstrekning aksepterte bruk av feller enn det gjeldende lovgivning åpner for. Man kan med andre ord si at bruk av feller kan være en effektiv troverdighetstest. I en viss utstrekning kan feller også benyttes som påvirkelighetstest.” Eettisistä ja oikeusturvasyistä *Lie* suhtautuu ansakysymysten (”feller”) käyttöön varauksellisesti (Norjassa), mutta näkee sen sijaan muunlaisten konfrontoivien vastakuulustelutaktiikoiden (niistä lähemmin ks. jaksoissa 7.6.2 ja 7.6.3.3) käytön olennaisesti hyväksyttävämpänä (ks. mt. s. 78–79).

¹³¹ Ks. myös *Fitger* 2002 (36:15).

¹³² Ks. mm. *Höfer ym.* 1997 s. 170 ss., *Smith* 1986 s. 201 ja s. 239 (viitattu kirjallisuus) sekä 262 ja *Choo* 1996 s. 33.

¹³³ Ks. tästä Loftuksen klassisesta kokeesta esim. *Davies* 1999 s. 21 ss., *Blank* 1997 s. 178 (ks. myös 186), *Eisenberg* 1999 s. 501 ja *Klami* 1991a s. 375.

¹³⁴ Ks. *Samuelson* 1997 s. 39.

Smithin empiirisessä kokeessa havaittiin, että johdateltaessa todistajia epäilemään kertomaansa tapahtumainkuvauksen kannalta keskeistä seikkaa (testihenkilöitä johdateltiin uskomaan uhrin myötävaikutusta varkauteen), vain 1/4 vastanneista piti kantansa muuttumattomana. Alttiimpia johdattelulle olivat esitutkintakuulustelun kaltaisesti kuulustellut henkilöt (vain 10 % vältti johdattelun vaikutuksen) ja vastustuskykyisimpiä kaksi kuukautta myöhemmin järjestetyssä ”tuomioistuinkuulustelussa” kuullut henkilöt (50 % vältti johdattelun). Syy edellä mainittuun voi olla siinä, että välittömästi tapahtuvassa kuulustelussa kuulusteltava kokee suurempaa sisäistä painetta vastauksen antamiseen johdattelevaan kysymykseen (jossa edellytetään olematonta seikkaa) kuin samaan kysymykseen kahden kuukauden päästä vastaava henkilö, jolla on ”legitiimimpi” syy vastata, ettei muista havainneensa kysymyksessä edellytettyä seikkaa. Myöhemmin todistava henkilö ts. kokee erilaisia odotuksia omaa suoritustaan kohtaan kuin välittömästi tapahtuman jälkeen kuulusteltava henkilö.¹³⁵ Koe osoitti myös, että *tosiseikan arvostelua* koskeva johdattelu on helpompaa kuin tosiseikan havaitsemiseen kohdistuva johdattelu.¹³⁶

Smithin kokeessa johdattelun vaikutus todennettiin muissakin yhteyksissä selvästi. Toisessa kokeen osassa 28 % todistajista tuli johdattelevien kysymysten perusteella uskomaan, että he olivat nähneet olemattoman henkilön, ja 38 % oli näkevinään kuvitellun ruumiinliikkeen filmissä esiintyneellä henkilöllä. Vastaavasti johdateltuina vain 1/4 pystyi vastustamaan eri henkilöiden syyllisyyteen viittaavaa johdattelua. Johdattelulla on mahdollista saada todistajat paitsi ”näkemään” ja ”muistamaan” seikkoja, joita ei ole todellisuudessa tapahtunut, myös muuttamaan tosiseikoista antamia arvostelmia.¹³⁷ Todistaja saattaa myös päätyä virheelliseen ”kompromissiin”, kun havainnon ja harhauttavan kysymyksen välillä on ristiriita.¹³⁸ Santtilan mukaan todistajakohtaisella tasolla johdattelun vaikutuksellisuuteen vaikuttaa mm. kuulusteltavan epävarmuus siitä, mitä vastausta häneltä odotetaan, luottamus kuulustelijaan sekä vähäinen epävarmuuden sietokyky.¹³⁹

Kysymyksen sanamuodolla on todistajanpsykologisten tutkimusten mukaan selvä yhteys vastauksen sisältöön. Loftuksen mukaan todistajan arvio auton nopeudesta vaihtelee merkittävästi sen mukaan, kysytäänkö todistajalta auton vauhtia sen, ”kosketettua”, ”töytäistyä”, ”törmättyä” tai ”rysähdettyä” (contacted, hit, bumped into, collided with, smashed into) toista autoa/toiseen

¹³⁵ Smith 1986 s. 242 ja 247–250: todistajat ovat yleensä vastustuskykyisempiä johdattelulle myöhemmissä kuulusteluissa.

¹³⁶ Smith 1986 s. 240 ja 251–252. Sen sijaan Smithin kokeessa ei saatu näyttöä siitä, että juridisella kuulustelumuodolla tai -ympäristöllä olisi sinänsä vaikutusta tutkittavan henkilön/todistajan vastausten luotettavuuteen (ks. Smith 1986 s. 317).

¹³⁷ Smith 1986 s. 262. Johdattelulla voidaan äärimmillään jopa ”istuttaa” fiktiivinen omaelämäkerrallinen ’muistikuva’ henkilön mieleen, johon tämä saattaa menettelyn seurauksena tulla vilpittömästi itse uskomaan, ks. Höfer ym. 1997 s. 171. Ks. myös Eisenberg 1999 s. 502 mahdollisuudesta lisätä yksityiskohtia muistikuviin.

¹³⁸ Klami 1991a s. 375–376.

¹³⁹ Santtila 1999 s. 10.

autoon.¹⁴⁰ Myös *kysymysten järjestys* vaikuttaa. Loftuksen mukaan se, että aluksi johdattelua käytetään sellaisten seikkojen kohdalla, joista todistaja on varsin varma, alentaa johdateltavuuskynnystä myöhemmin, kun johdattelevia kysymyksiä käytetään periferisempien seikkojen kohdalla.¹⁴¹ Kysyjän arvovaltainen/matala asema vaikuttaa yksityiskohtien muistamisen tarkkuuteen siten, että muistaminen on parempaa matalan aseman omaavan henkilön kysyessä. Vastaus jää myös kokonaan saamatta useammin, kun kysyjä on auktoritääriinen.¹⁴² Henkilö on altteimmillaan johdattelulle heti tapahtuman jälkeen¹⁴³ sekä myös silloin, kun havaitut tapahtumat eivät ole alun perin varastoituneet tehokkaasti muistiin (esim. alkoholin vaikutuksen takia).¹⁴⁴ Luonnollisesti myös kysymyksen esittämistapa ja kysyjän äänensävy vaikuttaa siihen, miten voimakkaana kuulusteltava johdattelun kokee. Kysymys voidaan tulkita johdattelevaksi ja siten pääkuulustelussa kielletyksi – sisällöllisestä neutraalisuudesta huolimatta – esim. silloin, jos kysymys esitetään vahvan epäilevään tai vahvistavaan tyyliin (’eikö olekin totta, että...’; ’oletteko nyt aivan varma, että...’ tai ’...eikö totta?’).¹⁴⁵

Myös pelkillä sanavalinnoilla voi olla johdatteleva vaikutus, vaikka sisältönsä tai muotonsa puolesta kysymykset eivät muuten olisi johdattelevia. Loftus simuloi kokeellisesti erästä tappo-syyteasiaa siten, että kahdelle ”jury”ryhmälle esiteltiin täysin sama oikeudenkäyntiaineisto sillä erotuksella, että ensimmäisen ryhmän kohdalla käytettiin sanaa ”tapahtuma” (incident) ja toisen kohdalla sanaa ”tappelu” (fight). Kokeessa ensimmäinen ryhmä osoitautui taipuvaisemmaksi antamaan vapauttavan tuomion.¹⁴⁶ Toisessa kokeessa Loftus pyysi koehenkilöitä osallistumaan päänsärkylääkkeitä koskevaan markkinatutkimukseen, joissa kysyttiin joko ”kuinka monta erilaista särkylääkettä olette kokeilleet? 1, 2 vai 3?” tai muuten samoin, mutta antaen numerovaihtoehtoisiksi 1, 5 ja 10. Ensimmäisen ryhmän keskiarvo oli 3,3, toisen 5,2.¹⁴⁷ Esitutkinnassa ja oikeussalissa vastaavilla sanamuotojen valinnoilla voi olla suurikin johdatteleva merkitys ilman, että kukaan edes ajattelisi, että kyseessä olisi johdatteleva kysymys.

¹⁴⁰ Ks. tutkimuksesta mm. *Farrington – Hawkins* 1979 s. 13, *Ellonen ym.* 1996 s. 44, *Davies* 1999 s. 20 s., *Eisenberg* 1993 s. 77–78 ja *Blank* 1997 s. 177 s. Ks. myös *Lie* 2002 s. 73 toisesta samansuuntaisesta Loftuksen kokeesta.

¹⁴¹ *Smith* 1986 s. 262.

¹⁴² Ks. *Clifford* 1979 s. 173–175, *Davies* 1999 s. 22, *Smith* 1986 s. 58 ja *Höfer ym.* 1997 s. 174–175.

¹⁴³ Ks. *Davies* 1999 s. 22, *Höfer ym.* 1997 s. 175 ja *Klami ym.* 1989 s. 93.

¹⁴⁴ Ks. *Santtila* 1999 s. 13 ja *Eisenberg* 1999 s. 504.

¹⁴⁵ *Tackenberg* 1960 s. 43.

¹⁴⁶ Havainnollistavia esimerkkejä ks. *Smith* 1986 s. 218 s.

¹⁴⁷ Ks. *Smith* 1986 s. 218, ks. myös *Blank* 1997 s. 178.

6.2.3.2 Jo selvitettyä seikkaa koskevan kysymyksen torjuminen

Tuomioistuimen kuulusteluja kontrolloivat tehtävät eivät rajoitu johdattelevien kysymysten torjumiseen. Tuomioistuimen tulee estää mm. myös tarpeettomien kysymysten esittäminen. Välittömästi pääkäsittelyn aikana tehtävä tuomioistuimen päätös asianosaisen esittämän kysymyksen torjumisesta jo selvitettyinä perustuu *alustavaan todistusharkintaan* oikeudenkäynnissä siihen asti esitetyn oikeudenkäyntiaineiston valossa.¹⁴⁸ Seikkaa, jonka olemassaolo on tuomioistuimen mielestä jo näytetty riittävästi toteen, ei tarvitse enää lisätodisteilla vahvistaa. Kyse voi olla sekä syytteen puolesta että sitä vastaan puhuvasta todistustositseikasta. Selvästi shikaaninomaisesti (esimerkiksi prosessin pitkitämistarkoituksessa tai tarkoituksessa mustamaalata ulkopuolisen henkilön mainetta) prosessin tavoitteille vieraista syistä esitetyt kysymykset tulee myös torjua.¹⁴⁹ Ongelmallista tässä menettelyssä on, miten lopullinen tuomioistuimen kesken oikeudenkäynnin muodostama näyttökannanotto voi tai saa olla.

Asianosaisen esittämän kysymyksen 'turhana torjumisen' säännöspäätös on tässä perusteltua käsitellä lyhyesti yleisemminkin. OK 17:7 puhuu mm. asiaan vaikuttamattomasta 'todisteesta'. Säännöksen ensisijainen tarkoitus on mahdollistaa tarpeettomien *todistuskeinojen* torjuminen. Henkilötodistelussa tarpeettomana torjuttava kysymys ei ole tässä merkityksessä todistuskeino, vaan lähinnä tuomioistuimen näkökulmasta irrelevantti *todistustositseikka*. Vuorokuulustelussa kysymyksen torjuminen nimenomaan sen tarpeettomuuden johdosta (ikäin kuin analogisesti OK 17:7:n tilanteen kanssa) voidaan nähdäkseni perustaa ROL yleissäännöksiin, joiden mukaan asian käsittelyssä noudatetaan *selvyyttä ja järjestystä* (ROL 6:5.1), ja toisaalta, *ettei asiaan sekoiteta mitään siihen kuulumatonta* (ROL 6:5.2). OK 17:33.5:n kyselykiellot ovat eri asia: säännöksessä kyse ei ole sinänsä 'tarpeettomien' kysymysten estämisestä, vaan tiettyjen nimenomaisesti kiellettyjen kysymysten torjumisesta (ks. jaksot 6.2.3.1 ja 6.2.3.3).

Kysymysten tai kyselylinjojen osalta todistelutarpeen arviointi on vaikeampaa kuin kokonaan uusien todistajien kuulemisen tarpeellisuuden tai reaalityodisteiden vastaanottamisen arviointi. Vaikeus johtuu siitä, ettei tuomioistuin voi lykätä päätöksentekoa todistelun vastaanoton loppuun eikä voi siten tietää, missä määrin todistaja (tai muut todistajat) tulevat vielä kertomaan aiotusta

¹⁴⁸ Ks. Schellenberg 2000 s. 160.

¹⁴⁹ Puolustuksen väitteiden liikkumavaraa ja/tai perusteltavuutta ajatellen on huomioitava EIT:n ratkaisussaan *Brandstetter* 28.8.1991 (52 §) toteama siitä, että "Article 6 para. 3 (c) (art. 6–3–c) does not provide for an unlimited right to use any defence arguments." Oikeus puolustautumiseen ei siten tarkoita, että puolustuksen väitteet saisivat mennä esim. niin pitkälle, että niillä tietoisesti (totuudenvastaisesti) nostatettaisiin rikosepäilyjä todistajaa tai joltain muuta prosessiin osallistuvaa henkilöä kohtaan. Ks. myös edellä jaksossa 5.3.2 (V) s. 391 EIT:n ratkaisusta *Nikula* 21.3.2002 esitettyä.

seikasta. Esimerkiksi todistajan uskottavuutta koskevien kysymysten tarpeellisuus tai ylipäättään kysymysten relevanttius riippuu yleensä myös muista asioista esitetyistä ja esitettävistä todistustositseikoista ja aputositseikoista. Kysymyksen esittämisen (tai siihen vastaamisen) torjuminen tarkoittaa sitä, että tuomioistuin evää etukäteen asianosaisen relevantiksi arvioiman hypoteettisen tosiseikan subsumointimahdollisuudet lopullisen oikeuslauseen alaisuuteen. Aputositseikkaa koskevan kysymyksen torjuminen irrelevanttina saattaa puolestaan tarkoittaa tuomioistuimen katsovan näytöltä puuttuvan luotettavan kausaalisuhteen todistusteeman kannalta.¹⁵⁰

Puolustuksen esittämien kysymysten torjumisessa tulee aina ottaa huomioon favor defensionis -maksiimi: kysymys *voi* johtaa syytetylle edullisten tietojen esille tulemiseen. Ellei tuomioistuimella ole varsin painavia perusteita uskoa kuulustelun jatkamisen tietyistä teemasta olevan turhaa, tulee puolustukselle tarjota mahdollisuus tälle edullisten seikkojen selvittämiseen. Potentiaalisesti epävarmalla näytön ennakkoinnilla – josta kysymyksen tarpeettomaksi arvioinnissa aina on kyse – ei siis tule perusteettoman kevyesti riistää syytetyn puolustautumismahdollisuuksia.¹⁵¹

Tuomioistuimen harkinta siitä, onko jokin tosiseikka jo näytetty riittävästi toteen, riippuu paitsi kyseistä seikkaa todistavien todisteiden (kokonais)näyttöarvosta, pitkälti myös siitä, miten *kattavaa* teemaan liittyvä todistelu on. Silloin kun oikeudenkäyntiaineistosta on saatavissa tukea sille, että jokin toinen (yleensä puolustuksen vetoama) tosiseikka on mahdollisuuksien rajoissa – ainakin siinä määrin, että se voi luoda epäilyksen syytettä vastaan – ja olisi lisäkysymyksillä mahdollisesti selvitettävissä, tulee tällainen todistelu pääsääntöisesti sallia. Jos asiassa tuomioistuimen mielessä ei ole varteenotettavia vaihtoehtoisia hypoteeseja, voi todistelun evätä helpommin tarpeettomana, jos kysymys palvelee yksinomaan *jo vahvasti toteen näytetyn seikan* kattavuuden – ts. todistelun kvantiteetin ja sitä kautta varmuuden – lisäämistä.

6.2.3.3 Asiaan kuulumattomat, eksyttävät ja sopimattomat kysymykset

Ilmeisesti asiaan kuulumattomat, eksyttävät ja muuten sopimattomat kysymykset ovat aina kiellettyjä (OK 17.33.5). *Ilmeisesti asiaan kuulumattomat* kysymykset liittyvät seikkoihin, joilla ei ole mitään tai vain hyvin vähän tekemistä tutkittavana olevan asian kanssa (eli kun todistuskeino tai kysymys ei tuomioistuimen mielestä palvele todistusteemansa selvittämistä). Tällaiset seikat eivät siten vaikuttaisi millään lailla tuomioistuimen ratkaisun lopputulokseen, ja

¹⁵⁰ Ks. Köhler 1979 s. 30 ss.

¹⁵¹ Köhler 1979 s. 39–40. Ks. myös Wilton 1996 s. 142, Lappalainen 2001a s. 163 ja Schellenberg 2000 s. 162.

niiden vastaanottaminen olisi prosessiekonomisesti sekä prosessin selkeyden kannalta haitallista.¹⁵² Todistelurakenteen mahdottomuuteen tai epätodennäköisyyteen perustuvan todisteen torjumisessa voi tosin olla ongelmallista se, että tuomioistuin voi tällöin tulla lyöneeksi lukkoon kantansa todistelun osalta jonkin abstraktin kokemussäännön perusteella, joka kuitenkin olisi periaatteessa voinut tulla arvioitavaksi toisin kyseisen tapauksen laajemmassa kontekstissa.¹⁵³

Kysymyksen relevanttiutta on arvioitava yksittäistapauksittain kulloinkin aktualisoituvien oikeustositseikkojen valossa.¹⁵⁴ Tuomarin ei lähtökohtaisesti tule estää kysymyksen esittämistä ilman hyviä perusteita, koska asianosaisen kuulustelutaktiikka saattaa joskus edellyttää vähemmän suoraa etenemistä relevanttiin teemaan. Kuulustelijalle on toisin sanoen sallittava tietty 'liikkumapila'.¹⁵⁵ Liian karkäs puuttuminen kysymysten esittämiseen voi nähdäkseni muodostaa oikeudenkäyntivirheen, joka tulee oikaista muutoksenhakutuomioistuimessa. Asialle vaikutuksellisten seikkojen selvittämiseen tähtäävän kysymyksen tai kyselylinjan kieltäminen voinee periaatteessa muodostaa perusteen myös ylimääräiselle muutoksenhauille.

Kysymys, jolla edellytetään vastausta jostain sellaisesta seikasta, josta *todistaminen ei kuulu henkilön velvollisuuksiin*, on luonnostaan asiaankuulumaton. Todistajalta ei esimerkiksi tulisi yleensä sallia kysyttävän tämän mielipidettä siitä, valehteleeke jokin toinen todistaja, esittävän otaksumia tai arvioita tai ottavan muutenkaan kantaa muun kuin oman suullisen todistelunsa luotettavuuteen tai uskottavuuteen.¹⁵⁶ Ristiriitojen selvittäminen muun suullisen todistelun kanssa on luonnollisesti välttämätöntä ja sallittua. Kysymyksenasettelun tulisi kuitenkin tällaisissa tilanteissa kohdistua konkreettisten tosiseikkojen selvittämiseen eikä todistajan mielipiteeseen siitä, millä tavoin tai miksi toinen henkilö valehtelee tai erehtyy.

Edelleen säännökset, jotka oikeuttavat tai velvoittavat todistajan jättämään vastaamatta johonkin kysymykseen tai paljastamasta jotain tietoa, synnyttävät

¹⁵² Ks. *Honig* 1967 s. 11 ja *Schellenberg* 2000 s. 50–51. Vrt. *Aarnio* 1982 s. 176 ja 164, jossa Aarnio määrittelee *säännöstulkinnan* relevanttiuden siten, että jos T_1 on mahdollista perustella ilman, että vedotaan oikeuslähteeseen O_1 , ei O_1 ole relevantti T_1 :n kannalta. Todistajankuulustelussa esitettävän kysymyksen irrelevanttiutta ei sen sijaan voi määritellä yhtä kaavamaisesti esim. viittaamalla mahdollisuuteen saada tietty samaa tarkoittava vastaus myös jollain muulla tavalla eli tiettyä nimenomaista kysymystä esittämättä. Tilannetta on arvioitava toisin itse kysymyksellä tavoiteltavan todistustositseikan relevanttiutena tietylle teemalle, joka itsessään voi joko olla relevantti tai ei.

¹⁵³ *Köhler* 1979 s. 33–34.

¹⁵⁴ Ks. *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 198 ja *Weißmann* 1982 s. 128–129.

¹⁵⁵ Ks. *Malek* 1994 s. 148: yksittäin tarkasteltuna tiettyjen todistustositseikkojen selvittämiseen tähtäävät kysymykset voivat näyttää irrelevantteilta, mutta kyselylinjan relevanttius kokonaisuutena saattaa selvät näiden yksittäisseikkojen yhteisvaikutuksesta.

¹⁵⁶ Ks. *Levy* 1999 s. 415, *Schellenberg* 2000 s. 50 ja *Honig* 1967 s. 13: angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa puhutaan ns. incompetent-kysymyksistä mm. juuri mainitussa merkityksessä.

vastaavan kyselykiellon *privilegoidusta tiedosta*.¹⁵⁷ Koska virallinen syyttäjä ja puolustusasianajaja ovat velvollisia noudattamaan oikeudenkäymiskaaren säännöksiä, tulee heidän kunnioittaa mm. OK 17:20–24:n säännöksiä ja pidättäytyä (edes kautta rantain tai epäsuorasti) kysymästä sellaisia seikkoja, joista kertomiseen todistajalla ei ole oikeutta tai joista hän on ilmoittanut tahtovansa vaieta. Oikeuden puheenjohtajan tulee tarvittaessa prosessinjohtonsa puitteissa valvoa, että tätä kyselykieltoa noudatetaan, eli *todistamis- ja hyödyntämiskielto* perusteita kiertävät kysymykset puheenjohtajan tulee estää.

Käytännössä yleinen tilanne, joka nostattaa helposti esiin kysymyksen todistelun asianmukaisuudesta ja sopivuudesta, on syytetyn tai muiden kuulusteltavien henkilöiden rikollisesta menneisyydestä kysyminen. Vähäisiä rikosasioita – mm. liikenne rikkomusjuttuja – lukuun ottamatta syyttäjä toimittaa *syytetyn rikosrekisteriotteen* tuomioistuimelle aina haastehakemuksen yhteydessä. Koska rikosrekisteri näin on yleensä (ainakin periaatteessa) tuomioistuimelle entuudestaan tuttu, voidaan syytetyn rikollista menneisyyttä koskevat kysymykset nähdä yleisemmin sallittuina sekä syyttäjän että puolustuksen toimesta suoritettuina.¹⁵⁸ Luonnollisesti rikollista menneisyyttä koskevia seikkoja koskee normaali relevanttiusvaatimus samoin kuin mitä tahansa muutakin todistelua. Syyttäjän kannalta syytetyn rikosrekisteriä voidaan pyrkiä käyttämään tarkoituksessa osoittaa syytetyn kertomus epäluotettavaksi; kyse on yhdenlaisesta luonnetodistelusta (josta tulee lähemmin puhe pian jäljessä). Suorana näyttönä syytetyn syyllisyyden puolesta rikosrekisteri ei voine toimia juuri koskaan. Puolustus voi pyrkiä käyttämään syytetyn rikoshistoriaa myös omaksi edukseen: osoittamalla, että syytetty on aina aikaisemmin myöntänyt häntä vastaan nostetut rikossyytteet todeksi, voidaan pyrkiä luomaan uskottavuutta tämänkertaiselle syytteen kiistämiselle.

Vaikka rikosrekisteriote sinänsä on tuomioistuimen tiedossa, ei syytetyn kuulustelussa rikosrekisteriotteeseen mielestäni ainakaan rutiininomaisesti saisi vedota. Joissain tapauksissa syytetyn rikollisen menneisyyden esille ottaminen on kuitenkin nähtävä perusteltuna. Tällainen tilanne voi olla käsillä mm. silloin, kun viitattu aikaisempi rikos muodostaa esi- tai osateon nyt syytteessä olevalle teolle, kun aikaisempaan rikokseen viittaaminen on välttämätöntä sen osoittamiseksi, että syytetyllä on tietty erityinen toimintatapa tai -strategia ja myös silloin, jos syytetty itse aktiivisesti pyrkii näyttämään tuomioistuimelle nuhteettomuutensa tai ”hyvän luonteensa” esimerkiksi positiivisella luonnetodistelulla (jos todistelu on ristiriidassa syytetyn rikosrekisterin kanssa). Merkitystä syytetylle esitettävien rikosrekisteriä koskevien kysymysten sopivuudelle

¹⁵⁷ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 231 ja *Helminen ym.* 2002 s. 341. Ks. myös *Fitger* 2002 (36:18).

¹⁵⁸ Ks. *Klami* 2000 s. 38. Espanjassa rikosrekisteriä koskevat kysymykset esitetään syytetyn (samoin kuin todistajan) osalta aivan näiden kuulusteluiden alussa. Myöhemmät kysymykset ovat kiellettyjä. Ks. *Tackenberg* 1960 s. 45–46.

tai asiallisuudelle lienee myös sillä, minkälaisia rikoksia rikosrekisteri koskee: syytetyn yleisen uskottavuuden arvioinnin kannalta esimerkiksi aikaisempia tuomioita väärennyksestä, perättömästä lausumasta tai anastusrikoksista voi pitää merkityksellisempinä kuin esimerkiksi aikaisempia väkivaltarikostuomioita. Luonnollisesti myös tuomioiden ”tuoreudella” on merkitystä.¹⁵⁹

Puolustuksen lienee myös sallittua vedota kanssasyytetyn rikolliseen taustaan tämän uskottavuutta heikentävänä todisteluna silloin, jos kyseistä henkilöä on kuultu prosessissa todistelutarkoituksessa ja tämä on todistanut toiselle puolustautuvalle kanssasyytetylle vastaisesti.¹⁶⁰ Sen sijaan syyttäjän tulisi pidättäytyä tarpeettomasta syytetyn rikollisen menneisyyden kaivelemisesta; on otettava huomioon, että tuomioistuimen lautamiehillä ei välttämättä ole tietoa syytetyn rikosrekisteristä. Jättämällä rikollinen tausta ottamatta esille välttyään siltä vaaralta, että syytetty tulisi tuomittua menneisyyteensä liittyvien ennakkoluulojen perusteella (aikaisempi rikollisuus voi de facto olla lautamiesten mielestä vahva indisio rikoksen tapahtumisesta tässäkin tapauksessa). Langettavan tuomion tulisi aina perustua vahvaan rikosnäyttöön mahdollisimman pitkälti ”puhtaalta pöydältä”, eikä oikeusvarmuuden kannalta epäluotettavasta kokemussäännöstä (aikaisemman rikollisuuden indisionäytöstä) lähtien.¹⁶¹

Tuomioistuimella ei sen sijaan ole automaattisesti tietoa *todistajien* tai *asianomistajien* mahdollisesta rikollisesta menneisyydestä. Näiden henkilöiden kuulusteluissa aikaisemmista rikostuomioista tai tuomioiden jälkeen tekemistä uusista rikoksista kysyminen asianosaisten taholta onkin yleensä nähtävä asiaan kuulumattomana yrityksenä vaikuttaa kuulusteltavan uskottavuuteen.¹⁶² Tilanteessa, jossa (vasta)kuulustelija kuitenkin jotain kautta tietää kuulustelta-

¹⁵⁹ Ks. *Levy* 1999 s. 487.

¹⁶⁰ Ks. *Klemm* 1979 s. 39 ja *Wrottesley* 1961 s. 150. Rikosrekisteriotteen näyttövaikutuksesta ks. *Klami* 1991b s. 292–299, joka katsoo rikosrekisteritietojen ja muiden tietojen henkilön taustasta olevan tärkeitä aputositseikkoja arvioitaessa syytetyn tai todistajan kertomuksen luotettavuutta. Sen sijaan tieto syytetyn aikaisemmasta rikollisuudesta ei omaa minkäänlaista itsenäisen todistusotiseikan positiivista näyttöarvoa kulloinkin kyseessä olevan rikoksen toteen näyttämässä (poislukien näyttö tietystä tunnusomaisesta rikoksentehtävästä). Eri asia on, että rikollisella taustalla voi olla suurikin merkitys rikoksesta tuomittavan rangaistuksen lajia pohdittaessa ja yleisemminkin rangaistusta mitattaessa. Ks. myös *Levy* 1999 s. 484–487 ja *Ervo* 1996 s. 71 av. 180.

¹⁶¹ Ks. oivaltavasti *Lehtimaja* 1978b s. 262 siitä, miten – muuten plea bargaining -instituutioineen ja ’puhtaasti’ prosessuaaliseen totuuteen tyytyvässä ja siten meikäläisittäin vieraalta tuntuva – yhdysvaltalaisessa oikeusjärjestelmässä toimitaan kuitenkin tavallaan rehellisemmin siinä suhteessa, ettei syyllisyyskysymyksen ratkaisevalle jurylle pääsääntöisesti sallita esittää mitään todistelua syytetyn aikaisemmista rikoksista. Ks. myös *Wagenaar ym.* 1993 s. 27 rikosrekisteritietojen tuntemuksen vaikutuksesta tuomitsemistoimintaan empiiristen tutkimusten valossa sekä s. 48–49 siitä, että pelkästään siitä seikasta, että useita samaan tapahtumainkokonaisuuteen liittyviä syytekohtia käsitellään yhdessä, voi seurata, että yhden syytekohtaan tueksi esitettävä näyttö luo mahdollisesti näyttökynnystä de facto alentavan kontekstin muiden syytekohtien arviointiin.

¹⁶² Selvää on, että tuomioistuin ei saa puolueettoman roolinsa puitteissa itse ryhtyä tiedustelemaan todistajan tai asianomistajan mahdollista rikollista menneisyyttä.

van syyllystyneen aikaisemmin nimenomaan epärehellisyyttä tai valehtelutai-pumusta osoittaviin rikoksiin, lieenee todistajalta tai asianomistajalta kuitenkin mahdollista tiedustella tämän mahdollisista tuomioista. Jos asianomistajan tai todistajan rikosrekisteriotteeseen sallitaan vedota, tulee tällöin nähdäkseni myöskin sallituksi tiedustella kuulusteltavalta lähemmin niistä tapahtumista, jotka johtivat rikosrekisterin osoittamiin tuomioihin, jos selvityksellä voi olla merkitystä henkilön uskottavuuden arvioimisessa. Sen sijaan yleensä epäasian-mukaisena on pidettävä pidemmälle meneviä yrityksiä osoittaa kuulusteltava henkilö epäluotettavaksi esimerkiksi tämän elinympäristöön tai huonomainei-suuteen viitaten.¹⁶³

Suomen asianajajaliiton hallituksen päätöksen 24.10.1969 § 29 mukaan lu-vallista oli antaa [asianajajan toimesta] tuomioistuimelle erään toisen jutun yhteydessä pöytäkirjan otteesta saatu *asianomistajan* rikosrekisterinote ai-neistona, joka saattoi vaikuttaa arvosteltaessa hänen kertomuksensa luotetta-vuutta, koska asianosaisten kertomuksilla oli jutussa ilmeisesti merkitystä eikä tarkoituksena ollut vahingoittaa asianomaista.¹⁶⁴

Todistelun relevanssin arvioinnissa esiintyy väistämättä vaikeita rajanvetotilan-teita. Esimerkiksi ns. *luonnetodistelun* sallimiseen on suhtauduttu Suomessa varsin pidättyväisesti.¹⁶⁵ Luonnetodistelu kohdistuu henkilön yleisen uskotta-vuuden tai maineen selvittämiseen ja vieläpä yleensä negatiivisesti siten, että kuulustelusta muodostuu kuulusteltavan kannalta hyökkäävä tai painostava. Luonnetodistelulla voidaan ymmärtää paitsi henkilöön käyvää, hyökkäävää vastakuulustelutyyliä sinänsä, myös ja ennen kaikkea varsinaista 'positiivista' näyttöä (yleensä todistajanäyttöä), jonka tarkoituksena on toisen prosessissa kuulusteltavan henkilön luonteen, käytöksen tai maineen selvittäminen eli viime kädessä kuulusteltavan uskottavuuden heikentäminen.¹⁶⁶ Luonnetodiste-lun tarkoituksena on tuoda esiin henkilöön liittyviä ominaisuuksia aputosi-seikkoina, jotka alentavat kertomuksen luotettavuutta.

¹⁶³ Ks. *Dahs* 1983 s. 111 ja *Levy* 1999 s. 485. Vrt. kuitenkin *Levy* 1999 s. 488–489: Yhdysvallois-sa ja Kanadassa todistajien aikaisemmista rikoksista kuulustelu uskottavuuden selvittämiseksi – samoin kuin muikin luonnetodistelu – on päinvastoin laajemmin mahdollista kuin syytettyä kuulusteltaessa.

¹⁶⁴ Ks. *Ylöstalo – Tarkka* 2000 s. 231.

¹⁶⁵ Ks. *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 187.

¹⁶⁶ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 56. Periaatteessa syytetty voi esittää luonnetodistelua myös positiivi-sesti pyrkien osoittamaan esim. moitteetonta menneisyyttään tai hyviä elintapojaan (omassa kertomuksessaan tai toisten todistajien tai todisteiden avulla). Tällaista luonnetodistelua ei tiettä-västi juurikaan käytetä Suomessa. Nähdäkseni tällaisen todistelun relevanttius onkin hyvin kyseenalaista, koska sillä ei ole suoraa merkitystä tietyn tosiseikaston toteennäyttämässä, vaan korkeintaan aputosiseikka-merkitystä syytetyn kertomuksen luotettavuuden arvioinnissa. Vapaan todistelun ja puolustuksen suosimisen periaatteen mukaisesti tällaista todistelua ei toisaalta voida pitää kiellettyinä. Periaatteessa syyttäjälle tulisi tällöin mahdollistaa päinvastaisen luonne-todistelun esittäminen syytetystä.

Perusteettoman aggressiivisen kuulustelumetodin tai esimerkiksi kuulusteltavan järkyttyneen mielentilan hyväksikäytön on lähtökohtaisesti katsottava olevan hyvän asianajotavan vastaista. TO 43 §:n 1 momentin mukaan asianajaja ei nimittäin saa pyrkiä sopimattomasti vaikuttamaan todistajaan. TO 43 §:n 3 momentissa puolestaan säädetään, että *puolustusasianajaja ei saa antaa todistajasta tietoja eikä esittää lausumia, jotka ovat omansa saattamaan tämän halveksimisen alaiseksi, ellei asian hoitamisen tai päämiehen etu sitä vaadi*.¹⁶⁷

Tapaohjeiden mainitut säännökset tarkoittavat pitkälti juuri edellä luonnetodisteluksi luonnehdittua todistelua ja kuten nähdään, sanamuotonsa puolesta asianajajan eettinen normisto suhtautuu pääsääntöisen torjuvasti todistajan maineeseen tai kunniaan kohdistuvaan aggressiiviseen kuulusteluun. Toisaalta sääntöä on mahdollista lukea väljästi myös toisin päin: todistajan, asianomistajan tai syytetyn kannalta kiusallisten tietojen tai lausumien esittäminen on sellaisenaan aina sallittua, kun asian hoitaminen tai päämiehen etu sitä vaatii.¹⁶⁸ Käytännössä asianajajalla ei yleensä liene vaikeuksia perustella kuvatulnlaista menettelytarvetta.¹⁶⁹

Säännökset tai eettiset velvoitteet eivät toisaalta millään lailla rajoita muulla tavoin vahvastikin kriittistä vastakuulustelua. Muun muassa kuulusteltavan havaintoedellytyksiä, muistia, virheellisiä tai subjektiivisia tulkintoja samoin kuin myös tämän mahdollisia sivu- tai taustavaikuttimia voi ja tuleekin pää- ja vastakuulustelussa kritisoida, jos päämiehen etu sitä vaatii.¹⁷⁰ Myös suoranainen luonnetodistelu voi olla hyvän asianajotavan mukaista tilanteissa, joissa tällaisen todistelun esittäminen on välttämätöntä oman asian menestykselliseksi hoitamiseksi.¹⁷¹

Todistelun relevanttiuden ja kuulustelijalle annettavan liikkumatilan arvioinnissa on otettava huomioon paitsi se, minkä sisältöistä ja laatuista tietoa kullakin kysymyksellä tai kuulustelulinjalla on odotettavissa (ts. mikä olisi saatavien tietojen merkitys todistusteellemme), myös se, mikä merkitys kysymyksellä olisi kuulusteltavalle ja yleisemmin oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle. Liikkumatilaan vaikuttaa siis itse todisteen merkitys sekä kysymysten mahdollinen

¹⁶⁷ Edelleen TO 36 §:n mukaan asianajaja ei saa pyrkiä saattamaan *vastapuolta* halveksimisen alaiseksi tai esittää tätä loukkaavia tai väheksyviä lausumia, ellei se ole välttämätöntä asian hoitamiseksi tai päämiehen etujen valvomiseksi.

¹⁶⁸ Ks. mm. *Ebervall* 2002 s. 345.

¹⁶⁹ Ks. esim. *Jokelan* 2002 s. 297–298 esittämä kurinpitolautakunnan ratkaisu, jossa asianajajan ei katsottu menetelleen virheellisesti, vaikka hän oli lapsen tapaamisoikeuden muuttamista koskevassa asiassa esittänyt vastapuolesta hyvinkin arkaluonteisia asioita. Asian hoitamisen sitä edellyttäessä menettelyn todettiin olevan hyvän asianajajataavan mukaista.

¹⁷⁰ Ks. *Klami ym.* s. 1994 s. 164.

¹⁷¹ Näin mm. *Malek* 1994 s. 11–12. Tällaisissa tilanteissa asianajajalla lienee tosin korostettu vastuu päämieheltään saamien tietojen oikeellisuudesta varmistumisesta; negatiivisen luonnetodistelun aggressiivista luonnetta sellaisenaan voidaan pitää seikkana, joka edellyttää menettelylle TO 42 §:ssä tarkoitettua erityistä syytä.

loukkaava tai kuulusteltavan yksityisyyteen puuttuva luonne. Tällöin kysymys voi tulla torjutuksi – ei epärelevanttiuden, vaan – *sopimattomuutensa* johdosta.¹⁷²

Sopimattomuus liittyy usein yhteen kuulusteltavan henkilön yksityiselämän suojan kanssa. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen soveltamiskäytännössä yksityisyyden suojasta säättävästä 8 artiklasta on johdettu valtiolle aktiivisia velvollisuuksia turvata yksityiselämän suojan toteutuminen positiivisin toimenpitein.¹⁷³ Myös perusoikeusuudistuksessa korostettiin valtiolta edellytettävän aktiivisia toimenpiteitä yksityiselämän suojaamiseksi *toisten yksilöiden loukkauksia vastaan*.¹⁷⁴ Perustuslain 22 §:ssä julkisen vallan velvollisuudeksi asetetaan turvata perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Nähdäkseni tuomarilla on perustuslaintasoinen velvollisuus torjua tarpeettomasti yksityiselämän piiriin puuttuvat kysymykset. Tuomioistuimen puheenjohtajalla on merkittävä valta ja vastuu yksityisyyden suojan perusoikeuden kunnioittamisen ja suojelemisen turvaamisessa materiaallisen prosessin johdon keinoin. Kontrolloidessaan asianosaisten esityksiä perusoikeuksia kunnioittavalla tavalla tuomioistuin tulee samalla huolehtineeksi myös oikeudenkäyntimenettelyn oikeudenmukaisuudesta.

Sopimattomia kysymyksiä on vaikea määritellä täsmällisesti sekä edellä mainitussa että muissakin suhteissa. Sopimattomuus voi perustua joko kysymyksen sisältöön tai kysymyksen esittämistapaan.¹⁷⁵ Yleensä tuntemattomien seikkojen olettaminen tai edellyttäminen on sopimatonta, ainakin pääkuulustelussa. Hie-
man eri asia on, jos asianosainen esimerkiksi esittää vastakuulustelussa kuulusteltavalle jonkin seikan jo tulleen tuomioistuimessa todistetuksi. Tällöin vastapuoli voi vastustaa kysymystyyliä sopimattomana vihjailuna tai johdatteluna.¹⁷⁶ Sopimattomana kysymyksenä voidaanakin pitää jo riidattomasti selvitettyä seikkaa koskevaa, toistavaa kysymystä.

Kenenkään kuulusteltavan velvollisuuksiin ei myöskään kuulu arvioida moraalisesti syytetyn henkilön luonnetta tai menettelyä, eivätkä tällaiset arviot ole toisaalta edes asiaan kuuluvia.¹⁷⁷ Paitsi yksityisyyteen, myös kuulusteltavan

¹⁷² Rikoksen selvittämisentressillä voidaan luonnollisesti in casu katsoa olevan kuulusteltavan yksityisyyden suojaa suurempi painoarvo.

¹⁷³ Ks. *Viljanen, V-P.* 1996 s. 803. Tässä yhteydessä voi viitata vanhojen tuomarinohjeiden 26 kohtaan, jonka mukaan: ”... Sillä tuomarin virka on sellainen, että hänen aina pitää olla alttiimpi auttamaan kuin sortamaan, suojella toisen kunniaa ja hyvää mainetta, eikä turmella sitä, ellei asia ole perusteilla ja todistuksilla niin julkiseksi tullut, ettei minkään suojeleminen enää auta.”

¹⁷⁴ Ks. *HE 309/1993 vp.* s. 53.

¹⁷⁵ Myös muunlainen asianosaisten käytös tai toiminta kuulusteluiden aikana voi tulla prosessin johdossa torjuttavaksi. *EOA 1999 s. 93–94* käsitellyssä tapauksessa (1595/4/97) EOA katsoi, että tuomioistuimen puheenjohtaja voi muodollisen prosessinjohtonsa puitteissa esim. kieltää asianosaista nauhoittamasta kuulusteluja, jos menettely yksittäistapauksessa voi hermostuttaa asianosaista tai kuulusteltavia ja siten vaikeuttaa heidän luontaista ilmaisuaan.

¹⁷⁶ Ks. *Wrottesley* 1961 s. 139.

¹⁷⁷ Ks. *Tackenberg* 1960 s. 46 ja *Levy* 1999 s. 415.

kunniaan tarpeettomasti puuttuvat kysymykset tai pelkästään tämän ärsyttämiseen tähdätyt kysymykset ovat myös sopimattomia.¹⁷⁸ Kunniaa vahvasti loukkaavia kysymyksiä voidaan pitää sopimattomana silloinkin, kun puolustuksella olisi intressi saada vastaus (mahdollisesti uskottavuusarvioon vaikuttavaan) kysymykseensä. Vastaavasti voidaan katsoa, että kuulusteltavan poliittista vakaumusta koskevat kysymykset (teemana) ovat sopimattomia ja kiellettyjä.¹⁷⁹ Oikeuskäytännössä suhtaudutaan nykyään perustellun torjuvasti myös seksuaalirikoksen uhrin aikaisempia seksuaalisia kokemuksia tai yleistä seksuaalista käyttäytymistä selvittäviin kysymyksiin.¹⁸⁰

Sellaiset kysymykset, jotka jo esitutkinnassa ovat kiellettyjä, ovat luonnollisesti kiellettyjä myös tuomioistuimessa.¹⁸¹ Analogisesti ETL 24 §:n mukaisesti siten ei saa käyttää: ”tietoisesti vääriä ilmoituksia, lupauksia tai uskotteluja erityisistä eduista, uuvuttamista, uhkausta,¹⁸² pakkoa taikka muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja tai menettelytapoja”. Yleisellä tasolla sopimattomana tulee pitää sellaisia kysymyksiä, jotka ovat omiaan vaikuttamaan todistajan harkintavaltaan totuuden esille saamista haittaavalla tavalla. Tuomioistuimen tulee valvoa, ettei syyttäjä tai puolustusasianajaja pääkuulustelussa vain pyri ”yksisilmäisesti” saamaan tiettyyn teemaan sopivia vastauksia. Yleisesti sopimattomia kysymyksiä ovat myös sellaiset, jotka sisältönsä tai esittämistapansa puolesta loukkaavat tuomioistuimen arvovaltaa.¹⁸³ Periaatteessa yksittäinenkin kysymys voi olla tarkoitettulla tavalla sopimaton, mutta yleisempää on, että sopimattomuus aiheutuu tietystä yleisemmästä kuulustelulinjasta tai kysymysten toistosta.¹⁸⁴

Painostavia kysymyksiä ei pääsääntöisesti tulisi lainkaan käyttää, mutta jos kuulusteltava niskoittelee selvästi, ovat ne mahdollisia. Perusteeton tivaaminen ja uuvuttava kyselytyyli on myös yleensä sopimatonta ja siten kiellettyä. *Eksytävissä kysymyksissä* on usein kyse huonosta kuulustelutekniikasta, jos esim.

¹⁷⁸ Ks. *Levy* 1999 s. 419 s. Ks. myös *Roxin* 1998 s. 223. Vertailun vuoksi mainittakoon, että StPO 68a § suojaaa todistajan *kunniaa* kieltämällä esittämästä todistajalle sellaisia kysymyksiä (todistusteemakielto), joihin vastaaminen voi johtaa todistajan tai hänen lähiomaisensa häpeään joutumiseen. Suomessa ei ole vastaavaa nimenomaista kieltoa. Vastaavansuuntainen optimointiperiaate kunnian suojelemiseksi voidaan kuitenkin johtaa perustuslaista (PL 10.1 §), mistä syystä sekä syyttäjän että tuomioistuimen tulee aina pyrkiä suojelemaan kuulusteltavien henkilöiden kunniaa riittävässä määrin.

¹⁷⁹ Ks. *Weißmann* 1982 s. 129 s., *Tirkkonen* 1972 s. 295 ja *Hormia* 1979 s. 12–13.

¹⁸⁰ Ks. *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 198, *Robberstad* 1999 s. 240, *Ebervall* 2002 s. 251–253 ja *Tackenberg* 1960 s. 47.

¹⁸¹ Ks. *Tackenberg* 1960 s. 50.

¹⁸² Lingvistikseen uhkaavalle puheaktille on ominaista puhujan näkökulmassa pitäytyminen (eli kuuntelijan näkökulman sivuuttaminen), puhujan kontrolli sekä puheenaiheen haitallisuus kuulijalle. Ks. *Shuy* 1996 s. 97.

¹⁸³ *Weißmann* 1982 s. 132.

¹⁸⁴ Ks. *Schellenberg* 2000 s. 50.

esitetään useita kysymyksiä samanaikaisesti, liian nopeasti tai jos kysymykset ovat muotoiltu niin, ettei kysymysten tarkoitus selviä. Nopea ns. teemanvaihtokysely (zig-zag -kuulustelu) voi kuitenkin olla vastakuulustelussa tarkoituksenmukainen kertomuksen luotettavuuden selvittämiseksi.¹⁸⁵ Monimutkaisia ja moniosaisia kysymyksiä tulisi yleensä välttää. Myös viittaaminen seikkoihin, joista todistajalla ei ole tietoa (keksittyyn oletukseen perustuva kysymys), sekä ylipäätään ”mahdottomien” kysymysten esittäminen, voi olla eksyttävää.

Kysymyksen sallittavuutta on aina arvosteltava *yksittäistapauksellisesti* kuulusteltavan rooli ja kuulustelussa aiemmin esille tulleet tiedot huomioiden.¹⁸⁶ *Lähtökohtaisesti syytetyllä on kuitenkin muita suojatumpi asema*, eikä tätä vastaan tulisi käyttää ”kiertoteitä”, joilla tämän vaitiolo-oikeutta tai muita prosessuaalisia oikeuksia pyrittäisiin rajoittamaan. Näin ollen kysymyksiä, jotka muotonsa puolesta voivat johtaa syytetyn ristiriitaisuuksiin, tai muita sekoittavia kysymyksiä, ei tulisi juurikaan käyttää syytetyn kuulustelussa tuomioistuimessa. Syytetyn vastakuulustelussa voidaan tosin käyttää normaalisti ’lievempiä’ johdattelevia kysymyksiä. Ainakaan syyttäjän taholta myöskään hypoteettisia kysymyksiä ei tulisi juurikaan esittää syytetylle, joskin ne voivat olla sallittuja todistajien kohdalla ja yleensä aina asiantuntijoiden kohdalla. Hypoteettiset kysymykset syytetyn kuulustelussa voivat kuitenkin olla perusteltuja jonkin syytetylle edullisen seikan esille saamiseksi.

Toisaalta myöskin *asianomistajan* ’kiusaamiseen’ lienee suhtauduttava korostetun torjuvasti. Erityisesti puolustuksen näkökulmasta juuri asianomistajan aggressiivinen tai painostava vastakuulustelu voi olla houkuttelevaa. Tällaisen menettelyn liiallinen salliminen voisi kuitenkin olla ristiriidassa sen kanssa, että myös asianomistajan perusoikeuksien toteutumiseen tulee PL 22 §:n perusteella optimaalisesti pyrkiä. Tässä suhteessa voitaisiin teoretisoida, että EIS 6 artiklan tulkintakäytäntö voisi (paradoksaalisesti) olla asianomistajan intressien ja perusoikeuksien suojelemisen kannalta negatiivinen seikka: EIS:n oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin mittapuu on hyvin pitkälti juuri rikoksesta epäilty tai syytetty henkilö, joten näiden intressien ’kovertaminen’ asianomistajaintressien eduksi voisi tehdä menettelystä tarkoitettulla tavalla epäoikeudenmukaisen. En pidä oletamaani vastaargumenttia kuitenkaan vakuuttavana ainakaan nyt puheena olevassa asiayhteydessä. Se, että puolustuksen sopimattomia kysymyksiä evätään, tuskin voi sellaisenaan tehdä oikeudenkäynnistä syytetyn kannalta epäoikeudenmukaista. Syytetyllä on joka tapauksessa asianmukainen vastakuulustelu-oikeus, eikä asianmukaisuuteen johtavalla rajoittavalla prosessinjohtolla sellaisenaan estetä vastakuulustelu-oikeuden käyttöä tai yleensä myöskään puolustukselle relevanttien teemojen käsittelyä sellaisenaan.

¹⁸⁵ Vrt. Moore ym. 1996 s. 211, joka pitää tarkoitettua menettelyä puolustettavana lähinnä vain silloin, kun asianosainen on näytöllisesti ”epätoivoisessa” tilanteessa ja joutuu turvautumaan itselleen mahdollisesti edullisten seikkojen ’kalasteluun’.

¹⁸⁶ Weißmann 1982 s. 131.

6.2.4 Tuomioistuimen puuttumisen muoto

Tuomioistuimen puheenjohtajan tulisi evätä kielletyt kysymykset mahdollisimman nopeasti eli ennen kuin kuulusteltava ehtii vastata kysymykseen. Vaikeutena menettelyssä on kuitenkin, että silloin, kun kysymyksen kiellettyisyys ei ole ilmeistä, tulisi kysymysten torjumisessa pääsääntönä kuitenkin päinvastoin noudattaa ns. *varovaisuusperiaatetta*. Liian ’äkkinäisestä’ kysymysten torjumisesta voi nimittäin syntyä puolueellinen vaikutelma, minkä lisäksi vain harvoin on etukäteen riittävän selvää, että kysymys on esim. asiaankuulumaton – tarpeeton kysymysten torjuminen voi siten haitata myös aineellisen totuuden esille saamista.

Common law -oikeusjärjestelmissä asianosaiset voivat vastustaa tietyn todistajan kuulemista kokonaan, tiettyä kyselylinjaa tai tiettyä nimenomaista kysymystä.¹⁸⁷ Suomen oikeudessa ei ole säännelty asiasta nimenomaisesti vastaavalla tavalla. Tuomarin tulee oma-aloitteisesti jatkuvasti seurata kuulustelua ja hänen on puututtava mm. kiellettyihin johdatteleviin kysymyksiin. Ensisijaisena keinona asiaan kuulumattomiin, eksyttäviin tai muuten sopimattomiin kysymyksiin puuttumiseksi tuomioistuimen puheenjohtajan tulee käyttää mahdollisimman vähän asianosaisen suorittamaan kuulusteluun puuttuvaa tapaa (’*vähimmän haitan periaate*’). Tuomarin tulisi ensisijaisesti vain huomauttaa kysymyksen epäasianmukaisuudesta, jolloin asianosaisen tulee muuttaa kysymyksensä muotoa tai ”vetää se takaisin”.¹⁸⁸

Jos tuomioistuin on jo kieltänyt tiettyjen kysymysten esittämisen mutta asianosainen yhä jatkaa entisellä linjalla, voi tuomioistuin myös kieltää asianosaista jatkossa esittämästä tiettyyn seikkaan liittyviä kysymyksiä. Prosessin asianmukaisen kulun takia tällöin on kuitenkin riittävän selvästi rajattava esim. kiellettyjen kysymysten aihepiiri. Vaikka kuulustelut äänitetään tuomioistuinmessä (OK 22:6), saattaa joissain tapauksissa – esim. asianosaisen vaatimuksesta – olla paikallaan tehdä kysymyksen torjumisesta (ja kysymyksen sisällöstä) erillinen *merkintä pöytäkirjaan*. Menettely voi olla tarpeen asianosaiselle, joka voi näin saattaa esim. aikomansa kyselylinjan tarkoituksen muutoksen hakutuomioistuimen arvioitavaksi.¹⁸⁹

Ankarimpana puuttumiskeinona esim. asiattomaan kuulustelukäyttäytymiseen tulee kyseeseen oikeudenkäyntiavustajalle asetettava esiintymiskielto

¹⁸⁷ Ks. *Wagenaar ym.* 1993 s. 208. Ks. myös *Honig* 1967 s. 5–6 ja 11 ss.: Yhdysvaltalaisessa todistajankuulustelussa erotetaan incompetent, irrelevant ja immaterial -kysymykset toisistaan – kukin edustaa sellaista todistusmetodikieltoa, johon vastapuoli voi välittömästi reagoida vastustuksen (objection).

¹⁸⁸ Ks. *Weißmann* 1982 s. 131.

¹⁸⁹ Ks. *Rinsche* 1999 s. 68 ja *Rückel* 1986 s. 200.

tietyssä tuomioistuimessa (OK 15:10a).¹⁹⁰ Voidaan kysyä, mahdollistaisiko OK 17:33 tätä lievemmän 'välimenettelyn', jossa esiintymiskieltoa ei anneta, mutta jossa tuomari kieltää asianosaista suorittamasta kuulustelua ja ottaa kuulustelun itsensä hoidettavaksi. Menettelyä ei nähdäkseni voida pitää ainakaan täysin poissuljettuna.¹⁹¹ Syytetyn oikeus asianmukaisen puolustuksen järjestämiseen estänee kuitenkin useissa tapauksissa menettelyn: kuulustelutehtävän tuomioistuin voi ottaa avustajalta pois, mutta sellaisenaan tämä ei vielä oikeuta tuomioistuinta itseään kuulustelua suorittamaan. Tilanteessa *jutun keskeytys uuden puolustajan määräämiseksi* lienee yleensä perustellumpaa.

¹⁹⁰ Ks. esiintymiskiellon määräämisestä yleisesti *Turunen* 1999 s. 480 s. Vuosina 1995–1999 *asianajajille* on tietävästi asetettu esiintymiskielto vain viisi kertaa, ks. *Melander, L.* 2000 s. 559. Virallista syyttäjää tuomioistuin ei sen sijaan voine vapauttaa tehtävistään. Sen sijaan tuomioistuin voi tehdä ilmoituksen valtakunnansyyttäjälle epäilemistään syyttäjän virkarikoksista tai -virheistä. – Ehdottomana prosessinedellytyksenä viran puolesta huomioitava syyttäjän esteettömyys on eri tähän nähden asia (ks. KKO 2000:51).

¹⁹¹ Menettelyä puoltaa varovasti Ruotsin osalta *Ekelöf* 1994 s. 85–86 ja 156. Norjassa asiasta on nimenomainen säännös StrpL 136 §:ssä, ks. *Lie* 2002 s. 102–104.

7 Vuorokuulustelu asianosaisten näkökulmasta

Käsillä olevan luvun tarkoitus on käsitellä vuorokuulustelun käytännölliseen toteuttamiseen liittyviä kysymyksiä rikosprosessin asianosaisten, lähinnä syyttäjän ja syytetyn näkökulmista.¹ Tuomarin prosessinjohtoa asianmukaisen menettelyn takaamiseksi ja asian selvittämiseksi on käsitelty edellisessä luvussa; käsillä olevassa luvussa tuomarin prosessinjohtolisiin kysymyksiin vielä palataan tarvittaessa. Pääosin esitys kuitenkin kohdistuu kuulustelua suorittavien tahojen menettelytapoihin eli erilaisiin kuulustelustrategioihin ja -taktiikoihin. Erityisen osan sisäisen rakenteen ”sulkevana” tavoitteena on havainnollistaa ja konkretisoida kuulustelutaktiikkaa koskevalla esityksellä virallisen syyttäjän ja puolustusasianajajan rooleista edellä luvussa viisi esitettyjä näkemyksiä. Lopputuloksena on yritys hahmotella kokonaiskuva kuulustelua suorittavien asianosaisten velvollisuuksista ja oikeuksista pää-, vasta- ja uudelleenkuulustelun käsittävässä vuorokuulustelussa.

Ajantasainen vuorokuulustelujärjestelmäämme perustuva kuulustelutaktinen esitys on tarpeen yhtäältä siksi, että henkilötodisteiden vastaanottaminen voitaisiin suorittaa tavalla, joka tukisi tuomioistuimen todistusharkintaa optimaalisesti. Toisaalta kuulustelutaktisten oppien omaksuminen voi edesauttaa oikeudenkäyntimenettelyiden yhdenmukaistumisessa myös esim. siten, että oikeuskäytännössä saavutettaisiin ’konsensus’ siitä, millainen menettely on kunkin asianosaisen ja tuomioistuimen tehtävien mukaista, ja millaiseen kyselyyn sen sijaan on perusteita puuttua rajoittavasti. Ennen mainittuihin kuulustelutekniikkiin kysymyksiin siirtymistä on kuitenkin paikallaan ensin lyhyesti käsitellä todistajankuulustelun kohdetta ja toista osapuolta eli todistajaa ja tämän prosessuaalisia tehtäviä ja velvollisuuksia.

7.1 TODISTAJAN TEHTÄVÄT

OK 17 luvun 18 §:n 1 momentin mukaan todistajana toimiminen on yleinen kansalaisvelvollisuus.² Todistamisvelvollisuus voidaan nähdä kunkin yksilön vastasuorituksena valtiovallan yhteiskunnan kokonaisedun vuoksi antamasta

¹ Muodollisesti asianosaisella tarkoitetaan henkilöä, jonka nimissä oikeutta käydään. Ks. asianosaismääritelmistä *Lappalainen* 1995 s. 51 ja *Robberstad* 1999 s. 323 ss. Varsinaista *asianomistajan* kuulustelunäkökulmaa ei ole tässä valittu tarkastelun kohteeksi.

² Näin mm. *HE 190/2002 vp.* s. 5.

oikeussuojasta. Todistajana olovelvollisuus on käytännössä välttämätön edellytys sille, että tuomioistuimet pystyisivät ylipäättään tarjoamaan oikeussuojaa. Todistamisvelvollisuus kuuluu paitsi Suomen kansalaisille, myös kaikille muille Suomen tuomiovallan alaisille henkilöille. Totaalisesti velvollisuudesta on vapautettu ainoastaan tasavallan presidentti (OK 17:22) ja lähtökohtaisesti ulkomaiset diplomaatit.

Todistajan velvollisuudet voidaan jakaa neljään ryhmään: 1) velvollisuus saapua kutsusta oikeuteen, 2) velvollisuus vannota todistajanvala tai -vakuutus,³ 3) positiivinen totuusvelvollisuus todistajankertomuksessa ja 4) tuomioistuimen erityisestä määräyksestä velvollisuus palauttaa mieleensä kuulusteltavana olevia seikkoja ennen tuomioistuimeen saapumista.⁴ Todistajan positiivinen totuusvelvollisuus on kirjan teeman kannalta kiinnostavin elementti, joten tässä keskitytään siihen ja jätetään muut todistajan velvollisuudet esityksen ulkopuolelle.⁵

Todistajanvala ja -vakuutus ilmaisee ns. *positiivisen totuusvelvollisuuden*, jonka mukaan todistajan tulee aktiivisesti, periaatteessa oma-aloitteisesti kertoa kaikki havaitsemansa seikat, joilla voi olla merkitystä asian ratkaisulle, samoin kuin vastata totuudenmukaisesti hänelle esitettäviin kysymyksiin. Todistajan ilmaisuvelvollisuus ulottuu kuitenkin vain hänen tekemiinsä *havaintoihin, ei sen sijaan havaintojen perusteella tehtyihin johtopäätöksiin, arvostelmiin tai mielipiteisiin*.⁶ Todistajan tehtävänä ei myöskään ole esittää näkemyksiään tosi-

³ Ehdotettu mahdollisuus videokokouksen ja puhelinneuvottelun käyttöön siviili- ja rikosasioissa (ks. *Oikeusministeriö* 2002 s. 37 ja 57–64 ja *HE 190/2002 vp.* s. 17 ja 29–33) saattaa jatkossa muuttaa todistajan läsnäolovelvollisuuksia. Ks. myös *Jokela* 2000a s. 340–341 siitä, että jos todistaja on nimetty todistamaan vain siitä teemasta, josta todistaja on vaitiolovelvollinen (OK 17:23), ei ole oikein pakottaa häntä vannomaan valaa tai antamaan totuusvakuutusta, kun todistaja kuitenkin heti tämän jälkeen voi täysin kieltäytyä todistamasta. Vrt. *Frände* 1999 s. 364 (ja KKO 1968 II 48). Tällainenkin todistaja on kuitenkin kutsuttuna velvollinen saapumaan oikeuteen.

⁴ Tässäkin esitetty 'perinteinen' luokittelu on *Tirkkosen* (1972 s. 236). Todistajaan kohdistettavien pakkokeinojen (Suomessa OK 17:36–39) soveltamisesta ks. *Heuman* 1995 s. 153 ss.

⁵ Käsittelemättä jätetään myös todistajan *oikeuksia* koskevat kysymykset, mm. oikeus korvaukseen. Lähempää käsittelyä vaille jätetään myös *Robberstadin* 1999 s. 299–306 varovaisesti kannattama ajatus todistajan (ja asianomistajan) oikeudesta asianajaja- tms. konsultaatioon kuulustelun aikana pääkäsittelyssä. Itse en näkisi tällaisen tulkinnan sopivan omaan kuulustelujärjestelmäämme; mahdollisista oikeudellisista kysymyksistä kuten vaitiolo-oikeuden käytöstä käytävä keskustelu tulee pikemminkin käydä tuomioistuimen ja asianosaisten tai näiden oikeudellisten edustajien kesken. Toisaalta todistajalle ja asianomistajalle tulee katsoa kuuluvan oikeus asianmukaiseen kohteluun (josta ks. *Virolainen* 1998 s. 29 av. 2) – mm. tämän menettelyn rajoja on pyritty ja pyritään hahmottamaan tuomarin prosessinjohtoa (6.2.2) ja kuulustelutaktiikoita koskevissa jaksoissa (7.5–7.7).

⁶ Riidattomasta näkemyksestä mm. *Tirkkonen* 1972 s. 239, *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 196 ja 219 ss. ja *Lappalainen* 2001a s. 245 s. Ks. myös *Köhler* 1979 s. 59, *Rückel* 1986 s. 23, *Malek* 1994 s. 162 ja *Wrottesley* 1961 s. 145. Mielipiteitä tai arvioita voidaan sen sijaan kysyä henkilöltä, joka omaa normaaliin elämäkokemukseen ja yleissivistykseen kuulumatonta erityisasiantuntemusta joltain tietyltä alalta, so. asiantuntijalta – mielipiteen tai arvion tulee luonnollisesti liittyä asiantuntijatietoihin.

seikkojen juridisesta arvioinnosta (poikkeuksena kenties todistaja, joka kertoo esim. sopimusneuvotteluiden sisällöstä ja tarkoituksista). Todistajan tehtävä on yksinkertaisesti välittää tietoa havainnoistaan tuomioistuimelle, joka omassa todistusharkinnassaan arvioi väitetyn tosiseikan olemassaolon todennäköisyyttä (näyttöarvoa), ja toisaalta tekee itse johtopäätöksiä ja juridisia arvostelmia tosiseikan lähemmästä luonteesta ja merkityksestä.

Käytännössä todistajaa ei kuitenkaan ole aina estettävissä kertomasta myös arvostelmistaan, koska usein todistaja ei edes tiedosta kertovansa pikemminkin omasta arvostelmastaan kuin ”puhtaasta” havainnosta.⁷ Todistusteemana voi olla kompleksi oikeustositseikka, tai todistajankertomuksen erottaminen arvostelmasta voi muuten olla vaikeaa tai mahdotonta. Tästä syystä todistusteemassa tai ’puhtaalla’ havaintotasolla ei käytännössä voida pitäytyä täsmällisen tarkasti. Todistaja voi kertoa esimerkiksi kotirauhan häirintäjutussa, että henkilö käyttäytyi ”häiritsevästi”. Tällöin lausumaa arvioitaessa ei voida jättää huomiomatta todistajan näkökulmaa kertomiinsa asioihin: onko kyseessä rauhallista asuinympäristöä edellyttävä ja sellaiseen tottunut vanhus vai railakasta opiskelijaelämää viettävä nuori henkilö. Todistajien erilaisista viitekehyksistä johtuen toisen lausuman ei voida tällaisessa tilanteessa sanoa olevan totta ja toisen ei.⁸ Tietyissä mielessä voidaan sanoa, että jokainen todistajan havainnoistaan esittämä lausuma sisältää myös todistajan omia arvostelmia tai johtopäätöksiä.

Tositseikan ja siitä tehtävän johtopäätöksen erotteluun vaikuttaa paitsi havaintohetkellä vallinneet olosuhteet, myös todistajan henkilökohtaiset ominaisuudet. Huonot havainto-olosuhteet ja havaittavan asian outous todistajalle voivat johtaa siihen, että todistaja sisällyttää kertomukseensa enemmän omasta arviointi- (tai arvaus)kyvystä riippuvia elementtejä ja omia implisiittisiä johtopäätöksiään. Sen sijaan on todennäköisempää, että todistajankertomus koostuu edellistä ”puhtaammista” havainnoista silloin, kun todistaja yhtäältä tuntee havaitsemansa asian/ilmion hyvin, ja hänellä on toisaalta ollut hyvät edellytykset havaintojen tekemiseen.

Joissain tapauksissa on helppo erottaa selvästi todistajan omiin johtopäätöksiin perustuvat lausunnot ”puhtaista” havainnoista kertovista lausunnoista. Tällaisia selviä omia arvioita ja johtopäätöksiä tulisi yleisesti välttää todistajankertomuksessa, ellei todistajan omalla arviolla tai mielipiteillä jostain syystä katsota olevan erityistä merkitystä todistusharkinnalle. Todistajalta voidaan suoraan kysyä hänen omaa arviotaan esim. auton nopeudesta (vaikka muodollisesti kysymys kohdistuisikin objektiiviseen havaintoon),⁹ tietyn henkilön

⁷ Ks. *Stone* 1988 s. 121 ja *Rückel* 1986 s. 26. Puhtaan havainnon mahdottomuudesta ja ’havaintojen teoriapitoisuudesta’ ks. *Aarnio* 1982 s. 142.

⁸ Esimerkki *Lindellin* 1987 s. 192. Myös *Lappalainen* 2001b s. 994 korostaa asianosaisen totuusvelvollisuuteen aina kuuluvan ns. subjektiivisen elementin, joka voi relativoida lausuman aineellista (tai prosessuaalista) totuutta.

⁹ Ks. *Klami* 2000 s. 65.

identiteetistä (tunnistaminen), henkilön iästä tai juopumustilasta. Mainitut seikat voivat olla sellaisia, ettei niistä ole mahdollista saada muutakaan suoraa näyttöä. Viime kädessä oikeudenkäynnin varmuustavoitteeseen ankkuroitavana yleisenä tarkoituksenmukaisuussääntönä tässä suhteessa voitaneen pitää sitä, että käytännössä *ei ole tarkoituksenmukaista estää maallikkotodistajaa kertomasta havainnoistaan mielipiteen muodossa, jos todistaja näin pystyy selvästi tarkemmin kuvaamaan havaintojaan*.¹⁰ Monesti todistajalta kysytäänkin suoraan tai todistaja kertoo oma-aloitteisesti ajatuksistaan ja tunteistaan havainnointihetkellä (esim. ”Olin varma, että hän aikoi tappaa X:n”) – tällöin kyse on itse asiassa todistajan mielipiteiden selvittämisestä. Käytännössä poliiseja myös voidaan kuulla oikeudessa siitä, millaisen vaikutelman joku kuulusteltava teki kuulustelua suorittavaan tutkijaan. Tällaiset kuvaukset voivat olla relevantteja todistusharkinnalle erityisesti siten, että tuomioistuimen huomio kiinnittyy mahdollisesti lisänäyttöä kaipaavaan tapahtuman ominaisuuteen (mihin seikkoihin todistaja perustaa ”vakaumuksensa”). Esimerkit havainnollistavat sanottua:

Esimerkki

”Hän löi naista kovaa kasvoihin; pelotellakseen naista.”

Kysymys: ”Kuinka vanha mies oli?”

Kysymys: ”Onko hän asunnossa näkemänne mies?”

Havainto, joka sisältää arvostelman (lyönkin kovuus); todistajan oma arvostelma.

Edellytetään todistajan arviota.

Tunnistaminen: edellyttää todistajan arviota.¹¹

Todistajan havainnot voivat kohdistua paitsi ulkomaailman objekteja ilmentäviin tosiseikkoihin, myös ns. *sisäisiin tosiseikkoihin*. Viimeksi mainitut sisäiset tosiseikat voidaan jakaa todistajaa itseään koskeviin sisäisiin tosiseikkoihin ja ulkopuolisia henkilöitä koskeviin sisäisiin tosiseikkoihin. Todistajaa itseään koskevat sisäiset tosiseikat liittyvät tämän ajatuksenkulkuun ja tuntemuksiin, joita hänen havaitsemansa seikat synnyttivät tämän mielessä. Mainitut seikat voivat olla tarpeen todistajan havaintojen luotettavuuden tai todistajan mahdollisen vilpillisyyden arvioinnissa (esim. tapahtuman väkivaltaisuuden vaikutukset havaintojen tarkkuudelle tai todistajan vihamielisen asennoitumisen vaikutus kertomuksen uskottavuudelle). Tieto tällaisista (syytetyn) sisäisistä tosiseikoista voi olla tarpeen myös seuraamuskysymyksen harkinnalle. Toisia henkilöitä koskevat sisäiset tosiseikat tarkoittavat sellaisia havaintoja toisesta henkilöstä tai muista seikoista, joiden avulla on mahdollista tehdä päätelmiä tämän henkilön subjektiivisista vaikuttimista. Kyse on nimenomaan objektiivisten tosiseikkojen raportoinnista eikä todistajan omien arvostelmien tiedustelusta (esim. havainto syytetyn itkusta tai raivonpurkauksesta).¹²

¹⁰ Ks. Levy 1999 s. 491.

¹¹ Esimerkki Smithin 1986 s. 304 esittämä.

¹² Ks. Rückel 1986 s. 24–27. Vrt. Lappalainen 2001a s. 131, joka tarkoittaa sisäisillä tosiseikoilla

Pääsääntö on, että tuomioistuimen tulee itsensä ottaa kantaa todistajan esittämiin arvioihin ja johtopäätöksiin. Onnistuakseen tämä edellyttää, että *todistajankuulustelussa todistajan arviot ja johtopäätökset redusoidaan kysymyksiin konkreettiselle havaintotasolle ja selvitetään todistajan tekemien johtopäätösten premissit*.¹³ Omat havainnot on ts. erotettava mahdollisimman selvästi todistajan tekemistä johtopäätöksistä.¹⁴ Kuulustelutaktisesti tässä onnistuminen voi joskus edellyttää varsin sinnikästäkin kuulustelua.

Todistajan tekemät arviot ja johtopäätökset voivat kuitenkin jäädä havaitsematta ja tulla hyväksytyiksi sellaisenaan todistajan havainnoiksi (tai mahdollisesti tuomiossa vahvistettaviksi tosiseikoiksi) erityisesti kahdessa tilanteessa: ensinnäkin silloin, kun todistaja *tiedostamattaan* kertoo havaintonaan seikasta, joka itse asiassa on todistajan oma arvaus tai johtopäätös sekä toisaalta silloin, kun todistajalle esitettävä kysymys on moniselitteinen tai epäselvästi formuloitu, jolloin voi jäädä epäselväksi, kertooko todistaja vastauksena konkreettisesta tilanteesta tekemästään arviosta vai yleisiä käsityksiään jostain asiasta. Erityisesti viimeksi mainittu tilanne voi aktualisoitua silloin, kun todistajalle esitetään abstrakteja tai hypoteettisia kysymyksiä.¹⁵ Abstraktia kysymystä voidaan käyttää tarkoituksessa vihjata todistajalle, että tämän lausumaa pidetään epäuskottavana,¹⁶ jolloin todistaja voi vastata puolustukseen ”ympäripyöreästi” yleisellä tasolla. Smith havaitsi tutkimuksessaan, että todistajat voivat ymmärtää abstraktisti muotoillun kysymyksen eri tavoin, jolloin todistajan vastaus voidaan ymmärtää väärin tämän vastatessa asian sivusta.¹⁷

Hypoteettista kysymystä käytetään usein tilanteessa, jossa kuulustelija pitää jotain väitettä epätotena tai vääränä ja siksi toivoo kieltävää vastausta. Erityi-

väitteitä ns. psyykkisistä faktoista kuten tahallisuudesta, huolimattomuudesta tai vilpittömästä/vilpillisestä mielestä. Lappalaisen jaottelu on sinänsä perusteltu oikeuskysymyksen ja todistus-kysymyksen erottamiseksi, mutta todistajan havaintotasolla liikuttaessa on tarkoituksenmukaisempaa ymmärtää sisäisillä tosiseikoilla viittausta ulkomaailman objekteista tehtäviin havaintoihin tai lähemmin niistä johdettuihin päätelmiin.

¹³ Esimerkiksi todistajankertomus, jonka mukaan todistajan näkemän henkilön puhe sammalsi, kävellyttyä oli horjahtelevaa ja hengitys häisi voimakkaasti alkoholilta, on havainnollisempi ja asiallisempi kuin suorasukainen arvio siitä, että henkilö oli todistajan mielestä voimakkaasti juovuksissa. Ks. myös *Evans* 1993 s. 98–99 ja *Munkman* 1951 s. 29, joka esittää voimavektorin jakamisen eri suuntiin vaikuttaviksi osakomponenteiksi matemaattisena toimituksena analogisena havaintojen redusoinnille ’puhtaisiin’ tosiseikkoihin.

¹⁴ Havainnollisesti *Diesen* 1996 s. 209 kertomuksen yksityiskohtiin pureutuvasta kyselytyylistä: ”Därogenom kommer man antingen närmare (den subjektiva) sanningen eller till en position, där det kan bli möjligt att avslöja ”filtrering” och motsägelser.”

¹⁵ Ks. *Smith* 1986 s. 306, *Lie* 2002 s. 170–171 ja *Rückel* 1986 s. 27.

¹⁶ Abstraktilla kysymyksellä: ’eikö tapana ole yleensä koputtaa tuntemattomien ihmisten oveen?’ voidaan tosiasiaa tarkoittaa todistajan vastausta epäilevää vastaväitettä tai -kysymystä: ’miten selitätte sen, että ette koputtanut ovella?’, ks. *Smith* 1986 s. 309.

¹⁷ Ks. *Smith* 1986 s. 309 s. ja *Stone* 1988 s. 75. Abstraktia tai hypoteettista kysymystä voi myös käyttää retorisessa tarkoituksessa siten, että todistajalle esitetään itsestään selvä abstrakti kysymys, joka tukisi esimerkiksi vaihtoehdoisen hypoteesin takana olevia motiiveja.

sen usein tällaista hypoteettista kysymystä käytetään sen jälkeen, kun todistaja on ensin vastannut epävarmasti ”en usko”, ”en tiedä” tai ”en ole havainnut” samaa asiaa tarkoittavaan kysymykseen – hypoteettinen kysymys on samalla johdatteleva. Tällainen hypoteettinen kysymys voi olla tyyppiä: ”Uskotteko, että ette todellakaan olisi havainnut syytetyn kantavan kainalossaan pakettia, jos sellainen todella olisi hänellä ollut?”, tai vähemmän johdattelevasti: ”Olisiko hänellä voinut olla paketti kainalossaan?”. Smith havaitsi hypoteettisten kysymysten yhdistettynä todistajan jonkinasteiseen painostukseen varsin ’vaaralliseksi’, koska keskimäärin 2/3 todistajista vastasi näillä edellytyksillä väärin tiettyjä yksityiskohtia koskeviin kysymyksiin.¹⁸

Käytännössä todistajilla on mahdollisuus virkistää muistiaan esitutkintapöytäkirjan kautta ennen todistamista. Tästä syystä oikeudessa todistamista ei pidä käsittää ”muistitestiksi” varsin tiukasta suullisuusperiaatteen noudattamisesta huolimatta. Todistaja voi myös kertomustaan antaessaan käyttää puheenjohtajan sallimissa rajoissa *kirjallisia muistiinpanoja* muistinsa tukena (OK 17:32.1).¹⁹ Muistiinpanojen tarpeellisuus riippuu jutun laadusta ja laajuudesta sekä todistajankertomuksen sisällöstä. Muistiinpanot ovat tarkoituksenmukaisia mm. silloin, kun todistajankertomus (joiltain osin) keskittyy lukuisiin teknisiin yksityiskohtiin, nimiin tai yksityiskohtiin. Muistiinpanot voivat tulla kyseeseen normaalia useammin myös silloin, kun poliisimies virkansa puolesta esiintyy todistajana useassa jutussa.²⁰ Muistiinpanoja ei ole tarkoitettu suoraan paperista ääneen luettavaksi, vaan suullisuusperiaate edellyttää, että niitä todella käytetään ainoastaan muistin tukena.

Asiakirja, jota todistaja käyttää muistinsa tukena, ei muodollisesti tule oikeudenkäyntiaineiston osaksi (ellei se siihen jo ennestään kuulu sellaisena erillisenä asiakirjatodisteena, jota ei ole laadittu oikeudenkäyntiä silmällä pitäen). OK 17:32.1:n säännös kattaa ilmeisesti sekä varsinaiset oikeudenkäyntiä varten todistajan itsensä tekemät muistiinpanot tapahtumista että myös sellaiset asiakirjat, jotka on laadittu tapahtumahetkellä tai pian sen jälkeen todistajan tai muun henkilön toimesta. Viimeksi mainittujen osalta kyseeseen saattavat tulla esimerkiksi erilaiset liiketoimintaan liittyvät asiakirjat, joiden sisältöä todistajan ei voida ajan kulumisen tai toiminnan rutiininomaisuuden vuoksi kohtuudella olettaa muistavan ulkoa, mutta joiden sisällön todistaja voi vannon oikeaksi laatimansa tai allekirjoittamansa asiakirjat nähdessään. Tällaiset ”muistiinpanot” eivät sellaisenaan välttämättä lainkaan virkistä todistajan muistia, vaan todistaja tällöin pikemminkin todistaa muistiinpanojen

¹⁸ Ks. Smith 1986 s. 311 ja 313–315.

¹⁹ Ks. Lappalainen 2001a s. 170 ja 176 muistiinpanojen (OK 17:32.1) ja yksityisluontoisen, oikeudenkäynnin varalta laaditun kertomuksen erottamisesta (OK 17:11). Ks. myös Tapper 1995 s. 289–292. Englannissa todistajat saavat tietyn edellytyksin – ja poliisit pääsääntönä – käyttää esitutkinnassa laadittua kuulustelupöytäkirjaa todistamisen tukena oikeudenkäynnissä, ks. Heaton-Armstrong – Wolchover 1999 s. 224–225.

²⁰ Ks. Tirkkonen 1972 s. 287, Choo 1996 s. 59–60 ja Heaton-Armstrong – Wolchover 1999 s. 225.

sisällöstä ja niiden oikeellisuudesta. Tätä kautta asiakirjan sisältö de facto tulee oikeudenkäyntiaineistoksi. Erityisesti puolustuksen todistajalla saattaa joskus itsellään olla sellaista asiakirja-aineistoa, joka ei kuulu asianosaisten etukäteen nimeämään kirjalliseen todistusaineistoon. Nähdäkseni selvänä on pidettävä, ettei todistajaa ole perusteita kieltää käyttämästä tällaista aineistoa apunaan todistaessaan, vaan hän voi yhdistää aineiston sisältämät tiedot suulliseen todistajankertomukseensa. Todistajalta voitaneen ennen tällaiseen aineistoon tukeutumista tosin edellyttää selvitystä siitä, että kyseessä ovat todistajan itsensä tapahtumaan liittyen laatimat tai allekirjoittamat asiakirjat.²¹

7.2 OIKEUDENKÄYNTIARGUMENTTIEN KEHITTELY

7.2.1 Esitutkinta-aineistoon tutustuminen

Suomalaisessa rikosprosessissa ei ole angloamerikkalaisen mallin mukaista *disclosure*-menettelyä, jossa virallinen syyttäjä tiettyssä prosessin vaiheessa ennen oikeudenkäynnin alkamista 'paljastaisi korttinsa' eli esittäisi kaiken relevantin aineiston syytetylle.²² Suomessa esitutkintalain 42 § säätelee tarkoituksenmukaisuusharkinnan varaisista asianosaisten loppulausunnoista esitutkinnassa sekä syyttäjän mahdollisuudesta järjestää suullinen keskustelu. Rikoksesta syytetyn oikeus saada tietoonsa esitutkintapöytäkirjan sisältö ratkeaa viranomaisen toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/99; JulkL) säännösten mukaan. JulkL 11 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan asianosaisella on oikeus saada tieto esitutkinnassa laaditusta asiakirjasta viimeistään esitutkinnan lopettamisen jälkeen. Tätä ennenkin tieto esitutkinnasta on annettava asianosaiselle, jos siitä ei ole haittaa asian selvittämiselle.

Lähtökohtaisesti myös oikeudenkäynnin asianosaisella on oikeus saada tietoonsa kaikkien sellaisten julkisten ja myös ei-julkisten asiakirjojen sisältö, jotka voivat tai ovat voineet vaikuttaa hänen asiansa käsittelyyn (JulkL 11.1 § ja 12 §).²³ Oikeudenkäynnin asianosaisen tiedonsaantioikeus on edelleen pitkälti absoluuttinen siten, että tällä on oikeus saada tietoonsa kaikki oikeudenkäyntiaineistoon kuuluva aineisto (oikeudenkäyntiaineiston piiriin ei kuulu esim. tuomioistuimen neuvottelusalaisuuden alaiset seikat) ilman esim. rikosprosessin turvaamistarvetta tarkoittavaa tarkoituksenmukaisuusharkintaa. Ainoa rajoitus oikeudenkäynnin asianosaisen tiedonsaantiin voi johtua JulkL 11 §:n

²¹ Vrt. Levy 1999 s. 57. Ks. myös Tapper 1995 s. 286–287 ja 290.

²² Disclosure menettelystä Englannissa ks. Tapper 1995 s. 270–276 ja Clayton – Tomlinson 2001 s. 44 ss. ja Kanadassa Levy 1999 s. 1 ss. Ks. myös Honig 1967 s. 16 ss. ns. motion for discovery and inspection – menettelystä, jossa puolustus voi vaatia esitutkinta-aineiston nähtäväkseen.

²³ Käytännössä kuitenkin syytetty saa esim. ajokorttirekisteriotteen tai rikosrekisteriotteen tietoonsa vasta oikeudenkäynnin pääkäsittelyssä (paitsi jos mainittuihin asiakirjoihin on vedottu kirjallisina todisteina, jolloin syytetty saa otteet tietoonsa jo haastehakemuksen yhteydessä).

2 momentin 7 kohdasta, jossa säädetään salassa pidettävistä todistajan yhteys-
ym. tiedoista todistajan suojelemiseksi (JulkL 11.3 §).²⁴ JulkL 23.2 §:n mukaan
asianosainen, hänen edustajansa tai avustajansa ei kuitenkaan saa ilmaista
sivullisille asianosaisaseman perusteella saatuja salassa pidettäviä tietoja, jotka
koskevat muita kuin asianosaista itseään.

OK 17:34:n mahdollisuus todistajankuulusteluun yleisön läsnä olematta sa-
moin kuin mahdollisuus todistajan pääkuulustelun suorittamiseen asianosai-
sen läsnä olematta (ROL 6:8) eivät perustu yksinomaan todistajan suojelun
näkökohtiin, vaan pitkälti myös todistelun luotettavuuden varmistamiseen
(ROL 6:8:ssa puhutaankin suoraan 'todistelun turvaamisesta'). De lege lata
OK 17:34.2:n mukaan todistajankuulustelu asianosaisen läsnä olematta lie-
nee säännöksen sanamuodon perusteella rajattava nimenomaan pääkuuluste-
luun. Sen sijaan vastakuulustelun (ja nähtävästi myös uudelleenkuulustelun)
tullee tapahtua normaalisti siten, että asianosaisella on mahdollisuus välittö-
mään kysymysten esittämiseen.²⁵ Tältä osin lainsäädäntöömme on ehdotettu
mm. asianomistajan ja todistajien suojelun kannalta tervetullutta selventävää
muutosta, joka mahdollistaisi todistajan tai muun todistelutarkoituksessa
kuultavan henkilön kuulustelun tietyillä edellytyksillä siten, ettei asianosai-
sella (syytetyllä) olisi lainkaan suoraa kyselyoikeutta 'kasvotusten'.²⁶

Sen jälkeen kun syyte on nostettu, tuomioistuimen tulee käsittelyajankohtaa
päättäessään huolehtia siitä, että puolustukselle jää riittävästi aikaa ja tosi-
asiallisia mahdollisuuksia puolustuksen valmisteluun. Olisi oikeudenmukaisen
oikeudenkäynnin vastaista, jos esim. syytetyn puolustautumis- tai kuulustelu-
strategia kärsisi sen takia, ettei oikeudenkäyntiin tai kuulusteluun valmistau-

²⁴ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 253–254. Lisäksi todistajaa voidaan suojata tuomioistuimen mää-
räämän lähestymiskiellon avulla. Yleisellä tasolla todistajia suojellaan myös RL 15 luvun 9 §:n
kriminalisoinnilla oikeudenkäytössä kuultavan uhkaamisesta. Varsinainen anonyymitodistelu ei
kuitenkaan ole Suomen lainsäädännön mukaan mahdollista, eikä sellaista esitetä rikosprosessin
tarkistamistyöryhmänkään mietinnössä (ks. *Oikeusministeriö* 2002 s. 18). JulkL 24 §:n 3 kohdan
ja 31 kohdan mukaan todistajan osoite- ja kotipaikkatiedot, puhelinnumero ja muut yhteystiedot
voidaan tosin määrätä salaisiksi, jos todistaja on pyytänyt tiedon salassapittoa ja hänellä on
perusteltu syy epäillä itsensä tai perheensä terveyden tai turvallisuuden tulevan uhatuksi (ks.
myös *Sisäasiainministeriön poliisiosasto* 2002 s. 11 rikosilmoituslomakkeen ja s. 21 kuulustelu-
lomakkeiden vastaavasta 'editoinnista'). Vastaavasti oikeudenkäynnin julkisuudesta annetun lain
5b §:n 2 momentin mukaan edellä tarkoitettuja salassa pidettäviä tietoja ei saa käsitellä julkisessa
istunnossa eikä ottaa julkiseen ratkaisuun, jollei siihen ole erityisen painavia syitä. Ks. myös
ROL 5:3.2, 5:19.1 ja 7:2.2 sekä OK 25:16.1 asianosaisen ja muun kuulusteltavan yhteystietojen
yksilöinnistä haastehakemuksessa ja valituskirjelmässä. Oikeudenkäynnin julkisuus -toimikun-
nan esityksessä ehdotetaan uuteen oikeudenkäynnin julkisuuslakiin otettavan säännökset siitä,
että käsittelyn julkisuutta voitaisiin rajoittaa mm. todistajansuojeluperusteilla, ks. *KM 2002:1*
s. 45. Kootusti todistajansuojelutoimenpiteistä ks. *HE 190/2002 vp.* s. 5–8. Ks. myös *Virolainen*
1998 s. 29–30 ja 300, *HE 30/1998 vp.*, *HaVM 31/1998 vp.*, *VKS* 2001 s. 40 ja *Liljenfeldt* 1995
s. 34–37. Problematiikasta vangitsemisoikeudenkäynneissä ks. *Halijoki* 2002 s. 36.

²⁵ Ks. *HE 190/2002 vp.* s. 16–17 ja 26.

²⁶ Ks. *Oikeusministeriö* 2002 s. 36 ja 52 ss. ja *HE 190/2002 vp.* s. 17 ja 26–29.

tuessa ole ollut ajoissa käytettävissä kaikkea relevanttia informaatiota. Menettelyn asianmukaisuuden nimissä oikeudenkäynnin aikana esitettyihin puolustuksen perusteluihin lykkäyspyyntöihin – jotka perustuvat puutteellisiin valmistautumismahdollisuuksiin – tulisikin suhtautua vakavasti (ROL 6:10.1,3).²⁷ Puolustukselle ei tulisi asettaa kovin korkeaa ’näyttökynnystä’ tässä suhteessa, vaan riittävänä on mielestäni pidettävä todennäköisyyssnäyttöä siitä, että myöhäinen tiedonsaanti on voinut vaikuttaa jonkin vastatodisteen hankkimatta jäämiseen tai muuten reaalisesti haitata puolustautumiskeinojen käyttöä.²⁸

Julkisuusperiaatteen asianmukainen toteutuminen edellyttää, että puolustuksen tulee voida valmistella oikeudenkäyntistrategiaansa ja kuulusteluita periaatteessa vähintäänkin saman informaation varassa, jolle virallinen syyttäjä on syyttämispäätöksensä perustanut. Samansuuntaisesti vaikuttaa equality of arms -periaate, jonka mukaan puolustukselle tulee antaa tieto kaikista sellaisista seikoista, jotka ”may assist the accused in exonerating himself or obtaining a reduction in sentence”.²⁹ Puolustuksen on luonnollisesti ensinnäkin hankittava esitutkintapöytäkirja mahdollisimman ajoissa käyttöönsä ja luettava se tarkkaan siitä näkökulmasta, mitä siitä käy ja vastaavasti ei käy ilmi eli arvioiden sitä, millaisia ja millä tavoin vaihtoehtoisia hypoteeseja on mahdollista pyrkiä näyttämään toteen esitutkintapöytäkirjan ja päämiehen antamien tietojen perus-

²⁷ EIT:n ratkaisussa *Kerojärvi* 19.7.1995 (39–43 §) EIS 6 art. katsottiin rikotun, kun KKO ei ollut sotilasvammalain mukaista asiaa käsitellessään viran puolesta saattanut tapaturmaviraston lausuntoa eikä eräitä vakuutus-oikeuden hankkimia asiakirjoja valittajan tietoon, jolloin ”the applicant’s capability of challenging the contested decision was adversely affected.” Merkitystä informatiiviselle prosessinjohtovelvollisuudelle ei ollut sillä, millainen merkitys po. asiakirjoilla oli asian ratkaisulle – tämä arviointimahdollisuus olisi tullut valittajalle itselleen joka tapauksessa suoda.

²⁸ Ks. *Levy* 1999 s. 5. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vastaista ja mahdollisesti jopa jutun palautusperusteen muodostava menettelyvirhe olisi esim. se, jos syyttäjän sallittaisiin vedota oikeudenkäynnissä sellaiseen todistajan aikaisempaan ristiriitaiseen (kirjalliseen) lausumaan, josta puolustukselle ei ennen oikeudenkäyntiä ollut annettu tietoa. Tällaisen puolustautumisedellytyksissä olevan puutteen voi asiaa käsittelevä tuomioistuin korjata ennakoivasti mm. käsittelyn keskeyttämisellä tai lykkäämisellä siksi, kunnes puolustus on voinut tutustua uuteen tietoon ja valmistautua todistajan uuteen kuulemiseen. (Toisaalta aineellisen totuuden selvittämisenressissä tuomioistuimen tulisi suhtautua lähtökohtaisen myöntäväisesti myös syyttäjän lykkäyspyyntöihin uuden todistelun hankkimiseksi; ks. *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 33). Ks. lisäksi *Ervo* 1996 s. 146 reaalisen kuulustelumahdollisuuden – ja siihen valmistautumisen – tärkeydestä sekä EIT:n ratkaisu *Daud* 21.4.1998 ja *Twalib* 9.6.1998. Ratkaisussa KKO 1993:19 katsottiin tuomioistuimen virkavelvollisuudeksi selvittää, oliko syytetyllä ollut riittävät mahdollisuudet puolustuksen valmisteluun – tuomioistuimen tulee tarvittaessa lykätä oikeudenkäyntiä myös ilman syytetyn tätä tarkoittavaa pyyntöäkin. Ratkaisussa KKO 1997:128 puolestaan korostettiin tuomioistuimen velvollisuutta huolehtia siitä, että ”asianosaiset ovat oikeudenkäynnissä todistajaa kuulusteltaessa tosiasiallisesti yhdenvertaisessa asemassa...” Jutun palauttamisesta tuomarin kyselyvelvollisuuden laiminlyönnin seurauksena ks. *Virolainen* 1988 s. 437 ss. Ks. myös *Halijoki* 2002 s. 25 EIT:n oikeuskäytännöstä, jonka mukaan syytetyllä tulee jo vangitsemisoikeudenkäynnissä olla riittävä oikeus saada tietoonsa esitutkintamateriaalin sisältö.

²⁹ *Clayton – Tomlinson* 2001 s. 101.

teella (tai miten syyttäjän päätodistelua muuten pystytään vastustamaan).³⁰ Relevanttien tapahtumainkulkujen kronologinen hahmottaminen on järkevää suorittaa mahdollisimman aikaisessa vaiheessa, jotta asianosainen pystyisi riittävän perusteellisesti suunnittelemaan prosessistrategiaansa, sen mukaista 'jutun teoriaansa' sekä tähän juttuteoriaan liittyviä argumentteja.³¹ Tästä heti seuraavassa.

7.2.2 Argumentaation (oman juttuteorian) kehittäely

Asianosaisen ns. 'juttuteoria' koostuu sekä oikeustositseikkoja että todistutositseikkoja koskevista väitteistä, faktuaalisista propositioista, jotka asianosaisen tulee näyttää toteen, jotta tuomioistuin voisi vahvistaa asianosaisen haluaman lopputuloksen.³² Jutun aineistosta näkemyksilleen relevanttien konkreettisten seikkojen 'teoreettinen asema' voi sittemmin tuomioistuimen suorittamassa ratkaisunormin konstruoinnissa ja todistusharkinnassa olla joko oikeus- tai todistutositseikan. Asianosaisen juttuteorian läpimenon kannalta on luonnollisesti suotavaa, että tämän muotoilemat argumentit eli väitteet tietyistä tosiseikoista, tarkoittaisivat mahdollisimman pitkälti nimenomaan oikeustositseikkoja, so. jonkin oikeusseuraamuksen faktapremissejä. Toisaalta myös 'pelkkiä' todistutositseikkoja koskevien argumenttien kehittäelyllä asianosainen vahvistaa (väkivalloisesti) juttuteoriaansa.³³ Juttuteorian argumenttien huolellinen valmistelu on tärkeää paitsi asianmukaisen asiaesittelyn, myös todistajankuulustelun (ja sitä seuraavan loppupuheenvuoron) suorittamisen kannalta.

Hyvänä lähtökohtana asianosaisen juttuteorian lähemmin muodostavien argumenttien kehittäelyssä voidaan pitää, että asianosainen pyrkii hahmottamaan oikeudenkäyntiaineistoa siten, että syyttäjän päähypoteesi (so. syytteen teonkuvaus) *pilkotaan osateemoihin*, jolloin kuhunkin teemaan liittyvä syyttäjän ja puolustuksen todistelu on mahdollista sijoittaa helposti 'paikalleen', samoin kuin kutakin todistutositseikkaa tukeva/heikentävä aihetodiste tai apu-tositseikka. Puolustushypoteesi tulee tässä hahmotelmassa "rinnastaa" syyttäjän päähypoteesin rinnalle kilpailevana hypoteesina.³⁴ Asianosaisargumenteille

³⁰ Ks. *Diesen* 1996 s. 196 s., *Dahs* 1983 s. 234–235 ja *Malek* 1994 s. 19.

³¹ Näin *Moore ym.* 1996 s. 9.

³² Ks. *Lie* 2002 s. 140 vastaavasti (saksteori).

³³ Juttuteoriaan kuuluu myös oikeuskysymysten tulkintaa ja niitä koskevaa argumentointia, mikä luonnollisesti vaikuttaa siihen, mitkä faktat ovat kulloinkin relevantteja. Tässä mm. rikosoikeudelliset oikeuskysymykset ja lähemmät subsumptio-ongelmat jätetään kuitenkin syrjään, ja tarkastellaan todistelukysymyksiä sen oletuksen perusteella, että asianosainen on jo aikaisemmin suorittanut jutun oikeudellisten kysymysten analyysin.

³⁴ Vaihtoehtoisen hypoteesin "rinnastuksella" syytteeseen ei tietenkään tarkoiteta, että po. tapahtumainkulkuversion tulisi sinänsä prosessin kohteeksi – tuomioistuimen varsinainen tehtävä ja prosessin kohde rajoittuu joka tapauksessa siihen, että päätetään, voidaanko syytteen teon-

tulee luonnollisesti pyrkiä löytämään mahdollisimman paljon tukea eri todistustositseikoista, mahdollisesti aihe todistelun tai rakenteellisen näytön kautta konstruoitavien kokoavien selitysmallien kautta. Joka tapauksessa niin syyttäjä- kuin puolustustahollakin (oikeus)tosiseikkojen ryhmittely (hypoteesimetodin mukaisesti) edesauttaa nimenomaisten oikeudenkäyntiargumenttien kehittelyä, koska samalla po. oikeussäännöksen tai muun komplisoidun käsitteen edellyttämät *abstraktit tunnusmerkistökijät tulevat palautetuiksi konkreettisiksi väitelauseiksi, so. konkreettisiksi tosiseikoiksi (faktuaalisiksi propositioneiksi)*, joiden 'tasolla' todistelun ja argumentoinnin tulee oikeudenkäynnissä liikkua.³⁵ Tätä näyttöaineiston analysointia on käsitelty teoreettisella tasolla edellä (jaksossa 3.4.2) subsumption näkökulmasta.

Edellä kuvatuin tavoin 'redusoiduista' relevanteista faktuaalisista propositioneista asianosaisen on järkevää *tunnistaa tärkeimmät konkreettiset tosiseikat*. Tyypillisesti tällaiset 'avaintositseikat' ovat juuri sellaisia, joista syyttäjä- ja puolustustahoilla vallitsee erimielisyys. Asianosaisstrategian kannalta keskeisiä konkreettisia tosiseikkoja ovat myös sellaiset juttuteorialle relevantit seikat, joiden menestymistodennäköisyys – ts. todennäköisyys sille, että tuomioistuin tulisi seikat hyväksymään – on muusta kuin kiistämisestä johtuen vähäinen. Asianosaisen on tarkoituksenmukaista panostaa tällaisten seikkojen vakuuttamaan argumentointiin. Tämä voi edellyttää, että yleisessä näyttöaineiston ryhmittelyssä korostetaan sellaisia todistustositseikkoja ja aihe todisteita (ml. apu tosiseikkoja), jotka liittyvät juuri näihin konkreettisiin oikeustositseikkoihin.

Relevanteista todisteista voi jutun valmistelussa laatia asia- tai teemapohjaisen listan (jota voi edelleen kehitellä todistajakohtaiseksi) osana oikeudenkäyntiä varten hahmoteltavaa prosessistrategiaa.³⁶ Todistelun kattavuuden ja laadun paremmaksi hahmottamiseksi on keskeistä, että esim. tiettyä todistajankertomusta ei välttämättä käsitellä yhtenä 'möykkynä', vaan että kyseisestä lausunnosta voidaan poimia eri osia tukemaan tai heikentämään juuri tiettyä

kuvauksen mukaisten faktaväitteiden olemassaolo vahvistaa vai ei. Syyttäjän asianomistajan puolesta mahdollisesti ajamien yksityisoikeudellisten vaatimusten (ROL 3:9) edellyttämien konkreettisten tosiseikkojen voidaan kuitenkin katsoa muodostavan oman 'aidosti rinnakkaisen' osateemansa.

³⁵ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 12: "Converting legal elements to factual propositions forces you to identify exactly what you have to prove to satisfy a legal element" sekä mt. s. 58–62. Rikos-oikeudenkäyntiin valmistautuvan asianosaisen tulee siten menetellä periaatteessa vastaavalla tavalla teemälähtöisesti kuin esim. siviiliprosessin valmistelussakin. Erona on luonnollisesti se, että rikosprosessissa asianosaisen tulee kyetä itsenäiseen valmistautumiseen, siinä kun siviiliprosessissa vastaava etukäteiskartoitus tulee pitkälti tehdyksi tuomarin avustamana mm. suullisessa valmistelussa.

³⁶ Todistustaakan omaavan syyttäjän tulisi johdonmukaisuuden nimissä hahmotella vastaava todistustositsekäryhmittely myös vähemmän keskeisten konkreettisten tosiseikkojen osalta. Yleisenä lähtökohtana lienee pidettävä, että ei-keskeisten tosiseikkojen kohdalla todistelun tarve on kuitenkin vähäisempää, koska vastapuoli oletettavasti ei tule juuri niitä seikkoja kiistämään (ainakaan punnerekaasti).

osateemaa koskevaa todistelua. Sama todistustositseikka voidaan liittää useampaan eri oikeustositseikkamomenttiin. Asiapohjaiselle 'todistelilistalle' tulisi luonnollisesti merkitä sekä suorat todisteet että aihetodisteet.³⁷ Paremmen hyödynnettävyyden takaamiseksi todistelilistalle tulisi nimetä paitsi relevantit aihe-todisteet, myös kunkin aihetodisteen ilmaisema 'ajatus' tai *argumentti*, jota aihetodisteen katsotaan ilmentävän.

Esimerkin avulla viimeksi sanottua voi havainnollistaa siten, että *aihetodisteeksi* voidaan jutun valmistelussa käytettävälle todistelilistalle nimetä esim. tietty todistajankertomus tai sen osa (esim. 'onnettomuushetkellä Matti oli 20 minuuttia myöhässä liiketapaamiselta'). Siitä voidaan edelleen johtaa abstraktin oikeussäännöksen "alalauseen" (ts. konkreettisen oikeustositseikkaväitteen) edellyttämä *argumentti*, toisin ilmaisten *faktuaalinen propositio*, joka juuri on aihetodisteesta tehtävä *johtopäätös* (esim. 'Matti ajoi ylinopeutta'). Argumentin/proposition/johtopäätöksen kehittäessä voidaan edelleen eksplikoida siihen liittyvä '*kokemussääntö*' (esim. 'tärkeästä tapaamisesta myöhässä olevalla henkilöllä on taipumus ajaa ylinopeutta').

Todistelistan hahmottelu on hyödyllinen menetelmä, koska listatut todisteet paitsi muodostavat asianosaisten keskeisen todistusaineiston oikeudenkäyntiin, myös auttavat ns. jutun teorian hahmottamisessa ja sitä kautta oikeudenkäynnissä esitettävien argumenttien kehittäessä. Oikeudenkäynnissä esitettävien argumenttien hahmottelu voidaan yksinkertaisesti aloittaa *liittämällä po. konkreettiseen väitelauseeseen tietty todiste* (yleensä aihetodiste tai suora todiste 'todistelilistalta').³⁸ Joissain tapauksissa – kun esim. keskeisiä kiistettyjä tosi-

³⁷ Moore ym. 1996 s. 16 ss. ja erityisen havainnollisesti aihetodisteiden 'poimimisesta': "Often, you will readily identify circumstantial evidence by intuitively recognizing a link between the evidence and a factual proposition. For example, assume that the proposition that you are trying to prove is that "Citron knew that her statement that the car had a Maserati engine was false." Examining your file, you find information that Citron had been told that she was likely to be fired unless she increased her new car sales. You may simply "see" that this information supports an inference that Citron made an intentional misstatement in order to save her job, and therefore put it on your evidence list." Systemaattisemmin (vähemmän intuitiivisesti) aihetodisteita voi pyrkiä kartoittamaan pohtimalla sitä, onko tapauksessa mitään näyttöä *motiivista* tai *tarkoituksesta* jollekin seikalle, ja/tai kiinnittämällä huomiota relevanttia tapahtumaa edeltäviin tai sitä seuraaviin tapahtumatietoihin. Tiettyjen aihetodisteiden merkitys ei välttämättä avaudu ns. yleisten kokemussääntöjen perusteella, jolloin asiantuntijatodistelu kyseisestä seikasta on tarpeen soveltuvin erityisen kokemussäännön selvittämiseksi (ja näytöllisten johtopäätösten tekemiseksi).

³⁸ Ks. vastaavasti myös Lappalainen 2002 s. 41 haastehakemuksen 'teemoittamisesta': "... onkin järkevää laatia haastehakemus niin, että oikeustositseikkoihin vetoamisen yhteydessä samalla ilmoitetaan, millä keinoin kukin oikeustositseikka näytetään tarvittaessa toteen", sekä *ibid.* välillisten todisteiden 'yhdistämisestä' oikeustositseikkoihin: "Tällä tavoin alusta asti hahmottuu, minkä oikeustositseikan näyttämiseksi välillinen todistelu tullaan esittämään." Ks. myös mt. s. 88: "Tärkeää on, että silloinkin kun tarjottava todistelu on välillistä, koko ajan on selvillä todisteen ja lopullisen teeman välinen yhteys. On koko ajan tiedettävä, minkä oikeustositseikkaväitteen tueksi tai mitä oikeustositseikkaväitettä vastaan välillinen todistelu kohdistuu." Ks. myös Jokela 2002 s. (295, 299 ja 328 s. ja) 330 syyttäjän haastehakemuksen teemojen erottelusta: "Samoin mah-

seikkoja on useampia – voisi jokaisen väitteen tukeminen kaikilla käytettävissä olevilla todisteilla olla prosessiekonomisesti liian raskas menettely, jolle tuomioistuimelta ei välttämättä löytyisi vastaanottavuutta. Asianosaisen on tällaisessa tilanteessa tarkoituksenmukaista perustaa tiettyä osateemaa koskeva argumenttinsa muutama sellaiseen todisteeseen, jotka omaavat – asianosaisen harkinnan mukaan ’tuomioistuimen näkökulmasta’ – parhaimman näyttöarvon teemasta. Tilannearviot voivat toki muuttua prosessin tai oikeudenkäynnin edetessä, joten asianosaisen on järkevää pitää mielensä avoimena myös sille, että keskeisimpinä näyttäytyvät todisteet saattavat vaihtua.

Asianosaisen oikeudenkäyntiargumenttien kehittelyn seuraavassa vaiheessa huomiota tulisi kiinnittää siihen, onko kyseinen osateema *kiistetty vai riidaton*. Tarkoitin nimenomaan sitä, onko tietystä faktasta tehtävä ’näytöllinen’ tulkinta riidanalainen vai ei – voi nimittäin olla, että tietystä tosiseikasta ei sinänsä vallitse erimielisyyttä, mutta asianosaiset siitä huolimatta tekevät erilaisia todistelullisia johtopäätöksiä po. sinänsä riidattomasta faktasta.³⁹ Tällaisessa tilanteessa asianosainen ei voi jättäytyä yksinomaan aihetodisteen ’itsenäisen’ näyttövaikutuksen varaan, vaan hänen tulisi *kehittää lisätodistelua sille, miksi juuri hänen edustamansa tulkinta/argumentti kyseisestä seikasta on perustellumpi*.⁴⁰

Lisäargumenttien kehittäminen tapahtuu luontevimmin siten, että asianosainen ensin nimenomaisesti *yksilöi sen kokemussäännön*, joka liittyy aihetodisteen tiettyyn keskeiseen oikeustositseikastotulkintaan, ja tämän jälkeen pyrkii tukemaan mainittua kokemussääntöä muilla todisteilla.⁴¹ Koska kyse joka tapauk-

dollisten *indisiotodisteiden* osalta on ilmoitettava, mihin teon kohtaan ne liittyvät, ellei se ilmene selvästi teonkuvauksesta (kuten esimerkiksi sormenjäljet).” Ks. myös *SOU 1982:26* s. 135: ”Vi vill ånyo understryka vikten av att parterna föreläggs ett tillräckligt utförligt ange vad åberopad bevisning syftar till att styrka...”. Ks. myös *Sisäasiainministeriön poliisiosasto 2002* s. 13 poliisin esitutkintapöytäkirjan johdanto-osaan tekemästä todisteluselostuksesta: ”Todistusteema käsittää selvityksen siitä, mitkä tunnusmerkistön mukaisen käyttäytymisen osat vaativat todistelua ja millä tavoin, sekä siitä, mikä todiste kertoo mistäkin riitautetusta oikeustositseikasta. Selkeyden vuoksi johdannossa on tarvittaessa erotettava jokainen todistelua vaativa seikka/asiasäliotsikolla, jonka jälkeen kirjataan asiaa koskevat todisteet.” Vastaavia seikkoja korostetaan myös *VKS* 2001 s. 21: ”... on olennaista, että esitutkinta-aineisto järjestetään todisteluteemoittain...” – Onkin selvää, että todistelukysymysten teemalähtöisyys on otettava tarkasti huomioon jokaisessa prosessin vaiheessa aivan sen alusta lähtien.

³⁹ Tosiseikasta tehtävät oikeudelliset johtopäätökset (esim. oikeustositseikkojen subsumptiossa tai juridis- käsitteellisellä tasolla) on pidettävä erillään tekstissä tarkoitetuista näytöllisistä johtopäätöksistä. Oikeuskysymysten tulkinnaa kuten ’viivästyksen’ oikeudellisessa arvioinnissa kyse ei enää ole näytöllisistä (psykologisista) tosiseikkojen tulkitsemisesta.

⁴⁰ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 20 ss. Ks. myös *Lappalainen 2002* s. 69 riidanalaisien seikkojen teemalähtöisestä täsmäntämisestä todistelun etukäteiskartoituksessa. Seuraavassa alajaksossa (7.2.3) käsitellään tilannetta, jossa itse tosiseikan (faktan) olemassaolo on riidanalainen. Tällaisen todistelutilanteen vaatima oikeudenkäyntiargumenttien hahmottelu voi poiketa tässä käsitelystä tilanteesta.

⁴¹ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 23.

sessä on aihetodistelusta⁴² – so. todistelusta, jonka merkitys riippuu siitä tehtävistä johtopäätöksistä – tarkoittaa lisätodistelun tarve tai vaatimus useimmiten nimenomaan rakenteelliseksi näytöksi luonnehdittavaa todistelua.⁴³ Menetellyssä useampi 'aihetodistefragmentti' pyritään liittämään yhteen siten, että tällaiset seikat tukevat toisiaan ja antavat itsensä (samoin kuin mahdollisesti muidenkin aihetodisteiden – ja mahdollisesti suorienkin todistustositseikkojen) tulkinnalle tietyn yhtenäisen, kokoavan merkityksen.

Koska aihetodisteet antavat mahdollisuuksia useampaan erilaiseen tulkintaan, ja tuomioistuimen jäsenet luonnollisesti arvioivat aihetodisteen merkitystä lähtökohtaisesti omien käsitystensä perusteella asioiden normaalista etenemisestä, on asianosaisen prosessistrategian 'läpimienolle' keskeistä, että asianosainen vähintäänkin muistuttaa tai huomauttaa mahdollisesti toisenkinlaisesta tulkintavaihtoehdosta.⁴⁴ Asianosaisen juttuteorian vakuuttavuuden kannalta on luonnollisesti suotavaa, jos asianosainen pystyy lisätodistein tukemaan argumenttiaan sillä, että tietyn *kokemussäännön osoitetaan soveltuvan juuri käsiteltävänä olevaan yksittäistapaukseen sen erityisolosuhteiden tms. tekijöiden johdosta*.⁴⁵ Jutun todistusaineistosta tulisi siten etsiä (aihe)todisteita, jotka perustelevat sitä, miksi juuri tietty argumentti (käsitys tietyn kokemussäännön soveltumisesta) on muita vaihtoehtoja todennäköisempi.⁴⁶ Tällaiset '*erityisesti siksi, koska*' -kokemussäännöt (aputositseikat) ovat itsessään samankaltaisia yleisiä kokemussääntöjä asioiden normaalista etenemisestä kuin se pääasiallinen kokemussääntökin, johon vedotaan argumentin tueksi.⁴⁷

Matin ylinopeusesimerkissä johtopäätöstä/argumenttia (ylinopeusväitettä) perustelevan kokemussäännön (tärkeästä tapaamisesta myöhässä olevalla

⁴² Suora todisteluhan todistaa oikeustositseikasta nimenomaisesti, eikä tarvitse lisäselvennystä tulkinnallisesta merkityksestään tai temastaan (kuten jo usein on huomautettu, tällaisen todisteen *näyttöarvon* täsmentäminen voi tosin edellyttää aputositseikkojen huomioimista).

⁴³ Yllä olevassa ylinopeusesimerkissä lisätukea aihetodisteelle ('Matti oli 20 minuuttia myöhässä') ja siihen liittyvälle kokemussäännölle ('myöhästyneet ihmiset ajavat ylinopeutta') voidaan saada esim. tiedoilla siitä, kuinka tärkeä kokous oli, kauanko sen oli tarkoitus kestää tai kuinka kaukana kokouspaikasta Matti oli onnettomuushetkellä.

⁴⁴ Ks. jaksossa 3.1.2 (s. 112–113) esitetty esimerkki.

⁴⁵ Moore ym. 1996 s. 25. Argumentoinnin tulisi siten edetä yleisesti tyyliin: tämä näkemys (kokemussääntö) on erityisen varteenotettava juuri tässä tapauksessa *erityisesti siksi, koska*... Tekstin esimerkissä: tärkeästä tapaamisesta myöhässä olevilla ihmisillä on taipumus ajaa ylinopeutta, ja näin oli tässä tapauksessa *erityisesti siksi, koska*...

⁴⁶ Ks. Moore ym. 1996 s 217: "During pre-trial preparation of an argument based on undisputed evidence, you link highly probative evidence to a factual proposition, formulate the generalization(s) underlying the linkage, and strengthen the argument with "especially whens."

⁴⁷ Moore ym. 1996 s. 27 muistuttaa, että jos tietty alkuperäisen kokemussäännön tueksi esitetty lisätukea antava 'erityisesti siksi, koska' -kokemussääntö/aputositseikka näyttäisi itse asiassa olevan vakuuttavampi peruste argumentille, voidaan tämä myöhemmin 'keksitty' kokemussääntö jutun valmisteluvaiheessa vaivatta siirtää pääperusteluksi, ja siirtää alkuperäinen kokemussääntö tällaisen lisätukea antavan kokemussäännön paikalle/asemaan.

henkilöllä on taipumus ajaa ylinopeutta) soveltumista juuri käsillä olevaan tapaukseen voidaan perustella esim. sellaisilla lisäkokemussäännöillä (aputositseikoilla), joiden mukaan myöhässä oleminen johtaa ylinopeuteen *erityisesti silloin, kun a)* henkilö on itse sopinut tapaamisesta, *b)* kokoukseen tulee liikeyritys, joka on aikaisemmin ollut haluton tapaamisiin, *c)* tavattava henkilö on potentiaalinen uusi asiakas ja *d)* po. henkilölle ei ole voitu ilmoittaa myöhästymisestä. Tällaiset yleisen kokemussäännön yksittäistapaukseen soveltumista perustelevat *'erityisesti siksi, koska' -aputositseikat voivat sellaisenaan toimia esim. vastakuulustelussa esitettävien kysymysten perusteena*, mistä syystä niiden pohtiminen oikeudenkäyntiin valmistauduttaessa on ensiarvoisen tärkeää. Esim. Matin vastakuulustelussa kysely voisi tapahtua Mooren ym. esimerkin mukaan seuraavasti:

K: Te itsehän sovitte tapaamisesta liikemies X:n kanssa, eikö totta?

V: Kyllä.

K: Ja olitte tätä ennen yrittäneet sopia tapaamisesta X:n kanssa?

V: Pitää paikkansa.

K: Mutta ennen nyt puheena olevaa tapaamista X oli ollut haluton tapamaan teitä, eikö?

V: Niin, kyllä, tämä oli ensimmäinen liiketapaamisemme.

K: Ja piditte tapaamista tärkeänä?

V: No, en tiedä, tapaan ihmisiä koko ajan.

K: Niin mutta X:hän oli mahdollinen uusi asiakas yrityksellenne, eikö?

V: Kyllä.

K: Ja teidän etsitte uusia asiakkaita tuotteillenne, koska tehtaanne koko tuotantokapasiteetti ei tuolloin ollut käytössä?

V: Kyllä.

K: Pystyittekö kyseisenä päivänä ilmoittamaan X:lle, että tulette myöhästymään tapaamisesta?

V: En pystynyt. Jne.⁴⁸

Joissain tapauksissa – toisin kuin yllä myöhästymisesimerkissä – aihe todisteesta johdettavan argumentin 'todistelumeکانismi' eli siihen johtava kokemussääntö tai kokemussäännöt voivat olla sillä tavoin piileviä, ettei pelkästään yhden aihe todisteen ja siitä tehtävän johtopäätöksen eli argumentin yhdistävän kokemussäännön eksplikointi (ja mahdollisesti lisäeksplikointi täsmäntävillä lisäkokemussäännöillä/aputositseikoilla) tee koko ajatusketjua selväksi. Argumentin ymmärrettävyys ja vakuuttavuus saattaa edellyttää rinnakkaisten kokemussääntöjen ilmi tuomista, jotka siis vasta yhdessä oikeuttavat tietynlaisen johtopäätöksen (argumentin). Varsinaista argumenttia ('Matti ajoi ylinopeutta') vaihtamatta esimerkkitapausta voidaan muuttaa siten, että ensisijaisena aihe todisteena pidetäänkin sitä, että 'Matin kaksi lasta kinastelivat takapenkillä'. Mainittua aihe todistetta perusteleva kokemussääntö (esim. 'takapenkillä kinastelien lasten kanssa ajaminen voi johtaa ylinopeudella ajamiseen') ei ole yhtä ilmeinen kuin aikaisemmassa esimerkissä. Tapauksessa onkin tarpeen

⁴⁸ Moore ym. 1996 s. 26 ja 31.

eksplikoida useampi välittävä kokemussääntö, joiden loogisesta kokonaisuudesta voidaan päätellä, että lasten häiriköinti oli ylinopeuteen johtava tekijä. Esimerkissä tällaisia välittäviä kokemussääntöjä voivat olla esim. seuraavat: a) takapenkillä kinastelevat lapset voivat johtaa kuljettajan ärtymiseen, b) ärsyntyneet ihmiset saattavat pyrkiä pääsemään pois ärsyttävästä tilanteesta mahdollisimman nopeasti ja c) ärsyttävästä tilanteesta pois pääseminen/olotilan lopettaminen voi johtaa autoilutilanteessa ylinopeudella ajamiseen. Muukin ajatuksenkulku (erilaiset välittävät kokemussäännöt) voi toki olla mahdollinen. Olennaista on, että menettelyllä eksplikoidaan juuri ne kokemussäännöt, jotka asianosainen itse kokee relevanteimmiksi ja todistusvoimaisimmiksi. Kukaan välittävään kokemussääntöön (a–c) voidaan edelleen liittää omia erityisesti siksi, koska’ -lisäkokemussääntöjään.⁴⁹

Keskeistä oikeudenkäyntiin valmistautuessa sekä tietysti itse oikeudenkäynnissä on asianosaisen oma arvio tarpeesta kehittää argumenttejaan – yleisesti turhan pitkiä ja kattavia esityksiä tulee välttää. Kaikkien mahdollisten välittävien kokemussääntöjen yksilöinti ja todistelu ei siten säännönmukaisesti ole välttämätöntä – ainoastaan asianosaisen mielestä riittävät ja tuomioistuimelle hyväksyttävissä olevat kokemussäännöt ja aihetodisteet on tarpeen tuoda esiin. Esitysmuotona usein saattaa lisäksi olla vakuuttavampaa esittää useampia erillisiä tai välittäviä kokemussääntöjä (mikä johtaa useampaan erilliseen argumenttiin) verrattuna siihen, että esitettäisiin vain yksi argumentti, jota sitten pyritään tukemaan liittämällä siihen mahdollisimman monta lisäkokemussääntöä/aputositseikkaa (jotka perustelevat yleisen kokemussäännön soveltumista in casu).⁵⁰

Edellä kuvatulla tavalla tapahtuva näyttöaineiston ryhmittely ja analysointi edesauttaa siis asianosaisen juttuteorialle tärkeiden konkreettisten tosiseikkojen vakuuttavaa argumentointia ja toteennäyttämistä. Kuten havaittiin, menettelystä voi olla välitöntä tukea myös todistajankuulustelussa lähemmin esitettävien kysymysten valinnalle ja formuloinnille. Oikeudenkäyntiin valmistautumista voidaan tehostaa vielä sillä, että samalla kun omia argumentteja ja niiden muodostamaa juttuteoriaa kehitellään, *pohditaan samalla myös sitä, millaisia vasta-argumentteja vastapuoli todennäköisesti tulee esittämään omaa juttuteoriaa vastaan*. Argumentteja tulisikin kehittää paitsi ’positiivisesti’ oman juttuteorian toteen näyttämiseksi, myös siitä näkökulmasta, miten asianosainen voi pyrkiä vastaamaan vastapuolen argumentteihin.

Sinänsä riidattomasta aihetodisteesta tehtäviä näytöllisiä johtopäätöksiä (argumentteja) vastapuoli voi vastustaa periaatteessa kahdella tavalla. Ensinnäkin vastapuoli voi a) esitellä tai korostaa oikeudenkäyntimateriaalista sel-

⁴⁹ Ks. Moore ym. 1996 s. 28–29. Loogisen ajatuksenkehittelyn varmistamiseksi tulee korostaa, että ensimmäisestä välittävästä kokemussäännöstä tehtävän johtopäätöksen tulee välttämättä olla seuraavan välittävän kokemussäännön premissi, jne.

⁵⁰ Näin Moore ym. 1996 s. 30.

laista näyttöaineistoa, joka heikentää aihetodistelua 'ylläpitävää' yleistä kokemussääntöä. Toisaalta vastapuoli voi b) kritisoida yleisen kokemussäännön yksittäistapauksellista soveltumista perustelevaa 'erityisesti siksi, koska' -kokemussääntöä. Tilanteesta riippuen vastapuoli voi käyttää jompaa kumpaa mainituista lähestymistavoista, tai soveltaa molempia 'vastatodistelun' keinoja. Ensimmäiseen tilanteeseen (a) asianosainen voi pyrkiä varautumaan pohtimalla omaa argumenttiaan nimenomaiseen yksittäistapaukseen kiinnittäviä 'erityisesti siksi, koska' -kokemussääntöjä myös ikään kuin "peilikuvana", ts. pohtien näitä perusteita vastapuolen *mahdollisesti* (todennäköisimmin) vetoamien '*paitsi silloin, kun*' – kokemussääntöjen (aputositseikkojen) näkökulmasta. Kyse on siis sellaisista vastatodisteista, jotka nimenomaan perustelevat sitä, ettei tietty kokemussääntö voi soveltua juuri kyseiseen tapaukseen. Vastaavalla tavalla asianosaisen tulisi tarkistaa, löytyykö todistusaineistosta näyttöä tällaisten vastapuolen vastakokemussääntöjen tueksi.

Tällä tavalla menettelemällä asianosainen vähintäänkin pystyy varmistamaan sen, että hänellä on jonkinlainen etukäteen mietitty menettelyvaihtoehto sen tilanteen varalta, että vastapuoli oikeudenkäynnissä todella tukeutuu johonkin tällaiseen '*paitsi silloin, kun*' -perusteeseen. Käytännössä ennakolta varautuminen tällaisiin vastaperusteisiin voi edellyttää joko väitetyn vastatodisteen olemassaolon kiistävän lisätodistelun etsimistä, tai ainakin ajatuksenkehittelyiden lisäpohdintaa siten, että vastaväitteistä *huolimatta* asianosaisen esittämä argumentti ja sitä tukeva kokemussääntö voidaan osoittaa uskottavaksi. Kyse on siitä, että vastapuolen '*paitsi silloin, kun*' -kokemussääntöjä vastaan pohditaan *edelleen niitä* vastaan puhuvia '*paitsi silloin, kun*' -aputositseikkoja. Tällainen argumentointi edesauttaa asian mahdollisimman monipuolista tarkastelua ja on siksi yleisesti suotavaa. Tässäkään ei tietenkään tule edetä absurdiuksiin saakka, vaan 'kohtuus kaikessa' -maksiimi soveltunee tähänkin.

Toinen vaihtoehto (b), jossa vastapuolen ennakoidaan kyseenalaistavan sellainen lisäkokemussääntö, joka tukee yleisen kokemussäännön soveltumista tapaukseen, on sikäli ongelmallinen, että onnistuessaan osoittamaan jokin tällainen lisäkokemussääntö paikkansa pitämättömäksi, vastapuoli onnistuu samalla horjuttamaan koko pääargumenttia ja sitä tukevaa yleisempää kokemussääntöä. Yksi ennaltaehkäisevä strategiavalinta tällaiseen tilanteeseen on, ettei asianosainen alun perinkään kiinnitä todistelussaan huomiota kyseenalaistettavissa olevaan lisäkokemussääntöön (käytännössä valinta johtaa siihen, ettei seikasta kysytä omalta todistajalta tämän pääkuulustelussa). Menettely luonnollisesti edellyttää, että asianosaisella on 'käytettävissään' riittävästi muita vastaavia lisäkokemussääntöjä/aputositseikkoja. Jos kuulusteltava vapaassa kertomuksessaan tai muuten kuitenkin ottaa kyseisen näkökohdan oikeudenkäynnissä esille, voi seikan merkitystä joka tapauksessa minimoida jättämällä sen perusteellinen käsittely oikeudenkäynnissä väliin, tai seikan käsittelyllä vasta loppuhuenvuorossa.⁵¹

⁵¹ Lähemmin(kin) vastapuolen argumentteihin varautumisesta ks. Moore ym. 1996 s. 35 ja 39–43.

7.2.3 Kiistettyjä seikkoja koskevan argumentaation valmistelu

Menettely oikeudenkäyntiargumenttien ja juttuteorian kehittämissä on erilainen silloin kun kyse ei ole sinänsä riidattomista seikoista tehtävistä (riidanalaisista) johtopäätöksistä, vaan päinvastoin tietyn joko suoran todistelun todistustosi-seikan tai aihetodisteen viittaaman konkreettisen tosiseikan olemassaolon kiistämisestä. Koska tutkimuksen aiheena on nimenomaan henkilötodistelu, sivuutetaan tässä reaalityodisteluun liittyvät argumentointistrategiat tilanteeseen varautumiseksi. Sen sijaan huomiota kiinnitetään lyhyesti tekijöihin, jotka ovat relevantteja henkilötodistelussa (kuulustelukertomuksessa) esille tulevien seikkojen luotettavuuden tai uskottavuuden arvioimisessa.

Yllä puheena olleessa todistelulistassa voidaanakin jo etukäteen kiinnittää huomiota tiettyihin relevantteihin konkreettisiin tosiseikkoihin tai kunkin todistajaa osalta tiettyihin yleisesti aktualisoituviin tekijöihin, jotka ovat relevantteja arvioitaessa kuulustelukertomuksen luotettavuutta. Tällaisen 'tarkistuslistan' konstruointi auttaa pääkuulustelua suorittavaa asianosaista sen osoittamisessa, että tämän juttuteorian puolesta puhuva kuulusteltava on henkilönä uskottava ja että tämän kertomus on muutenkin luotettava. Vastaavasti vasta-kuulusteluun valmistautuvan asianosaisten näkökulmasta vastaavia seikkoja voidaan pyrkiä tarkastelemaan vastakkaisesta näkökulmasta.⁵²

Kertomuksen 'luotettavuuskriteereinä' käytettävät tekijät voivat olla joko yleisiä kokemussääntöjä (yleistyksiä) ihmisten normaalista käyttäytymisestä, tai erityisiksi kokemussäännöiksi luokiteltavia todistajanpsykologisia kokemussääntöjä. Yleisesti listaten tällaisia pää- ja vastakuulustelulle relevantteja tekijöitä ovat ainakin seuraavat: a) fyysiset ja psyykkiset havainnointiolosuhteet, b) kuulusteltavan käyttäytymistä motivoineet tekijät (esim. miksi henkilö kiinnitti/ei kiinnittänyt huomiota juuri tiettyyn seikkaan), c) kertomuksen sisäinen konsistenssi, d) kertomuksen ulkoinen (so. muuhun näyttöön suhteutettava) konsistenssi, e) kuulusteltavan puolueettomuus ja f) kuulusteltavan muistisuoritukseen vaikuttavat tekijät.⁵³ Selvää on, että tarkoitettu 'tarkistuslista' ei ole tyhjentävä, ja että sitä tulee oikeudenkäynnissä soveltaa joustavasti ja 'ekonomisesti'.

⁵² Ks. *Moore ym.* 1996 s. 52: "This Outline furnishes a ready guide to the evidence you may offer and the final summation you deliver at trial."

⁵³ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 44 ss. ja 54 ss. Ks. myös *Lie* 2002 s. 248–252 erilaisten virhelähteiden kartoittamisesta vastakuulustelussa. – Kertomuksen luotettavuuden ja kuulusteltavan uskottavuuden kontrolloimisessa käytettävä tarkistuslista perustuu itsessään tiettyihin yleisiin kokemussääntöihin. Voi siten olla tarkoituksenmukaista pohtia ainakin tiettyjen sen elementtien kohdalla sitä, onko (ja missä määrin) tarpeen pyrkiä lähemmin eksplikoimaan luotettavuus/uskottavuusargumentoinnin pohjalla olevia kokemussääntöjä. Tämä voi edellyttää esim. todistajanpsykologista asiantuntijatodistelua.

7.2.4 Vastapuolen argumentaatioon valmistautuminen

Edellä lausuttu on koskenut oman juttuteorian ja sen mukaisen argumentaation kehittelyä. Näkökulma soveltuu sekä syyttäjään (jolla luonnollisesti on omaa syytteen mukaista päätodisteluaan) että myös sellaiseen syytettyyn, joka esittää omaa puolustushypoteesiaan tukevaa todistelua (eikä vain rajoitu 'negatiivisesti' kiistämään syyttäjän väitteitä).⁵⁴ Myös vastapuolen argumentaation ennakoiminen on relevanttia sekä syyttäjälle että syytetylle. Tässä suhteessa lähtökohta on kuitenkin edelliselle tilanteelle sikäli vastakkainen, että nimenomaan syytetyyn tulee joka tapauksessa ottaa huomioon vastapuolen eli syyttäjän päätodistelu, ja koettaa ennakolta valmistautua siihen vastaavaan argumentaatioon (eli vastatodisteluun). Syyttäjän näkökulmasta syytetyyn juttuteorian mukaisen todistelun ennakoiminen on luonnollisesti välttämätöntä vain silloin, kun syytetty tällaista todennäköisesti tulee esittämään. Toisaalta syyttäjänkin on tarkoituksenmukaista pyrkiä hahmottamaan juttua myös vastapuolen näkökulmasta ainakin lopputulokseltaan 'epävarmoissa' jutuissa – näin "varmuuden vuoksi" menettelemällä syyttäjä tulee joka tapauksessa paremmin valmistautuneena oikeudenkäyntiin. Syyttäjän kannalta vastatodistelun argumenttien ennakoiminen eliminointitehtävä on tosin sikäli relativoitunut, että vasta-argumentteja ei tule ulottaa yli sen, mihin objektiivisuusperiaate antaa aiheen.

Yllätysten välttämiseksi on joka tapauksessa suotavaa valmistella oikeudenkäyntistrategiaa ja kuulusteluja useiden eri *työhypoteesien* perusteella.⁵⁵ Vastapuolen strategiaa on pyrittävä arvioimaan ja ennakoimaan, ja se on huomioitava myös kysymyksiä suunniteltaessa ja niiden järjestystä mietittäessä.⁵⁶ Erityisesti puolustuksen on järkevää valmistautua strategianmuutoksiin siltä varalta, että oikeudenkäynnissä ei saadakaan tukea puolustuksen juttuteorialle tärkeille seikoille.

Vastapuolen argumentaatioon ei kuitenkaan yleensä voida käytännöllisistä syistä paneutua yhtä perusteellisesti kuin oman 'positiivisen' juttuteorian mukaisen todistelun valmisteluun. *Vastapuolen keskeisimpien ja tärkeimpien vasta-argumenttien ennakoiminen* on silti useimmiten perusteltua.⁵⁷ Vastaavasti

⁵⁴ Käsitteestä lähemmin edellä jaksossa 3.1.2 (s. 110).

⁵⁵ Ks. *Rinsche* 1999 s. 63 ja *Schellenberg* 2000 s. 34.

⁵⁶ *Stone* 1988 s. 97: "In advocacy, thinking on one's feet is essential. The plan for cross-examination is only an overall guide." Vastaavasti *Moore ym.* 1996 s. 211 s. Ks. myös *Diesen* 1996 s. 198, 202 ja 196: "Att tänka i alternativa hypoteser är inte bara den korrekta vägen vid bevisvärderingen utan även för bevisupptagningen."

⁵⁷ Syyttäjän kannalta se, että tuomioistuimien voi itsekin viran puolesta pohtia syytteen nähdessä vaihtoehtoisia hypoteeseja, voi perustella myös tuomioistuimen mahdollisten *ex officio* -hypoteesien todennäköisyyttä ja niihin ennakkollista varautumista (asiallisesti seikan huomioiminen ei tosin muuttane argumenttien valmistelua, koska myös tuomioistuin luonnollisesti soveltaa yleisiä ajatteluprosessien kokemussääntöjä samoin kuin kuka tahansa muukin).

tällaisiin keskeisiin vastapuolen (hypoteettisiin) faktuaalisiin väittämiin liittyvät *parhaat aihetodisteet* tulisi tunnistaa (samalla tavalla kuin omien argumenttien kehittyessä). Sikäli kun mainitun aihetodisteen viittaamaa konkreettista tosiseikkaa sinänsä ei ole tarkoitus omassa juttuteoriassa kiistää, tulisi oikeudenkäyntistrategian kehittyessä panostaa tällaisesta aihetodistelusta tehtävien näytöllisten johtopäätösten riittauttamiseen. Tällöin tulisi eksplikoida kyseisen aihetodisteen ja vasta-argumentin *kytkävä yleinen kokemussääntö* ('ankkuri', 'yleistys', 'skeema' tai miksi tällaista 'todistelumekanismia' tahdotaankaan kutsua), ja pyrkiä löytämään sitä heikentäviä 'paitsi silloin, kun' -tyyppisiä vastakokemussääntöjä.

Toisaalta jos (ennakoitava) vastapuolen argumentaation keskeisen todisteen viittaama konkreettinen tosiseikka ei sovi yhteen omaan juttuteoriaan, on tarkoituksenmukainen menettelytapa tällöin rinnasteinen edellisessä alajaksossa (7.2.3) käsitellyyn tilanteeseen: konkreettisen tosiseikan olemassaolon todennäköisyyttä koskevan vastapuolen todistelun heikentämistä voidaan valmistella soveltamalla kyseisestä seikasta todistavaan (aihe)todisteeseen '*tarkistuslistaajattelun*' mukaista analyysiä, jolloin vastapuolen näytön heikkoudet voidaan hahmottaa paremmin – ja sittemmin vastaavasti suorittaa argumentteihin perustuvaa vastakuulustelua.⁵⁸

Myös vastakuulusteluargumenttien yksityiskohtaisemman, kuulusteltava-kohtaisen suunnittelun tulisi perustua asianosaisen juttuteorian kannalta tärkeimpien konkreettisten tosiseikkojen (argumenttien) kartoittamiseen. Vastakuulustelua suunnittelevan on tarkoituksenmukaista tunnistaa ne keskeiset argumentit, jotka ovat riippuvaisia juuri kyseinen vastapuolen 'todistajan' oletettavassa pääkuulustelukertomuksessa esille tulevista (aihe)todisteista. Kartoitus täsmentää sitä aihepiiriä, joka on kunkin kuulusteltavan vastakuulustelussa keskeisin. Tähän liittyen asianosaisen on helpompi yleisellä tasolla pohtia sellaisten (suljettujen) vastakuulustelukysymysten muotoilua, joilla hän voisi 'turvallisella' tavalla tuoda esiin itselleen keskeisimpiä argumentteja ja niitä tukevia kokemussääntöjä.⁵⁹ Vastaavalla tavalla vastakuulusteluun voidaan valmistautua yksilöimällä sellaista todistelua, joka vahvistaa asianosaisen edustamaa juttuteoriaa tukevien argumenttien luotettavuutta, tai joka päinvastoin heikentää vastapuolen juttuteorian todistelun uskottavuutta/luotettavuutta.

Usein tällaisia hyödyllisiä aputosiseikkoja tai (aihe)todisteita on saatavissa (myös) vastapuolen todistajalta tai ylipäättänsä henkilöltä, jonka kertomus muuten tukee vastapuolen juttua. Vastakuulustelijan on mahdollista pyrkiä suunnittelemaan kuulustelua siten, että siinä saataisiin konstruktiivisella tavalla esille tällaisia itselleen myönteisiä seikkoja. Yleensä vastakuulustelijan on tarkoi-

⁵⁸ Ks. Moore ym. 1996 s. 67–68.

⁵⁹ Ks. Moore ym. 1996 s. 168.

tuksenmukaista tähdätä argumenttiensa esittelyyn siten, että tiettyä kertomuksen luotettavuuskriteerinä pidettävää seikkaa valotetaan monipuolisesti useilla lyhyillä, vain yhtä seikkaa kerrallaan tiedustelevilla kysymyksillä.⁶⁰

7.3 KÄYTÄNNÖLLISET TOIMET KUULUSTELUUN VALMISTAUTUMISESSA

I Yleisen juttuteorian hahmottaminen edellä kuvatuin tavoin tuottaa sellaiseen myös yleissuunnitelman kuulustelustrategiaksi.⁶¹ Yksityiskohtaisempaa kuulustelustrategiaa tulee kuitenkin usein pyrkiä hahmottamaan vielä konkreettisemmalla tavalla. Sanottu ei tarkoita valmista, sittemmin oikeudenkäynnissä ääneen luettavaa kysymyslistaa, vaan kuulustelun tarkoituksen ja sisällön yleistä hahmottelua ns. *jutun teorian* pohjalta. Kuten edellä on jo selvitetty, valmistelussa on olennaista päättää, mistä teemoista tai seikoista on ylipäätänsä kultaakin todistajalta kysyttävä. Olennaista on myös kartoittaa päämiehelle edulliset ja epäedulliset, heikot ja vahvat oikeus- ja todistustositteikat.⁶²

Oikeudenkäyntistrategian hahmottaminen ns. jutun teorian ja sitä lähemmin konstituivien argumenttien kautta on osoittautunut hyödylliseksi metodiksi. Myöhemmin loppulausuntoja koskevassa jaksossa (7.8) pyritään edelleen osoittamaan, että on kaiken kaikkiaan *tarkoituksenmukaista pyrkiä hahmottamaan oikeudenkäyntistrategiaa jo alusta pitäen ikään kuin 'loppulausunnon*

⁶⁰ Ks. Moore ym. 1996 s. 171–173. Seikkaperäinen, yksityiskohtainen tiedustelu tekijöistä, jotka valottavat jotain kertomuksen luotettavuutta kohentavaa tai heikentävää (aihe)todistetta tai apu-tositteikkaa, ”hidastaa kuulustelun tahtia”, ja on siten omiaan korostamaan vastakuulustelijalle edullisen argumentin merkitystä.

⁶¹ Ylipäättään huolellisesti suoritettun valmistelun tuloksena asianosaisella tulisi olla hahmoteltuna tapahtumat kronologisesti selvittävä koherentti ’kertomus’, lista konkreettisista tosiseikastoväitteistä ja niitä tukevista todisteista, etukäteen hahmoteltu ja analysoitu argumentaatio keskeisimmille faktapropositioille sekä jossain määrin myös mietittyjä vasta-argumentteja vastapuolen ’juttua’ vastaan.

⁶² Ks. Manner 2001 s. 191 ja Schellenberg 2000 s. 35. Yksi puolustusstrategian osa on sen päättäminen, mistä syytetyn ei tarvitse tai kannata lausua. Asianajajan asia ei ole kannustaa päämiestään yhteistyöhaluttomuuteen tai vaikenemiseen oikeudessa, mutta toisaalta päämiehen eduista huolehtiminen tarkoittaa mm. selontekoa siitä, mikä syytetyn totuusvelvollisuus on ja mistä seikoista voisi olla puolustustaktisesti tarkoituksenmukaista ”olla tekemättä numeroa” (toisaalta myös OK 17:5:n sisällöstä tulisi tällöin muistuttaa). Hyväksyttäessä tässä tutkimuksessa aikaisemmin kannatettu ajatus (ks. jakso 4.2.5) hyödyntämiskielto-olettamasta, voi puolustuksella olla mahdollisuus esim. väärin edellytyksin suoritettun epäillyn kuulustelukertomuksen poissulkemiseen todistusaineistosta. Tällöin asiamiehen tai avustajan tulisi myös mainita päämiehelleen siitä, että hänellä ei ole velvollisuutta kertoa niistä (itselleen haitallisista) seikoista, jotka kirjattiin epäillyn kuulustelupöytäkirjaan, ja myös oikeus nimenomaisesti kehottaa tällaisista seikoista vaikenemiseen. Näin menetellään mm. Saksassa StPO 136a §:n todistamiskiellon johdosta, ks. Schellenberg 2000 s. 91. Ks. myös Ebervall 2002 s. 245, 257, 343 i.f. sekä 212–213, joka vertaa puolustushypoteesin valmistelutoimintaa filmin editointiin (epäolennainen on karsittava pois ja olennainen on esitettävä havainnollisessa muodossa/järjestyksessä).

kautta'. Oikeudenkäyntistrategia on nimittäin tyypillisesti parhaimmillaan silloin, kun koko esitettävä todistusaineisto sekä asennoituminen vastapuolen todisteisiin ja ylipäättänsä henkilötodisteluun ohjautuu systemaattisesti asianosaisen juttuteorian perusteella. Huolellinen valmistautuminen mahdollistaa kuulustelun suorittamisen tavalla, jolla siitä saa esille juuri ne näkökohdat, jotka asianosainen kokee merkityksellisimmiksi juttuteoriaansa kannalta – joita seikkoja asianosainen on mahdollisesti 'alustanut' jo asiaesityksessään, ja jotka tämä voi vielä ytimekkäästi 'kiteyttää' loppulausunnossaan.

Keskeistä kuulustelun suunnittelemisessa on siis selvittää, mitä tavoitteita kuulustelulla on, ja mitä aihealueita tulee mahdollisesti käsiteltäväksi. Tätä argumentaation kehittelyprosessia on pyritty kuvaamaan yllä. Vähemmän olennaista on ennen oikeudenkäyntiä miettiä yksityiskohtaisesti, millä konkreettisella tavalla kysymykset tulisi esittää. Suunnitteluvaiheen kysymykset voivat olla tarkkuudeltaan rinnastettavissa tekstin *yläotsikoihin* – kysymysten tätä lähempi muotoilu ("alaotsikointi") voisi haitata pääkäsitelyssä esitettävän todistelun joustavuutta ja improvisointia.⁶³ Oman juttuteorian hahmottelulla – mm. pilkkomalla syyttäjän teonkuvaus osateemoikseen, redusoimalla esituskinta- ym. selvityksestä abstrakteja tunnusmerkistöjä vastaavia faktuaalisia propositiota, kytkemällä näihin argumentteihin relevantteja (aihe)todisteita sekä pohtimalla näkökohtia, joilla tällaisesta todistelusta tehtäviä johtopäätöksiä voidaan lähemmin perustella – on joka tapauksessa päästy jo varsin pitkälle myös kuulustelun suunnittelussa. Tällöin käytössä on paitsi hyvä kokonaiskuva näytöstä, myös jo valmiiksi erilaisia vaihtoehtoja ja vasta-argumentteja huomioiva näkemys, jonka pohjalta kuulustelun nopeat improvisaatiot helpottuvat.

Valmis kysymyslista johtaisikin kaavamaiseen kuulusteluun ja joustamattomuuteen yllättäviin vastauksiin reagoinnissa. Liiallinen papereista lukeminen kuulustelussa antaa myös vaikutelman siitä, ettei kuulusteltavan vastauksiin tai käyttäytymiseen⁶⁴ kiinnitetä riittävästi huomiota.⁶⁵ Saattaa silti olla hyödyllistä

⁶³ Ks. *Levy* 1999 s. 37 i.f. ja 112–113.

⁶⁴ Todistajan käyttäytyminen (näytöllisessä merkityksessä) voidaan määritellä esim. seuraavasti: "'demeanour' excludes the content of evidence, and includes every visible or audible form of self-expression manifested by a witness whether fixed or variable, voluntary or involuntary, simple or complex." Ks. *Fife-Schaw* 1999 s. 253 ja s. 256–264 laajemmin mm. käyttäytymisen vaikutusmalleista päätöksentekoon sekä tekijöistä, jotka altistavat tuomioistuimen perustamaan tosiasialliset ratkaisuperusteet liiaksi todistajien käyttäytymiseen ja muihin periferisiin seikkoihin (tällaisia tekijöitä ovat mm. käsiteltävän asian "merkityksettömäksi" kokeminen, oikeudenkäynnin pituus, kysymysten vaikeus, kuulustelun kesto ja erilaiset huomiota kiinnittävät häiriötekijät).

⁶⁵ Ks. *Moore* ym. 1996 s. 159. Jury-tutkimusten mukaan valamiehet ovat taipuvaisia kiinnittämään huomiota puolustusasianajajan ei-verbaaliseen viestintään pyrkiessään arvioimaan asianajajan luotettavuutta, ja myös todistajien uskottavuutta arvioidaan yllättävän paljon sanattoman viestinnän kriteereitä soveltaen varsinaisen lausuntoanalyysin kustannuksella. Ks. tutkimuksista *Välikoski* 1996 s. 20, 30–31, 39 ja 119.

etukäteen (kirjallisesti) *ryhmitellä kysymykset* toimiviksi kokonaisuuksiksi esim. teemoittain.⁶⁶ Tuomarin kannalta hyvä asianosaisten suorittama kysymysten ryhmittely vähentää tarvetta kontrolloivaan prosessinjohtoon ja luo muutenkin hyvät edellytykset perustellun todistusharkinnan suorittamiseen. Syyttäjän kannalta ryhmittely on tarpeen eri tunnusmerkistötekijöiden ”kollausta” varten. Syyttäjä voi esimerkiksi listata ne tekijät, jotka saivat hänet itsensä vakuuttumaan epäillyn syyllisyydestä ja syytekynnyksen ylittymisestä, ja perustaa kuulustelurunkonsa siihen. Joissain tilanteissa eliminaatiodistelu eli muiden ajateltavissa olevien teko- tai tekijävaihtoehtojen poissulkeminen jo ennakkoon voi olla tarkoituksenmukainen strategia. Puolustusasianajajan kannalta ryhmittely on keino löytää syyttäjän näytön heikot kohdat sekä realistiset puolustautumismahdollisuudet.⁶⁷

II Puolustuksen kuulustelustrategian tulee perustua yhdessä päämiehen kanssa sovitulle yleiselle puolustautumisstrategialle: puolustus saattaa esim. kiistää kaikki syytteet, vain osan syytteistä, tai puolustusstrategia voi perustua oikeusseuraamuksiin vaikuttamiseen eli mahdollisimman lievän rangaistuksen tavoitteluun.⁶⁸ Yleisesti ottaen puolustautumisstrategian tulee lähteä siitä, että päämiehelle aiheutuvat negatiiviset rikosoikeudelliset ja ’ulkoprosessuaaliset’ vaikutukset minimoituisivat. Luonnollisesti järkevän puolustusstrategian tulee olla realistinen eli odotettavissa oleville seurausvaihtoehdoille – eikä ”tuulentuville” – rakentuva. On myös mahdollista, että menestymismahdollisuuksien muuttuessa oikeusprosessin aikana, myös puolustuksen toiminnalleen asettamat tavoitteet muuttuvat.

Yleisesti ottaen on luallista, että oikeudenkäynnin asianosainen etukäteen *tiedustele* sekä omalta että myös vastapuolen *todistajalta, mitä tämä tietää asiasta* (ks. esim. TO 43.2 §). Omien todistajien tietojen etukäteistä kartoittamista voi joissain tapauksissa pitää jopa asianajajan velvollisuutena.⁶⁹ Estettä vastaavaan menettelyyn ei ole myöskään virallisella syyttäjällä, vaikka tällaista käytäntöä ei tiettävästi juurikaan käytännössä esiinny – pääsääntöisesti

⁶⁶ Ks. *Shepherd – Milne* 1999 s. 129 ja *Munkman* 1951 s. 119.

⁶⁷ Ks. *Diesen* 1996 s. 199. Kysymysten ja yleisemminkin prosessistrategian hahmottaminen on mielekästä kytkeä yhteen tuomitsemiskynnyksen edellytyksiin. Oikeudenkäynnin suunnittelussa onkin hyödyllistä jakaa käsillä oleva asia osaelementteihin tai osateemoihin mutatis mutandis vastaavalla tavalla kuin edellä jaksossa 3.5.2 esitettiin ns. hypoteesimetodissa tehtävän.

⁶⁸ Ks. *König* 2000 s. 156 ja *Malek* 1994 s. 13. Seikkaperäisesti erilaisten ’asianajajaideologioiden’ mukaisista menettelytavoista päämiehen kanssa käytävässä keskustelussa ja tämän lähtökohtaisen asennoitumisen tai asianajajan tiedonintressin vaikutuksesta mm. puolustusasianajajan suhteelle aineellisen totuuden tavoitteluun (todistelukysymyksille) ja siihen, missä määrin asianajaja on sidottu päämiehensä antamiin tietoihin ja menettelyohjeisiin, ks. *Ebervall* 2002 s. 224–239.

⁶⁹ Ks. *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 187, *Peltonen* 1985 s. 54 ja 68, *Ylöstalo – Tarkka* 2000 s. 239 ja *Jokela* 2002 s. 329–330.

syyttäjät (kuten kenties syytetyyn puolustatkin) – tyytyvät esitutkintapöytäkirjaan sisältyviin tietoihin. Todistajilla kuten muillakaan henkilöillä ei myöskään ole lakiin perustuvaa velvollisuutta ’alistua’ puolustajan tai syyttäjän esittämään *etukäteispuhutteluun*. Joka tapauksessa silloin, kun yllä tarkoitettuun etukäteispuhutteluun päätetään ryhtyä, on asianmukaista, että kutsussa epäviralliseen todistajan kuulemistilaisuuteen kerrotaan tälle keskustelun tarkoitus ja mahdollisesti kysymyksen tulevat aihepiirit, sekä annetaan todistajalle mahdollisuus riittävään valmistautumiseen. Viimeistään itse keskustelussa todistajalle olisi asianmukaista myös ilmoittaa tämän mahdollisesta oikeudesta olla vastaamasta tiettyihin kysymyksiin, tai kokonaiskieltäytymisoikeudesta.⁷⁰

Puolustuksella on luonnollisesti oikeus *nimetä omia todistajia* oikeudenkäynnissä kuultaviksi, eli myös sellaisia henkilöitä, joita ei ole kuultu esitutkinnassa. Tällainen tilanne ei liene käytännössä niinkään harvinainen, koska laillisuusvalvojille saapuu vuosittain lukuisia kanteluita puutteellisesti suoritetuista esitutkinnoista. Pohdittaessa omien todistajien nimeämistä puolustuksen tulee punnita todistajan syytetylle synnyttämän edullisen vaikutuksen painoarvoa sitä riskiä vastaan, että vaikutus kääntyisi päinvastaiseksi syyttäjän vastakuulustelussa. Tämän takia ainakin keskeisimpien omien todistajien kanssa on järkevää käydä yhdessä etukäteen läpi tämän kertomusta ja kerrata sen ydinkohdat sekä antaa todistajalle yleisluontoisia ohjeita todistamisesta. Puolustusasianajajan tehtävän hoitamisen kannalta alustavien orientoivien haastattelujen käyminen useankin todistajan kanssa voi olla tarpeen sen arvioimiseksi, keitä henkilöitä on tarkoituksenmukaista nimetä kuulusteltavaksi tuomioistuimessa.

Etukäteiskuuleminen on sitä perustellumpaa, mitä tärkeämmästä todistajasta on kyse. Alustavat keskustelut voivat olla tarpeen myös epäselvyyksien ja -täsmällisyyksien selvittämiseksi jo ennen oikeudenkäyntiä. Samalla käy mahdolliseksi todistajan ulkoisen esiintymiskyvyn tarkkailu sekä sen arviointi, missä määrin todistaja pystyy vapaaseen kerrontaan ja miten paljon todistaja todennäköisesti tulee tarvitsemaan tukea tarkentavista kysymyksistä. Edelleen alustavat keskustelut esitutkinnassa kuullun henkilön kanssa voivat olla nekin tarkoituksenmukaisia, jos puolustuksella on syytä epäillä, että todistaja voi myöhemmin muuttaa kertomustaan.⁷¹ Asianajajan ja todistajien välisten etukäteisten keskusteluiden yksi tärkeimmistä funktioista on myös todistajan hermostuneisuuden vähentäminen ja todistajan rauhoittaminen varsinaista kuulustelua varten.

Esikysymyksenä ennen kuulusteluiden suorittamista syyttäjän ja puolustuksen on ratkaistava, *kuinka montaa ja keitä todistajia* on prosessitaktisista ja -ekonomisista syistä perusteltua ylipäättänsä kutsua kuulusteltavaksi. Kysymykseen ei voi antaa yksiselitteistä vastausta, vaan ongelma on ratkaistava joustavasti yksittäistapauksittain. Harkinnassa on syytä kiinnittää huomiota

⁷⁰ Ks. etukäteiskeskusteluista mm. *Lie* 2002 s. 126 ss. ja *Rückel* 1986 s. 78–79 ja 80.

⁷¹ Ks. *Levy* 1999 s. 6 ja 16–17 ja *Dahs* 1983 s. 236 s.

mm. siihen, että lukuisten todistajien kuuleminen voi antaa mielikuvan, ettei pääkuulustelija oikein luota kehenkään yksittäiseen todistajaan; todistajien suuri lukumäärä voi lisätä tarpeettomasti todennäköisyyttä, että vastakuulustelussa tulee esille ristiriitaisia seikkoja; vaikka yksi todistaja selviäisikin hyvin vastakuulustelusta, voi 'heikompi' samasta asiasta todistava pilata saavutetun tuloksen omassa vastakuulustelussaan; lukuisten todistajien kuuleminen ei-keskeisistä seikoista voi olla tarpeetonta ajan tuhlausta, ja todisteluista muodostuva kokonaiskuva saattaa heiketä ja keskeiset seikat voivat hämärtyä yksityiskohtien runsauden johdosta. Erityisesti puolustuksen kannalta on huomionarvoista, että omaksi todistajaksi ei välttämättä kannata nimetä sellaista todistajaa, jonka myös syyttäjätaho varmasti tulee nimeämään todistajakseen. Tällöin kyse on teknisesti syyttäjän todistajasta, jolloin puolustukselle avautuu mahdollisuus todistajan vastakuulusteluun, jossa 'liikkumatilaa' tarpeen vaatiessa on enemmän.⁷²

Todistajan kanssa käytävässä keskustelussa voidaan käydä läpi todistajankertomuksen pääkohdat, mutta todistajalle ei luonnollisesti saa neuvoa vastauksia tai sopia tämän kanssa tulevasta kuulustelustrategiasta liian yksityiskohtaisesti. Kyse voi olla mm. pääkuulustelussa tärkeiden seikkojen korostamisesta, todistajalta toivottavasta käyttäytymisestä tai vastakuulusteluun valmistautumisesta. Todistajalle voi selvittää jutussa aktualisoituvat keskeiset teemat ja sen, millä tavoin todistajan kertomus vaikuttaa näiden teemojen selvittämiseen. Todistajan varmuus ja 'kestävyys' tulevassa vastakuulustelussa saadaan paremmin koetukselle hänen ymmärtäessä todistuksensa merkityksen.⁷³ Olennaisten seikkojen selvittäminen nimittäin estää todistajaa liian helposti taipumasta vastakuulustelussa myöntämään tai sivuuttamaan jonkin todistajasta epäolennaiselta tuntuvan seikan, jolla tosiasiaa kuitenkin on jutussa relevanssia. Edelleen todistajalle voidaan selvittää, että vastakuulustelussa voidaan käyttää johdattelevia kysymyksiä ja muutenkin pyrkiä selvittämään tälle vastapuolen oletettavaa kuulustelustrategiaa. Todistajankertomuksen mahdollisten heikkouksien etukäteinen tunteminen saattaa olla omiaan rauhoittamaan todistajaa, ja ongelmakohtien tiedostaminen ja niihin varautumisen mahdollistaminen saattaa saada todistajan suhtautumaan todistamiseen itsevarmemmin.⁷⁴ Todistajan rau-

⁷² Ks. *Wrottesley* 1961 s. 39.

⁷³ Ks. *Palmer* 1966 s. 31.

⁷⁴ Ks. *Levy* 1999 s. 18 s. ja *Lie* 2002 s. 241. Ks. myös *Lindgren ym.* 2001 s. 167 ja 173 s. pitkälti vastaavista syistä johtuvasta tarpeesta rikoksen asianomistajan kanssa käytävään etukäteiskeskusteluun (ks. myös mt. s. 176–177 Ruotsissa nykyään lähes puolessa maan käräjäoikeuksista järjestettävistä erityisistä *todistajantukiohjelmista*, jotka tähtäävät mm. todistajien ja asianomistajien etukäteiseen oikeudenkäyntiin orientoimiseen). – Tähänastisen suomalaisen prosessiperinteen valossa – joka on aikaisemmin muodostunut mm. tuomioistuimen vahvan materiaalsen selvittämisvastuun ja tuomarin suorittaman todistajankuulustelun pohjalta – saattaa mahdollisesti tuntua oudolta valmistaa todistajaa järjestämällä asianajajan toimesta 'simuloitu' vastakuulustelu (ns. cross- examination drill). Ks. todistajan 'valmentamisesta' kriittisesti mm. *Honig* 1967 s. 23–24 ja päämiehen osalta vastaavasta menettelystä *Malek* 1994 s. 107.

hoittamiseksi tälle voi tähdentää, että vaikka todistaja vastapuolen vastakuulustelussa kokisikin, että hän ei pysty parhaalla mahdollisella tavalla tuomaan näkemyksiään esiin, on hänellä aina periaatteellinen mahdollisuus näkemysten selventämiseen uudelleenkuulusteluvaiheessa.⁷⁵

Vastaavasti kuten kuultaessa todistajia tuomioistuimessa, myös syyttäjän tai asianajajan suorittamassa todistajan alustavassa etukäteiskuulemisessa tulisi esittää selkeitä tosiseikkojen selventämiseen tähtääviä kysymyksiä. Keskustelussa tulisi pyrkiä selvittämään sitä, missä määrin todistajan lausumat ovat subjektiivisesti vääristyneitä, liioittelevia tai muuten vääristyneitä. Erittäin tärkeää on myös sen selvittäminen, perustuvatko todistajan kertomat seikat varmasti tämän itsensä havaitsemiin seikkoihin vai vain toisen käden kautta saatuihin tietoihin. Näin voidaan välttää tilanne, että vasta todistajan pää- tai vastakuulustelussa käy ilmi, että kyse itse asiassa onkin enemmän tai vähemmän kuulopuhetodistelusta.

Etukäteispuhuttelun tulee olla täysin *neutraali*. Todistajaa ei tulisi painostaa kertomaan jotain tietyn sisältöistä tai päinvastoin jättämään joistain seikoista kertomatta.⁷⁶ Johdattelevia kysymyksiä tulee välttää: todistajan kokema johdattelupyrkimys voi nimittäin muuttaa todistajan asennoitumista, jolloin hän voi jättää mainitsematta olennaisiakin seikkoja aiheuttaen siten mahdollisia yllätystilanteita oikeudenkäynnin aikana. On useimmiten myös epäkorrektia ilmaista todistajalle epäluulo siitä, että tämä on väärässä – ensisijainen tarkoitus tässäkin kuulemisessa on saada todistajan omat muistikuvat esiin luotettavalla tavalla.

Oikeuteen kutsuttu todistaja luonnollisesti pyrkii heti palauttamaan muistikuvansa mieleen ja konstruoimaan kokonaiskäsityksen asiasta. Tuomioistuin-kuulustelussa syyttäjältä tai asianajajalta aikaisemmin saadut tiedot saattavat vaarallisella tavalla sekoittaa osaksi todistajan muistikuvia siten, ettei hän itsekään enää pysty erottamaan aitoja havaintoja jälkikäteispohdinnoistaan. Vaara tietojen sekoittumisesta ja mielikuvien muovautumisesta on käsillä myös, jos etukäteispuhuttelussa kuullaan samanaikaisesti useampaa todistajaa. Sen vuoksi kutakin todistajaa tulisi oikeudenkäyntiin valmistautuessaan kuulla yksitellen ja erikseen.⁷⁷ Joissain tilanteissa puolustusstrategian onnistumisen turvaaminen esim. hyvin hermostuneen tai epävarman todistajan tapauksessa saattaa vaatia, että puolustus vielä välittömästi ennen tuomioistuimessa tapahtuvaa kuulemistä kertaisi oman todistajansa kanssa tämän aikaisemmin asianajajalle antaman kertomuksen pääkohdat, mahdollisesti keskustelusta laaditun muistion tai pöytäkirjan avulla (ks. niistä s. 478).⁷⁸

⁷⁵ Ks. Levy 1999 s. 396.

⁷⁶ Ks. Dahs 1983 s. 248.

⁷⁷ Ks. Wellman 1962 s. 41 ja Ebervall 2002 s. 216; vrt. Palmer 1966 s. 32 päinvastaisesta suosituksesta, vaikka kirjoittaja myöhemmin (s. 101) toteaaakin, että oikeudenkäyntiä edeltävillä keskusteluilla voi olla muistia vääristävä vaikutus.

⁷⁸ Vrt. Levy 1999 s. 8.

Todistajan vapaan kertomuksen jälkeen todistajan johdateltavuutta voidaan testata tarkoituksellisen suggeroivalla kysymyksellä. Tällöin on tosin kysymyksen jälkeen tehtävä selväksi, että tarkoituksena ei ollut johtaa todistajaa harhaan, vaan lähinnä valmistaa häntä mahdollisesti painostavan vastakuulustelun varalta. Menettelyä ei myöskään tule soveltaa rutiininomaisesti, vaan vain silloin, jos todistajan epäillään olevan erityisen altis johdattelulle.⁷⁹

Vastapuolen todistajiin etukäteinen yhteydenpito on siis oikeusjärjestelmäsämme sallittua ja mahdollista (TO 43.2 §).⁸⁰ Virallisen syyttäjän objektiivisuusperiaate voi joskus esitutkinnan jälkeenkin johtaa tämän selvittämään epäselvyyksiä tai kysymyksiä aiheuttavat seikat omasta aloitteestaan tarkoitettussa etukäteispuhuttelussa ennen oikeudenkäyntiä. Asianajajan kannalta taas keskeistä on varmistautuminen siitä, että kaikki päämiehelle edullinen näyttö tulee esitetyksi jutussa. Varmistautuminen saattaa edellyttää syyttäjän todistajien kanssa käytäviä keskusteluita erityisesti silloin, jos esitutkinta on suoritettu puutteellisessa laajuudessa, jos kuulustelupöytäkirjat ovat epäselviä tai tulkinanvaraisia tai jos vastapuoli on nimennyt sellaisia todistajia, joita ei ole kuultu esitutkinnassa. Vastapuolen todistajiin yhteydenpito voi olla tarpeen myös oikeudenkäynnin keskityksen turvaamiseksi: hyvissä ajoin selvinnyt vastakuulustelun tarve (tai päinvastoin vastatodistelun tarpeettomuus) vähentää oikeudenkäynnin lykkäyspaineita.⁸¹

Joissain tapauksissa, lähinnä silloin, kun todistaja osoittautuu tuomioistuimessa kuulusteltavana jollain tavoin syytetylle vastaisesti puolueelliseksi tai 'dogmaattiseksi', voi vastakuulustelija ottaa esille sen subjektiivisuutta tukevan seikan, ettei todistaja suostunut tämän pyytämään keskusteluun ennen oikeudenkäyntiä.⁸² Syytetyn puolustuksen kannalta voi tosin olla järkevää miettiä tarkkaan, kannattaako tapahtumiin vahvan emotionaalisesti suhtautuvaa todistajaa tai erityisesti asianomistajaa lainkaan kutsua alustavaan keskusteluun. Jos keskusteluun ylipäätänsä suostutaan, voi keskustelu jäädä hedelmättömäksi, minkä lisäksi mahdollisuus väitteille puolustuksen epäasiallisesta vaikuttamispyrkimyksistä saattaa menettelyn seurauksena kasvaa.⁸³ Suomalaisessa asianajajakäytännössä ei tietävästi kuitenkaan ole

⁷⁹ Kutchinsky 1981 s. 69 ja 73. Ks. myös Palmer 1966 s. 32, Rückel 1986 s. 73 s. ja Levy 1999 s. 9. Testaustarkoituksessa esitettävät johdattelevat kysymykset voivat joskus hermostuttaa todistajaa, joten menettelyä on sovellettava erityisen varovaisesti.

⁸⁰ Ks. Lappalainen 2001a s. 252. Ks. myös Diesen 1996 s. 205, Dahs 1983 s. 113 ss. ja Ebervall 2002 s. 216: "there is no property in a witness."

⁸¹ Ks. Ylöstalo – Tarkka 2000 s. 239. Vrt. Suojanen 1994 s. 425.

⁸² Levy 1999 s. 110.

⁸³ Ks. Levy 1999 s. 10 ja 108–109. Ks. myös Dahs 1983 s. 115. Syytettyyn vahvan vihamielisesti suhtautuvan todistajan kanssa käytävät alustavat keskustelut on yleensä järkevää myöhempien epäselvyyksien (esim. painostusväitteiden) torjumiseksi järjestää siten, että keskustelun toimittaa joku toinen henkilö kuin varsinaista puolustustoimeksiantoa suorittava asianajaja, tai että keskustelussa olisi ainakin läsnä todistaja. Jo kuulustelun/keskustelun ulkoinen muoto on menettelyn objektiivisuuden arvioinnin kannalta huomioitava tekijä: periaatteessa keskustelu voidaan käydä

ainakaan mitenkään rutiininomaista, että vastapuolen todistajiin oltaisiin ennen oikeudenkäyntiä yhteydessä. Asianajajalla on joka tapauksessa oikeus pyytää syyttäjältä myötävaikutusta tässä suhteessa, minkä lisäksi puolustus voi tehdä omia tutkimuksiaan, jossa voi pyytää apua myös syyttäjältä ja/tai poliisilta.⁸⁴

III Puolustusasianajajan ja tämän *päämiehen* välinen keskustelu ennen oikeudenkäyntiä on erityisen tärkeä. Periaatteessa päämiehen tulisi saada kertoa oma käsityksensä tapahtumista avustajalleen vastaavalla tavalla vapaasti kuin pääkuulustelussa tuomioistuimessa. Päämieheltä saadut tiedot muodostavat sen 'totuuden', jonka varassa asianajajan tulee pääsääntöisesti toimia ja jonka varaan prosessistrategia laaditaan. On itsestään selvää, että asianajajan tulee tehdä keskustelun tai keskusteluiden perusteella syntynyt näkemyksensä oikeaksi harkitsemasta prosessistrategiasta päämiehelleen selväksi konkreettisella tavalla, jotta prosessi voisi edetä yhteisymmärryksessä ja ilman väärinkäsityksiä.⁸⁵

Asianajajan tapaohjeiden 42 §:n mukaan asianajaja ei ole velvollinen tarkistamaan asiakkaan antamia tietoja ilman erityistä syytä. Asianajajan tehtävän hoitamiseen kuuluu olennaisena osana se, että rikoksesta syytetyn asiakkaan ja asianajajan välille muodostuu (ammatillinen) luottamussuhde. Lähtökohta on, että asianajaja hyväksyy päämiehensä näkemykset toimintansa pohjaksi – sanotusta syystä asianmukaisen puolustuksen järjestämistä ilman päämiehen kanssa käytäviä neuvotteluita ei voi juurikaan kuvitella mahdolliseksi. Päämieheltä saatavat tiedot antavat asianajajalle edellä tarkoitettujen 'puolustusosiseikkojen' lisäksi vihjeitä siitä, mistä tai keneltä olisi mahdollista saada syytetylle relevantteja lisätietoja.⁸⁶

Joissain tilanteissa asianajajan voi olla syytä pyytää päämieheltä kirjallinen selonteko tämän omista muistikuvista ja näkemyksistä, koska tällöin kaikessa rauhassa asioita muistellessaan päämies saattaa muistaa enemmän kuin vieraassa ympäristössä asianajajan tai tämän avustajan kysellessä. Myöhempiä kuulustelustrategian laatimista voi myös helpottaa, jos päämieheltä kysytään tämän mielipiteitä ja näkemyksiä niistä todistajista, jotka syyttäjä on nimennyt asiassa todistamaan. Päämiehen kanssa tulee luonnollisesti keskustella esitutkintapöytäkirjasta yleisemminkin, koska tällöin tietoon saattaa tulla huomionarvoisia näkökohtia esitutkinnan heikkouksista ja puutteellisuuksista.⁸⁷ On myös

muuallakin kuin asianajajan toimistolla, joskin viimeksi mainittu vaihtoehto lieene yleensä perustellumpi. Todistajalle voidaan joka tapauksessa tarvittaessa selvittää, ettei mainitunlaisessa ennen oikeudenkäyntiä tapahtuvassa keskustelussa ole mitään 'moitittavaa', ja että todistaja voi ja hänen tulee kysyttäessä vastata suoraan mahdollisia etukäteiskeskusteluja tarkoittaviin kysymyksiin pääkäsittelyssä.

⁸⁴ Asianajajan omista tutkimuksista ks. *Ebervall* 2002 s. 217–218.

⁸⁵ Ks. *Schellenberg* 2000 s. 35.

⁸⁶ Ks. *König* 2000 s. 157.

⁸⁷ Ks. *Levy* 1999 s. 108.

tärkeää opastaa syytettyä siitä, miten tuomioistuimessa käyttäydytään, samoin kuin neuvoa häntä erilaisissa käytännöllisissä kysymyksissä. Yleisellä tasolla voidaan myös selvittää, mitä päämiehen tulisi vapaassa kertomuksessaan kertoa, ja mitkä seikat on tarkoituksenmukaista jättää vapaan kerronnan jälkeen seuraavien täsmentävien kysymysten avulla selvitettäväksi. Kuulustelussa esille tulevien seikkojen kartoittaminen voi myös olla omiaan rauhoittamaan päämiestä sen suhteen, että hänen mahdollisesti unohtamat seikat tulevat joka tapauksessa oikeudenkäyntiavustajan kautta puheeksi.⁸⁸

Päämies eli rikosasian syytetty on ”henkilötodistajana” ongelmallinen. Syyteen kiistävän syytetyn uskottavuus – ja samalla tämän kuulustelemisen tarpeellisuus – on nimittäin lähtökohtaisesti vähäinen, jos syytetty ei pysty perustelemaan kiistämistään muilla todisteilla.⁸⁹ Koska syytetyn vaitiolosta ei saa tehdä tälle haitallisia (ratkaisevia⁹⁰) johtopäätöksiä, on perusteltua harkita tarkkaan, missä määrin päämiehen kannattaa prosessissa olla äänessä, ts. onko hänen vapaa kertomuksensa tai syyttäjän kysymyksiin vastaaminen syytetylle edullista. Asianajajan tehtävien mukaisena on sinänsä riidattomasti pidettävä, että tämä voi neuvoa päämiestään vaikenemaan tietyistä seikoista, jos syytetyn etu sitä vaatii. Pääsääntöisesti vaikenemista ei voi pitää suositeltavana silloin, kun syytettyä vastaan kuullaan lähtökohtaisesti ’vahvoja’ henkilötodistajia. Myöskään osittaista vaikenemista ei voi pitää tarkoituksenmukaisena: täyden vaitiolon vaihtoehtona tulee kyseeseen käytännössä vain ’avoin’ todistaminen, ei sen sijaan valikoiva kysymyksiin vastaaminen.⁹¹

Toisaalta joskus päämiehen etu voi edellyttää myös rikoksen tunnustamisen suosittelemista, lähinnä kun syyllisyysnäyttö on selvää tai kun epäilty on jo antanut esitutkinnassa luotettavan tunnustuksen. Viimeksi mainitussa suhteessa puolustajien tosin tulisi noudattaa varovaisuutta, koska näyttötilanne voi periaatteessa muuttua vielä oikeudenkäynnin loppuun mennessä, jolloin tekemättä jätetty tunnustus voi lopulta ratkaista sen, että syyte tulee hylätyksi.⁹² Päämiehensä kuulustelua suorittavan puolustajan kannalta ongelmia voi koitua myös siitä, ettei syytetyllä ole velvollisuutta vastata edes oman puolustajankaan esittämiin kysymyksiin.

Ns. objektiivisen rikosyhteyden tilanteissa (eli kun samasta teosta syytettynä on useampi henkilö⁹³) on oikeudenkäyntiin valmistautumisessa syytä ottaa huo-

⁸⁸ Ks. Malek 1994 s. 89–90 ja Dahs 1983 s. 258–266.

⁸⁹ Näin König 2000 s. 165.

⁹⁰ Ts. syytettyä ei voida tuomita yksinomaan tämän vaitiolosta tehtävien päätelmien nojalla. Tältä osin OK 17:5:n soveltamista rajoittavasta EIT:n ratkaisusta Murray ks. edellä jaksossa 3.3.1 (s. 138 av. 159) esitettyä.

⁹¹ Ks. Dahs 1983 s. 263–264.

⁹² Ks. Malek 1994 s. 105 ja 108 ss. ja Roxin 1998 s. 104: osittainen syytetyn vaitiolo mahdollistaneet totaaliseen vaikenemiseen verrattuna helpommin negatiivisten johtopäätösten tekemisen.

⁹³ Näin objektiivisesta rikosyhteydestä mm. Frände 1999 s. 177 ja Virolainen 1998 s. 222. Vrt. Jokela 2000a s. 367 (passiivinen subjektiivinen kumulaatio) ja Leppänen – Välimaa 1998 s. 28 (subjektiivinen kumulaatio).

mioon, missä määrin puolustuksen tulisi olla etukäteen yhteydessä kanssasytettymiin ja/tai näiden oikeudenkäyntiavustajiin. Edellä kanssakäymisen objektiivisuudesta sanottu pätee myös tässä, eli viime kädessä puolustautumisstrategian tulee perustua oman päämiehen antamiin tietoihin. Puolustusasetelmien selkeyttämiseksi voi kuitenkin olla tarpeen kuulla lähemmin kanssasytettäviä erityisesti tilanteessa, jossa syytetyt vierittävät vastuuta toisilleen ja/tai kertovat asioista keskenään ristiriitaisesti. Jos kanssasytetyillä on oikeudellinen edustaja, yhteydenottojen tulisi – epäluulojen vähentämiseksi yhteisen ”tarinan” sepittämisestä – tapahtua heidän kauttaan eikä suoraan kanssasytetyyn henkilökohtaisesti.⁹⁴

IV Omana kysymyksenään voidaan pohtia, tulisiko asianajajan tai muun puolustajan laatia todistajien tai päämiehen kanssa käytävistä etukäteiskeskusteluista *muistiinpanoja, muistiota tai pöytäkirjaa*.⁹⁵ Koska puolustajan tulee lähtökohtaisesti luottaa päämiehensä antamiin tietoihin, on seikkojen tarkka kirjaus tärkeää sekä asianmukaisen prosessaamisen että luottamussuhteen syntymisen mahdollistamiseksi. Myös todistajien kertomusten pöytäkirjaaminen puolustajan toimistossa on suotava menettely, koska näin voidaan osaltaan torjua epäluuloja siitä, että todistajaan olisi pyritty tapaamisen aikana vaikuttamaan sopimattomalla tavalla; todistajaa voidaan lisäksi pyytää allekirjoituksellaan vahvistamaan pöytäkirja oikeaksi. Toisaalta kirjaus on hyödyllinen puolustuksen omana muistiinpanona, johon *voi pääkäsittelyn henkilötodistelussa kysymyksiin viitata* (tyyliin: ”muistaakseni kerroitte tästä seikasta toimistolla eri tavoin”), jos todistaja sittemmin muuttaa lausuntoaan.⁹⁶ Voiko puolustus toisaalta hyödyntää etukäteiskeskustelun pöytäkirjaa suuremminkin siten, että se voisi tulla osittain luettavaksi todistajankuulustelun aikana analogisesti OK 17:32.2:n edellytysin (kertomuksen muuttumistilanteissa)?

Keskustelun kirjaaminen edellyttää joka tapauksessa päämiehen tai todistajan hyväksyntää. Asianajajan tapaohjeiden 10 §:ssä kielletään nimenomai-

⁹⁴ Ks. *Dahs* 1983 s. 247.

⁹⁵ Ks. yksityiskohtaisesti *Lie* 2002 s. 135 ss.

⁹⁶ Ks. *Levy* 1999 s. 6. Menettelystä voi toisaalta aiheutua ristiriitoja asianajajan lojaliteetti- ja totuusvelvollisuuksien välille: jos pöytäkirjaus tehdään, tulee se ehdottomasti laatia objektiivisella tavalla siten, että siitä käy luotettavasti ilmi todistajan lausuman todellinen tarkoitus ja siten myös mahdolliset syytetyille vastaiset seikat. Minkäänlainen pöytäkirjan editointi ei tietenkään tule kyseeseen asianajajan totuusvelvollisuuden johdosta. Mainituista syistä *Dahs* 1983 s. 114 puhuukin asianajajan keskustelupöytäkirjasta osuvasti ”kaksiteräisenä miekkana”. Käytännössä asianajajan tulee negatiivisen totuusvelvollisuutensa ja lojaalisuusvelvollisuutensa johdosta jättää laatimaansa kuulustelupöytäkirjaan kokonaan vetoamatta, jos siihen on kirjattu jotain päämiehelle haitallista. Itsekriminointisuoja (mahdollisesti PKL 4:2:n ja/tai OK 17:23:n laajentavaan tulkintaan perustuen) ja asianajosalaisuus myös estänevät editiovelvollisuuden asettamisen tällaista pöytäkirjaa koskien, samoin kuin sen takavarikoimisen.

sesti puhelinkeskusteluiden tai neuvotteluiden salaa tapahtuva nauhoittaminen tai muulla tavalla tapahtuva tallentaminen. Sikäli kun asianajajan keskustelukumppani ei suostu nauhoittamiseen eikä myöskään salli kirjallisen pöytäkirjan pitämistä, voi seuraavana vaihtoehtona tulla kyseeseen ulkopuolisen henkilön osallistuminen etukäteiskeskusteluun 'kuulustelutodistajan' ominaisuudessa.

Selvää on, etteivät välittömyysperiaate (OK 17:11) tai suullisuusperiaate (OK 17:32.2) salli etukäteiskeskusteluista laadittujen muistioden tai pöytäkirjojen käyttöä *kirjallisina todisteina* sen enempää kuin esitutkintapöytäkirjojenkaan. Voimassa olevan lainsäädännön mukaan asianajajan tai muun puolustajan etukäteiskeskustelusta laatima pöytäkirja tarkoittanee lähinnä OK 17 luvun 11 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaista *yksityisluontoista kertomusta, joka on vireille pannun tai alkavan oikeudenkäynnin varalta kirjallisesti annettu*. Tällaista ei pääsääntöisesti saa hyväksyä kirjalliseksi todisteeksi. Jos tuomioistuimilla tällaisen dokumentin käytön erityisillä syillä poikkeuksellisesti kuitenkin sallii, tulee asiakirja nimenomaan kirjallisen todisteen asemaan.⁹⁷

Puolustajan etukäteiskeskusteluista laadittujen pöytäkirjausten käytännölliseen merkitykseen vaikuttaa kuitenkin keskeisimmin se, että *OK 17 luvun 32 § koskee vain todistajan oikeudelle, viralliselle syyttäjälle tai poliisiviranomaiselle annettuja aikaisempia kirjattuja kertomuksia*. Säännös ei koske lainkaan puolustajan toimesta laadittuja pöytäkirjoja todistajan kanssa käydyistä etukäteiskeskusteluista. Voimassa olevassa lainsäädännössä viimeksi mainittuja pöytäkirjoja ei ole lainkaan käsitelty.

Kysymys puolustajan 'pöytäkirjan' käyttöedellytyksistä ja -muodoista liittyy henkilötodistelun muuttumattomuuden kontrollointimahdollisuuksiin aikaisempaan kertomukseen vertailu mahdollistamalla. Aseiden yhtäläisyyden ja puolustuksen suosimisperiaatteiden nimissä – sekä aineellisen totuuden parempien selvittämisedellytysten turvaamiseksi – voitaisiin periaatteessa argumentoida sen puolesta, että asianajajan pöytäkirjaukset rinnastettaisiin OK 17 luvun 32 §:n 2 momentissa tarkoitettuihin asiakirjoihin.⁹⁸ Tosiasiassa tulkinta tarkoittaisi mainitun säännöksen laajentavaa tulkintaa ohi sen sanamuodon – säännöstulkinnassa mahdollistettaisiin viittaukset kirjallisiin dokumentaatioihin suuressa määrin kuin sanamuodon mukaan olisi suoraan mahdollista.

De lege lata asianajajan laatimaa pöytäkirjaa tai muistiota ei kuitenkaan voitane OK 17:32:n merkityksessä lukea todistajaa (tai muitakaan kuulustel-

⁹⁷ Ks. edellä jaksossa 4.3 (s. 245) siitä, että OK 17:32.2:n perusteella luettu tulee henkilötodistelun osaksi.

⁹⁸ Erityisen tärkeää asianajajan muistiinpanoihin tukeutuminen on siinä (harvinaisessa) tilanteessa, jossa syyttäjä katsoo puolustuksen todistajanlausunnon olevan äskettäin oikeudenkäyntiä varten seipitetty. Näyttö todistajan aikaisemmista yhtäpitävistä lausunnoista voi tällöin olla tehokas vasta-argumentti tällaisia väitteitä tai epäilyitä vastaan. Ks. Levy 1999 s. 12–15.

tavia) kuulusteltaessa.⁹⁹ Asianajajan tai muun puolustajan toimesta laaditut pöytäkirjat ovat tässä suhteessa eri asemassa esitutkintapöytäkirjaan verrattuna lähinnä viimeksi mainittuihin liittyvän ”viralliselementin” johdosta. Poliisille tai syyttäjälle annettu kertomus on annettu nimenomaan rikoksia virallisesti selvittävälle tahoille ’prosessin sisällä’ ja yleensä vieläpä sanktoidun totuudessapysymisuhan alaisena. Nimenomaan pitkälti erilainen todistamis- ja totuusvelvollisuus asianajajalle tai muulle puolustajalle kertomusta annettaessa lienee johtanut siihen, ettei tällaisesta kertomuksesta laadittavalle kirjaukselle ole haluttu myöntää ’kvasiesitutkintapöytäkirjan’ asemaa OK 17:32.2:n merkityksessä. Tätä ’puutetta’ kompensoi ja justifyoi se, että esitutkintaviranomaisilla on lähtökohtainen velvollisuus suorittaa puolustuksen pyytämät tarpeelliset lisätutkinnat ja -kuulustelut.¹⁰⁰

De lege ferenda näkisin silti perustelluksi pohtia mahdollisuutta rinnastaa asianajajan pöytäkirjat tai muistiinpanot todistajien kanssa käydyistä keskusteluista esitutkintapöytäkirjaan OK 17:32:n merkityksessä. Puolustukselta ei tulisi aina säännönmukaisesti evätä mahdollisuutta vedota tällaiseen asiakirjaan, jos sen avulla olisi mahdollista saada asiaan (todistajan kertomuksen luotettavuuden arviointiin) vaikuttavaa relevanttia informaatiota tilanteesta, jossa todistaja puhuu oikeudenkäynnissä aikaisemmista lausumistaan poiketen. Vapaan todistelun ja puolustuksen suosimisen periaatteet puhuvat edellä sanotun puolesta. Erityisesti Suomen asianajajaliiton ammatillisessa valvonnassa olevien asianajajien kohdalla rinnastusta OK 17:32.2:n tilanteisiin voitaisiin pitää perusteltuna.

Voi tietysti olla, että OK 17:11:n soveltaminen (yksityisluonteinen kirjallinen kertomus) saattaa tällaisissa tilanteissa riittää todistelun luotettavuuden selvittämiseen. Riittävää voi myös olla, että syytetyn puolustaja – jos esim. ristiriita oikeudessa ja etukäteispuhuttelussa esille tulleen välillä on suuri – nimeää itsensä todistamaan siitä, mitä etukäteispuhuttelussa tuli ilmi.¹⁰¹ Asianajajan ’pöytäkirjan’ rinnastaminen esitutkintapöytäkirjaan OK 17:32:n merkityksessä voisi myös aiheuttaa tulkintaepäselvyyksiä vaitiolo-oikeuden tai -velvollisuuden kannalta. Ajateltakoon, että todistaja ilmaisee asianajajalle jotain – syytetylle edullista – privilegioitua tietoa (joka ei ole tullut esiin poliisikuulusteluissa), mutta josta henkilö tahtoo vaieta oikeudenkäynnissä. Tällöin herää kysymys, voiko tämä tertiuksen suojattu intressi syrjäyttää syytetyn oikeuden esittää kaikkea mahdollista todistelua syyttömyytensä puolesta. Edellä jaksossa 4.2.3 (s. 226) on katsottu, että syytetyn puolesta

⁹⁹ Edellä on käynyt ilmi, että OK 17:32:ää tulisi tulkita pikemminkin supistavasti poikkeuksena suullisuusperiaatteen. Perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan tai yleisemmin favor defensionis -periaatteen tukeutuen OK 17:32.2:n laajentava tulkinta puolustuksen intressejä edistävällä tavalla voisi silti olla ainakin teoriassa ajateltavissa oleva vaihtoehto.

¹⁰⁰ ETL 12 §: Asianosaisen pyytämät kuulustelut ja muut tutkintatoimenpiteet on suoritettava, jos asianosainen osoittaa, että ne saattavat vaikuttaa asiaan, ja jollei niistä aiheudu asian laatuun näiden kohtuuttomia kustannuksia. Ks. säännöksestä *Helminen ym.* 2002 s. 291.

¹⁰¹ Ks. *Lie* 2002 s. 137, 144 ja 216: tällöin esim. asianajajan tulisi kuitenkin normaalisti siirtää jutun enempi ajaminen toiselle avustajalle.

puhuvien todisteiden poissulkeminen hyödyntämiskielto asettamalla ei voi tulla kyseeseen. Tulisiko käsillä olevaa tilannetta kuitenkin tulkita jotenkin toisella tavalla? Menettelyvaihtoehtoja on periaatteessa kaksi: Joko todistajan vaitiolo-oikeutta suojataan täysimääräisesti eli 'pöytäkirjaan' vetoaminen kielletään, tai sitten etusija annetaan syytetyn oikeusturvanäkökohdille sallimalla tämän eduksi puhuvan todisteen hyväksikäyttö (samalla kuitenkin loukaten tertiuksen vaitiolo-oikeuden perustavia intressejä). Itse pitäisin syyttömän suojelemisen arvoa niin merkittävänä, että katsoisin tämän argumentin voivan sivuuttaa tertiuksen vaitiolooperusteen takana olevat intressit (sekä esitutkintapöytäkirjatilanteessa että kyseen ollessa asianajajan pöytäkirjasta/muistiosta). Päinvastainen tulkinta lieenee kuitenkin mahdollinen tilanteessa, jossa kyse ei ole syyttömyyden todistavasta 'avaintodisteesta', vaan kenties vain vähämerkityksellisestä, lieventävästä asianhaarasta. Viimeksi mainitussa tilanteessa tertiuksen suojeluintressit saattavat painaa punninnassa enemmän.¹⁰²

7.4 ASIAESITTELY

ROL 6 luvun 7 §:n 1 momentin 3 ja 4 kohta säättävät ns. *asiaesittelystä* tai *alkupuheenvuoroista*.¹⁰³ Lainkohtien mukaan oikeudenkäynnin alkuvaiheessa syyttäjän ja asianomistajan tulee tarkemmin perustella kantansa ja syytetylle (tai pikemminkin ehkä tämän avustajalle¹⁰⁴) on varattava tilaisuus lausua vastapuolen perusteluiden johdosta. Erityisesti syyttäjän kannalta asiaesittely on vaativa pääkäsittelyn vaihe, koska syyttäjän *tulisi vedota kaikkiin syytettä tukeviin oikeustositseikkoihin* (eli täyttää vetoamistaakkansa; ks. edellä jaksossa 3.3.1) *periaatteessa juuri asiaesittelystä*.¹⁰⁵ Toki oikeustositseikkiaan vetoaminen on mahdollista myöhemminkin, mutta käsittelyn selkeyden kannalta kaikkiin relevantteihin seikkoihin tulisi kuitenkin pyrkiä vetoamaan nimenomaan jo ennen todisteluvaihetta.

Varsinainen *todistelun vastaanottaminen tapahtuu vasta asiaesittelyn jälkeen*. Suullista todistelua ei siten tule asiaesittelyvaiheessa esittää tai edes referoida.¹⁰⁶ Prosessin selkeyden kannalta yhtenä tuomioistuimen muodollisen prosessin johdon keskeisenä tehtävänä voidaankin pitää sitä, että tuomioistuin

¹⁰² Omia vaikeuksiaan luonnollisesti liittyy mainitun todisteen laadun (etukäteiseen) selvittämiseen sellaisella tarkkuudella, joka mahdollistaisi mainitun punnintaratkaisun perustellun harkinnan.

¹⁰³ Ks. HE 82/1995 vp. s. 86 s., Lappalainen 2002 s. 118–119 ja Jokela 2000a s. 243. Asiaesittelyn (opening statement) sijaan voidaan puhua myös kanteen tai vaatimusten kehittelystä. – Asiaesittelyä ei tule sekoittaa *alkukeskusteluun* (ROL 6:7.1:n 1–2 kohdat), joka tarkoittaa rajatumpaa haastehakemuksen lukemista ja lyhyttä kannanottoa teonkuvauksen tunnustamisesta/kiistämisestä ja yksityisoikeudellisten vaatimusten myöntämisestä/kiistämisestä.

¹⁰⁴ Näin Jokela 2000a s. 244.

¹⁰⁵ Ks. Ekelöf 1994 s. 70 ja 149 i.f. ja Jokela 1998 s. 283.

¹⁰⁶ Ekelöf 1994 s. 72.

estää asianosaisia esittämästä todisteluaan ("tyhjentämästä pakkaansa") jo asiaesittelyvaiheessa. *Myöhemmän todistelun etukäteiskartoittaminen* voi silti kuulua keskeisesti asiaesittelyyn. Syyttäjän kannalta asiaesittely tarkoittaakin myös asian sellaista kehittelyä ja sellaisen viitekehyksen hahmottamista, joka luo tuomioistuimelle hyvän pohjan asiassa sittemmin esitettävän todistelun vastaanottamiselle ja arvioinnille.¹⁰⁷ Tässä 'pohjustuksessa' apuna voidaan käyttää mm. asiassa kertynyttä kirjallista aineistoa, piirustuksia, taulukoita ja kalvoja tms. apuvälineitä, jotka edesauttavat jäsenytyneemmän kokonaiskäsityksen muodostumista käsiteltävän asian keskeisistä piirteistä.¹⁰⁸

Asiaesittelyn tulisi välittää asianosaisen käsitys syytettä koskevasta tapahtumainkulusta sekä sen oikeudellisesta arvioinnista. Kiesiläinen ja Niemi-Kiesiläinen puhuvat alkupuheenvuorosta havainnollisesti syyttäjän tai asianajajan piirtämänä karttana alueesta, jolle tuomioistuimen jäsenet tullaan oikeudenkäynnissä johdattamaan.¹⁰⁹ Asiaesittelyssä tulee käsitellä erityisesti näyttö-, mutta myös oikeuskysymyksiä siten, että tapahtumainkulku selventyy ymmärrettävästi laajemmassa kontekstissa, jolloin tuomioistuimen jäsenille voi syntyä kuva yhtenäisestä tapahtumista selittävästä "teoriasta". *Jutun teoria tarkoittaa kattavaa ja johdonmukaista kuvausta ja selitystä tapauksen riidattomista ja riidanalaisista konkreettisista tosiseikoista*, asianosaisen 'positiota' sen suhteen, mitä hänen on kyettävä todistamaan saadakseen haluamansa suuntainen tuomio.¹¹⁰ Tämä teoria on paras esittää ikään kuin jo valmiiksi mietittynä loppuargumenttina, jonka suuntaisesti todistelua tullaan mm. pää- ja vastakuulusteluissa esittämään.

Puolustuksen 'teoria' voi joskus rajoittua pelkästään syyttäjän pääargumenttien vastustamiseen ilman, että puolustus yrittäisi viitata mihinkään vaihtoehtoiseen versioon. Pääsääntö kuitenkin lienee, että puolustus pyrkii 'positiivisesti' osoittamaan jonkin vaihtoehtoisen version tuomitsemiskynnystä horjuttavalla tavalla varteenotettavaksi. Tällöin jutun teoria voi rakentua – yhdessä riidattomien seikkojen kanssa – joko tapahtumainkuvauksen kiistämiselle ja erilaiselle esittämiselle, tai tekijän identiteettiä koskevalle vastatodistelulle.¹¹¹

¹⁰⁷ Ks. *Jokela* 2000a s. 243. Ks. myös *Ekelöf* 1994 s. 70: "Parts sakframställning är den tvärtlina, på vilken han kan hänga upp sin bevisning."

¹⁰⁸ Ks. *HE* 82/1995 vp. s. 87. Kirjalliset todisteet tulisi nähdäkseni ottaa asiaesittelyvaiheessa esiin lähinnä vain myöhempää todistelua havainnollistavina tekijöinä. Kirjallisten todisteiden lähemmän suullisen läpikäynnin tulisi pääsääntöisesti tapahtua vasta todisteluvaiheessa (joko todistajankuulusteluiden välissä, tai joissain tapauksissa myös kuulusteluiden 'sisällä').

¹⁰⁹ Ks. *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 178.

¹¹⁰ Ks. *Evans* 1993 s. 63 ss., *Levy* 1999 s. 91, *Kube – Leineweber* 1977 s. 129 sekä *Moore* ym. 1996 s. 95.

¹¹¹ *Stone* 1988 s. 72–73 jopa pitää minkä tahansa rikosjutun puolustamista ilman tällaisen teorian esittämistä epäammattimaisena menettelynä. Eri asia on, että asianosaisen ei itsensä ole perusteltava oikeudenkäynnissä puhua 'teoriasta'. Ks. myös *Dahs* 1983 s. 276 mm. opening statement -menettelyn suotavuudesta erityistä julkisuutta saavien rikosasioiden käsittelyssä.

Asiaesittely voidaan aloittaa tehokkaasti ytimekkäällä tiivistyksellä siitä, mikä on jutussa olennaista (*jutun perusidea*). Nopea asiaan meneminen voi ohjata tuomioistuimen jäsenten ajatukset heti alussa asianosaisen haluamaan suuntaan. Jatkoesityksen tehtävänä on tukea tätä perusideaa mahdollisimman vakuuttavasti. Parhaimmillaan tapahtumainkuvaus asiaesittelyssä on kiinnostavan *tarinan kertomista*, jolloin esityksen tarkkaavainen seuraaminen ja yksityiskohtien muistaminen on helpompaa.¹¹² ”Hyvä kertomus” on selkeä, johdonmukainen ja riittävän lyhyt, ja siinä on helposti tunnistettava päätapahtuma sekä konteksti, joka helposti selittää, miksi kukin käyttäytyi tietyllä tavalla tai miksi asiat etenivät kuvatulla tavalla. Kaikkien kertomuksen elementtien tulisi liittyä päätapahtumaan, jotta arvioitavana ei olisi kahta tai useampaa kilpailevaa teemaa.¹¹³

Mahdollista ja usein suotavaa onkin, että syyttäjä täyttää vetoamistaakkansa tietyn historiallisen tapahtumainkulkuvauksen (narratiivin) kautta.¹¹⁴ Syyttäjän esittämä näkemys syytteenalaisen teon etenemisestä ja syytetyn toimista tarkoittaa juuri syyttäjän vetoamista tiettyihin oikeustositseikkoihin. Käytännössä voi olla tarkoituksenmukaista ja vetoamistaakkaa selventävää, että syyttäjällä vielä esittämänsä tapahtumainkuvauksen jälkeen ottaa erikseen kootusti esiin jutulle relevantit oikeustositseikkaelementit. Pakollista kuvatonlainen tarinamuotoinen asiaesittely ei tietenkään ole. Syyttäjällä voi ’tyytyä’ asiaesittelyssään myös syytteen teonkuvauksen ’asialliseen’ tai ’tekniseen’ perustelutyylisiin (esim. analysoiden tekoa sen oikeudellisen rekvisiitan kautta ja järjestyksessä vedoten kutakin tekomenttia tarkoittaviin jutun oikeustositseikkoihin).¹¹⁵ Usein vakuuttavin asiaesittely lienee kuitenkin saavutettavissa yhdistämällä yllä kuvattu narratiivinen esitystyyli viimeksi tarkoitettuun juridiseen analyysiin.

Itsestään selvä peukalosääntö asiaesittelyyn on, että siinä tulisi esittää ainoastaan sellaisia tosiseikkaväitteitä, jotka tulevat saamaan tukea myöhemmästä todistelusta.¹¹⁶ Hyvässä kertomuksessa tuleekin olla riittävästi ’kovia’ tosiasioita (joita asianosainen voi kyllä pyrkiä ’höystämään’ saadakseen ehkä köyhästä tosiseikastoaineistosta enemmän jutun teorialleen edullisia argumentteja).¹¹⁷

¹¹² Ks. *Du Cann* 1993 s. 75 ja 83, *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 180 s., *Munkman* 1951 s. 146 s., *Moore ym.* 1996 s. 99, *Klemm* 1979 s. 84–85, *Saariluoma* 1995 s. 153 ja yleisestikin ’tarinamuotoisen’ esiintymistavan eduista *Evans* 1993 s. 38 ss. ja *Moore ym.* 1996 s. 111.

¹¹³ Ks. *Prüfer* 1986 s. 7, *Wagenaar ym.* 1993 s. 35 s., *Moore ym.* 1996 s. 100–101 ja *Hägg* 2001 s. 44 ss.

¹¹⁴ Ks. *Ekelöf* 1994 s. 150: ”Åklagaren skall... redogöra för... det händelseförlopp, vari den brottsliga gärningen utgör ett led.”

¹¹⁵ Ks. *Ekelöf* 1994 s. 71: ”... skall sakframställningen bygga på en juridisk analys av vad som förevarit.”

¹¹⁶ Ks. *Du Cann* 1993 s. 81 ja *Moore ym.* 1996 s. 107–108. Ks. myös *Hägg* 2001 s. 47.

¹¹⁷ Näin *Hägg* 2001 s. 48–49. Ks. myös mt. s. 98 yleisesti ’hyvän’ puheen rakenteesta: ”Puhe sen sijaan kehittyi rauhallisesta, sympatiaa herättävästä johdannosta mukauttavan kertomuksen välikysellä teesien ja mahdollisten vastaväitteiden torjumisen kautta kohti kehottavaa lopetusta...”

On luonnollista, että asiaesittelyssä tulisi esitellä sellaiset juttuteorian mukaiset argumentit (ja viitata niitä tukevaan todisteluun), joiden asianosainen katsoi jutun valmisteluvaiheessa olevan merkittävimpiä.

Havainnollisen kertomuksen voi sanoa koostuvan kolmesta tekijästä, joita arvioidaan yleisten tapahtumatietojen valossa, ja jotka vaikuttavat toisiinsa: fyysiset olosuhteet tai tapahtumat, psyykkiset olosuhteet tai tapahtumat sekä henkilöiden toiminnan tavoitteet. Syyttäjän asiaesittely’kertomuksen’ tulisi-kin rekonstruoida tapahtuma siten, että henkilöiden tavoitteet ja olosuhteet huomioon ottaen voidaan ”loogisesti” ja uskottavasti päätellä, että seurauksena oli tietynlainen psyykkinen olotila, joka johti rikokseen.¹¹⁸ Mitä parempi ja uskottavampi kertomus itessään on, eli mitä paremmin esim. syyttäjän esittämä näyttö vastaa asiantilojen normaalia etenemistä normaalin kokemusmaailman todellisuudessa, sitä vähemmän kertomus tarvitsee tukseen ”lisäankkurointia” muun todistelun kautta.¹¹⁹

Kuten sanottu, syyttäjän kannalta keskeinen asiaesittelyn funktio on yleisellä tasolla selvittää, mitä hän aikoo jutussa *myöhemmin* todistaa.¹²⁰ Vastaavasti puolustuksen kannalta on keskeistä viitata omaa näkemystään tukeviin seikkoihin ja kenties samalla kiinnittää huomiota jo tässä vaiheessa syyttäjäpuolen esittämän ’todistelusuunnitelman’ heikkoihin kohtiin. Tämä ’*todistelurakenteen*’ avoin ilmoittaminen tuomioistuimelle ja vastapuolelle mahdollistaa keskittymisen olennaiseen todistelussa sekä todistelun kriittisen seurannan.¹²¹ Asiaesittelyssä voidaan vedota tekijöihin, jotka selittävät henkilöiden motiiveja, toimintaa ja eri tekijöiden välisiä yhteyksiä. Sirpalemaisena todistelun seuraaminen ja näyttöarvon harkinta on todisteluvaiheessa helpompaa, kun tuomioistuimelle on aluksi esitetty ”etukäteen pureskeltu” hypoteesi tapahtumainkulusta. Tällöin kutakin todistetta vastaanotettaessa voidaan arvioida sitä, missä määrin todisteesta syntynyt kuva sopii syyttäjän ja puolustuksen asiaesittelyssä esittämiin teorioihin.¹²² Erityisen merkityksellistä todistelurakenteen etukäteinen selventäminen on silloin, kun näyttö rakentuu pitkälti useiden todistuskeinojen – todistajankertomusten ja muun näytön – yhdessä muodostaman kokonaisuuden tai yleisesti aihetodistelun varaan.

¹¹⁸ Warenaar ym. 1993 s. 35 s.

¹¹⁹ Ks. Warenaar ym. 1993 s. 33, 61 ja 225. Evans 1993 s. 68 menee jopa niin pitkälle, että pitää mahdollisena vaikuttaa jutun lopputulokselle ratkaisevan ohjaavasti jo asiaesittelyvaiheessa.

¹²⁰ Ks. Jokela 1998 s. 283: ”... asiaesittelyssä voidaan viitata tulevaan suulliseen todisteluun ja ilmoittaa, että jokin riidanalainen seikka aiotaan näyttää toteen tietyn todistajan kuulemisella.”

¹²¹ Vastaavasti puolustuksen näkökulmasta König 2000 s. 177 i.f.: ”Die frühzeitige Offenlegung wesentlicher Elemente der geplanten Verteidigungsstrategie im ”Opening Statement” fördert auch ein Klima offener Kommunikation in der Hauptverhandlung, daß den Zielen der Verteidigung nur förderlich sein kann.” Ks. myös Dahs 1983 s. 277 ja Moore ym. 1996 s. 98–99.

¹²² Ks. Frände 1999 s. 266 ss., Levy 1999 s. 92 sekä Toivola 2000 s. 601. Kielitieteessä puhutaan vastaavasti aiheanalyysistä (topic analysis), jonka avulla kuuntelijat pystyvät jatkossa paremmin havaitsemaan ja keskittymään puheen tärkeimpiin osiin. Ks. Shuy 1996 s. 72.

Asiaesittelyssä ei siis tule ennakoida asiassa esitettävää näyttöä esim. referoimalla tulevien todistajankertomusten sisältöä. Toisaalta viittaus todistajankertomuksen aihepiiriin saattaa usein olla välttämätöntä asianosaisten ”hypoteesin” havainnollistamiseksi sekä juttuteorian perustelemiseksi. Tällaiset viittaukset on asianmukaista tehdä *todistusteemojen tasolla*. Sen sijaan asianmukaisena ei ole pidettävä lähempää kertomuksen sisällön ennakointia tai asianosaisten näytöstä tekemien johtopäätösten/argumenttien esittelyä jo asiaesittelyvaiheessa.¹²³ Alkupuheenvuorossa voi siten esimerkiksi viitata siihen, että todistaja N.N. tulee todistajankertomuksessaan vahvistamaan syytetyllä olleen alibin tapahtuma-aikaan. Epäasianmukaisena on sen sijaan pidettävä todistajankertomuksen sisällön suoraa referoimista. Asiaesittelyssä ei pitäisi ”panna sanoja todistajan suuhun” tämän lausunnon lähemmän sisällön osalta esim. mainitsemalla, että N.N.:n mukaan syytetty oli tapahtuma-aikaan tietyssä yksilöidyssä paikassa.¹²⁴

Syytteenalaisen rikoksen tunnusmerkistön ollessa komplisoitu on tarkoituksenmukaista, että syyttäjä esittää jo asiaesittelyssään oman tulkintansa eri tunnusmerkistoelementtien soveltuvuudesta. Myös mahdollisia vaihtoehtoisia syytteitä tulisi kehittää jo asiaesittelyssä, joskaan ehdotonta velvollisuutta tähän syyttäjällä ei ole (vaihtoehtoisen rangaistusvaatimuksen esittäminen vasta loppukeskustelussa on sinänsä laillista, joskin epätarkoituksenmukaista).¹²⁵ Vastaavasti puolustus voi korostaa syyttäjän todistustaakkaa tai esitellä muita asiaan vaikuttavia oikeudellisia sääntöjä (esim. rikoksen oikeuttamis- tai anteeksiantoperusteita).

7.5 PÄÄKUULUSTELU ASIANOSAISNÄKÖKULMASTA

Käsillä olevassa ja seuraavissa alajaksoissa (7.5–7.8) todistajan- ja muiden henkilöiden kuulustelua lähestytään ensisijaisesti kuulustelua suorittavien asianosaisten eli syyttäjän ja puolustuksen näkökulmista. Edellä on pyritty hahmottelemaan paitsi tuomioistuimen, myös asianosaisten yleisiä ’positioita’ todistelun vastaanottamiseen ja todistajankuulusteluun. Asianosaisten rooli-

¹²³ Ks. Moore ym. 1996 s. 106–107. ROL 6:7.1 momentin 3 ja 4 kohdissa puhutaan siitä, että asianosaisten tulee lähemmin perustella kantansa. Laissa ei siten ole kielletty näyttöä referoimasta tai tekemästä siitä johtopäätöksiä jo alkupuheenvuoroissa. Näen kuitenkin tekstissä suositellun pääsäännön yleisesti tarkoituksenmukaisena – kertomusten sisällön referoiminen ja analysointi voi johtaa turhiin toistoihin, väärintulkintoihin ja väittelyihin jo ennen kuin todistelua on edes varsinaisesti otettu vastaan, mikä ei ole prosessiekonomisesti eikä käsittelyn selkeyden näkökulmasta perusteltua.

¹²⁴ Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 182.

¹²⁵ Ks. Tolvanen 2001 s. 410.

asemista edellä esitetyillä huomioilla (5.3.1 ja 5.3.2) on keskeinen justifioiva ja selittävä merkitys tässä lähemmin esitettävälle asianosaisten intresseihin ja tehtäviin perustuville kuulustelustrategisille ja -taktisille näkökohdille. Yhtä lailla taustamerkitystä on myös tuomioistuimen prosessinjohtotehtäviä koskeneella esityksellä (3.5 ja 6 luku) – tosin pääosin ’negatiivista’. Koska tuomioistuimella ei ole asianosaisasemaa eikä siten lähtökohtaisesti tällaista todisteluun asennoitumista ohjaavaa funktiota tai intressiä, eivät jatkon kuulustelutaktiset huomiot pääosin sovellu tuomioistuimen itsensä suorittamaan todistajankuulusteluun tai yleisemminkään tuomioistuimen kyselyoikeuden käyttöön. Tuomioistuimen suorittamassa kuulustelussa (uudelleenkuulustelussa tai laajemmin yksin vastaan syytetyn tilanteissa) ei yleensä olekaan asianmukaista hyödyntää seuraavassa esiteltäviä kuulustelutaktiikoita: *tuomioistuimen kyselyoikeuden käytön tulisi aina olla paitsi neutraalia, myös avointa, suoraa ja kuulusteltavaa mihinkään suuntaan johdattelematonta*.¹²⁶

7.5.1 Pääkuulustelun tarkoitus

I Yleisesti ottaen kuulustelutaktiikkaa ja -tekniikkaa ei voi oppia kirjoja luki-
malla (tai kirjoittamalla) juuri sen enempää kuin uimaan oppiminen on mahdol-
lista pelkkien teorialuentojen perusteella. Taitavaksi kuulustelijaksi kehittyminen edellyttää harjoittelua ja käytännön kokemuksia sekä jossain määrin myös hyviä retorisia ominaisuuksia.¹²⁷ Sanotusta huolimatta tietty teoreettinen, mahdollisia kuulustelutaktiikoita systematisoiva näkemys aiheesta on tarpeen, jotta kuulustelutaidot voisivat kehittyä optimaalisesti. Usein kehitys tapahtuu silti yrityksen ja erehdyksen kautta, jälkikäteisen tulosten analysoinnin perusteella.¹²⁸ Introspektion kautta kuulustelija voi oppia ymmärtämään omaa käyttäytymistään ja kuulusteltavia henkilöitä paremmin, tutustua toistuviin kuulustelutilanteisiin ja todisteluasetelmiin sekä arvioimaan sitä, millä tavoin tuo-

¹²⁶ Luonnollisesti asianosaistaktiikoita kuvaavalla esityksellä on relevanssia tuomioistuimelle siinä merkityksessä, että samalla hahmottuu se toimintaympäristö, jossa tuomioistuimen tulee harjoittaa kontrolloivaa tai rajoittavaa prosessinjohtoaan – esitys pyrkii selkeyttämään sellaisen todistelutoiminnan rajoja, joiden puitteissa tapahtuvan kuulustelun tuomioistuin on velvollinen sallimaan ilman prosessinjohdollisia puuttumisia.

¹²⁷ Retoriikan käsitteestä ks. *Aarnio* 2001 s. 11: ”... retoriikka on tässä merkityksessä joukko sääntöjä ja periaatteita, joilla puhe voidaan tehdä esteettisesti miellyttäväksi ja samalla vaikuttavaksi, tehokkaaksi.” – Suullisen esitystaidon merkityksestä kuulusteluissa ks. *Tolvanen* 2001 s. 408–409, *Jokela* 2000a s. 249, *Hellwig* 1944 s. 16, *Munkman* 1951 s. 4 ss., *Lie* 2002 s. 122–123 ja *Dahs* 1983 s. 297. Ks. myös *VKSV* 2001 s. 50, jossa yhtenä syyttäjätöimen erikoistumisalueena pidetään juuri taitavaa esiintymistaitoa tuomioistuimessa. Vrt. tosin *Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 9, jossa retoristen taitojen merkitystä suomalaisessa prosessissa ei tunnuta pitävän erityisen suurensa arvossa.

¹²⁸ Tätä seikkaa korostaa mm. *Hägg* 2001 s. 201.

mioistuvin todennäköisesti tulee kullakin tavalla esitettyä näyttöä arvioimaan. Harjoittelun tarkoitus on, että kuulustelija oppisi erilaisia kuulustelutekniikoita varioimalla vaikuttamaan näytönarvioinnin lopputulokseen.

Luotettavan palautteen puuttuminen käytetyn kuulustelutaktiikan tosiasiallisesta tehokkuudesta saattaa kylläkin päinvastoin johtaa myös siihen, että kuulustelija oppii pitäytymään tietyissä totutuissa – mahdollisesti kerran hyväksi osoittautuneissa – menettelytavoissa, vaikka jokin toinen menettelytapa olisi yleisesti ottaen tai toisissa olosuhteissa tehokkaampi. Selvistä virheistä oppiminen sen sijaan on tässä mielessä tehokkaampaa, koska näissä tilanteissa ’palaute’ on yleensä välitön ja helposti havaittavissa.¹²⁹

Monet tuomioistuimessa kuulusteltavien kertomat seikat ovat sellaisia, että kuulusteltava joka tapauksessa kertoisi niistä riippumatta kulloisenkin kuulustelijan taitavuudesta. Tästä huolimatta kuulustelutaidoilla on suomalaisessakin rikosprosessissa olennainen merkitys. Tuomioistuimen todistusharkinta tapahtuu nimittäin pitkälti todistelusta saatavan kokonaiskuvan perusteella. Kokonaiskuvan muodostamisessa asianosaiselle on puolestaan tärkeää, että mahdollisimman moni yksityiskohta ja nyanssi saadaan tuomioistuimelle esitettyä. Pienten osien summa voi monesti ratkaista koko asian lopputuloksen.¹³⁰

Koko OK 17:33:n tarkoittama vuorokuulustelujärjestelmä on vielä suhteellisen uusi menettelymuoto, eikä aihetta suoraan koskevaa lakimiesten koulutusta ole mittavasti järjestetty. Prosessin asianosaisten ja heidän edustajiensa käytännölliset kokemukset kuulustelun suorittamisesta ovat siten vielä suhteellisen vähäisiä, mistä saattaa johtua tiettyä alkukankeutta kuulustelumennettelyissä. Kuulustelumennettelyt perustuvat itse kunkin kuulustelijan praktiisiin tietoihin ja taitoihin, jotka voivat vaihdella suurestikin. Ajan kuluminen ja kokemusten kertyminen johtanee kuitenkin jo itsessään väistämättä siihen, että kuulustelutilanteessa huomioitavat normit ja käytännöt vähitellen ”sedimentoituvat” osaksi syyttäjä- ja asianajajakunnan sekä yleisemminkin lakimiesten sisäistämän oikeuskulttuurin ja ammattitaidon osaksi.¹³¹

Osana tätä prosessia ns. praktisia tietoja saatetaan myös pyrkiä eksplikoimaan käytäntöjä hyödyttäväksi oikeustieteelliseksi esityksiksi. Oikeustieteen rekursiivinen eli sen omia edellytyksiään muokkaava luonne saattaa myös edesauttaa sitä, että erilaiset oikeuden pintatason esitykset (kuten tieteelliset julkaisut) ulottaisivat ajan kanssa vaikutuksia myös oikeuskulttuurin tai jopa oikeuden syvärakenteiden tasolle.¹³² Tätä kautta kuulustelumennettelyt voivat saada jossain määrin vakiintuneemman muodon. Myös käsillä olevalla tutkimuksella tavoitellaan sellaisen käytännöllisen kuulustelutietouden tuotta-

¹²⁹ Ks. *Snone* 1988 s. viii–ix, *Wellman* 1962 s. 28 ja *Eisenberg* 1999 s. 470. Ks. myös *Diesen* 1997 s. 17.

¹³⁰ Näin *Lie* 2002 s. 19.

¹³¹ Uudenlaisten toimintatapojen hitaasta juurtumisesta käytäntöön ks. *de Godzinsky* 2000 s. 1.

¹³² Ks. *Tuori* 2000 s. 302. Oikeustieteen yhteiskunnallisesta vaikutustehtävästä ks. myös *Aarnio* 1971 s. 173.

mista lakimieskunnan käyttöön, josta toivottavasti ainakin osa voisi ajan saatossa seuloa kestävämmiksi tieteellisiksi näkökohdiksi.¹³³ Kuten lainopillisessa tutkimuksessa yleensä, myös tässä tutkimuksessa esitettävät tulokset ja menettelytapasuositukset pyrkivät luomaan lainsoveltajan ratkaisuille ja menettelyvalinnoille intersubjektiivisemmaksi koettavan perusteen.

II Pääkuulustelun tarkoituksena on, että todistajan nimennyt asianosainen voi henkilötodistelunsa kautta saada tuomarin vakuuttuneeksi tietystä tapahtumainkulusta tai tietyistä seikoista. Rikosprosessissa syyttäjän tarkoituksena on *vahvistaa esitutkinnassa esille tulleita teemoja*, eli syyttäjän kannalta katsottuna esitutkintapöytäkirjaan kirjattu kuulustelukertomus toimii pitkälti *muistiona* tuomioistuimessa tapahtuvalle pääkuulustelulle. Esitutkintapöytäkirjan avulla syyttäjä voi suunnitella relevantteja kysymyksiä ja toisaalta seurata, muuttaako henkilö kertomustaan esitutkinnassa ilmi tulleesta.¹³⁴ Syyttäjän tulee menestyäkseen kyetä päätodistelussaan osoittamaan syytteen teonkuvaus niin, että mahdolliset vastaväitteet ja kilpailevat hypoteesit torjutaan. Puolustuksen tarvitsee ainoastaan kyetä horjuttamaan syyttäjän päätodistelua siinä määrin, että teko tai syytetyn syyllisyys jää todistamatta järkevän epäilyksen poissulkevalla tavalla.

Olennaista pääkuulusteluun valmistautumisen ja sen aloittamisen kannalta on, että todistelun tulisi pääosin olla kuulustelijan tiedossa jo pääkäsittelyn alkaessa. Kuulustelijan tulee olla niin hyvin valmistautunut, ettei hänen enää pääkuulustelussa tarvitse suorittaa faktaselvityksiä (itselleen). Pääkuulustelijan täytyy voida keskittyä (asian valmistelun kautta) *tiedossaan olevien tosiseikkojen esittämiseen* tuomioistuimelle mahdollisimman selvällä ja vakuuttavalla tavalla. Uusien todistusosiseikkojen kartoittaminen vasta tässä vaiheessa on lähinnä merkki huonosta oikeudenkäyntiin valmistautumisesta.¹³⁵ Pääkuulustelussa on kyse pitkälti siitä, että oikeudenkäyntiin valmistautuessa pohdittuja argumentteja ja niitä täsmentäviä yleisiä kokemussääntöjä (aputosiseikkoja) pyritään tuomaan esiin (samoin kuin vastapuolen vasta-argumentteja ennakoiden pyritään osoittamaan niiden paikkansa pitämättömyys).

¹³³ Tästä näkökulmasta oikeustieteellisen tutkimuksen tehtäviin ks. *Pöyhönen* 1997 s. 357.

¹³⁴ Ks. *Tapner* 1995 s. 285.

¹³⁵ Ks. *Evans* 1993 s. 8 ja 76 sekä provokatiivisesti epävarmoja uusien seikkojen tiedusteluyrityksiä vastaan 107: "If you are stupid enough to go fishing in trial you deserve anything you catch." Toisaalta joskus (puolustuksen kannalta) oikeudenkäynnissä voi tulla vastaan yllättäviä seikkoja, jotka sellaisenaan "romuttavat" puolustuksen juttuteorian tai joita vastustavia argumentteja puolustus ei ole etukäteen osannut ottaa huomioon. Tällöin – vaihtoehtona suoralle jutun häviämislle – voidaan huomioon ottaa myös *Moore ym.*:n 1996 s. 204 näkökohta "kalastelun" puolesta: "... this may be your only hope of developing evidence to support an argument. Under the "give a person enough rope and he'll hang himself" rationale, an adverse witness just might disclose favorable evidence that would not otherwise have come out."

Usein puolustus esittää suoranaista vastatodistelua eli pyrkii osoittamaan syyteelle vaihtoehdoisen tapahtumainkuvauksen todeksi tai ainakin niin uskotavaksi, että se horjuttaa syytteessä kuvatun teonkuvauksen hyväksymismahdollisuuksia. Näin puolustuksen vastatodistelun menestys kokonaisuutena voi riippua (destruktiivisen) vastakuulustelun ohella myös omasta, konstruktiiivisesta näytöstä, useimmiten omien todistajien pääkuulustelun menestyksestä. Erityisesti puolustusasianajajalle oma päätodistelu muodostaakin toisten todistajien *vastakuulustelun perustan*. Luonnollisesti puolustuksen oma todistelu joutuu kaksiasianosaissuhteeseen perustuvassa oikeudenkäyntijärjestyksessä edelleen syyttäjän 'vastatodistelun' kohteeksi.

Tuomioistuimessa tapahtuvan *todistajankuulustelun primäärifunktiona* on teemaväitteille relevanttien tietojen tuottaminen.¹³⁶ Todistajia kuulemalla pyritään saamaan esiin mahdollisimman paljon sallittua, relevanttia ja laadukasta informaatiota. Liiallinen pääkuulustelun paisuttaminen voi toisaalta myös ek-syttää tai heikentää kertomuksesta saatavaa kokonaiskuvaa ja siten sen näyttö-arvoa. Liika tieto voi myös herättää epäilyksen vaihtoehdoisesta tapahtumainkuvasta, mikä ei välttämättä ole pääkuulustelun kannalta suotuisaa. Lukuisat irralliset yksityiskohdat myös unohtuvat helposti ilman kiinnipitävää peruskennettä todistelussa.¹³⁷

Syyttäjien ja asianajajien onkin tarkoituksenmukaista olla kuulustelukysymyksissään mahdollisimman 'ekonomisia' paitsi juuri sanotuista syistä, myös siitä syystä, että tiivis ja tarpeettomista yksityiskohdista riisuttu esitysmuoto soveltuu hyvin 'tarinankerrontaperiaatteeseen' (jota käsiteltiin asiaesittelyn yhteydessä); kiinnostavalla 'kertomuksella' herätetty mielenkiinto pysyy yllä seuraavaankin todistajan kuulusteluun saakka, jos kertomus on joltain osin jäänyt kesken. Ratkaisija odottaa saavansa jatkoselvitystä seikoille, jotka eivät vielä tulleet riittävästi selvitetyn. Parhaimmillaan asianosainen pystyy jokaisella kuulusteluvuorollaan lisäämään jotain uutta aineistoa jutun teoriansa tueksi siten, että lopullinen kattavuus saavutetaan vasta loppulausuntovaiheessa.¹³⁸

Monesti todistajankertomuksen tueksi ei löydy objektiivisia seikkoja, vaan

¹³⁶ Ks. esim. *Tapper* 1995 s. 281, *Lappalainen* 2001a s. 248, *Kutchinsky* 1981 s. 24, *Levy* 1999 s. 31 ja *Klemm* 1979 s. 41.

¹³⁷ Ks. *Evans* 1993 s. 42–43 liiallisten detaljien 'vaarallisuudesta'. Kertomuksen sisältämien yksityiskohtien määrää todistajankertomuksen luotettavuusarvion kannalta on tutkittu joissakin jurytutkimuksissa. Pääasiallinen tutkimustulos on, että yksityiskohtien runsaus tekee luotettavamman vaikutelman simuloituun juryyn kuin vain pelkistetyn tapahtumainkuvauksen sisältävä kertomus. Toisaalta, detaljien määrän vaikutus luotettavuusarvioon on sikäli kontekstisidonnaista, että silloin kun tuomitsevilla/arvioivilla ihmisillä on lähtökohtainen epäily kertomusta kohtaan, voivat liialliset yksityiskohdat synnyttää päinvastoin epäuskottavan vaikutelman. Ks. *Vrij – Akehurst* 1998 s. 22 s. Lähemmin kertomuksen rakenneanalyysistä (*Statement Reality Analysis*) ja ns. luotettavuuskriteereistä ks. mm. *Trankell* 1972 s. 125–148, *Nack* 2000 s. 224–236 ja *Prüfer* 1986 s. 18 ss.

¹³⁸ Näin *Evans* 1993 s. 44–45.

todistusharkinnassa ratkaisevaan asemaan nousee se, voiko todistajan omaa näkemystä varmuudestaan pitää luotettavana. Kyse on siitä, uskotaanko todistajan kertomusta vai ei. Jos tuomioistuimien hyväksyy todistajan kertoman, voi se de facto tarkoittaa tuomioistuimen hyväksyvän myös todistajan itsensä tekemät arviot havaintojensa paikkansa pitävyydestä. Tällaista itselleen edullista tilannetta pääkuulustelija voi tavoitella osoittamalla kysymyksillään todistajan uskottavuutta, eli että todistaja on mm. järkevä, havainnointikykynsä puolesta luotettava ja asenteiltaan puolueeton.¹³⁹ Todistajan uskottavuus- tai tämän kertomuksen luotettavuuskuvan syntymisen kannalta todistajan pääkuulustelussa antamien vastausten merkitys voi useinkin olla suurempi kuin se, miten todistaja 'kestää' vastakuulustelun.¹⁴⁰

III Sen lisäksi, että pääkuulustelussa todistajan nimennyt asianosainen pyrkii saamaan positiivista näyttöä oman hypoteesinsa (jutun teorian) tueksi, tulee pääkuulustelussa pyrkiä myös ennakoimaan vastapuolen taholta suoritettavaa vastakuulustelua (ja yleisemmin vastatodistelunäkökohtia), eli etukäteen *eliminoimaan vastakuulustelun mahdollisuuksia*.¹⁴¹ Erityisesti puolustuksen omien todistajien pääkuulustelussa on otettava huomioon asianajollinen varovaisuusnäkökulma; on tarkoituksenmukaisempaa tuoda oma-aloitteisesti selvästi esiin kertomusta mahdollisesti rasittavat epäluotettavuusseikat sen sijasta että luotettaisiin siihen, että epäselvä seikka jäisi vastapuolelta tai tuomioistuimelta huomaamatta. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että kertomuksesta mahdollisesti heräävät epäilyt – esimerkiksi kuulusteltavan mahdolliseen asenteellisuuteen liittyvät kysymykset – selvitetään positiivisella tavalla jo pääkuulustelussa, eikä esim. jätetä epäluotettavalta vaikuttavien seikkojen lähempää tarkastelua kriittisen vastakuulustelijan käsiin. Onnistuneella oman näkemyksen puolustuksella voidaan vastakuulustelulta riistää sen 'paras terä' pois tai jopa tehdä vastakuulustelu kyseisestä seikasta turhaksi. Menettelyllä henkilön vilpittömyydestä voidaan synnyttää edullinen vaikutelma. Pääkuulustelijan kannalta ongelmallista seikkaa on muutenkin tarkoituksenmukaista käsitellä laajemmassa kontekstissa, joka mahdollistaa paremman käsityksen syntymisen kertomuksesta kuin mahdollisesti kärkkään destruktiivinen vastapuolen vastakuulustelu.¹⁴²

¹³⁹ Ks. Stone 1988 s. 88 ja 90.

¹⁴⁰ Näin Tapper 1995 s. 284 i.f.

¹⁴¹ Stone 1988 s. 86 ss. puhuu päätodistelun 'suojelusta' (protect), 'vahvistamisesta' (reinforcement) ja 'linnoittamisesta' (fortify) vastakuulustelua vastaan.

¹⁴² Ks. Munkman 1951 s. 46 ja 58, Levy 1999 s. 31, Du Cann 1993 s. 105 ja Stone 1988 s. 87–88. Yleishuomiona on tosin todettava, että suomalainen vuorokuulustelujärjestelmä ei salli yhtä kontrolloitua pääkuulustelua kuin angloamerikkalainen kuulustelujärjestelmä (erityisesti OK 17:33.1:n vapaan kerronnan johdosta), mikä saattaa hankaloittaa mm. juuri puhutun vastakuulustelun ennakoititehtävän toteuttamista. Tarpeen vaatiessa meilläkin on kuitenkin mahdollista ohjata pääkuulustelukertomusta esim. erilaisilla linkkikysymyksillä sekä avoimilla kysymyksillä (ks. jakso 6.2.1).

Joissain tilanteissa kuulustelija voi tosin epäselvyyden selvittämisen sijasta päinvastoin pyrkiä siihen, ettei hän ulospäin reagoisi (esim. näyttäisi yllätystään tai pettymystään) siihen, jos oma todistaja kertookin asianosaisen hypoteesille vastaisesti. Kuulustelija saattaa vain siirtyä nopeasti toisen seikan käsittelyyn tai lopettaa todistajansa pääkuulustelun kokonaan. Kuvattu 'riskinotto' voi olla tarkoituksenmukaista, jos kyse on pienestä tai huomaamattomasta seikasta. Tällöin seikan sivuuttaminen voi johtaa siihen, ettei tuomioistuimien tai vastapuolikaan tule kiinnittämään asiaan suurempaa huomiota.¹⁴³ Vastakuulustelussa voi olla vastaavasti edullista itselleen myönteisen seikan välittömästä lähemmästä käsittelystä pidättäytyminen ja seikan ottaminen esille vasta loppulausuntovaiheessa: menettelyllä eliminoidaan kuulusteltavan tai tämän edustajan mahdollisuuksia puuttua enää heille haitalliseen lausuntoon korjaavasti esimerkiksi uudelleenkuulustelussa.¹⁴⁴

Vastapuolen huomioiden ennakointi on prosessitaktisesti järkevää ajoittaa sellaiseen vaiheeseen, jossa asianosaisen oma hypoteesi on jo saanut tukeaa todistelusta ja jos mahdollista, vielä juuri ennen "hyvän" todistajan kuulustelua, joka voi vakuuttavuudellaan hälventää 'epäselvyyden selvittelyistä' mahdollisesti syntyviä epäedullisia vaikutelmia tai epäilyitä.¹⁴⁵ Silloin, kun asianosaisella on vielä tulossa erityisen vahvaa – kenties yllätyksellistä – näyttöä hypoteesinsa tueksi, voidaan todistajan kertomuksesta ilmenneen epäilyjä herättäneen seikan selvittäminen etukäteen pääkuulustelussa kuitenkin jättää tietoisesti suorittamatta, tai seikkaa saatetaan kosketella ainoastaan pinnallisesti. Voi olla nimittäin tarkoituksenmukaista jäädä odottamaan vastapuolen (melko varmasti seuraavaa) vastakuulustelua, jolloin vastakuulustelijan käsitys jonkin seikan epäluotettavuudesta tai paikkansa pitämättömyydestä voikin uuden näytön valossa tai muuten todistajan hyvän valmistautumisen johdosta tulla täydellisesti kumotuksi. Tällöin voidaan aikaansaada parempi tilanne verrattuna siihen, että samat seikat olisi selvitetty suoraan pääkuulustelussa.

Jos kuulusteltavan kertomuksessa on suurempia heikkouksia kuten sisäisiä epäjohtonmukaisuuksia tai yhteensopimattomuutta muun näytön kanssa, tulee vastapuoli suurella todennäköisyydellä ottamaan asian esille vastakuulustelussa. Esille tulleen ristiriidan sovittaminen tai neutraloiminen on usein vain rajoitetusti mahdollista pääkuulustelussa. Kuulusteltavalta tulisi silti yleensä

¹⁴³ Ks. *Wrottesley* 1961 s. 48–49. Syyttäjän objektiivisuusvelvollisuuden johdosta tällainen 'riskinvälttämisenäkökulma' ei ole yleensä syyttäjälle relevantti.

¹⁴⁴ *Wellman* 1962 s. 42. Tällaiseen vastakuulustelijan menettelyyn voi tosin liittyä se riski, että tuomioistuimien saattaa katsoa seikan sikäli merkitykselliseksi (sen tultua loppulausunnossa esiin), että tuomioistuimien palauttaa tältä osin pääkäsittelyn hetkeksi takaisin henkilötodisteluvaiheeseen. Mainitunlaisen harkinnanvaraiseen prosessinjohtoon tuomioistuimella lienee riidattomasti oikeus.

¹⁴⁵ *Levy* 1999 s. 32 kehottaa lisäksi ajoittamaan epäselvien kysymysten selvittämisen jonnekin pääkuulustelun puolivälin paikoille, koska kuulustelun alku- ja loppuosat yleensä muistetaan parhaiten.

edellyttää selvää kannanottoa siihen, mikä esille tulleista mahdollisesti erilaisista vaihtoehdoista lopultakin on oikea. Ylipäättänsäkin kuulusteltavilta tulisi aina vaatia selviä vastauksia esitettyihin kysymyksiin. Joka tapauksessa epäselvyyksiä voi tilanteessa jäädä aiheuttamaan se, mistä syystä ristiriitaisuus ylipäättänsä syntyi. Vielä enemmän ongelmia voi aiheutua tilanteessa, jossa kertomus on ristiriidassa saman asianosaisten (esim. puolustuksen) kutsumien toisten todistajien kertoman kanssa. Päätodistelun luotettavuus heikkenee tällöin huomattavasti, koska ristiriitatilanteessa on pakko päätyä ajattelemaan ainakin jonkin 'saman puolen' todistajan erehtyvän tai valehtelevan. Kuulustelutaktisesti tilanteessa ei ole paljoakaan tehtävissä, koska osaa todistajista on jo kuultu, eikä heidän kertomuksiinsa siten normaalitilanteissa voida enää vaikuttaa.¹⁴⁶ Pääkuulustelija ei toisaalta saa pyrkiä ohjaavasti vaikuttamaan myöskään käsillä olevan kuulusteltavan kertomukseen esim. vihjailemalla, mitä muut todistajat ovat kertoneet. Kuulusteltavan on annettava kertoa vapaasti havaitsemistaan seikoista. Ja vaikka kuulustelija ilman kiellettyä johdattelua saisikin kuulusteltavan myöntämään muistikuvansa tai käsityksensä epävarmaksi tai muuttamaan kertomustaan vastaamaan toisten todistajien kertomaa, jää kertomusta joka tapauksessa rasittamaan kertomuksen muuttumisen aiheuttama sisäinen ristiriita ja siten lähtökohtainen epäluotettavuus.¹⁴⁷

Edellä sanotun mukaisesti pääkuulustelun tavoitteen voi sanoa olevan oman juttuteorian selvä ja vakuuttava esittäminen ja samalla vastakuulustelun etukäteinen eliminointi.

7.5.2 Vapaa kerronta

Edellä jaksossa 5.2 on käsitelty vuorokuulustelujärjestelmän omaksumisen puolesta puhuvia yleisiä näkökohtia. Se, miksi lainsäätäjät on Suomessa valinnut pääsääntöiseksi kuulustelujärjestykseksi kuulusteltavan *vapaalla kertomuksella* alkavan kuulustelun, perustuu viime kädessä aineellisen totuuden periaatetta korostavaan oletukseen siitä, että prosessissa näin päästään lähemmäksi 'oikeata' historiallista totuutta. Yleisesti vapaan kerronnan nähdäänkin olevan omiaan tuottamaan runsaasti luotettavia tietoja. Vapaata kerrontaa ei kuitenkaan tule arvioida erillään muusta oikeudenkäyntimenettelystä, vaan arvioinnissa on huomioitava koko kuulustelu- ja todistelukokonaisuus. Kysymys vapaan kerronnan eduista ei ole yksiselitteinen, koska henkilötodisteella yleisesti saatavissa olevien tietojen arvioinnissa voidaan antaa merkitystä kahdelle eri dimensiolle. Todistajankertomuksen hyöty todistusharkinnalle ja päätöksen-

¹⁴⁶ Todistajan kutsuminen uudelleen kuulusteltavaksi samoin kuin OK 17:33a:n tarkoittaman vastakkainkuulustelun järjestäminen ovat kuitenkin yhä mahdollisia menettelyvaihtoehtoja.

¹⁴⁷ Stone 1988 s. 93–94 ja 153.

teolle nimittäin riippuu yhtäältä siitä, miten paljon relevanttia tietoa kertomus sisältää (*informaatioarvo*) ja toisaalta siitä, miten luotettavaa tai ”totta” tämä tieto on (*luotettavuus*). Kyse on tiedon määrästä ja laadusta.

Oikeudenkäynnissä kuulusteltavan uskottavuus (aputositseikkana) ja kertomuksen luotettavuus kietoutuvat yhdeksi kokonaisuudeksi, eikä kertomuksen ”totuuden” (laadun) arvioinnissa yleensä voida päästä ehdottomaan tai edes empiirisesti tietyllä todennäköisyydellä todennettavaan varmuuteen. Vapaaseen todistusharkintaan perustuvassa oikeudenkäynnissä ei siten voi ehdottomalla varmuudella päätellä, mikä merkitys juuri vapaan kerronnan aikana esille tulleilla tiedoilla on ollut aineellisen totuuden selvittämisessä ja saavuttamisessa.

Empiirisissä tutkimuksissa on kuitenkin voitu kontrolloidusti tarkastella, mikä merkitys kuulustelujärjestyksellä ja -muodoilla on yhtäältä kertomuksen informaatioarvolle ja toisaalta luotettavuudelle. Useiden tutkimusten valossa voidaan sanoa, että vapaa kertomus kuulustelumuotona on perusteltu, koska se vastaa todistajanpsykologian alalla esitettyjä näkemyksiä kertomuksen luotettavuuden takaamisesta (erityisesti ns. kognitiivisen kuulustelun tulokset tukevat näkemystä vapaan kerronnan hyödyistä).¹⁴⁸ Todistajanpsykologisten tutkimusten mukaan *vapaassa kerronnassa on yleensä havaittu vähän virheitä mutta paljon aukkoja ja vastaavasti toisinpäin, kysymyksiin vastatessa on vähän aukkoja mutta paljon virheitä*.¹⁴⁹ Tämän valossa näiden kahden erilaisen kuulustelumenetelmän kombinaatio on tarkoituksenmukainen järjestely.

Yleisen prosessioikeudellisen näkemyksen mukaan vapaalla kerronnalla saadaan normaalisti kyselyä paremmin kuulusteltavan oma näkemys esiin, koska kysymyksillä aina ohjataan kuulusteltavan muistamista ja kertomista (kysymys on ”vaatimus” ajatella tietyllä tavalla).¹⁵⁰ Ideaalitilanne on kuulusteltavan luonteva (keskustelunomainen) spontaani kertomus, missä yhteydessä kuulustelijan läsnäoloa ei tulisi juuri edes huomata. Tällöin on hyvät edellytykset elävän ja uskottavan mielikuvan syntymiseen kertomuksesta.¹⁵¹ Määritelmällisesti vapaa kertomus tai kerronta tarkoittaa sitä osaa kuulustelusta, jonka aikana kuulusteltavaa kehoitetaan kertomaan asiasta oma-aloitteisesti ja yhtäjaksoisesti eli mahdollisimman pitkälti kuulustelua suorittavasta tahosta riippumatta. Keskeistä on, että kuulusteltavalla tulee itsellään olla mahdollisuus valita kerto-

¹⁴⁸ Ks. Kutchinsky 1981 s. 27 ja Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 8.

¹⁴⁹ Ks. Choo 1996 s. 26, Eisenberg 1999 s. 478, Diesen 1996 s. 211, Tackenberg 1960 s. 87 ja Stone 1988 s. 83–84. Shepherd – Milne 1999 s. 128 esittävät, että keskimäärin n. 35 % kaikesta luotettavasta relevantista tiedosta juontuisi vapaasta kerronnasta.

¹⁵⁰ Näin mm. Nack 2000 s. 244, Eisenberg 1993 s. 75, Schaub 1968 s. 172, Ellonen ym. 1996 s. 40–41, von Eyben 1981 s. 53, Huopainen 1992 s. 169 ja Rückel 1986 s. 184.

¹⁵¹ Ks. SOU 1982:26 s. 448, Prüfer 1986 s. 16–17 ja 28, Palmer 1966 s. 142–143, Samuelson 1997 s. 37 ja Stone 1988 s. 83. Vapaan kerronnan mahdollistaminen kuulusteluissa parantaa myös ns. luotettavuusanalyysin sovellettavuutta kertomuksen luotettavuusindikaattorina. Ns. realiteettikriteereiden soveltaminen on luotettavampaa, kun esille saadaan kuulusteltavan omaehtoinen kertomus.

mukseensa ne seikat, jotka hän kokee merkityksellisiksi.¹⁵² Jos vapaa kerronta tyrehtyy, voidaan kuulusteltavalle esittää (avoin) kysymys, joka vie kertomusta eteenpäin.¹⁵³ Kiellettyä johdattelua ei siten ole esim. tarkentaa asiaa jo esille tulleetseen puheenaiheeseen.¹⁵⁴

Vapaan kertomuksen omaksuminen tuomioistuinkuulustelun ensimmäiseksi vaiheeksi perustuu siis ajatukseen, että henkilö kykenee tuottamaan elävämmän ja täsmällisemmän tapahtumainkuvauksen silloin, kun kuulusteltava hallitsee itse keskustelua ja kuulustelija suhteuttaa oman toimintansa tämän toimintaan.¹⁵⁵ Vapaa kerronta on asianmukainen menettelyjärjestys myös siksi, että etukäteen todistamiseen valmistautuva henkilö yleensä kerrannee asioita mielessään juuri (sisäisen) monologin muodossa.¹⁵⁶ Kun kuulusteltavaa ei tarpeetomasti tai jatkuvasti keskeytetä, ei näin riskeerata menettää sellaista tietoa, johon ”hän on vasta tulossa”. Keskeytykset nimittäin saattavat estää kuulusteltavaa yrittämästä ”pinnistää” muististaan epäselvemmäksi jääneitä seikkoja, ja vastauksista saattaa näin tulla pinnallisempia ja epätäydellisempiä. Keskeytyksetön vapaa kerronta on yleensä myös parempaa kuulusteltavan keskittymiskyvyn kannalta, mikä edistää täydellisemmän kertomuksen saamista.¹⁵⁷ Konkreettisilla asiakysymyksillä kuulustelun aloittaminen vapaan kerrontamahdollisuuden sijaan voi myös olla sikäli epätaloudellista, että vastaus suoraan kysymyseen voi jäädä osittain ymmärtämättä tai tulla väärin ymmärretyksi, kun henkilö on pakotettu vastaamaan ”keskellä” kertomusta oleviin seikkoihin ilman, että hän tätä ennen olisi voinut johdonmukaisemmin kehittää kuvaustaan. Tämä luonnollisesti johtaa häiritseviin lisäkysymyksiin ja tarkennuksiin.¹⁵⁸

Vapaan kerronnan säännöstä kiinni pitäminen on vuorokuulustelujärjestelmämme ’kuulusteluopissa’ eittämättä *merkittävin sääntö*, jonka kunnioittamiseen ja noudattamiseen velvollisia ovat yhtä lailla kaikki kuulusteluun osaa ottavat tahot.

Toisin kuin meillä, angloamerikkalaisessa järjestelmässä myös pääkuulustelun kontrolli on periaatteessa lähes täysin kuulustelijalla. Todistajan¹⁵⁹ pää-

¹⁵² Ks. *Smith* 1986 s. 132 ja 150 ja *Lie* 2002 s. 63.

¹⁵³ *Ellonen ym.* 1996 s. 46. Vastaavia näkemyksiä saksalaisesta kuulustelumenettelystä ks. *Schellenberg* 2000 s. 94–95 ja 113. Ks. myös *Lie* 2002 s. 209: ”Selv om lovens forutsetning er at det skal gis en fri og sammenhengende forklaring, må vitnene alltid styres. De færreste vil være i stand til å gi en fullstendig og sammenhengende forklaring som tar for seg alt som er av betydning for saken, men heller ikke mer.”

¹⁵⁴ Havainnollisesti *Moore ym.* 1996 s. 140–141.

¹⁵⁵ Ks. *Virolainen* 1988 s. 405.

¹⁵⁶ Ks. *Kutchinsky* 1981 s. 100.

¹⁵⁷ *Shepherd – Milne* 1999 s. 128–129.

¹⁵⁸ Vapaan kerronnan eduista ks. myös *Lie* 2002 s. 64 ja 212 sekä *Helminen ym.* 2002 s. 281 ss.

¹⁵⁹ Nimenomaan angloamerikkalaisesta menettelystä puhuttaessa kaikkia todistustarkoituksessa kuulusteltavia henkilöitä kutsutaan todistajiksi – siksi tässäkin juuri angloamerikkalaisista menettelyistä puhuttaessa käytetään yleisnimitystä ’todistaja’ (eikä kuulusteltava).

kuulustelu tapahtuu yleensä kuulustelijan esittämiin kysymyksiin vastaamalla, eikä vapaata kerrontaa käytetä kuin poikkeuksellisesti.¹⁶⁰ Kokonaisuudessaan angloamerikkalainen kysymyksen etenevä pääkuulustelu korostaa oikeudenkäynnin kaksiasianosaisrakennetta ja kuulustelijan roolia enemmän kuin suomalaisessa oikeuskulttuurissa on totuttu, ja mitä rikosoikeudenkäyntiudistuksella tarkoitettiin. Oikeusvertaileva tarkastelu kuitenkin paljastaa, että vapaan kuulustelun sivuuttamisessa voidaan nähdä paitsi haittoja, myös tiettyjä hyötyjä.

Haittana on muun muassa se jo edellä viitattu seikka, ettei kertomuksen luotettavuudesta saa välttämättä yhtä hyvää kuvaa, jos kuulusteltava vain vastaa esitettyihin kysymyksiin (joiden tosin tulee pääsääntöisesti olla aseteltultaan 'neutraaleita'). Angloamerikkalaisessa pääkuulustelussa todistajalta ei välttämättä pyritäkään saamaan esille kaikkia hänen tietämiään tosiseikkoja, vaan lähinnä vain asianosaiselle edullisia tietoja.¹⁶¹ Jossain mielessä angloamerikkalaisen prosessin todistajaa voidaan verrata 'aseeseen', joita asianosaiset käyttävät heikentääkseen vastapuolen näyttöä.¹⁶²

Oman oikeusjärjestelmämme näkökulmasta katsottuna tällainen menettelytapa kaventaisi ja vähentäisi todistajan ja muiden kuulusteltavien merkitystä itsenäisenä todistuskeinona ja alistaisi nämä liiallisissa määrin 'pelivälineiksi' oikeudenhoidon ammattilaisten 'pelissä'. Akkusatorisessa rikosprosessissamme aineellisella totuudella on edelleen keskeinen merkitys: tästä syystä tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että kaikille kuulusteltaville annetaan riittävästi vapautta ja liikkumatilaa kertoa kaikki se, mitä he asiasta tietävät.¹⁶³ Omassa rikosprosessissamme kuulusteltavia ei siis voida nähdä ensisijaisesti asianosaisten 'aseina', vaan asianosaisten ja tuomioistuimen apuneuvoina aineellisen totuuden löytämisessä; 'tuomioistuimen silminä ja korvina'. Myöskään objektiivisuusperiaatteen ohjaaman syyttäjän kannalta ei keskeistä ole huolehtia siitä, ettei henkilö vapaassa kertomuksessaan tulisi 'vahingossa' kertomaan jotain odottamatonta.

Toisaalta, vapaan kerronnan sivuuttamisella voidaan nähdä myös hyötyjä. Kuulustelijan ohjaama pääkuulustelu nimittäin mahdollistaa kertomuksen rakentamisen alusta lähtien mahdollisimman helpotajuisella ja selvällä

¹⁶⁰ Ks. esim. *Levy* 1999 s. 34 ja *Moore ym.* 1996 s. 157. Iso-Britanniassa katsotaan pääkuulustelun pääsääntöisestä kysymys-vastaus -tekniikasta huolimatta, että sopivien todistajien on tarkoituksenmukaista antaa kertoa vapaasti mahdollisimman pitkälti ilman ohjaavia kysymyksiä, jos tarkoitus on korostaa kertomuksen realismia ja spontaanisuutta. Ks. *Wrottesley* 1961 s. 36 ja *Stone* 1988 s. 76. Yksi peruste tiukan kuulustelukontrollin ylläpitämiselle angloamerikkalaisessa oikeusjärjestelmässä juontuu siitä, että järjestelmään sisältyvät lukuisat todistamiskiellot edellyttävät, ettei todistajan sallita vapaasti kertoa seikoista, jotka voisivat potentiaalisesti aiheuttaa jopa oikeudenkäynnin uusintatarpeen kiellettyjen seikkojen tultua juryn tietoon, ks. *Du Cann* 1993 s. 97 ja *Moore ym.* 1996 s. 112–113 ja 152.

¹⁶¹ Ks. *Dahs* 1983 s. 307.

¹⁶² Ks. *Tackenberg* 1960 s. 72–73 ja *Lappalainen* 2001b s. 997. Angloamerikkalaisen adversiaalisien järjestelmän sisäsyntyisestä objektiivisuuden puutteesta myös *Shuy* 1996 s. 12. Oikeuskulttuurissa, jossa todistajien pääkuulustelu tapahtuu perinteisesti kysymyksiin annettavilla vastauksilla, todistajan oma-aloitteellisuus tietojen esille tuomiseksi pääkuulustelussa voidaan jopa kokea merkiksi todistajan puolueellisuudesta. Ks. *Levy* 1999 s. 17.

¹⁶³ Usein sanotaan, että angloamerikkalainen (erityisesti yhdysvaltalainen) järjestelmä tavoittelee vain muodollista tai prosessuaalista totuutta, ks. esim. *Robberstad* 1999 s. 133.

tavalla. Angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa katsotaan, että näin ohjattu pääkuulustelu on tarkoituksenmukaista aloittaa tapahtumapaikkaa ja sen olosuhteita koskevilla kysymyksillä ('setting the scene'), koska kuulustelua seuraavat voivat siten mielessään muodostaa visuaalisen kuvan paikasta, johon myöhemmin esille tuotavat tapahtumat on helpommin sijoitettavissa. Kuulustelun kannalta on haitallista, jos syyttäjän tai puolustusasianajajan on keskeytettävä dramaattinen tapahtumainkuvaus kysyäkseen välillä esimerkiksi 'missä ovi oli?'. Ulkoisen miljöön kuvauksen jälkeen voi siirtyä paikalla olleiden henkilöiden ja heidän sijainnin kuvaukseen, ja vasta tämän jälkeen siirtyä itse tapahtumien selvittämiseen. Tällaisessa järjestelmässä kuulustelija voi muutenkin pitkin kuulustelua kontrolloida kertomusta sen näyttöarvon kannalta esim. nopeasti epäselvyyksiin puuttumalla, visuaalisia apuvälineitä hyväksikäyttämällä, kannustamalla realististen yksityiskohtien kertomiseen ja tarvittaessa keskeisiä seikkoja korostamalla tai toistamalla.¹⁶⁴

Mainittujen tekijöiden kontrollointi on kuitenkin pitkälti mahdollista myös suomalaisessa kuulustelujärjestelmässä, koska pääkuulustelija voi 'parantaa' mahdollisesti hajanaiseksi tai epäselväksi jäänyttä kertomusta tietyin osin jo sen aikana, ja ennen kaikkea kertomuksen jälkeen esitettävillä selventävillä ja täydentävillä kysymyksillä. Tapahtumainkulun kaikkinaisen visualisointi edesauttaa pääkuulustelun selkeyttä ja vakuuttavuutta, ja myös tähän voi meilläkin päästä käyttämällä erilaisia havaintovälineitä. Pääkuulustelun aikana kuulusteltavalle voidaan esittää reaalityodisteita tunnistettavaksi tai muuten kommentoitavaksi sekä erilaisia karttoja, kaavioita, piirustuksia tai valokuvia kertomuksen havainnollistamiseksi.¹⁶⁵ Tällaisten havaintovälineiden käyttö on yleisesti suositeltavaa, koska kertomuksesta on näin mahdollista tehdä yksityiskohtaisempi ja mieleenpainuvampi.¹⁶⁶ Erityisen hyödyllisiä kaaviot yms. ovat laajoissa syytejutuissa, esimerkiksi taloudellista rikollisuutta tai laajaa huumausaineorganisaatiota koskevien syytteiden käsittelyssä.

Poikkeama vapaan kerronnan periaatteesta voi perustua siihen, että kuulusteltava joko ei osaa tai halua kertoa asiasta yhtäjaksoisesti tai oma-aloitteisesti. Tällöin kertomusta voi auttaa eteenpäin avoimilla tiedustelevilla kysymyksillä tai huomautuksilla. Toisaalta, kuulusteltava voi olla päinvastoin myös ylipuhealias siten, että hän puhuu kohtuuttomasti epärelevantteista seikoista tai liian yksityiskohtaisesti sinänsä relevantteista seikoista. Kertomukseen voi tällöin varovaisesti puuttua linkkikysymyksillä siten, että kertomus ohjautuisi olennai-

¹⁶⁴ Ks. *Stone* 1988 s. 74 ss. ja *Levy* 1999 s. 33.

¹⁶⁵ Todistelun kohteena voi tilanteesta riippuen olla vain se, mitä todistaja hänelle esitetystä objektista lausuu, mutta toisaalta myös objekti itsessään, jos todistaja esim. suorittaa tunnistamisen, ts. sanoo nähneensä sen aikaisemmin (esim. asean rikoksentekijän kädessä). Ks. *Schellenberg* 2000 s. 114.

¹⁶⁶ Visuaalisten apuvälineiden suuresta muistia tukevasta merkityksestä ks. *Evans* 1993 s. 12–13 ja *Diesen* 1996 s. 214. Ks. myös *Moore ym.* 1996 s. 240 sekä *Magnussen* 2002 s. 15 kognitiivis-psykologisesta (neurofysiologisesta) vastaavuudesta verrattaessa toisiinsa muistikuvan mieleen palauttamista ja välitöntä havainnointia. Ks. myös *VKSV* 2001 s. 21 tapahtumainkulun ja todisteiden 'visualisoinnista' jo esitettävissä.

sempiin seikkoihin. ”Liiallisiin” yksityiskohtiin puuttumisessa tulee kuitenkin noudattaa pidättyväisyyttä, koska puuttumiset voivat sotkea kuulusteltavan ajatuksenkulkua ja itseluottamusta ja aiheuttaa sen, että kertomuksesta tulee epäsystemaattisempi ja siitä jää loppujen lopuksi pois jotain ratkaisulle olennaista. Joidenkin seikkojen täsmentäminen on tarkoituksenmukaisinta suorittaa välittömästi epäselvyyden tullessa vapaassa kerronnassa esiin luonnollisessa, kronologisessa yhteydessään, mutta pääsääntönä on silti pidettävä sitä, että kuulustelijan tulee mahdollisimman pitkälle lykätä täsmentävät kysymykset vapaan kerronnan loppuun.¹⁶⁷ Ajan säästämiseksikään puuttumiset eivät välttämättä ole kuvatussa tilanteessa hyödyllisiä, koska kuulustelun kokonaisaika ei välttämättä lyhene useiden rajoittavien huomautusten johdosta, vaan voi jopa päinvastoin kasvaakin.

Tuomioistuimella on velvollisuus puuttua vapaaseen kerrontaan poikkeuksellisesti myös silloin, kun kuulusteltava kertoo itsenäisesti *seikoista, joista hän on velvollinen pysymään vaiti* (normaalisti vaitiolokysymykset kyettäneen kuitenkin selvittämään jo ennen kertomuksen antamista). Vaitioloon velvoittavia perusteita on joka tapauksessa suojeltava yhtä tehokkaasti riippumatta siitä, onko kyseessä henkilön oma-aloitteinen kerronta tahi (kiellettyyn) kysymykseen annettava vastaus.

Silloin, kun kuulusteltavaa on tarkoitus kuulla vain hyvin rajatusta, suppeasta teemasta, voidaan ajankäytöllisistä syistä kuitenkin lähtökohtaisesti käyttää enemmän kysymys-vastaus -tekniikkaa vapaan kertomuksen sijasta. Vapaan kertomuksen periaatetta ei luonnollisestikaan voida toteuttaa optimaalisesti erityisen laajoissa ja aikaa vievissä jutuissa, joissa kuuleminen jaksetaan esim. aamu- ja iltapäiville tai jopa eri istuntopäiville. Tällaisissa tilanteissa kuulustelun aikataulusta on tarkoituksenmukaista sopia mahdollisimman täsmällisesti etukäteen (ROL 5:10) tai pääkäsitellyn aluksi muodollisen prosessin johdon puitteissa.¹⁶⁸

7.5.3 Kysymykset pääkuulustelussa ja kuulustelujärjestys

Angloamerikkalaisessa oikeusjärjestelmässä pidetään tuomioistuinkuulusteluissa ns. ’*kultaisena sääntönä*’ sitä, ettei kuulusteltavalta tulisi kysyä pää- tai vastakuulustelussa sellaista seikkaa, mihin kuulustelija itse ei tiedä vastausta tai

¹⁶⁷ Luonnollisesti sekä tuomioistuimen puheenjohtajan, lautamiesten, syyttäjän että asianosaisten ja heidän edustajiensa tulee noudattaa samaa pääsääntöä; muuten menettelystä muodostuu epäjohdonmukainen. Yleisesti kronologisesti etenevän pääkuulustelun eduista puhuu *Moore ym.* 1996 s. 111 ja 115–136 (esimerkein).

¹⁶⁸ Ks. *Kutchinsky* 1981 s. 108–111.

johon annettavaa vastausta kuulustelija ei ainakaan osaa ennakoida.¹⁶⁹ Suomes-
sa tätä sääntöä voidaan soveltaa vain rajoitetusti vapaan kerronnan säännön ja
syyttäjän objektiivisuuseriaatteen takia – säännön taustaoletus huolellisesta
kuulusteluun valmistautumisesta on tietenkin joka tapauksessa huomioitava.¹⁷⁰
Vapaan kerronnan sääntö estää sen, että asianosaiset voisivat muokata ja kont-
rolloida pääkuulustelua mielensä mukaisesti alusta lähtien. Vapaan kerronnan
säännön tarkoitus on saada kuulusteltavalta esiin mahdollisimman paljon luo-
tettavaa informaatiota eikä vain asianosaisten 'editoimaa' versiota tämän tietä-
mistä tosiseikoista.

Syyttäjän velvollisuus suorittaa kuulustelu objektiivisesti tarkoittaa sitä, ettei
syyttäjä ole edes oikeutettu pitämään kiinni mainitusta kultaista säännöstä.
Syyttäjän tulee yleensä selvittää kysymyksiin myös sellaiset uudet tiedot, joihin
kuulusteltava viittaa (tai muuten esille tulleet uudet näkökulmat), vaikka ei
olisikaan varmuutta siitä, tuleeko kysely tukemaan vai vastustamaan syytettä.
Sen sijaan syytetyn puolustusasianajajan lojaliteettivelvollisuus ja negatiivinen
totuusvelvollisuus tarkoittaa käytännössä, että puolustus voi ja sen tulee pitää
kiinni mainitusta varovaisuussäännöstä. Erityisen tarkasti mainittua sääntöä on
kunnioitettava syytetynä olevan päämiehen kuulustelussa.¹⁷¹

Pääkuulustelun tulee olla helposti seurattavissa ja ymmärrettävissä sekä
myös mahdollisimman vakuuttava. Tästä syystä kuulustelijan ja kuulusteltavan
puheen tulisi olla *selkeää* ja *kuuluvaa*. Lautamies tutkimusten mukaan matala ja
rauhallistempoinen puheääni antaa vaikutelman luotettavasta puhujasta.¹⁷² Yli-
päättänsä kuulustelijan esiintymisessä tulisi ottaa huomioon ihmisten välisessä
vuorovaikutuksessa tyypillisesti vaikuttava 'Newtonin laki', ts. havainto siitä,
että tietynsuuntainen karkäs toiminta tuottaa usein reaktiona vastakkaiseen
suuntaan menevän seurauksen: siksi asianosaisten ei tulisi esiintyä karkkään
vaativasti tai deklaratorisesti ('ette voi tuomita päämiestäni'), vaan päinvastoin

¹⁶⁹ Ks. *Stone* 1988 s. 84, *Munkman* 1951 s. 64, *Wellman* 1962 s. 43, *Wrottesley* 1961 s. 36, *Du Cann* 1993 s. 129, *Klemm* 1979 s. 47 ja *Tackenberg* 1960 s. 72. Vrt. kuitenkin *Levy* 1999 s. 168–169, joka aiheellisesti muistuttaa siitä, että ns. varovaisen tiedustelun metodia tulee kuitenkin voida käyttää – eli tiedustella alustavia seikkoja – jotta selviäisi, mikä kuulusteltavan kanta varsinaiseen pääkysymykseen voi olla. Puhtaasti retorisiin kysymyksiin (mahdollisesti) annettavaa vastausta ei myöskään ole tarpeen tarkkaan tuntea.

¹⁷⁰ Ks. *Hirvonen* 1995 s. 448. 'Kultaisen säännön' käytännöllinen noudattaminen voi Suomessa olla myös sikäli rajoitettua, että meillä ei ole mahdollisuutta common law -järjestelmien kaltaiseen pre-trial -kuulemiseen, jonka yhteydessä varsinaisen pääkäsittelyn strategiaa voisi hahmottaa. Tuomioistuintakaan ei voi nähdä 'sidottuna' kultaiseen sääntöön; paitsi ehkä siinä 'negatiivisessa' mielessä, että selvästi syytetyille vastaisia seikkoja ei tuomioistuimen tule selvittää tai kysellä.

¹⁷¹ Ks. mm. *Diesen* 1996 s. 243 ja 267.

¹⁷² Ks. *Välikoski* 1996 s. 31. Ks. myös *Evans* 1993 s. 46 ja *Dahs* 1983 s. 267 ja 312: rauhallinen asiamiehen/avustajan käytös oikeudenkäynnissä on omiaan parantamaan tämän nauttimaa arvostusta ja siten välillisesti tämän väitteiden vakuuttavuutta.

asioita (mieluiten sopivassa määrin me-näkökulmasta) *'neutraalisti'* esittäen.¹⁷³ Kuulustelijan tulisi pyrkiä vaikuttamaan myös siihen, että kuulusteltavankin puhe olisi vastaavalla tavalla selkeää. Esimerkiksi todistajan mahdollisesti käyttämiin ammatti- ja murretermeihin tulisi välittömästi pyytää selvennys arkikielelle ja muutkin epäselvyyksiä mahdollisesti aiheuttavat seikat tulisi huomata jo pääkuulustelussa.

Kuulustelijan tulee lisäksi ottaa huomioon, ettei tuomioistuimen jäsenillä välttämättä ole aluksi samanlaista mielikuvaa asian ulkoisista puitteista kuin asiaan etukäteen perehtyneellä kuulustelijalla. On siis varottava, ettei kysymyksissä oleteta kuulustelijan mielestä kenties itsestään selviä seikkoja, jotka kuitenkin ovat kuulijoille outoja.¹⁷⁴ Toisaalta mahdollisimman runsaan ja luotettavan tosiseikastoinformaation saamiseksi kuulusteltavia tulisi myös yleensä kannustaa jatkamaan ajatustaan eli heissä tulisi pyrkiä herättämään (ei-johdattelevia) assosiaatioita, jotka vievät kertomusta eteenpäin. Kommunikaatioedellytyksiä luonnollisesti parantaa, jos kuulustelija antaa vaikutelman siitä, että hän on aidosti kiinnostunut todistajan vastauksista (päinvastainen vaikutelma voi syntyä esim. aktiivisesta papereiden selaamisesta kuulustelun aikana).¹⁷⁵

Tyypilliset kysymykset pääkuulustelussa ovat lyhyitä ja suhteellisen avoimia, esim.: mitä sitten tapahtui, milloin se tapahtui tai miten se kävi.¹⁷⁶ Liiallinen kysely pääkuulusteluvaiheessa on omiaan antamaan vaikutelman siitä, että kuulustelija mahdollisesti varoo antamasta kuulusteltavan puhua vapaasti, mikä voi herättää ajatuksia kertomuksen luotettavuutta kohtaan ja ”avata ovea” vaihtoehtoisille hypoteeseille.¹⁷⁷ Samasta syystä pääkuulustelijan ei tule kysymykseen itseensä sisällyttää uutta tietoa; tällöin ei itse asiassa puhuttaisi todistajana näytöstä, vaan sanojen panemisesta kuulusteltavan suuhun. Kysymysten tulisi mielellään olla *positiivisesti muotoiltuja* (ei siis ”etkö osaa sanoa...”). *Kyselytempon* tulisi yleensä olla rauhallinen.¹⁷⁸ Kysymysten tulee olla *lyhyitä, selkeitä ja erillisiä*.¹⁷⁹ Kielitieteellisen ns. jälkimmäisyysäännön (recency principle)

¹⁷³ Näin Evans 1993 s. 55–56. Ks. myös Palmer 1966 s. 176 ja 178 ja Hägg 2001 s. 103 ja 239. Moore ym. 1996 s. 230 huomauttaa myös siitä, että asianosainen voi ”pehmentää” tulkintojaan tai väitteitään muuntamalla ne (tuomioistuimelle suunnatuiksi) kysymyksiksi jonkin tulkinnan ymmärrettävyydestä (”Eikö tämä voisikin olla tarkoituksenmukainen menettelytapa?”).

¹⁷⁴ Ks. Levy 1999 s. 33 s. ja Diesen 1996 s. 212–213.

¹⁷⁵ Ks. Diesen 1996 s. 179, Nack 2000 s. 251 ja 253 ja Lie 2002 s. 151 ja 168.

¹⁷⁶ Ks. Nack 2000 s. 254. Vastakuulusteluedellytyksiä rajoittavasti ennakoivat pääkuulustelukysymykset voivat olla funktioltaan myös ns. suodatinkysymyksiä (ks. edellä jakson 6.2.1 luokittelua) sekä ns. linkkikysymyksiä.

¹⁷⁷ Näin Samuelson 1997 s. 38.

¹⁷⁸ Diesen 1996 s. 243.

¹⁷⁹ Ks. Samuelson 1997 s. 55, Diesen 1996 s. 223 ss., Munkman 1951 s. 5, 17 ja 41–42, MacHovec 1989 s. 94, Wrottesley 1961 s. 40, Levy 1999 s. 33, Wellman 1962 s. 39, Du Cann 1993 s. 103 ja Stone 1988 s. 84–85 ja 107: ”Evidence which is not clear will be neither remembered nor convincing.” Vastaavat vaatimukset koskevat yhtä hyvin myös tuomioistuimen puheenjohtajan esittämiä kysymyksiä, ks. Virolainen 1988 s. 107 ja 419.

mukaan ihmiset ovat usein taipuvaisia kiinnittämään huomiota vain useampi-
osaisten kysymyksen viimeiseen osaan. Ns. *kaksoiskysymyksiä* onkin syytä
välttää, sillä kuulusteltava ei välttämättä tiedä, kumpaan kysymykseen tai mah-
dollisesti mihin useista kysymyksistä on vastattava.¹⁸⁰ Yleisenä kuulustelu-
ohjeena voidaan pitää myös sitä, että kuulustelijan ei tulisi perustella kysymyk-
siään, vaan yksinkertaisesti esittää ne kuulusteltavalle.¹⁸¹

Oma kysymyksensä on myös se, miten kuulustelijan tulisi puhutella kulloin-
kin kuulusteltavaa henkilöä. ”Teitittelypakkoa” ei ole, mutta yleisesti sekä
virallisen syyttäjän että puolustusasianajajan tulee aina suhtautua lähtökohtai-
sen kunnioittavasti kuulusteltaviin henkilöihin, mihin sopii hyvin teitittelymuo-
don käyttäminen. Kuulustelussa on kuitenkin käytettävä joustavasti sellaista
kieltä ja puhuttelutyyliä, joka takaa kulloisessakin tilanteessa parhaat commu-
nikaatioedellytykset, eli mitään yleispätevää sääntöä ei voi noudattaa.¹⁸²

Puolustusasianajajan suhteen erityisen merkityksellistä on hänen suhteensa
päämieheensä. Virallinen syyttäjä voi hyvin puhua syytetystä juuri tätä termiä
’syytetty’ käyttäen, mutta puolustuksen näkökulmasta on tarkoituksenmukai-
sempaa pyrkiä kaikin tavoin – myös päämiehensä puhuttelutavalla – saamaan
aikaan ”inhimillisempi” kuva syytetystä.¹⁸³ Tavoitetta voi palvella se, jos puo-
lustusasianajaja viittaa päämieheensä ja/tai puhuttelee tätä nimeltä, joko etu- tai
sukunimeltä. Muukin asianajajan käytös päämiestään kohtaan (esim. oikeuden-
käyntitauoilla) voi olla merkityksellistä, koska tuomioistuimien, erityisesti sen
lautamiehet voivat ajatella, että asianajaja tietää, onko päämies syyllinen vai
syytön: välttelevä suhtautuminen päämieheen voidaan nähdä indisiona siitä,
että oikeudenkäyntiavustaja ei itsekään usko asiakkaansa syyttömyyteen.¹⁸⁴

Kuulustelijan tulisi myös yleensä välttää kuulusteltavan antamien vastausten
toistamista. Kuulustelija voi olla tottunut tällä tavoin suomaan itselleen lyhyen
tauon pohtiakseen seuraavaa kysymystä, tai toistolla saatetaan pyrkiä vastauk-
sen erityiseen tähdentämiseen. Yleensä oikeampi paikka keskeisten seikkojen
korostamiseen on loppulausuntovaiheessa. Vastausten toistoon pääkuuluste-

¹⁸⁰ Ks. *Shuy* 1996 s. 133, *Dahs* 1983 s. 313, *Wellman* 1962 s. 176, *Diesen* 1996 s. 224, *Levy* 1999
s. 32 ja 184, *Moore ym.* 1996 s. 162–163, *Shepherd – Milne* 1999 s. 129, *Lie* 2002 s. 177 ss. ja
Wrottesley 1961 s. 86–87. Asianajollisesti voi olla houkuttelevaa – erityisesti puolustuksen
vastatodistelutarkoituksissa – pyrkiä ”piilottamaan” pitkän ja monimutkaisen kysymyksen sisälle
esimerkiksi jokin rikokselle relevanttia seikkaa koskeva attribuutti, koska kuulusteltava mahdol-
lisesti vain kysymyksen loppuosaa mielessään vastatessaan voidaan näin (näennäisesti) saada
vahvistamaan myös tämä kysymykseen sisältyvä johdatteleva tai tarkoituksellisesti vääristävä
seikka. Syyttäjän ja tuomioistuimen tarkkaavaisuus tässä suhteessa onkin paikallaan. Ks. myös
Lie 2002 s. 76.

¹⁸¹ Näin *Nack* 2000 s. 254.

¹⁸² Ks. mm. *Lie* 2002 s. 163.

¹⁸³ Ks. *Levy* 1999 s. 54–55: ”The client should be personalized.”

¹⁸⁴ Valaisevasti asianosaisten oikeussalikäytöksen – ja ylipäätänsä ei-verbaalisen tai visuaalisen
informaation – merkityksestä ks. *Evans* 1993 s. 8–14 sekä *Moore ym.* 1996 s. 88.

lussa liittyy myös vaara, että kuulusteltava ymmärtää toiston kuulustelijan tyytymättömyydeksi vastausta kohtaan, ja pyrkii antamaan lisäselvitystä vastaukselleen, mahdollisesti muuttaen tällöin kertomustaan tai muuten ”soikemalla” muuten tyydyttävää kuulustelutulosta.¹⁸⁵ Kuulustelun sujuvuus voi toisaalta joskus parantua, jos kuulustelija toistaa kysymyksessään kuulusteltavan viimeksi kertoman lauseen *ja* esittää aiheeseen välittömästi liittyvän jatkokysymyksen. Tällä tavoin kuulustelija asettuu ”sisään” kuulusteltavan ajatuksen juoksuun tai tunteisiin ja saa tämän jatkamaan kertomustaan.¹⁸⁶

Pääkuulustelussa ei voida edellyttää, että kuulusteltava vastaisi systemaattisesti *vain* ’kyllä’ tai ’ei’ esitettyihin kysymyksiin. Menettely on joka tapauksessa kielletty pääkuulustelun alussa, koska kuulustelun tulee alkaa vapaalla kertomuksella. Kaikki puuttumiset vapaaseen kertomukseen haittaavat jollain tavalla kuulusteltavan autenttisen näkemyksen esille saamista. Vastausvaihtoehtojen rajaaminen vain myöntävään ja kieltävään mahdollisuuteen tarkoittaisi myös useimmissa tapauksissa jonkinasteista johdattelua, eli menettely tulee torjuttavaksi jo OK 17 luvun 33 §:n 5 momentin perusteella. Jos kuulusteltavalle mahdollistettaisiin ainoastaan myöntävä ja kieltävä vastausvaihtoehto kuulustelijan valitsemiin kysymyksiin, haittaisi menettely aineellisen totuuden esille saamista.¹⁸⁷ Pääkuulustelussa voidaan, tilanteen vaatiessa, kuitenkin esittää yksittäisiä kyllä/ei -kysymyksiä. Koko pääkuulustelu ei kuitenkaan saa rakentua tällä tavoin kuulustelijan tarkasti ohjaamalle tai todistelua ”editoivalle” kyselytyylille.¹⁸⁸

Pääkuulustelussa kysymysten tulisi johtaa spontaaniin kertomukseen, mutta aina ei ole järkevää antaa kuulusteltavalle täysin vapaita käsiä. Asianmukaisesti oikeudenkäyntiin valmistautunut kuulustelija ei nimittäin voi pohjata kuulustelustrategiaansa uskomukseen, että kuulusteltava itse ”auttaisi” kuulustelijaa. Kuulustelijan on pidettävä koko pääkuulustelun ajan ”ohjat” ja kontrolli omissa käsissään. Avauskysymyksestä tai kehotuksesta tulee käydä ilmi, mistä seikoista henkilön halutaan kertovan tai mistä kohdasta tiettyä tapahtumankuvausta hänen tulisi aloittaa. Aloituskysymyksen ei sen sijaan tule tarpeettomasti rajata kertomuksen vapaata kehittymistä tai päättymistä; nämä seikat ovat nimenomaan kuulusteltavan itsensä, vapaassa kerronnassa, määrättävissä. Ylipäätän-

¹⁸⁵ Ks. Välikoski 2000 s. 953, *Du Cann* 1993 s. 102, *Eisenberg* 1999 s. 471, *Levy* 1999 s. 37 ja *Moore ym.* 1996 s. 148.

¹⁸⁶ Ks. *MacHovec* 1989 s. 108 ja *Lie* 2002 s. 180–182.

¹⁸⁷ Ks. *Shuy* 1996 s. 136 kyllä/ei -vastausvaihtoehtoihin pakottamisesta: ”In such cases, there is no way that the truth can be produced by witnesses. They may want to tell the whole truth and nothing but the truth but they are prevented from doing so by the very process that demands it.” Ks. myös *Robberstad* 1999 s. 133. Vrt. *Stone* 1988 s. 82.

¹⁸⁸ Kyllä/ei -kysymysten edullisuudesta kuulustelun kontrollin ja selkeyden kannalta ks. *Dahs* 1983 s. 313.

säkin hyvä pääkuulustelija pystyy kysymyksillään *ohjaamaan* kuulusteltavaa oikeaan suuntaan kuitenkin välttämättä johdattelun.¹⁸⁹

Esitutkinnassa ja tuomioistuimessa vallitsevat kommunikaatioedellytykset eivät ole lähelläkään optimaalisia, joten ns. *sopeutumisvaihe* on erittäin tärkeä kuulusteltavan rentouttamiseksi ja oikean ilmapiiriin saavuttamiseksi.¹⁹⁰ Yleensä asianmukainen aloitus todistajienkuulustelussa on, että kuulustelija esittelee itsensä ja prosessissa edustamansa osapuolen todistajalle.¹⁹¹ Riippumatta siitä, kuka kuulustelun aloittaa, tulisi *kuulustelun aloituksen* muutenkin olla tyyli-
tään kevyt ja johdantomainen, jossa mahdollisesti selvitettäisiin kuulusteltavan henkilön tai tapahtuman taustoja. Tarkoituksena on, että kuulusteltava ”ehtisi asettua” ja että jatkokertomuksesta siten tulisi monisanaisempi. On tavanomais-
ta, että henkilö on aluksi lyhytsanainen eikä kerro tietämistään seikoista riittä-
vän avoimesti, mistä syystä johdanto-osassa kuulusteltavalle voidaan antaa
sopiva aika sopeutua kuulustelutilanteeseen. Erityisesti arkojen tai pelokkaiden
henkilöiden kuulustelu on perusteltua aloittaa mahdollisimman pehmeään ja
ystävälliseen tyyliin.¹⁹² Kuulustelija voi näin tiedustella esim. yleisesti kuulus-
teltavan henkilöön liittyviä seikkoja (kuten koulutusta, ammattia tai työkoke-
musta) siihen saakka, kunnes kuulusteltava näyttäisi rauhoittuvan ja saavan
itseluottamusta suulliseen esiintymiseen. Mainitunkaltaisten seikkojen kyselys-
sä on myös se hyvä puoli, että vastauksista selviää kuulusteltavan taustatietoja,
joka voi olla hyödyllistä kertomuksen luotettavuutta arvioitaessa.¹⁹³

Tavallisesti kuulusteltavaa kuullaan tapahtumista niiden *kronologisessa jär-
jestyksessä*. Joskus voi tosin olla perusteltua jättää tärkeimmät asiat aivan
kuulustelun loppuun seikkojen korostamiseksi.¹⁹⁴ Joskusärkevintä saattaa

¹⁸⁹ Ks. *Munkman* 1951 s. 42–43 ja *Evans* 1993 s. 76. Ks. myös *Lie* 2002 s. 210 pääkuulustelusta: ”Siktemålet må hele tiden være å få vitnet til å fortelle en historie som er konsis og tillitverkende, som er uten unødvendige detaljer, og som fanger rettens oppmerksomhet. Det kan den som eksaminerer klare hvis han er forberedt, vet hva vitnet vil si og sørger for å holde kontroll over avhøret.”

¹⁹⁰ Ks. *Du Cann* 1993 s. 99, *Schellenberg* 2000 s. 113 s. ja *Nack* 2000 s. 104. Sopeutumisvaihe on tärkeä myös kuulustelijan itsensä kannalta sikäli, että hänen tulisi itsensäkin pyrkiä sopeutumaan kuulusteltavan henkilöön (mikä voi edesauttaa kuulustelun vuorovaikutuksellisuutta), ks. *Lie* 2002 s. 211 s.

¹⁹¹ Näin *Lie* 2002 s. 201.

¹⁹² Ks. *Hallberg* 1999b s. 657, jonka mukaan tuomioistuimen velvollisuuksiin kuuluu PL 21 §:stä johtuen joka tapauksessa asianosaisten, todistajien ja muidenkin henkilöiden ystävällinen ja asiallinen kohtelu. Ks. myös *Lie* 2002 s. 237.

¹⁹³ Ks. *Wrottesley* 1961 s. 35, *Du Cann* 1993 s. 107–108, *Levy* 1999 s. 53 ja *Schaub* 1968 s. 170. Ks. myös *Välikoski* 2000 s. 950 tutkimuksesta, jonka mukaan todistajat itsekin odottavat kuulus-
teluvuorovaikutukselta mm. rentoutta ja avoimuutta.

¹⁹⁴ Kokeellisessa todistajanpsykologiassa on selvästi osoitettu, että esim. neutraaleiden, homo-
geenisten sanalistojen toistossa muistisuoritus on parhaimmillaan listan alku- ja loppupään
sanojen kohdalla ja heikointa keskellä sijaitsevien sanojen kohdalla. Toisaalta jos keskellä on
yllättävä, huomiota tai tunteita herättävä sana, muistetaan tämä kuitenkin paremmin (ns.
von-Restorff-efekti), mikä samalla heikentää edeltävien (retrograde amnesia) ja seuraavien

lisäksi olla teemoittain eteneminen (tällöinkin on tosin suotavaa edetä tietyn teeman sisällä kronologisessa järjestyksessä).¹⁹⁵

Todistajien *keskinäinen kuulemisjärjestys* on pitkälti syyttäjän tai puolustuksen itsensä päätettävissä. On vaikea nähdä syytä, miksi tuomioistuin asettaisi kuulemisjärjestyksen suhteen poikkeiloin asianosaisten toiveisiin nähden. Lopullinen päätösvalta on kuitenkin tuomioistuimella, ja joissain tapauksissa (esim. asianosaisten taitamattomuuden vuoksi) tuomioistuin voi päättää erilaisesta kuulemisjärjestyksestä. Samoin kuin yksittäisen todistajan tai kuulusteltavan kuulusteluteemojen sisäisen järjestyksen kohdalla, on kuulustelutaktisesti tarkoituksenmukaista kuulla avaintodistajia tai muuten ’hyviä’ todistajia sekä ensimmäisenä että myös viimeisenä. Ensiksi on siis syytä kuulla asioista kattavasti kertovaa ja vastakuulustelun oletettavasti horjumatta kestävästä todistajaa, koska tuomioistuimen tarkkaavaisuus on kuulustelun alussa oletettavasti parhaimmillaan. Hyvän alkuvaikutelman aikaansaaminen myös helpottaa myöhempiä todistelua, jota voi osittain rakentaa ensitodistuksen varaan. Vastaavasti myös loppuvaikutelma on tärkeä. Todistaja, joka tuntee keskeiset tapahtumat ja pystyy sitomaan mahdolliset irralliset tapahtumien osat yhteen, luo kestävä vaikutelman.¹⁹⁶ Vähemmän keskeisistä seikoista kertovat tai epävarmemmat todistajat on järkevää kuulla tässä välissä.¹⁹⁷ Edellä sanotusta riippumatta, todistelun selkeyden ja ymmärrettävyyden kannalta voi ainakin suuremmissa jutuissa olla suotavaa, että samasta teemasta kertovia todistajia kuullaan omana ryhmänään.¹⁹⁸

Yleinen virhe on, että kuulustelija venyttää kuulustelua turhaan tai tuo esille vähämerkityksellisiä, turhia yksityiskohtia. Liiallinen pituus on omiaan harhauttamaan tuomioistuimen huomion pois olennaisesta. Näin ollen pääkuulustelussa tulisi noudattaa periaatetta, että *tärkeät seikat tulee selvittää joutuisasti, käsitellä niitä tarvittavassa laajuudessa ja päättää pääkuulustelu pian tämän jälkeen*.¹⁹⁹ Tarpeettoman kattava pääkuulustelu voi myös antaa vastakuulustelijalle enemmän puuttumismahdollisuuksia.

(anterograde amnesia) sanojen muistamista. Ks. *Christianson* 1997 s. 35–36, *Diesen* 1996 s. 203 ja *Haapasalo* 2000 s. 28.

¹⁹⁵ Ks. *Samuelson* 1997 s. 60, *Levy* 1999 s. 38 ja *Shuy* 1996 s. 136.

¹⁹⁶ Puheen lopetuksen keskeistä retorista merkitystä korostaa mm. *Hägg* 2001 s. 27 ja 98 ss.

¹⁹⁷ Ks. *Wrottesley* 1961 s. 13–14, *Stone* 1988 s. 79, *Palmer* 1966 s. 177–178 ja *Levy* 1999 s. 84. Vrt. *Du Cann* 1993 s. 95.

¹⁹⁸ Ks. *Lappalainen* 2002 s. 120 ja *Wrottesley* 1961 s. 14. Ks. myös *HE* 32/2001 vp. s. 58 siviiliprosessissa 1.1.2003 voimaan tulleesta (768/2002) OK 6:2.2:n muutoksesta: nyt säännöksessä todetaan nimenomaisesti tiettyä seikkaa koskevan todistelun voivan tulla otetuksi vastaan ennen muuta todistelua.

¹⁹⁹ Ks. *Lie* 2002 s. 149, *Levy* 1999 s. 34 ja *Du Cann* 1993 s. 109–110.

7.5.4 Syytetyn pääkuulustelu

Edellä jaksossa 5.2.1 on kannatettu kuulustelujärjestystä, jossa syytetyn oikeudenkäyntiavustaja tai -asiamies – jos tällä on sellainen apunaan – aloittaa syytetyn kuulustelun, ja syyttäjä suorittaa syytetyn vastakuulustelun. Jos syyte-tyllä sitä vastoin ei ole avustajaa (mikä tilanne on epätoivottava), puheenjohtajan tulisi aloittaa pääkuulustelu, jota kuulustelua virallisen syyttäjän tulisi jatkaa (pää- ja) vastakuulusteluna.

Syytetyn kuulustelussa – kuten muissakin kuulusteluissa – on tärkeää huolehtia siitä, että syytetty olisi mahdollisimman kattavan kertomuksen antamiseksi riittävän rauhallisessa mielentilassa. Kuulustelijan – kuka se sitten onkin – tulee sallia syytetyn vapaa kertomus ja tarvittaessa tukea syytettyä kertomuksen eteenpäin viemisessä. Tarvittaessa syytetyn oikeudenkäyntiavustaja saattaa puuttua toisten (lähinnä syyttäjän) suorittamaan kuulusteluun ja auttaa syytettyä, jos tämä esimerkiksi on ymmärtänyt kysymyksen väärin, hermostuu tai puhuu suunnitellun puolustautumisstrategian vastaisesti.²⁰⁰ On toisaalta ymmärrettävää, jos tuomioistuin suhtautuu tällaisiin puuttumisiin yleisen torjuvasti.

Syytetyn kuulusteluissa saattaa olla erityisen ongelmallista saada syytettyä esittämään kertomuksensa yhtäjaksoisesti: syytetty ei usein joko halua tai pysty tähän esityskyvyn puutteellisuuden tai kuulustelumenettelyn vuoksi. Puolustuksen aloittaessa pääkuulustelun mainittu ongelma ei ole ehkä kovin vakava, koska tällöin kuulusteluun on voitu etukäteen varautua. Tuomarin tai syyttäjän suorittamassa pääkuulustelussa tuomioistuimen ja puolustuksen on oltava erityisen valppaina, että syytetty todella saa mahdollisuuden vapaaseen kerrontaan. Puolustautumisstrategian kannalta voi olla ongelmallista, jos syyttäjä syytetyn pääkuulustelua suorittaessaan pyrkii objektiivisuusperiaatteen mukaisesti selvittämään myös syytetyn puolesta puhuvia seikkoja: syytetty saattaa nimittäin syystä tai toisesta haluta vaieta joistain sinänsä kyseisessä prosessissa itselleen edullisista seikoista, mutta joista voi aiheutua hänelle joitain muita haitallisia seurauksia. Puolustuksella ei ole juurikaan muita keinoja puuttua tilanteeseen kuin pyrkiä perustelemaan, miksi kysymyksen esittäminen tai siihen vastaamisen velvoittaminen olisi epäasianmukaista (esim. tarjoten selitystä vaitiolon perusteista tai perustelemalla, miksi kysymys on irrelevantti).²⁰¹

Luonnollisesti sekä tuomioistuimella että puolustuksella on valta (ja velvollisuuskin) puuttua sellaisiin syyte-tylle esitettäviin kysymyksiin, jotka ovat kiellettyjä esim. johdattelevuutensa tai muun epäasiallisuuden vuoksi. Syytetyn pääkuulustelussa on kiinnitettävä erityistä huomiota siihen, että kaikenlaista

²⁰⁰ Ks. *Dahs* 1983 s. 285. Tarkoitus ei tietenkään ole, että puolustaja puhuisi syytetyn puolesta, vaan lähinnä se, että hän kontrolloisi kuulustelumenettelyiden asianmukaisuutta.

²⁰¹ Ks. *Dahs* 1983 s. 293. Vastaavat ongelmat olisivat huomattavasti vähäisempiä puolustuksen aloittamassa syytetyn pääkuulustelussa.

johdattelua, painostusta ja epäasiallista vaikuttamista vältetään.²⁰² Tuomioistuini ei saa sallia, että pääkuulustelussa käytettäisiin mm. syytetyn yksityiselämään tai muihin suojattuihin perusoikeuksiin suhteettomasti puuttuvia kysymyksiä tai vihjailuita. Esim. ’alkää valehdelko’ -tyyppiset huomautukset voidaan nähdä tässä mielessä paitsi epäasiallisina, jossain määrin myös syyttömyysolettaman ja syytetyn vaitiolo-oikeuden vastaisina. Syytetyn vapaata tahdonmuodostusta lausuman antamisen laajuuden suhteen on suojeltava täysimääräisesti pääkuulustelussa, jonka tarkoitus on lähinnä selvittää syytetyn versio tosiasioiden kulusta ja ennen kaikkea tämän lähempi käsitys syytteestä.²⁰³

7.5.5 Asianomistajan pääkuulustelu

Usein asianomistajalla on omat muistikuvansa syytteessä tarkoitetuista tapahtumista, mistä syystä asianomistajan kuulustelu on tärkeä todistuskeino. Asianomistaja on kuitenkin useasti erityisen motivoitunut saamaan syytetylle langettavan tuomion, mikä voi vaikuttaa kertomuksen sisältöön tai ainakin sen sävyyn väärin tavalla, ja mahdollisesti jopa lisätä houkutusta kertoa tapahtumista totuudenvastaisesti.²⁰⁴ Tästä syystä asianomistajaa kuullaan vapaasti todistelutarkoituksessa ilman valaa tai vakuutusta.²⁰⁵ Asianomistajan kuuleminen totuusvakuutuksen nojalla rikoksen selvittämiseksi vaikutuksellisesti seikoista voitaisiin nähdä syytetyn kannalta epäoikeudenmukaisena, koska syytetyllä itsellään ei ole oikeutta valan tai vakuutuksen antamiseen. Myös sellainen oikeudenkäynnissä paikalla oleva asianomistaja, joka ei esitä vaatimuksia – ja joka ei siis ole oikeudenkäynnin asianosainen – nähdään syytetyn vastapuolena, jonka tulee tasapuolisuusvaatimusten johdosta rinnastua todisteluedellytystensä puolesta mahdollisimman pitkälti syytettyyn.²⁰⁶ Asianomistajaa ei siten saa kuulla todistajana valan nojalla silloinkaan, kun asianomistajalla ei ole asiassa mitään vaatimuksia. Vapaassa kuulustelussa asianomistajalla on (sanktioimaton) nega-

²⁰² Ks. Jokela 2000a s. 247.

²⁰³ Tilanne näyttäytyy jossain määrin erilaisena syytetyn *vastakuulustelussa*, jolloin kyseenalaistavammatkin menettelytavat ovat mahdollisia syyttäjälle (vaan ei tuomioistuimelle), ks. mm. siitä lähemmin jaksossa 7.6.5.2(a).

²⁰⁴ Yleisesti asianomistajan pääkuulustelussa huomioitavista näkökohdista ks. *Diesen* 1996 s. 254–257.

²⁰⁵ Vapaan kuulustelun sanktioimattomuus perustuneekin siihen ajatukseen, että itselleen edullisia seikkoja helposti painottavan rikosuhrien kertomuksen ’värittäminen’ ja toisaalta suoranaisen valehtelun välinen rajanveto olisi käytännössä hyvin vaikeaa, ja menettely on muutenkin inhimillisesti ymmärrettävää. Ks. asianomistajan totuusvelvollisuuden perusteista lähemmin *Viljanen, P.* 1993 s. 1013–1014 ja *Viljanen, P.* 2001a s. 1008 ss. sekä myös edellä jaksossa 4.3.3.1 ja 4.3.3.2 asianomistajan negatiivisesta totuusvelvollisuudesta esitettyä.

²⁰⁶ Ks. *Lappalainen* 1988 s. 30, 63 ja 103–104. Ks. myös *Ebervall* 2002 s. 256.

tiivinen totuusvelvollisuus, ja menettelyssä noudatetaan soveltuvin osin OK 17:33:n säännöksiä.²⁰⁷

OK 17 luvun 61 §:n 3 momentin mukaan asianomistajaa *voidaan* kuitenkin *kuulustella totuusvakuutuksen nojalla* siitä, mitä ja minkä verran hän on rikoksen johdosta kärsinyt vahinkoa.²⁰⁸ Menettelyn edellytyksenä on, että asianomistaja on esittänyt konkreettisen vahingonkorvausvaatimuksen.²⁰⁹ Yleisesti ottaen ketään oikeudenkäynnin *asianosaista* ei voida velvoittaa alistumaan valaan tai totuusvakuutukseen. Käytännössä säännöksen soveltaminen voikin tulla eteen lähinnä siten, että asianomistaja itse pyytää saada tulla kuulluksi totuusvakuutuksen 'tehostetusti' päätodisteluna vahingonkorvausten saamiseksi.²¹⁰ Käytännössä OK 17:61.3:n soveltaminen on erittäin harvinaista.

Jos asianomistajaa kuitenkin poikkeuksellisesti kuullaan totuusvakuutuksen, tulee puheenjohtajan jatkuvasti valvoa, että asianomistajalta todella kysytään ainoastaan vahingon laajuuteen ja määrään liittyviä kysymyksiä. Totuusvakuutuksen nojalla tapahtuvassa asianomistajan kuulustelussa kysymykset eivät periaatteessa saa kohdistua yksityisoikeudellisen vaatimuksen perusteeseen eli itse vahingon syynä olevaan syytteessä kuvattuun menettelyyn.²¹¹ Käytännössä tällainen kyselyn rajoittaminen on tosin erittäin ongelmallista (esim. syytteen teonkuvauksen ulkopuolisten vahingon syy-yhteyttä osoittavien faktojen kohdalla). Totuusvakuutuksen nojalla asianomistajaa kuultaessa puheenjohtajan tulee kuitenkin mahdollisuuksien mukaan torjua vahingon laajuuden ja määrän ulkopuolelle menevät kysymykset ja tarvittaessa kieltää asianomistajaa vastaamasta tällaiseen kysymykseen. Voimassa olevan oikeuden mukaan puheenjohtajan tulee myös poikkeuksellisesti keskeyttää asianomistajan vapaa kertomus, jos hän oma-aloitteisesti alkaa kertomaan syytteen toteennäyttämislle relevanteista seikoista.

²⁰⁷ Ks. *Viljanen, P.* 2001a s. 1007 ja 1015–1016 kriittisesti siitä epäjohtonmukaisuudesta, että asianomistajalla on sanktioitu negatiivinen totuusvelvollisuus esitutkinnassa (RL 15:2) mutta ei oikeudenkäynnissä. Ks. asianomistajan kuulustelumenettelystä ns. prosessipetoksen (tuomioistuimen erehdyttäminen tai erehdyksen hyväksikäyttö taloudellisesti jotain asianosaista suosivan tai vahingoittavan ratkaisun saamiseksi) rangaistavuuden kannalta myös *Viljanen, P.* 2001a s. 1017 s. ja prosessipetoksesta yleisesti *Turunen* 1999 s. 476 ss.

²⁰⁸ Asianomistajan totuusvakuutuksen nojalla kuuleminen ei ole mahdollista selvitetäessä (julkisoikeudellista) konfiskaatiovaatimusta eikä luonnollisesti rikosasian tapahtumainkulusta kuultaessa.

²⁰⁹ Asianomistajan korvausvaatimukseen kohdistuvasta prosessinjohtosta ks. *Lappalainen* 1986a s. 408 ss.: yleisesti ottaen selventävä ja rikastava prosessinjohto voi usein olla perusteltua – ja syytetyn suosimisen periaatteenkin sallimaa – yksityisoikeudellisten vaatimusten selventämiseksi. Erityisen perusteltua menettely on, jos virallinen syyttäjä ei po. vaatimuksia asianomistajan puolesta aja. Varsinaisiin tutkimuksiin siitä, mitä kaikkea asianomistaja voisi vaatia, tuomioistuin ei voi mennä, mutta kyselyä tulee soveltaa esille tulleen prosessiaineiston ja juttutyypille tyypillisten kysymysten rajoissa (ks. mt. s. 409–412).

²¹⁰ Näin annettu asianomistajan kertomuksen osa tulee myös rangaistusuhan alaiseksi (perätön lausuma viranomaismenettelyssä; RL 15:2)

²¹¹ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 210 ja *Ervo* 2000 s. 986 ja 988 (av. 19).

Totuusvakuutuksen nojalla asianomistajan kuuleminen voidaan toteuttaa periaatteessa missä tahansa pääkäsittelyn todisteluvaiheessa. Samat perusteet joiden takia asianosaisia tulisi pääsääntöisesti kuulla ennen todistajia, soveltuvat myös totuusvakuutuksen nojalla kuulemiseen, koska todistajat voivat kertoa myös sellaisista seikoista, joilla on merkitystä vahingon laajuutta ja määrää arvioitaessa. Mainitut argumentit eivät tosin ole yksityisoikeudellisiin kysymyksiin keskittyvässä valallisessa kuulustelussa yhtä painavia, koska vahingonkorvauskysymysten tulisi olla rikosvastuun selvittämiseen liittyvistä kysymyksistä erillinen asia, jolloin todistajankertomusten vaikutus asianomistajan kertomukselle tältä osin jää pienemmäksi. Joissain tapauksissa voikin olla tarkoituksenmukaista kuulla asianomistajaa totuusvakuutuksen nojalla vasta muun suullisen näytön vastaanottamisen jälkeen omana vahinkoteemanaan.

Lappalainen pitää OK 17 luvun 61 §:n 3 momentin mukaista menettelyä perustellusti ongelmallisena siksi, koska rikoksella aiheutetun vahingon määrästä ja laadusta esitettävä näyttö välttämättä vaikuttaa (ainakin tunnusmerkistönsä mukaan vahinkoa edellyttävien rikosten kohdalla) myös jutun rikosoikeudelliseen arviointiin, so. rikoksen vahingollisuuden ja moitittavuuden punnintaan seuraamuskysymystä harkittaessa. Säännös aiheuttaa ongelmia myös silloin, jos rikokseen perustuvaa vahingonkorvausvaatimusta ajetaan erikseen siviiliprosessuaalisessa järjestyksessä. Tällöin sekä 'asianomistajaa' (siviiliprosessin kantajaa) että 'syytettyä' (siviiliprosessin vastaajaa) voidaan kuulla totuusvakuutuksen nojalla vahingon määrästä ja perusteesta. Kuulustelu voi tällöin ulottua myös rikosoikeudellisen vastuun perustaviin seikkoihin. Teoriasa, jos siviilikanne sittemmin yhdistetään rikosasian käsittelyyn, voidaan rikosasiassa käyttää näyttönä tätä siviiliprosessissa totuusvakuutuksen nojalla hankittua aineistoa. Tätä kautta asian käsittelyn yhdistämistä koskevat menettelysäännöt periaatteessa mahdollistavat totuusvakuutuksen käytön myös syytetyn syyllisyyden selvittämisessä joissain tapauksissa.²¹²

Oikeudenkäyntimenettelyä selkeyttäisi, jos puheena oleva OK 17:61.3:n säännös – joka muutenkin on käytännössä jäänyt pitkälti kuolleeksi kirjaimeksi – kumottaisiin tarpeettomana. Periaatteessa yhtä luotettavaa näyttöä rikosvahingoista tuomioistuin voi saada myös vapaamuotoisessa kuulustelussa, ja viime kädessä tuomioistuin voi arvioida vahingon määrän kohtuuden mukaan OK 17 luvun 6 §:n perusteella.²¹³

²¹² Ks. Lappalainen 1988 s. 73, 107 ja 110.

²¹³ Lappalainen 1986a s. 392 av. 20 huomauttaa, että OK 17:6 ”on todistelua koskeva säännös, eikä tuo helpotuksia kannevaatimuksen yksilöimistä koskeviin määräyksiin.” Korvausta on siis erikseen vaadittava tietty summa – riittävää ei korvauksen vaatiminen ”kohtuuden mukaan”.

7.5.6 Todistajan pääkuulustelu

Lähtökohtana todistajankuulustelussa tulisi pitää havaitsemisen fyysisten ja psyykkisten edellytysten selvittämistä ja sen tutkimista, onko kyseessä aito ja autenttinen havainto ja vääristymätön muistikuva, vai mielen synnyttämä jälki-käteiskonstruktio. Todistajankuulustelua suorittavien asianosaisten tulisi omalla menettelyllään edesauttaa siinä, että todistusharkinnassa nimenomaan todistajan *kertomuksen* luotettavuuden analyytinen arviointi voisi nousta pääosaan, eikä kyse olisi suoraviivaisesta tai 'möhkälemäisestä' todistajan *uskottavuuden* arvioinnista. Tästä syystä kuulustelussa tulee selvittää paitsi mahdollisimman paljon relevantteja todistustositseikkoja, myös näiden arviointia tukevia aputositseikkoja. Todistajanlausunnon näyttöarvo riippuu nimittäin sekä todistajan uskottavuudesta henkilönä että itse kertomuksen realistisuudesta ja faktapitoisuudesta.²¹⁴ Funktioiltaan ns. suodatinkysymyksiksi ja kontrollikysymyksiksi luokiteltavien kysymysten esittäminen on siten yleisesti ottaen tarkoituksenmukaista pääkuulustelussa.

Usein todistajankertomuksen näyttöarvo on enemmän tai vähemmän tulkinanvarainen. Tästä seuraa, että todisteen näyttöarvo pakostakin tulee määritellyksi jossain määrin intuitiivisesti.²¹⁵ Kuulustelua suorittava asianosainen voi pyrkiä parantamaan todistajankertomuksen arviointimahdollisuuksia täsmentämällä (redusoimalla) sitä selventävin kysymyksiin kohti yksiselitteisiä tosiseikkoja. Käsitys mahdollisimman useasta lausunnon aiheuttaneesta tosiseikasta helpottaa tuomioistuimen todistusharkintaa. Todistusharkinnan perusteella tuomioistuimen tulee ottaa kantaa siihen, vastaako syyttäjän esittämä tapahtumainkuvaus sen mielestä todellisuudessa oikeasti tapahtunutta. Kyse on faktojen subsumoimisesta yleisten kokemussääntöjen alaisuuteen.²¹⁶ Todisteen näyttöarvon määrittämiseksi todiste on välttämättä ankkuroitava tai sidottava johonkin sellaiseen abstraktiin kokemussääntöön (skeemaan), joka kertoo todisteen luotettavuudesta.

Tunnettua on, että itse oikeudenkäyntitilaisuus voi vaikuttaa todistajankertomukseen. Kommunikaatioedellytyksiä heikentäviä tekijöitä voivat olla mm. henkilön jännitys puhua julkisesti useiden ihmisten edessä, kokemattomuus oikeudellisesta miljööstä tai rikollisen teon käsittelyn luoma ahdistus tai (myötä)häpeäntunne. Oikeudenkäynnin julkisuus tai läsnäoleva yleisö voi myös aiheuttaa kertomuksen "faktaköyhtymistä", kun todistaja kiinnittää suuren osan huomiostaan omaan olemukseensa ja käytökseensä; siihen, millaisen

²¹⁴ Ks. havainnollisesti *von Eyben* 1986 s. 150–161 ja *Nack* 2000 s. 220–221.

²¹⁵ Ks. *Frände* 1999 s. 340, *Lindell* 1987 s. 282, *Lie* 2002 s. 18 ja *Bolding* 1989 s. 93.

²¹⁶ *Diesen* 1993 s. 385. Tuomioistuimien joutuu väistämättä suorittamaan subsumointia myös oikeusnormin tunnusmerkistöön suhteutettuna, ja kuten sanottu, näillä normatiivisilla vaatimuksilla voi vuorovaikutussubsumptiossa olla tiettyä relevanssia myös tosiseikaston vahvistamistoiminnalle.

kuvan hänestä saa. Pääkuulustelun aloituksen tuleekin olla sellainen, että jännittävä todistaja pystyisi unohtamaan erilaiset häiriötekijät ja pystyisi kertomaan vapaasti ja vastaamaan keskittyneesti ja motivoituneesti kysymyksiin.²¹⁷ Järkevää on aloittaa toteamalla yleisesti, mitä kuulustelu koskee ja selvittämällä, millaiset suhteet todistajalla on jutun asianosaisiin. ”Lämmittelyn” jälkeen varsinaisen asiaa selvittävän kyselyn voi aloittaa tiedustelemalla yleisesti, mitä todistaja tietää asiasta, aloittaen tietystä kronologisesta pisteestä (mistä todistajan kanssa etukäteen sopiminen on järkevää). Jos todistaja unohtaa vapaasta kertomuksessaan jotain keskeistä pois, voi kuulustelija pyytää todistajaa kertomaan seikan vielä uudelleen. Tällöin kuulustelija välttää johdattelun käytön, ja uudestaan seikasta kertoessaan todistaja saattaa muistaa ensin unohtamansa seikan.²¹⁸

Havainnointiedellytyksiä ja muitakin aputosiseikkoja on syytä selvittää jo pääkuulustelussa. Kuten on jo todettu, muutakin vastakuulustelussa mahdollisesti aktualisoituvaa problematiikkaa voi myös olla järkevää ainakin sivuta pääkuulustelussa.

7.5.7 Vihamielinen todistaja

Ns. vihamielinen todistaja voidaan erottaa epäsuotuisesta (unfavourable) todistajasta. Viimeksi mainitulla tarkoitetaan todistajaa, joka jättää vahvistamatta jonkin seikan, jonka asianosainen oletti hänen vahvistavan, tai joka vahvistaa seikan vastakohdan. Vihamielisellä todistajalla tulee kuitenkin nähdäkseni ymmärtää vain sellaista henkilöä, joka asianosaisen (pääkuulustelijan) mielestä on selvän vastentahtoinen todistamaan totuutta, tai joka muuten käyttäytyy selvän vastentahtoisesti hänet kutsunutta tahoa kohtaan.²¹⁹ On selvää, että tällainen seikka voi pitkälti tehdä tyhjäksi todistajan pääkuulusteluun valmistautuneen asianosaistahon kuulustelustrategiset suunnitelmat. Siitä syystä on perusteltua, että selvästi asianosaiseen vihamielisesti tai negatiivisesti suhtautuvan todistajan *pääkuulustelun voi sallia tapahtuvan jossain määrin normaalista menettelystä poiketen*. Selvennettäköön vielä, että pelkästään se, että todistaja on epäsuotuisa eli että hän kertoo odotusten vastaisesti jostain seikasta, ei vielä oikeuta poikkeamaan normaaleista pääkuulustelusäännöistä.

Todistajan katsomisella ’vihamieliseksi’ on ensisijaista relevanssia lähinnä vain po. todistajan pääkuulustelumenettelylle. On ymmärrettävää, että pää-

²¹⁷ Ks. Lie 2002 s. 20–21 ja Diesen 1996 s. 180.

²¹⁸ Ks. Wrottesley 1961 s. 50–51.

²¹⁹ Näin esim. Tapper 1995 s. 310–311 ja Levy 1999 s. 335. Vrt. Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 226 ja Lappalainen 2001a s. 249, jotka ilmeisesti ymmärtävät vihamielisen todistajan laajemmin tarkoittaen ylipäättensä tilanteita, joissa todistaja kertoo yllättäen pääkuulustelussa toisin kuin hänet kutsunut kuulustelija on odottanut.

kuulustelijalle suodaan hieman normaalia suurempi 'liikkumatila' tilanteessa, jossa hänen nimeämänsä todistaja vastauksissaan yllättäen ja selvästi kääntyy pääkuulustelijan suunnittelemaalle kuulusteluteemalle vastaiseksi. On kuitenkin huomattava, että vihamielinen todistaja ei välttämättä tarkoita samaa kuin 'valehteleva' todistaja, eikä käsite liity sellaisenaan myöskään perättömään lausumaan syyllistymiseen. 'Vihamielisen' todistajan pääkuulustelun modifioiminen hieman 'vastakuulustelun suuntaan' voi silti johtaa siihen, että valehtelu näin de facto estetään.

Angloamerikkalaisessa oikeuskulttuurissa katsotaan, että vihamielisen todistajan (hostile witness) pääkuulustelussa voidaan mm. käyttää johdattelevia kysymyksiä, arvostella tämän havainto- ja muistisuoritusta ja vedota kertomuksen muuttumiseen aikaisemman kertomuksen tai muun todistelun avulla. Kuulustelumetodi voi olla vastakuulustelun tavoin vaihtelevissa määrin aggressiivinen tai kyseenalaistava. Luonnetodistelun sen sijaan katsotaan olevan kiellettyä.²²⁰

Se, että todistaja kertoo eri tavalla kuin hänen oletettiin kertovan (esitutkintapöytäkirjaan tai syyttäjän tai asianajajan etukäteiskeskusteluihin verraten), käy yleensä ilmi vapaalla kertomuksella alkaneen pääkuulustelun aikana.²²¹ Syyttäjän todistajan kuulustelussa saattaa esimerkiksi todistajan käyttäytymisestä tai vastaamistavasta käydä ilmeiseksi, että todistaja ei kerro asioista rehellisesti, tai että todistaja ei tahdo muuten auttaa totuuden esille saamisessa. Usein "valikoi-va muisti" voi olla merkki siitä, ettei todistaja kerro seikoista täysin vilpittömästi. Todistajan 'vihamielisyys' voi johtua hänen asenteellisuudesta, pelosta totuuden puhumisen seurauksista tai muista omista intresseistä. Selvää on, ettei pelkkä poikkeaminen esim. esitutkintakuulustelusta sellaisenaan oikeuta suhtautumaan todistajaan 'vihamielisenä', vaan kertomuksen muuttumisen syyt on luonnollisesti ensin selvitettävä. Vasta jos tässä selvityksessä todistajan asenteellisuus tulee ilmeiseksi, voidaan pääkuulustelusääntöjä muuttaa kärkevimmiksi.

Aikaisemmasta kertomuksesta poikkeaminen saattaa johtaa vapaan kertomuksen keskeyttämiseen. Vapaan kertomuksen liiallisia keskeyttämisiä tulisi silti tässäkin tilanteessa pyrkiä välttämään, ja kuulla ensin rauhassa, mitä todistaja kertoo. Mielestäni on kuitenkin perusteltua sallia muuten vihamielisen todistajan pääkuulustelussa poikkeamia normaalista pääkuulustelujärjestyksestä. Todistajalle esitettävien kysymysten ei tällaisessa tilanteessa tarvitse välttämättä olla avoimia ja neutraaleita, vaan myös johdattelevia kysymyksiä voidaan käyttää pyrittäessä selvittämään, mikä todistajan kanta asioihin lopulta on.

²²⁰ Ks. *Levy* 1999 s. 337 ja *Tapper* 1995 s. 310 ja 312 ss.

²²¹ Ks. *Tapper* 1995 s. 310.

Todistajan kertomusta voidaan arvostella mielestäni jo pääkuulustelussa muun näytön valossa, eli pääkuulustelija voi pyrkiä osoittamaan muutetun kertomuksen epäluotettavaksi vastaavilla tavoilla, kuin jos kyse olisi hänen vastakuulustelustaan.²²²

Tämän 'pää-vastakuulustelun' jälkeen kuulusteluvuoro siirtyy todistajan nimenneen asianosaisen vastapuolelle. Vastapuolen kuulustelussa tulee soveltaa normaaleja vastakuulustelun sääntöjä. Vaikka todistaja saattaa kertoa vastapuolelle edullisesti tai ainakin odotettua edullisemmin, on asianmukaisinta noudattaa tässäkin kuulusteluvaiheessa vastakuulustelujärjestystä: epäily todistajan näkökantojen horjuvuudesta on joka tapauksessa jo herännyt, ja kertomus saat-
taa ainakin osittain olla edelleen tälle(kin) asianosaiselle vastainen. Näkisin, että vastakuulustelun säännöistä tulee pitää kiinni myös uudelleenkuulusteluvaiheessa: kun todistaja kerran on osoittautunut vihamieliseksi, on johdonmukaista käsitellä häntä sellaisena kuulustelun alusta loppuun saakka.²²³ Mutta kuten sanottu, vapaata kertomusta ei tällaisessakaan tilanteessa ole perusteita rajoittaa.

7.6 VASTAKUULUSTELU ASIANOSAISNÄKÖKULMASTA

7.6.1 Vastakuulustelun tarkoitus

I Syyttäjän ja puolustuksen kuulustelutaktiikan taustalla vaikuttavat OK:n ja ROL:n sääntelyn ohella tietyt *ammattieettiset normit*. Eettinen näkökulma ilmenee siinä, ettei voittoa eli oman prosessistrategisen näkemyksen oikeaksi todistamista saa tavoitella hinnalla millä hyvänsä.²²⁴ Itseään kunnioittava juristi ei saa esim. pyrkiä asiattomasti painostamaan tai saattamaan rehellistä kuulusteltavaa tarkoituksellisesti juonikkailla kysymyksillä sellaisiin vaikeuksiin, jotka vahingoittaisivat tämän mainetta, vaikka näin menettelemällä voitaisiinkin saavuttaa joitain etuja omalle jutulle. Tämänkaltaisia "houkutusia" voi

²²² Esim. kertomuksen muuttumistilanteissa OK 17:32.2:n soveltaminen – mikä on yleisesti mahdollista myös pääkuulustelussa – johtaa väistämättä jonkinasteisen johdattelun käyttöön jo pääkuulustelussa.

²²³ Ks. Levy 1999 s. 343. Sanotusta syystä en pidä myöskään automaattisesti riittävänä menettely-
nä vaihtaa pää- ja uudelleenkuulustelijoiden kuulustelurooleja keskenään (vrt. *Prop. 1986/1987:89* s. 176). Monissa tapauksissa pääkuulustelun aloittaneen asianosaistahon kuulustelun keskeyttäminen – alkuperäisen vastakuulustelijan jatkama pääkuulustelu – ja myöhemmin todistajan nimenneen henkilön vastakuulusteluna jatkama kuulustelu voi kuitenkin olla asianmukainen menettely. Tällöinkin voi tosin olla perusteltua sallia poikkeukset mm. johdattelukiellosta normaalia 'kevyemmin'.

²²⁴ Edellä jaksossa 5.3.1 todettiin, ettei 'voitosta' puhuminen syyttäjän kohdalla ole itse asiassa asianmukaista ainakaan siten, että voittona pidettäisiin ainoastaan syytteen hyväksymistä.

kuitenkin tulla eteen sekä syyttäjälle että puolustusasianajajalle vastakuulustelutehtävää hoitaessaan. Epäasianmukainen käytös tuomioistuimessa voi johtaa vastaväitteisiin ja kritiikkiin kuulustelun aikana, tuomioistuimen moitteisiin, tiettyjen kysymysten torjumiseen tai jopa avustajan erottamiseen pois jutusta.²²⁵ Käytännössä asianajajiin tai syyttäjiin kohdistuvat ammatilliset kurinpitotoimen nimenomaan kuulustelutaktisten toimien perusteella ovat harvinaisia. Kuulustelutaktiset valmiudet kuvastavat lähinnä syyttäjien ja puolustajien ammattitaitoa. Hyvään ammattitaitoon joka tapauksessa kuuluu myös tietoisuus ja käsitys eettisesti hyväksyttävän toiminnan rajoista.

*II Vastakuulustelijan kannalta OK 17:33.2:n tarkoittamassa kuulustelussa kyse on vastatodistelusta eli todistelusta, joka heikentää päätodisteluna esitetyn todistelun näyttöarvoa tai kokonaan poistaa sen.*²²⁶ Vastatodistelulla voidaan analyytisesti palauttaa vastapuolen todistelu avoimesti premisseihinsä, joiden perusteella todisteen näyttöarvo pitkälti määräytyy. Vastapuolen todistelun näyttöarvo voidaan saada näyttämään aivan toiselta sen jälkeen, kun kaikki todisteiden riski- ja epävarmuustekijät on vastatodistelun keinoin tuotu esiin. Vastakuulustelun pääasiallinen tarkoitus onkin *kontrolloida pääkuulustelukertomusta* sen näyttöarvon kannalta paljastamalla kertomuksen heikkoudet esim. kuulusteltavan havaintokyvyn, muistin, vilpittömyyden ja kuvauksen tarkkuuden suhteen.²²⁷

Teoreettisesti puolustuksen vastatodistelu pyrkii horjuttamaan päätodistelua joko *näyttökynnykseen* tai *selvittämiskynnykseen* nähden. Näyttökynnykseen kohdistuva vastatodistelu pyrkii osoittamaan päätodistelua rasittavat heikkoudet ja virheet, esim. sen, ettei tietystä seikasta ole mahdollista päätellä syyttäjän

²²⁵ Syyttäjän jutusta erottaminen ei sitä vastoin voi tulla kyseeseen. Syyttäjän toimintaa kuitenkin valvoo ja ohjaa valtakunnansyyttäjänvirasto syyteharkintapyyntöjä ja kanteluluita käsitellessään (sekä ylimmät laillisuusvalvojat eli valtioneuvoston oikeuskansleri ja eduskunnan oikeusasiamies).

²²⁶ Syyttäjän suorittamassa vastakuulustelussa ei termin vakiintuneen käsitesisällön mukaan ole kyse vastatodistelusta, koska syyttäjä tällöin esittää todistelua puolustushypoteesia tukevaa syytetyt todistelua vastaan. Puolustuksella ei kuitenkaan ole mainittuun 'positiiviseen' todisteluun todistustaakkaa, ja kun vastatodistelulla ymmärretään juuri vastanäyttöä todistustaakan omaavan asianosaisten todistelulle (ks. edellä jaksossa 3.1.2 s. 110), ei syyttäjän vastakuulustelun määrittely vastatodisteluksi ole tarkan loogisesti ottaen mahdollista. Yksinkertaisuuden vuoksi kuitenkin rinnastan vastakuulustelun jatkossa vastatodisteluun erittelemättä sitä, onko kyse puolustuksen vai syyttäjän vastakuulustelusta. Kuten sanottu, en pidä tarkoituksenmukaisena 'kehittää' itsestä termiä kuvaamaan nimenomaan syyttäjän vastakuulustelua, joka kohdistuu puolustuksen varsinaista vastatodistelua vastaan.

²²⁷ Munkman 1951 s. 51 vertaa pääkuulustelua köyteen ja vastakuulustelua tämän köyden kestävyuden kriittiseen tarkasteluun – sentti sentiltä ja säie säikeeltä – sen testaamiseksi, kestäkökö köysi vai katkeaako se (väärän kertomuksen tilanteessa). Mielikuvana voidaan edelleen ajatella, että vastakuulustelussa köysi voidaan kääntää eri suuntaan tai sitä voidaan venyttää, jolloin se jää vain löysästi paikalleen, tai mahdollisesti köyttä kannattelevat rakenteet voidaan vastakuulustelussa kokonaan luhistaa.

vetoamaa tosiseikkaa (teemaa) todeksi. Tällöin huomio on ensisijaisesti eri faktoille merkityksiä antavissa yleisissä kokemussäännöistä, tai kokonaan uusien (vasta)tosiseikkojen todistelussa. Toisaalta selvittämiskynnykseen kiinnittyvällä vastatodistelulla voidaan pyrkiä osoittamaan, että syyttäjän näyttö ei ole kattavuudeltaan niin laajaa, etteivät muutkin selitysvaihtoehdot voisi tulla kyseeseen. Kuten edellä on jo todettu, tämä vaihtoehtojen hypoteesien selvittämistä vastuun ulottuvuus riippuu pitkälti itse käsiteltävästä asiasta siten, että mm. rikoksen vakavuus, tunnusmerkistön kompleksisuus ja syytetyn tunnustaminen/kiistäminen määrittävät sen, mikä kussakin jutussa on katsottava järkeväksi tai varteenotettavaksi epäilyksi. Puolustuksen on siten tarkoituksenmukaista panostaa esitutinnan puutteellisuus -argumentin todisteluun sitä enemmän, mitä vakavamman rikoksesta on kyse, koska tällöin langettavaa tuomiota ei saa rasittaa kovinkaan suuri epätietoisuus.²²⁸ Yleensä ns. konstruktiivinen taktiikka (ks. siitä 7.6.2) on tarkoituksenmukaisin menettely vaihtoehtojen selitysmallien esille tuomiseksi siten, että tuomitsevalle taholle osoitetaan käytettävissä olevan tiedon riittämättömyys kaikkien relevanttien vaihtoehtojen arvioimiseksi.

III Pää- ja vastakuulustelua yhdistää se, että molemmissa kuulusteluvaiheissa asianosaisen tarkoituksena on vahvistaa omaa juttuteoriaansa tukevia argumentteja ja samalla heikentää vastapuolen juttuteorian argumentteja. Keskeinen ero pää- ja vastakuulustelun välillä johtuu kuitenkin siitä, että pääkuulustelussa tulisi ottaa huomioon muitakin näkökohtia kuin vain se, että kuulustelija saisi omat argumenttinsa eli keskeisimmät konkreettiset tosiseikkaväitteensä ja niitä tukevat todisteet esiin. Havainnollisen pääkuulustelun suorittaminen saattaa nimittäin edellyttää mm. sitä, että esille tuodaan kuulusteltavan henkilökohtaisiin olosuhteisiin ym. taustatietoihin liittyviä seikkoja ja että kuulustelukertomusta ohjaillaan mahdollisimman pitkälti kronologisesti eteneväksi narratiiviksi. Pääkuulustelun asianmukaiseen etenemiseen vaikuttavina 'rakennevaatimuksina' voidaan pitää myös tiettyjen fyysisten ympäristötekijöiden selventämistä (silloin kun kertomuksessa tapahtuu ajallinen tai paikallinen siirtymä;

²²⁸ Virallisen syyttäjän 'vastatodistelu' puolustushypoteesia tukevaa todistelua vastaan kohdistuu lähinnä puolustuksen vetoamien todistustosiseikkojen näyttöarvon kritisointiin. Tässä mielessä syyttäjän 'vastatodistelu' voi tarkoittaa joidenkin konkreettisten tosiseikkojen olemassaolon kiistämistä tai riidattomista faktoista tehtävien näytöllisten johtopäätösten/argumenttien vastustamista. On sen sijaan vaikeasti ajateltavissa, että syyttäjän 'vastatodistelu' voisi kohdistua puolustushypoteesia tukevan näytön kattavuudessa oleviin puutteisiin. Tämän suuntainen dimensio syyttäjän 'vastatodistelussa' lienee (heikosti) nähtävissä korkeintaan silloin, jos huomio kiinnitetään edellä jaksossa 3.3.1 puheena olleisiin syytetyn ns. informointi-, konkretisointi- tai selitystaakkoja tarkoittaneisiin tilanteisiin. Teoreettisesti missään tilanteessa ei voida kuitenkaan sanoa, että syyttäjä pyrkisi horjuttamaan mitään 'kynnystä' (näyttökyynnystä tai selvittämiskynnystä), koska syytetyllä ei muodollisesti ottaen ole mitään todistustaakkaa tai siihen kuuluvaa näytöllistä 'kynnystä'.

'setting the scene') ja tähän läheisesti liittyen myös, että pääkuulustelija pyrkii ensin selventämään yleisesti, miten kuulusteltava tuli tietyt seikat havaitsemaan, ennen kuin kuulusteltavalta pyydetään lähempää kertomusta havainnoistaan (ns. foundation rule). Täten suoritettava pääkuulustelu on yleensä edullista sekä kertomuksen selvyiden että sen luotettavuuden arvioinnin kannalta. Mainittujen vaatimusten täyttäminen voi toisaalta tarkoittaa, ettei asianosaisen keskeisimmiksi katsomia todisteita saada siinä mielessä tehokkaimmalla mahdollisella tavalla esiin, että kuulustelussa tulee käsitellä muitakin kuin vain näitä relevantteja seikkoja.

Vastakuulustelijan ei sen sijaan yleensä tarvitse välittää yhtä paljon mainitunnaisista kertomuksen selvyistä ja luotettavuusarviointia koskevista kriteereistä (esim. kronologinen eteneminen ei ole yhtä 'välttämätöntä'). Vastakuulustelija voi kohdistaa täyden huomionsa nimenomaan keskeisimmiksi katso miensa konkreettisten tosiseikkojen ja niitä tukevien (aihe)todisteiden ja kokemussääntöjen kritisointiin (ja/tai omien keskeisten argumenttien 'positiiviseen' korostamiseen). Vastakuulustelijalle siis riittää, että hän tuo (rajatuin kysymyksin) esille omaa juttuteoriaansa parhaiten tukevan todistelun. Tällaisten seikkojen tarkastelu lienee yleensä tarkoituksenmukaisinta suorittaa teemoittain, mahdollisesti asianosaisen 'vahvimmista' argumenteista ja niitä tukevista todisteista aloittaen. Kokonaiskuvan luominen kuulusteltavan kertomuksesta ei ole tarpeen, vaan keskeisten argumenttiensa esittämisen jälkeen vastakuulustelun voi päättää.²²⁹

IV Näkemys, jonka mukaan vastakuulustelulla pyrittäisiin totuuden paljastumisen estämiseen, on virheellinen. Vastakuulustelunkin tehtävänä tulisi olla 'totuuden' esille saaminen. Sanottu pätee erityisesti syyttäjään, mutta tietyissä määrin myös puolustukseen nähden. Vastakuulustelu ei ole täysin destruktiivis-kontrolloivaa luonteeltaan, vaikka usein siitä saattaakin tällainen väärä käsitys vallita. Vastakuulustelun tarkoituksena saattaa myös olla *uusien detaljien* ja nyanssien esille saaminen, jotka eivät ilmenneet esitutkinnassa tai pääkuulustelussa. Tämä ilmentää vastakuulustelun rakentavaa eli konstruktivistista tehtävää.²³⁰ Syyttäjän todistajalta vastakuulustelussa saadut puolustuksen kannalta positiiviset tiedot eivät yleensä sellaisenaan muodosta tai korvaa puolustuksen omaa todistelua (vaihtoehtoista hypoteesia), mutta vastakuulustelussa on silti järkevää pyrkiä saamaan esiin mahdollisimman paljon omaa näkemystä tukevia tietoja ja todisteita. Vastakuulustelun konstruktivisuus riippuu pitkälti asian-

²²⁹ Ks. Moore ym. 1996 s. 166–167 ja 210–211.

²³⁰ Konstruktivistisesta vastakuulustelusta puhutaan mm. myös Norjassa, vaikka StrpL ei erottelekaan pää- ja vastakuulustelua samoin kuin OK 17:33, ks. Lie 2002 s. 233 (konstruktiv kryssekssaminasjon).

osaisen muun päätodistelun voimasta.²³¹ Syyttäjän vastakuulustelun konstruktivisuus perustuu syyttäjän objektiivisuusperiaatteeseen – varteenotettavia syytetytyn puolesta puhuvia seikkoja on selvitettävä rakentavasti eikä välttämättä aina kritisovalla tai epäilevällä otteella. Selvää on, että vastakuulustelua ei ole sisällöllisesti rajattu esimerkiksi ainoastaan pääkuulustelussa esille tulleisiin teemoihin tai seikkoihin, vaan vastakuulustelijalla on periaatteessa rajoittamaton oikeus muidenkin – relevanttien – seikkojen esille nostamiseen.²³²

Luettelomaisesti ilmaisten vastakuulustelun tavoitteet tai tehtävät voidaan tiivistää lähemmin seuraavasti: 1) kuulusteltavan pääkuulustelussa antaman kertomuksen näyttöarvon heikentäminen, 2) toisen kuulusteltavan haitallisen kertomuksen näyttöarvon heikentäminen ja 3) lisätuen saaminen toisen kuulusteltavan myönteiselle kertomukselle.²³³ Kaikissa tapauksissa viime kädessä kyse on vastapuolen juttuteoriaa vastustavien argumenttien tukemisesta.

Koska aineellisen totuuden tavoittelu on vastakuulustelunkin lähtökohta, riippuvat vastakuulustelun yksittäistapaukselliset tavoitteet pitkälti siitä, millaiseksi pääkuulustelun aikana annettu kertomus on muodostunut. Jos vastakuulustelija oman juttuteoriaansa puitteissa katsoo, että kertomus on kokonaisuudessaan virheellinen tai valheellinen, on vastakuulustelijan tehtävä tällöin pitkälti destruktiivinen (eli koko kuulusteltavan kertomus on osoitettava epäluotettavaksi). Jos vastakuulustelija katsoo kertomuksen pitävän osittain paikkansa mutta olevan osittain virheellinen, on vastakuulustelun tehtävänä tällöin osoittaa virheellinen osa ja heikentää sen näyttöarvoa. Asianajajan (kaan) ei tule pyrkiä osoittamaan vilpittömästi todeksi uskomaansa seikkaa epätodeksi, vaikka se voisikin olla asianajotaktisesti edullista.²³⁴ Jos vastakuulustelija katsoo kuulusteltavan kertomuksen olevan virheellinen vain siinä mielessä, että kertomuksessa on korostettu väärin joitain seikkoja, liioiteltu, ”kaunisteltu” tai muulla tavalla asetettu seikat jotenkin väärin keskinäisiin suhteisiin, on vastakuulustelijan tehtävä tällöin suhteuttaa asiat mielestään oikeisiin mittasuhteisiinsa.

V Syyttäjän todistustaakkaan kuuluu paitsi rikoksen tapahtumisen osoittaminen, myös sen osoittaminen, että syytetty on rikoksen tekijä. Käytännössä

²³¹ Ks. *Stone* 1988 s. 4 ja *Tapper* 1995 s. 318 s. Ks. myös *Salditt* 1988 s. 452. Vrt. *Lindell* 1998 s. 474, jonka mukaan todistelutarkoituksessa annettua lausuntoa tulee tarkastella teoriana tapahtuneesta, jota tulee testata vasta- ja uudelleenkuulusteluissa analogisesti tieteellisen teorian testauksen tavoin. Lindellin mielestä vastakuulustelutestin tuloksena ’teoria’ voidaan kuitenkin vain falsifioida, mutta ei varsinaisesti verifioida. Mielestäni näkemys sivuuttaa perusteetta rakentavan vastakuulustelun mahdollisuudet.

²³² Edellä jaksossa 6.2.3.1 on todettu, että johdattelevia kysymyksiä saa käyttää vastakuulustelussa myös sellaisten seikkojen kohdalla, joita ei ole käsitelty pääkuulustelussa.

²³³ Ks. *Levy* 1999 s. 91 ja *Du Cann* 1993 s. 114.

²³⁴ Ks. *Dahs* 1983 s. 110 ja *Buckner* 1962 s. 216: ”No client is entitled to have his lawyer score a triumph by superior wits over a witness who the lawyer believes is telling the truth.” Sen sijaan tällaista seikkaa koskevan *näytön* heikkouksiin puolustusasianajaja voi – ja hänen tulee – puuttua.

syyttäjän todistustaakan täyttymiseen vaikuttaa se, että puolustus ei välttämättä kiistä molempia mainittuja tekijöitä, vaan voi vastatodistelussaan keskittyä vain jommankumman elementin (tekoa tai tekijää koskevan syyttäjän väitteen) kiistämiseen.²³⁵ Puolustusstrategian valinta johtuu siitä, että puolustus harvoin rajoittuu pelkästään vastustamaan syyttäjän päätodistelua, vaan puolustus pyrkii usein myös positiivisesti näyttämään toteen jonkin vaihtoehtoisen tapahtumainkulun.²³⁶ Syytetyllä, joka kiistää olleensa tapahtumapaikalla, ei voi olla henkilökohtaista tietoa rikoksen tapahtumisesta. Alibitodistelussa puolustuksella on harvoin muutakaan näyttöä itse tapahtumasta. Ainoa relevantti kysymys puolustukselle on tällöin tekijän identiteetti. Vastaavasti syytetty, joka kiistää rikollisen teon tapahtuneen tapahtumainkuvauksensa kautta, samalla saattaa tulla tunnustaneeksi läsnäolonsa tapahtumapaikalla, jolloin identiteettikysymykset eivät ole keskeisiä pää- tai vastatodistelussa. Edelleen, jos läsnäoloa ei kiistetä, voi vastatodistelu keskittyä siihen, että joku toinen paikalla läsnä ollut on tehnyt teon. Tällöin todistelulle on olennaista arvioida mahdollisesti tunnistetun identiteetin suhdetta niihin havaintoihin, joista syytetty kertoo.

Siitä huolimatta, että puolustus valitsee vain jonkin näistä lähestymistavoista puolustusstrategiakseen, ei riidattomia seikkoja välttämättä muodollisesti tunnusteta oikeiksi.²³⁷ Riidattomien seikkojen toteen näyttäminen on kuitenkin useimmissa tapauksissa varsin helppoa syyttäjälle, ja varsinaisesti tuomitsemiskynnyksen ylittymistä koetellaan edellä mainitun puolustusstrategisen valinnan mukaisella alueella.²³⁸ Puolustusstrategia tulee ilmi viimeistään puolustuksen asiaesittelyssä tai syyttäjän nimeämien todistajien vastakuulustelussa. Syyttäjän tulisi pitää mielessä, että yleensä niin asianomistajan kuin syytetyinkin kertomus voi olla tosiasioita vastaamaton jommassa kummassa mielessä, mutta harvoin sekä itse tapahtumainkuvauksen että tekijän identiteetin osalta.

VI Rikostyyppit ovat niin erilaisia, ettei yleispäteviä sääntöjä tai luokitteluita rikoksen toteen näyttämiseksi tarpeellisen todistelun tyyppistä tai luonteesta voida esittää. Todistelustrategian – ja mahdollisten vastakuulustelussa esille

²³⁵ Englannissa puhutaan lähes kaikki rikostyyppit kattavasta *'rule of alternative defences'* -säännöstä, jonka mukaan puolustuksen valitsema lähestymistapa (joko teon tai tekijän kiistäminen) samalla tekee pitkälti mahdottomaksi toista momenttia koskevan vastatodistelun. Poikkeuksellisissa (oikeusväitteen) tilanteissa puolustus voi tosin samalla myöntää syytetyin läsnäolon tapahtumapaikalla, mutta väittää paitsi syytetyin olleen tapahtumiin nähden passiivinen, myös vedota siihen, ettei tapahtuma ollut muutenkaan rikollinen teko. Ks. Stone 1988 s. 7–9 ja 101 ja vastaavasti myös Klami 2000 s. 45.

²³⁶ Ks. erilaisista puolustusstrategioista Lie 2002 s. 140–141.

²³⁷ Taitavat asianajajat kylläkin pyrkivät riidattomien seikkojen erittelyyn ja tunnustamiseen, jotta prosessissa välttyttäisiin tarpeettomalta todistelulta.

²³⁸ Jaksossa 7.2 tosin korostettiin, että silloinkin kun itse faktat ovat riidattomia, saattavat näistä (aihetodistelua tarkoittavista) tosiseikoista tehtävät johtopäätökset tai argumentit olla suurestikin riidanalaisia.

otettavien kertomusten virhelähteiden todennäköisyyden – kannalta voidaan kuitenkin erottaa rikokset, joiden toteen näyttäminen riippuu pitkälti aisti-havainnoin vahvistettavista seikoista sellaisista rikoksista, joista on saatavilla pysyvämpää (reaalista) näyttöä. Toisaalta myös edellä erilaisten rikosten vaihtelevista tutkintaintresseistä lausuttu voi aiheuttaa tiettyjä vastakuulustelu-strategisia seurauksia. Ns. välittömästi relevantit seikat tulee selvittää jokaisen rikosteen yhteydessä, eli näiden teonkuvauksen keskeisten oikeustositteiden tulee aina tuomioistuinkäsittelyyn edenneissä jutuissa olla ’katettu’ riittävällä tarkkuudella. Vähäisempien rikosjuttujen tutkinnassa on sitä vastoin saatettu joutua ns. yksittäistapauksessa relevanttien seikkojen selvittämisessä, jotka usein ovat nimenomaan syytetylle edullisia seikkoja (kuten selvitys teon taustoista ja motiiveista). Nämä seikat voivat olla antoisia puolustushypoteesia tukevana omana todisteluna. Vielä enemmän mahdollisuuksia – paitsi puolustuksen omille selvityksille, myös – konstruktiiviselle vastakuulustelulle (ja syytetyt pääkuulustelulle) voi ilmaantua seuraamukseen vaikuttavien seikkojen kohdalla. Vaikka syyttäjänkin voi tällaisia seikkoja kuulustelussa selvittää, on nimenomaan puolustusasianajaja toimeksiantonsa johdosta velvollinen näiden seikkojen positiiviseen esille tuomiseen oikeudenkäynnissä.

Materiaalis-rikosoikeudellisesti rikokset voidaan nähdä karkeasti neljään päätyyppiin jakautuneina.²³⁹ Ensinnäkin rikos voi olla ns. *seurausrikos* (tai loukkaamisrikos) eli rikos, jonka tunnusmerkistö edellyttää tietynlaisen kausaalisen seuraamuksen aiheutumisesta (kuten vahingonteko; RL 35:1 tai tappo; RL 21:1). Toisaalta kriminalisointi on saatettu säätää pelkästään jonkin *kielletyn käyttäytymisen* varalta ilman relevanssia toiminnan seurauksista (esim. ’tunkeutuminen’ kotirauhan häirintärikoksessa; RL 24:1). Kolmantena tyyppinä kyseeseen tulevat *varsinaiset laiminlyöntirikokset*, jotka perustuvat jonkin positiivisen toimintavelvollisuuden suorittamatta jättämiseen (esim. pelastustoimen laiminlyönti; RL 21:15 tai RL 15:10:ssä tarkoitettu törkeän rikoksen ilmoittamatta jättäminen).²⁴⁰ Viimein voidaan erottaa ns. *vaarantamisrikokset*, jotka tarkoittavat tietynlaista abstraktista tai konkreettista vaaraa tyypillisesti aiheuttavia tekoja (esim. terveyden vaarantaminen; RL 34:4).²⁴¹ Niissä tilanteis-

²³⁹ Sillä, että tässä omaksuttu rikosjaottelu poikkeaa jossain määrin aineellisen rikosoikeuden opeissa suoritetuista rikosten jaotteluista, ei ole tarkoitettu riitauttaa näitä rikosoikeudellisia systematisointeja (siihen tai ylipäätään menettelyn tarpeellisuuden arviointiin kirjoittaja ei olisi edes kompetentti). Tässä asiayhteydessä suoritettava nelijaottelu on katsottu riittäväksi, koska erottelu tekee selväksi erilaisten rikostyyppien tunnusmerkistörakenteesta juontuvat kuulustelutavoitteelliset erot teoista todistavien henkilöiden kuulusteluissa. Mainituista rikosoikeudellisista jaottelutavoista ks. esim. *Nuutilan* 1997 s. 92 pääjaottelu seurausrikoksiin (loukkaamisrikos aktiivisella tekemisellä ja laiminlyönnillä sekä vaarantamisrikokset) ja toimintarikoksiin (tekemisrikokset ja varsinaiset laiminlyöntirikokset). Ks. vastaavasti *Frände* 2001 s. 96 seurausrikoksista.

²⁴⁰ Ks. mm. *Frände* 2001 s. 232 ss. ja *Nuutila* 1997 s. 89–90.

²⁴¹ Vaarantamisrikoksista ks. mm. *Frände* 1997 s. 93 ss. ja 106 ss. ja *Nuutila* 1997 s. 91. Ns. presumoidulle vaaralle rakentuvat kriminalisoinnit (kuten RL 23:1:n tarkoittama rattijuopumus)

sa joissa puolustuksen strategia keskittyy itse teon kiistämiseen, voidaan vastatodistelumahdollisuuksien tyypittävän jaottelun tarkoituksessa päätyä karkeasti erityisesti kahden rikostyyppin korostamiseen.

Ensinnäkin ns. seurausrikokset eli teot, joiden rangaistavuus edellyttää jonkin fyysisen seurauksen aiheutumista (kuten henki-, seksuaali-, talous- ja väkivaltarikokset), jättävät yleensä pysyvän ja kiistattoman jäljen (reaalitodisteen), joka joko on edelleen havaittavissa oikeudenkäynnin aikana tai joka on ainakin ehditty dokumentoida luotettavasti esitutkinnan aikana. Seurausrikosten kohdalla konkreettisia faktoja koskevat epäselvyydet tai kiistämiset vastatodistelussa ovat harvinaisia. Sen sijaan vastakuulustelussa voidaan keskittyä erilaisiin ei-havaittavissa oleviin elementteihin liittyviin epäselvyyksiin, virheisiin tai valheisiin, tai konkreettisista tosiseikoista tehtävien faktuaalisten ja oikeudellisten johtopäätösten riitauttamiseen. Usein kyse on rikoksen subjektiivisista tunnusmerkistötekijöistä ja aihetodistelusta. Luonnollisesti kyse voi olla myös identiteettikysymyksestä.²⁴²

Toisaalta rikoksista, jotka muodostuvat puhtaasti tietystä kielletystä käyttäytymisestä ilman relevanssia teon seurauksiin (kuten kotirauhan häirintä tai yrityksen asteelle jääneet seurausrikokset), voidaan usein esittää vain henkilötodistelua, joka voi olla faktapohjaltaan hyvinkin ristiriitaista. Konkreettista reaalitodistelua joko on tai ei ole käytettävissä. Tällaiset rikokset ovat otollisia vastakuulustelulle, koska kertomuksiin voi liittyä paljon virheitä. Riitaisuudet näytössä perustuvat pääosin itse tapahtumainkulkuun ja vähemmässä määrin tekijän identiteettiin: tekijä on saatettu ottaa välittömästi kiinni tai todistaja on tuntenut tekijän entuudestaan.²⁴³

Laiminlyöntirikosten tunnusmerkistöissä edellytettävä kausaliteetti on usein selvitettävissä vain hypoteettisin ajatuskokein ('mitä olisi tapahtunut, jos velvollisuuksien mukainen toiminta olisi suoritettu?'). Itse laiminlyönnin tosiasia voi kuitenkin olla todistettavissa sekä henkilötodistelun että reaalitodistelun avulla, mistä syystä yleistävienkään 'kuulustelumahdollisuuksien' täsmentäminen ei ole mahdollista. Vastaavaan lopputulokseen päädytään myös vaarantamisrikosten kohdalla.

Silloin kun puolustuksen vastatodistelu keskittyy rikosentekijän identiteetin kyseenalaistamiseen, voidaan erottaa kolme tyyppitilannetta: tapahtumapaikalla olemisen kiistäminen, alibitodistelu ja paikalla olemisen myöntäminen mutta tekoon osallisuuden kiistäminen. Ensinnäkin syytetty voi yksinkertaisesti

eivät ole vaarantamisrikoksia, koska tunnusmerkistö ei edellytä toiminnalta edes abstraktia vaarallisuutta, vaan rakentuu puhtaasti toiminnan yleiselle vaarallisuudelle. Ks. myös *Tolvanen* 1999 s. 183 ss.

²⁴² Ks. *Stone* 1988 s. 9–10 ja 11. Tyypillisiä identiteettikysymyksiä nostattavia seurausrikoksia ovat mm. pahoinpitely ja varkaus.

²⁴³ *Stone* 1988 s. 10.

kiistää olleensa paikalla esittämättä kuitenkaan alibitodistelua. Syytetty voi mm. vedota muistamattomuuteensa ollen kuitenkin varma, ettei ollut syytteessä väitetyllä paikalla. Tällöin puolustuksen tulee pyrkiä asianomistajan ja syyttäjän todistajien vastakuulustelussa kertomusten luotettavuuden kyseenalaistamiseen; syyttäjän päinvastoin syytetyn väitteen epäuskottavuuden korostamiseen. Vastatodistelu on huomattavasti vahvempaa, jos syytetty kiistämisen lisäksi esittää suoranaista vastatodistelua, jonka mukaan hän oli tapahtuma-aikaan toisella paikalla tai toisten ihmisten seurassa (alibi). Asianomistajan ja syyttäjän todistajien vastakuulustelu keskittyy tällöin luontevasti näiden tunnistamisen epäluotettavuuteen (tai – harvemmin – vilpillisyyteen). Vastaavasti syyttäjä voi omassa vastakuulustelussaan pyrkiä osoittamaan alibitodistajien vilpillisyyden tai sen, että alibitodistajat ovat erehtyneet ajankohdasta. Kolmas vaihtoehto – paikalla olon myöntäminen mutta osallisuuden kiistäminen – avaa yleensä monipuolisimmat mahdollisuudet puuttua mahdollisiin havainto- tai muistivirheisiin todistajankertomuksissa.²⁴⁴

7.6.2 Vastakuulustelustrategioista ja -taktiikoista

I Kuulustelustrategialla tarkoitetaan yhtäältä kuulustelulle asetettavien tavoitteiden (= syyttäjän tai syytetyn vetoamien konkreettisten tosiseikkojen (argumenttien)) kartoittamista ja toisaalta sellaisten kuulustelullisten keinojen pohdintaa, joilla mainittuja tavoitteita pyritään saavuttamaan. Strateginen ajattelu yleisesti tarkoittaa optimaaliseen tulokseen tähtäävää päämäärätietoista toimintaa tai tavoitteellista käyttäytymisvaihtoehtojen valintaa.²⁴⁵ Kuulustelijan tulee valita sellainen etenemistapa, jonka avulla kuulusteltavan saisi kertomaan mahdollisimman paljon rikokseen liittyviä ja asianosaisen juttuteorialle edullisia seikkoja.²⁴⁶ Erityisesti puolustusstrategiassa korostuu oman juttuteorian mukaisten argumenttien mahdollisimman tehokkaan todistelun suunnittelu. Käytännössä kuulustelija voi päättää mm. kuulustelutyylin valinnasta, kysymysten luonteesta, johdattelevien kysymysten tarpeellisuudesta tai siitä, kuinka paljon tietoa kuulusteltavalle voi antaa.

Yläkäsitteenä kuulustelustrategia kattaa kuulustelutyylin, -taktiikan ja -tekniikan: tyyli-, taktiikka- ja tekniikkavalinnoilla nimenomaan pyritään toteuttamaan kuulustelustrategiaa.²⁴⁷ *Kuulustelutaktiikka tarkoittaa konkreettista kuulustelun suorittamismetodia, joka sisältää erilaisia kuulusteluteknisiä*

²⁴⁴ Ks. Stone 1988 s. 11–13.

²⁴⁵ Ks. Karstinen 1998 s. 110–111 ja Kube – Leineweber 1977 s. 129. Norrgård 2002 s. 199 rinnastaa strategian toimintavaihtoehtoon (handlingsalternativ).

²⁴⁶ Ks. Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 184.

²⁴⁷ Karstinen 1998 s. 117.

elementtejä. Taktiikka seuraa yleisemmän strategian viitoittamista tavoitteista, mutta konkreettisesti taktiikkavalinnat ovat pitkälti riippuvaisia kuulustelutilanteesta ja kommunikaatiopartnerin reaktioista.²⁴⁸ Kaikkein konkreettisimmalla tasolla puhutaan *kuulustelutekniikasta*, joilla tarkoitetaan erilaisia käytännöllisiä menetelmiä – sanallista tai sanatonta käyttäytymistä – todistusaineiston hankkimiseksi kuulustelussa.²⁴⁹ Tekniikka ja taktiikka ovat kuitenkin kietoutuneet käytännöllisesti yhteen (kysymyksillä on tietty tekninen muoto ja ovat samalla ilmaus laajemmasta taktisesta valinnasta): teoreettinen erottelu on vain jäsentämistyökalu.

II Kuulustelutaktiikan voi karkeasti jaotella sanoa olevan joko *konstrukttiivinen* tai *destrukttiivinen*. Konstrukttiivisen vastakuulustelun tarkoitus on esittää tai vahvistaa syyttäjän päähypoteesia tai puolustuksen vaihtoehtoista hypoteesia tukevaa näyttöä mm. vastapuolen todistajalle esitettävillä kysymyksillä. Destruktiivisen vastakuulustelun tarkoitus on heikentää vastapuolen eduksi puhuneen kuulusteltavan kertomuksen näyttöarvoa.

Vastakuulustelutaktiikan voi edelleen jakaa *suoraan* ja *epäsuoraan*. Suorassa vastakuulustelussa kuulustelija etenee 'avoimesti' eikä pyri salaamaan kuulustelutaktiikkaansa toisin kuin epäsuorassa vastakuulustelussa, jossa kuulustelija lähestyy haluamaansa asiaa 'mutkien kautta' peitellysti ja tarkoitustaan suoraan julki tuomatta. Suora vastakuulustelu on yleensä tyyliältään aggressiivisempää, koska *tarkoitus on konfrontoida kuulusteltava henkilö tietyn seikan kanssa, tai kyseenalaistaa jokin seikka*. Taktiikka soveltuukin tilanteessa, jossa kuulustelijalla on esittää vahvoja vastaväitteitä kertomusta vastaan ja/tai kuulustelija epäilee kuulusteltavan valehtelevan tai erehtyvän. Tällöin mahdollisesti vahvastikin johdattelevat kysymykset tulee esittää niin jyrkästi, että kuulusteltavan tulee esitetyt väitteet selvästi joko tunnustaa tai kiistää.²⁵⁰ Yllättävän aloituksen jälkeen kuulusteltava saattaa myös asettua puolustuskannalle ja pitäytyä kertomuksessaan entistä tiukemmin. Taktiikan etuna saattaa tällöinkin olla se, että valehteleva henkilö kykenee tällaisen paineen alla kenties vähemmässä määrin keksimään vakuuttavia selityksiä valheilleen. Puolustuskannalle joutunut kuulusteltava saattaa kuulustelijaa 'varoessaan' myös tulla ilmaise-

²⁴⁸ Ks. Kube – Leineweber 1977 s. 129 ja Malek 1994 s. 20.

²⁴⁹ Munkman 1951 s. x erottaa tekniikan 'taidosta' (craft) ensiksi mainitun itserefleksiivisen luonteen ja systemaattisuuden johdosta (joka syntyy pitkälti yrityksen ja erehdyksen kautta). Ks. myös Munkman 1951 s. 11–12: asianajolliset taidot oikeudenkäynnissä koostuvat yleisesti puheidon pitämisen taidosta (retoriikka), kuulustelutaidoista (vuorokuulustelun tekniikka) ja yleisestä strategisesta ajattelusta.

²⁵⁰ Edellä jaksossa 6.2.1 käsittelyistä kysymystyypeistä suoran destrukttiiviseen vastakuulusteluun kuuluvia ovat erityisesti teemanvaihto- ja testikysymykset (kontrollikysymyksistä), periaatteessa kaikki suljetut kysymykset (mutta erityisesti vahvistus-, vastakohta-, mahdottomuus- ja painostavat kysymykset) sekä edellytyskysymykset.

maan sellaisia uusia tietoja, joita hän ei muuten olisi halunnut paljastaa. Onnistuessaan suoran konfontoiva aloitus osoittaa tuomioistuimelle kyseisen todistelun tarpeen, herättää tuomioistuimen tarkkaavaisuuden ja antaa myös näytöllisesti vahvan vaikutelman. Vaikka kuulusteltavaa ei heti saataisikaan kiinni suorasta valehtelusta tai epäjohtonmukaisuudesta, voivat konfrontoiuiin kysymyksiin kiireessä keksityt vastaukset myöhemmässä vastakuulustelun vaiheessa johtaa ristiriitaisuuksiin ja siten ainakin vähentää henkilön kertomuksen näytöarvoa.²⁵¹

Puolustuksen vastakuulustelustrategia perustuu olennaisilta osin puolustajan päämieheltään saamiin tietoihin, joita puolustajan ei tule kyseenalaistaa ilman erityistä syytä. On luonnollisesti valitettavaa, jos tältä pohjalta lähdetään erheellisesti kuulusteltavan henkilön vilpillisyydestä. Lähtökohtaan perustuva ”vähemmän pehmeä” vastakuulustelu on tietysti ongelmallista rehellisen henkilön kannalta, joka ei olisi tällaista menettelyä ansainnut. Menettely ei kuitenkaan yleensä haitanne aineellisen totuuden selvittämistä, jos kuulusteltavan antama täsmentävä selitys on tosiasioihin perustuva, koska henkilö tällöin pääsääntöisesti pystynee asiasta uskottavasti todistamaan vastakuulustelusta huolimatta. Totta puhuvakin rehellinen henkilö voidaan tosin joissain tapauksissa vastakuulustelun keinoin saada sekaantumaan sanoissaan siten, että kertomus jää vastakuulustelun jälkeen vaikuttamaan epäjohtonmukaiselta tai muuten epäluotettavalta. Tällöin kuulusteltu voi kokea tulleen väärin kohdelluksi tai jopa maineensa tahratuksi. Uudelleenkuulustelumahdollisuus takaa kuitenkin vahvalla todennäköisyydellä, että aineellinen totuus pääsee kuvatussakin tilanteessa lopulta esille. Uudelleenkuulustelussa voidaan myös paikata kuulusteltavan henkilön mahdollisesti ”kolhiintunutta” mainetta (joskaan subjektiivisesti koettua mielipahaa ei välttämättä onnistuta pyyhkimään pois). Onnistunut valheen paikkaaminen toisella valheella luonnollisesti johtaa valitettavasti toisenlaiseen lopputulokseen aineellisen totuuden selvittämisen näkökulmasta. Tällöin tiukka vastakuulustelu on kuitenkin ollut perusteltua paitsi kuulusteltavan kohtelun, myös asian selvittämistavoitteen näkökulmasta – viimeksi mainitussa tehtävässä ei vain ole onnistuttu.²⁵² Yleensä ottaen aggressiivistakin destruktiivista vastakuulustelua on pidettävä hyvän syyttäjän- ja asianajotavan mukaisena silloin, kun kuulustelijalla on käytettävissään olevien tietojen nojalla perusteita uskoa kuulusteltavan valehtelevan tai pyrkivän salaamaan tietämänsä totuuden.²⁵³

Epäsuora vastakuulustelu perustuu siihen, että kuulustelija salaa kysymystensä viimekätisen tarkoituksen kuulusteltavalta (ja mahdollisesti myös tuomioistui-

²⁵¹ Ks. *Wellman* 1962 s. 134, *Stone* 1988 s. 114 s. ja *Wrottesley* 1961 s. 110 ss. ja 119.

²⁵² Ks. myös *Leppänen* 2001 s. 139: Ett motförhör leder i allmänhet till att mera av sanningen kommer fram. I enstaka fall kan resultatet dock vara det motsatta, till exempel om en ”alltför” skicklig advokat bryter ned det i verkligheten tillförlitliga vittnesmål som vittnet gett vid huvudförhöret. Rätten till motförhör ökar dock alltid bevisningens kontradiktoritet och således processen rättvisa.”

²⁵³ Ks. *Peltonen* 2000 s. 587–588.

melta). Näin menetellään yleensä silloin, kun kuulustelija epäilee henkilön valehtelevan tai ainakin värittävän tai peittelevän totuutta, mutta kuulustelijalla ei ole vahvaa näyttöä epäilynsä tueksi. Menettelyä käytetään tästä syystä useammin kuin suoraa vastakuulustelua. Epäsuorilla kysymyksillä pyritään saamaan sellaista kuulusteltavalle tai tämän kertomukselle haitallista tietoa esiin, johon voi sittemmin puuttua suoralla taktiikalla. *Kuulusteltava pyritään toisin sanoen sitouttamaan omaan kertomukseensa ja erityisesti mahdollisimman moneen yksityiskohtaan.* Epäsuoran kuulustelun tyylin tulee olla mahdollisimman kohtelias ja ”pehmeä”, koska näin on helpompi saada kattavampia vastauksia. Epäsuoran vastakuulustelutaktiikan kulkuun voi kuulua myös tärkeimpien kysymysten ”piilottaminen” vähämerkityksellisten kysymysten joukkoon ja esittäminen ”ohimennen” siten kuin kyse tässäkin olisi vain sivuseikasta.²⁵⁴ Epäsuoraan vastakuulusteluun ei yleensä ole tarvetta rehelliseksi arvioitua henkilöitä kuultaessa, joille esitettävien kysymysten tulee olla selviä ja suoria (olematta kuitenkaan aggressiivisia).²⁵⁵ Syytetyin vastakuulustelu on yleensä suoraa, koska epäsuora kiertely ei yleensä tuota tulosta, eikä menettely ole välttämättä aina edes kaikin puolin asianmukaista.

Seuraava esimerkki havainnollistaa hyvin eroja, joita voi seurata erilaisista vastakuulustelutaktiikoista. Puolustuksen vastakuulusteltavana on patologi murhajutussa. Uhri on kuollut yhteen silmän yläpuolelle osuneeseen luotiin. Uhrin iholta ei ole löydetty ruutijäämiä, mikä näyttäisi eliminoidan puolustuksen teorian uhrin itsensä läheltä ampumasta vahingolaukauksesta. *Esitutkinta-aineisto osoittaa, että patologi on käyttänyt märkää pyyhettä veren pois pyyhkimiseksi uhrin kasvoilta: nyt vastakuulustelijan strategiana (tavoitteena) on osoittaa, että iholla olleet ruutijäämät tulivat tässä yhteydessä pois pyyhityiksi. Pääkuulustelussa patologi on todistanut käyttäneensä kuivaa pyyhettä.*

ESIMERKKI 1:

K: Tohtori, sanoitte käyttäneenne kuivaa pyyhettä haavan puhdistamiseen?

V: Kyllä.

K: Muistatteko kertoneenne tästä seikasta esitutkintakuulusteluissa?

V: Kyllä.

(– vastakuulustelija lukee kuulustelupöytäkirjan OK17:32.2:n perusteella.)

K: Kysyn uudestaan: Millaista pyyhettä käytitte haavan puhdistamiseen?

V: Märkää pyyhettä.

(– tohtori myöntää kertoneensa väärin esitutkinnassa ja kertoo erehtyneensä nyt oikeudessa puhuessaan kuivasta pyyhkeestä.)

K: Luuletteko, että olette märkää pyyhettä käyttämällä pyyhkinyt pois iholla olleet ruutijäämät?

V: Mahdollisesti, mutta ei todennäköisesti.

²⁵⁴ Ks. Evans 1993 s. 104 ja Wrottesley 1961 s. 85. Epäsuoran destruktiiivisen vastakuulustelun tyypillisiä kysymystyyppejä ovat eri tavoin avoimet kysymykset, suodatinkysymykset, teemanvaihtokysymykset ja erityisesti tilannekysymykset.

²⁵⁵ Ks. Wrottesley 1961 s.110 ja 199 sekä Stone 1988 s. 115.

Esimerkissä suoraa taktiikkaa noudattava vastakuulustelija eteni ehkä liian suoraviivaisesti olennaiseen kysymykseen, ja mahdollisti todistajalle/asiantuntijalle helpon inhimilliseen erehdykseen vetoamisen. Keskeisen seikan merkitys sivuutettiin liian kevyesti, koska tuomioistuimelle ei etenevin kysymyksin esitetty, mikä merkitys seikalla (märkä pyyhe) on todistusteemalle. Todistajaa ei myöskään ”sidottu” omiin lausuntoihinsa, joita olisi voinut käyttää tätä vastaan. Seuraavalla tavalla suoritettulla *epäsuoralla vastakuulustelulla* puolustus voi esimerkin tilanteessa saavuttaa paljon parempia tuloksia. Useisiin yksityiskohtiin paneutuva ja osittaista toistoa käyttävä vastakuulustelija ikään kuin hidastaa kuulustelun tempoa po. seikasta, mikä on omiaan korostamaan seikan merkitystä:

ESIMERKKI 2:

K: Olette kertonut poistaneenne veren uhrin kasvoilta käyttäen kuivaa pyyheliinaa?

V: Kyllä.

K: Pitääkö tämä paikkansa?

V: Kyllä.

K: Kuivan pyyhkeen käyttöön voi olla useita syitä, mutta esitän, että yksi syy, mahdollisesti keskeisin syy kuivan pyyhkeen käyttöön on se, että ihokudoksella saattaa olla jäämiä ruudista, joita jälkiä ette tahdo sekoittaa verta poistaessanne.

V: Kyllä.

K: Ja te olette toiminut patologina 15 vuotta?

V: Kyllä.

K: Ja luonnollisesti näin kokeneena patologina olette tietoinen siitä, että ruudin olemassaolo tai poissaolo ampumahaavalla on erittäin tärkeä seikka?

V: Kyllä.

K: Sillä on erityistä merkitystä sen arviointiin, miten kaukana asepiippu oli uhrista laukeamishetkellä. Eikö totta?

V: Kyllä.

K: Yleistä tietoa on, että jos piippu on ollut korkeintaan noin puolen metrin päässä ampumahaavasta, haavasta todennäköisesti löytyy ruuti-jäämiä. Eikö totta?

V: Kyllä.

K: Ja, kuten myönsitte, ruutijäämien mahdollinen olemassaolo voi olla ratkaiseva tekijä tämän luonteisessa rikosasiassa?

V: Kyllä.

K: Ja juuri tästä syystä käytitte kuivaa pyyhettä märän pyyhkeen sijasta, kun poistitte verta iholta. Eikö totta?

V: Kyllä.

K: Koska jos olisitte käyttänyt märkää pyyhettä olisitte voinut samalla pyyhkiä pois iholle mahdollisesti vielä jääneitä ruutijäämiä.

V: Kyllä.

(– tämän jälkeen vastakuulustelija voi siirtyä esitutkintapöytäkirjaan ja tehdä virheellisen menettelyn merkityksen täysin selväksi.)²⁵⁶

²⁵⁶ Esimerkki Levyn 1999 s. 173–175. Havainnollisesti kertomukseen ’sitomisesta’ ks. myös Moore ym. 1996 s. 179 s.

*III Vastakuulustelijan tulisi aina selvästi tiedostaa kysymystensä viimekätinen tarkoitus.*²⁵⁷ Käytännössä yleinen kuulustelutaktinen virhe onkin, että vastakuulustelua suoritetaan epämääräisen 'hapuilevasti' ilman nimenomaista tavoitetta. Yleistä on myös liian jyrkkä sitoutuminen tai pitäytyminen etukäteen valitussa kuulustelunäkökulmassa ja kyvyttömyys sopeuttaa kysymyksiä kuulusteltavan antamiin vastauksiin. Kommunikaatioedellytyksiä saatetaan myös korjaamatomasti heikentää sillä, että kuulustelija liian avoimesti tai liian varhaisessa kuulustelun vaiheessa tuo ilmi omat skeptiset näkemyksensä tai mielipiteensä saamiensa vastausten uskottavuudesta. Vastaava vaikutus voi olla myös liian aggressiivisella kuulusteluotteella.²⁵⁸

Vastakuulustelu ei aina ole tarpeen (jos esim. pääkuulustelussa ei tullut esiin asianosaiselle haitallisia seikkoja). Vastakuulustelusta saatetaan myös pidättäytyä, jos asianosainen (lähinnä puolustus) katsoo siihen liittyvän liian suuria riskejä. Kuten sanottu, pakollista vastakuulustelun pitäminen ei ole, vaikka OK 17 luvun 33 §:n 2 momentissa säädetäänkin, että pääkuulustelun jälkeen "todistajan kuulustele todistajan nimenneen asianosaisen vastapuoli." Selvää on, ettei momentista myöskään seuraa tuomioistuimen puheenjohtajalle velvollisuutta vastakuulustelun suorittamiseen, jos asianosainen ei sitä tee.²⁵⁹

Jos asianosaiselle on epäselvää, mitä seikkoja vastakuulustelussa voi ilmetä tai jos vastakuulustelu todennäköisesti tulisi ainoastaan vahvistamaan pääkuulustelukertomuksen luotettavuutta, voi vastakuulustelun jättää väliin. Samoin vastakuulustelua on yleensä turha pitää, jos kuulustellun lausunto ei ole ollut asianosaiselle haitallinen, mutta myöskään omaa jutun teoriaa tukevaa näyttöä ei ole vastakuulustelussa odotettavissa.²⁶⁰ Angloamerikkalaisessa oikeuskäytännössä pidetään keskeisenä lähtökohtana, että *vastakuulustelua ei tule koskaan pitää, ellei kuulustelulla ole selvää tavoitetta*. Ohje soveltuu myös suomalaiseseen rikosprosessiin, ainakin puolustusasianajajien kohdalla – sen sijaan virallisen syyttäjän 'neutraalimpi' asema ja objektiivisuusperiaate mahdollistavat helpommin myös sellaisiin vastakuulusteluihin "antautumisen", joiden seurauksena esille voi mahdollisesti tulla myös syytettä vastustavia tai muuten syytetylle edullisia seikkoja.²⁶¹ Näin käydessä kyse ei ole syyttäjän tappiosta, vaan pikemminkin voitosta: esille on saatu paremmin aineellista totuutta vastaava selvitys. Puolustuksen tulee kuitenkin pitää mainitusta ohjeesta tarkasti

²⁵⁷ Ks. mm. *Diesen* 1996 s. 195.

²⁵⁸ Ks. *Rückel* 1986 s. 193 ja *Rinsche* 1999 s. 66–67. *Evans* 1993 s. 23–25 pitää asianajajan omien mielipiteiden esittämistä ylipäättensä tämän toimenkuvaan kuulumattomana: puolustajan tehtävänä on mm. esittää ja testata todistelua objektiivisesti ja tehokkaasti sekä esittää juridista argumentointia päämiehensä intressien näkökulmasta. Asianajajan omilla mielipiteillä ei ole tässä suhteessa juurikaan relevanssia. Mutatis mutandis sama pätee myös virallisen syyttäjän mielipiteisiin nähden.

²⁵⁹ Ks. *Diesen* 1996 s. 246 ja *Moore ym.* 1996 s. 202–203.

²⁶⁰ Ks. *Levy* 1999 s. 104 ja *Lie* 2002 s. 236.

²⁶¹ Vastaavasti *Lie* 2002 s. 236 Norjan osalta.

kiinni: vastakuulustelulla tulee aina olla tiedostettu, selvä tavoite. Vastakuulustelulla tulee siten tavoitella joko vaihtoehtoiselle hypoteesille edullisten seikkojen esille saamista, tai pääkuulustelukertomuksen näyttöarvon heikentämistä kertomuksen epäluotettavuuteen tai kuulustellun henkilön heikkoon uskottavuuteen vetoamalla. Jos tällaisia tuloksia ei ole odotettavissa, on vastakuulustelu yleensä turha, ellei suorastaan haitallinen puolustusstrategialle.²⁶²

Syyttäjän ja erityisesti syytetyn puolustajan kuulustelutaktisiin taitoihin kuuluu olennaisena osana 'pelisilmä' sille, milloin *passiivisena pysyminen on tarkoituksenmukaisempaa kuin (päämäärättömän) vastakuulustelun suorittaminen*.²⁶³ Erityisesti puolustuksen näkökulmasta ns. "venäläinen ruletti" -strategian noudattaminen eli vastakuulustelun pitäminen ilman selkeää näkemystä sen tavoitteista voi osoittautua paitsi ajan haaskaukseksi, myös olla merkki puolustuksen oman puolustusstrategian heikkoudesta tai olemattomuudesta. Tämän lisäksi varomattomassa vastakuulustelussa voi tulla esille uusia raskauttavia tosiseikkoja, tai pääkuulustelussa esille tulleet todistusteemat voivat saada muuten lisätukea. Yleinen *virhe onkin pääkuulustelussa esille tulneiden seikkojen tarkoitukseton toisintaminen vastakuulustelussa*.²⁶⁴

Toisaalta myös se näkökohta voidaan ottaa huomioon, että jos pääkuulustelussa on tullut esiin ratkaisevantuntuksia seikkoja, voi puolustuksen kannalta silti joskus olla tarkoituksenmukaista pitää vastakuulustelu "varmuuden vuoksi" – sillä ei ainakaan mitään enää menetä, kun 'peli on jo pelattu'.²⁶⁵ Lisäksi kuulustelijan voi joissain tilanteissa olla järkevää ottaa se huomioon, että vastakuulustelun toimittamatta jättäminen voi olla tuomioistuimelle merkki siitä, että pääkuulustelussa esille tulleet seikkoja pidetään riidattomina. Angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa puhutaan juuri tässä mielessä ns. *varjovastakuulustelusta* (shadow cross examination), jolla tarkoitetaan lyhyen, aiheeltaan ja esittämistavaltaan hyvin rajatun vastakuulustelun pitämistä 'näön vuoksi' siten, että oma – eriävä – näkökanta tulee selväksi, jolloin todistajan kertomaa ei yhtä helposti voida pitää 'riidattomana'. Rajattu, yleensä vähämerkityksellisiä seikkoja koskeva vastakuulustelu on vahvoja asianosaisintressejä vaalivalle asianosaiselle edullinen myös siksi, että siinä kuulusteltavalle ei anneta mahdollisuuksia 'haitallisten' tietojen edelleen kehittelyyn.²⁶⁶

²⁶² Mainittu sääntö, samoin kuin jatkossa usea muukin puolustuksen 'varovaisuusnäkökulmaa' tai 'subjektiivisen' menettelyn mahdollisuutta korostava strategia soveltuu myös siviiliprosessin kuulusteluihin.

²⁶³ Ks. *Wrottesley* 1961 s. 96, *Palmer* 1966 s. 91 ja 118, *Wellman* 1962 s. 28, 39 ja 81–82 sekä *Stone* 1988 s. 98: "To ignore evidence minimizes its importance; to cross-examine on it emphasizes it."

²⁶⁴ Ks. *Stone* 1988 s. 97–99, *Palmer* 1966 s. 123 ja *Klemm* 1979 s. 47. Ks. myös *Lie* 2002 s. 236: "Da oppnår man ikke annet enn en sementering av de opplysningene man ønsket å svekke."

²⁶⁵ *Wellman* 1962 s. 86.

²⁶⁶ Ks. menettelystä *Palmer* 1966 s. 119. Ks. myös *Lie* 2002 s. 240. Suomessa näkökanta voi tulla syytetyn puolustuksen näkökulmasta huomioiduksi. Varjovastakuulustelulla ei sen sijaan voine olla juurikaan relevanssia syyttäjän virkavelvollisuuksien kannalta.

Sekä vastakuulustelun aloitus että sen lopetus ovat prosessistrategisesti tärkeitä. Hyvä ensivaikutelma on tärkeää saada aikaan heti vastakuulustelun alkuun, jolloin tuomioistuimen jäsenten tarkkaavaisuus on huipussaan ja heidän mielenkiintonsa suuntautuu luonnollisesti siihen, millä tavoin asianosainen mahdollisesti konfrontoi pääkuulustelukertomuksen ja missä määrin vastakuulustelussa voidaan saada tukea syyttäjän väitteille tai puolustuksen omalle todistellulle. Erityisesti jos asianosainen on asiaesittelyvaiheessa puhunut vahvasti ja varmasti oman juttuteorianensa puolesta, lienee tuomioistuimella odotuksia, miten nämä argumentit saadaan näytetyksi toteen. Tehokas aloitus vastakuulustelussa on mahdollista saada aikaan voimakkaalla konfrontaatiolla, jos asianosaisen omiin todistajiin nojautuva todistelu on vahvaa. Jos vastakuulustelun tarkoitus on toisaalta konstruktiiivinen, on yleensä järkevämpää aloittaa vastakuulustelu kuulusteltavaa rauhoittavalla ja vakuuttavalla tavalla. Sujuva vastakuulustelun aloitus voi tällöin esim. jatkaa samaa ajatuksenkehittelyä, johon pääkuulustelu päättyi.²⁶⁷

Kuulustelutaktisessa kirjallisuudessa painotetaan toistuvasti, että *vastakuulustelu tulee päättää mahdollisimman pian kun sen tarkoitus on saavutettu*. Halutun vastauksen saatuaan kuulustelijan ei yleensä ole tarkoituksenmukaista jatkaa samasta aiheesta enää pidemmälle, vaan on parempi joko lopettaa vastakuulustelu kokonaan tai ainakin siirtyä toiseen aiheeseen. Kuulustelija saattaa tuntea houkutusta saada keskeisenä pitämästään seikasta vielä lisävarmennusta tai -täsmennystä, mutta tällöin kuulustelija riskeeraa jo saavuttamansa tuloksen ('asking one question too many').²⁶⁸ Puolustuksen tulisi yleensä välttää tällaista riskinottoa, koska lisäkysymykset voivat päinvastoin antaa kuulusteltavalle mahdollisuuden ottaa sanomansa takaisin tai ainakin ilmaista asian vähemmän edullisessa muodossa. Lisäksi kysymyksen liiallinen käsittely voi kiinnittää syyttäjäpuolen huomion asiaan niin, että tämä saattaa ajatella tarvitsevänsä eliminoida itselleen haitallisen näytön uudelleenkuulustelussa, toisten todistajien kuulustelussa, muuta lisänäyttöä esittämällä tai loppulausunnossa.²⁶⁹

Vastakuulustelijalle vaikea punnintatilanne voi syntyä siitä, että hän on onnistunut tuomaan jonkin itselleen tärkeän seikan esiin, mutta ei ole vielä kokonaisuudessaan täyttänyt etukäteen suunnittelemaansa ja tavoittelemaansa kuulustelustrategiaa. Tulisiko vastakuulustelijan tällaisessa tilanteessa tyytyä jo saavuttamaansa hyvään tulokseen, vai tulisiko hänen pyrkiä täysin kattavaan kuulustelustrategian läpikäymiseen? Yleispätevää sääntöä ei tietenkään voi esittää, mutta vastakuulustelijan ei tulisi ottaa ainakaan lähtökohdaksi sitä, ettei

²⁶⁷ Ks. Levy 1999 s. 179 ja 184. Ks. myös Shepherd – Milne 1999 s. 129.

²⁶⁸ Ks. esim. Ekelöf 1994 s. 83 ja Lie 2002 s. 188–190. Kuten sanottu, 'riskeerauksesta' puhuminen tulee rajata vain puolustukseen, eikä ajattelu juurikaan sovellu syyttäjään.

²⁶⁹ Ks. Wellman 1962 s. 146, Stone 1988 s. 101 ss., Munkman 1951 s. 64–65, Evans 1993 s. 110–111, Levy 1999 s. 104 ja 170, Du Cann 1993 s. 128, Palmer 1966 s. 126 s., Dahs 1983 s. 313, Moore ym. 1996 s. 200 ja Hägg 2001 s. 91.

”keskeneneräiseen” vastakuulusteluun voisi koskaan tyytyä: joskus on parempi lopettaa, kun vastakuulustelu on jo ollut tehokas, ja kun jatkomenestys ei ole yhtä taattu.²⁷⁰ Ylipääntänsä tarpeettomasti pitkitetty vastakuulustelu on yhtä vähän suositeltava kuin liian pitkä pääkuulustelukin. Yksi syy on prosessi-ekonomiassa ja tiivistetyn käsittelytavan edullisuudessa.²⁷¹ Mahdollisimman tiiviiden vastakuulusteluiden pitämisen puolesta puhuu myös se, että useiden kuulusteltavien itsevarmuus ja päättäväisyys kasvaa sitä enemmän, mitä pidemmän ajan he ovat kuulusteltavina.²⁷²

Suomessa vastakuulustelijalla ei kuitenkaan ole täyttää valtaa estää kuulusteltavia kertomasta seikkoja oma-aloitteisesti myös vastakuulustelussa. Vastakuulustelija voi toki esim. rajatuin kysymyksiin, mahdollisesti keskeytyskysymyksinkin, yrittää ehkäistä tietyt kuulusteltavan lausumat. Ehdotonta ’editointioikeutta’ vastakuulustelijalla ei kuitenkaan ole. Tuomioistuimien prosessinjohdolla puuttua epäasianmukaisesti kuulusteltavan ’sananvapautta’ rajoittavaan kuulusteluun, ja antaa kuulusteltavalle mahdollisuuden omien näkemystensä selvittämiseen (myös vastakuulustelussa).

Joskus vastakuulustelun lopetuksella voi tähdätä ytimekkääseen kertaukseen, jossa tiivistyy keskeinen vastakuulustelun idea. Muutamien yhteenvedonomaisten kysymysten esittäminen, joissa kerrataan kuulustelun lopuksi keskeiset vastakuulustelun aikana esille tulleet seikat, helpottaa tuomioistuinta muodostamaan yhtenäisen käsityksen vastakuulustelijalle edullisista seikoista, jotka ovat saattaneet alunperin tulla epäselvästi tai hajanaisesti esiin vastakuulustelun eri vaiheissa.²⁷³

7.6.3 Vastakuulustelun suorittaminen

7.6.3.1 Yleistä vastakuulustelumetodeista

I Vastakuulustelun suorittamiseksi ei ole olemassa valmiita kysymysrunkoja tai aina toimivia metodeja. Kuulustelijan on muotoiltava kysymykset ja valit-

²⁷⁰ Ks. Levy 1999 s. 184–185 ja Moore ym. 1996 s. 201 s. Päätöksentekoteoreettisesti tilanne voitaneen nähdä (täydellisen) epätietoisuuden olosuhteissa tehtävänä strategisena valintana, jolloin kuulustelija voi periaatteessa soveltaa ns. maksimini-kriteeriä: tarkoituksenmukaista on pyrkiä maksimoimaan ”minimivoitto”, eli minimoida haitalliset seuraukset. Kyse on kuitenkin vain yhdestä eikä suinkaan ainoasta mahdollisesta tarkastelutavasta. Ks. päätöksentekoteorioista lähemmin Norrgård 2002 s. 199–207.

²⁷¹ Ks. Palmer 1966 s. 175: ”You must keep in mind... the difference between trespassing on the time of the Court (or jury) and encroaching on eternity.”

²⁷² Näin Evans 1993 s. 101.

²⁷³ Ks. Levy 1999 s. 184–185. Menettelyn riskinä on, että jotkin kuulusteltavat saattavat vielä tässä vaiheessa muuttaa kuulijat aikaisemmin hieman epävarmoiksi jättäneitä vastauksiaan, ja siten tehdä ”yhteenvedosta” päinvastoin tarkoitukselleen vastaisen.

tava kyselytyyli spontaanisti kulloistenkin kuulustelutavoitteiden mukaisesti siten, että kuulustelija huomioi edeltävät vastaukset ja kysymysten kokonaisasiayhteyden. Se, millaisen strategian tai taktiikan oikeudenkäyntiin ja kuulusteluihin valitsee, riippuu mm. kuulustelijan ihmistuntemuksesta ja kokemuksesta syyttäjä- tai asianajotoimessa. Nämä strategiset valinnat ovat ratkaisevia asian ajamiselle.²⁷⁴ Ne on kuitenkin pidettävä periaatteessa erillään vastakuulustelun *tyylistä* tai lähemmästä suorittamistekniikasta. Kuulustelijan persoonallisuus, taidot ja luontainen esiintymistyyli vaikuttavat aina olennaisesti kuulustelun lähempään kulkuun. Viimeksi mainitut seikat eivät kuitenkaan ole välttämättä ratkaisevia vastakuulustelun tuloksellisuuden tai tehokkuuden kannalta.²⁷⁵

Valmiiksi harjoitellut ”kikat” tai rutiinit eivät välttämättä toimi uudessa tilanteessa, vaikka kuulustelija joskus aikaisemmin olisi vastaavalla tavalla päässytkin tavoitteeseensa. Kuulustelumetodien on vaihdeltava tilanteen mukaan, mikä edellyttää jatkuvaa improvisointivalmiutta.²⁷⁶ Erilaisten *kuulustelutaktisten ja -tekniisten valintojen tulisi siten olla joustavia, joskin aina johdonmukaisesti alisteisia tietyille etukäteen mietitylle prosessistrategialle.*²⁷⁷

Kuulustelutaktiikoiden relatiivisuudesta juuri sanottu mielessä pitäen (ja osittain siitä huolimatta), vastakuulustelun *pääsääntöisen tyylin* tulisi yleensä olla ”pehmeä” päälleikävän, tivaavan tai muuten painostavan sijasta. Rauhallista otetta edellytetään luonnollisesti konstruktiiivista vastakuulustelustrategiaa toteutettaessa, mutta samanlainen lähestymistapa voi olla edullinen myös destruktiiviselle linjalle lähteneelle vastakuulustelijalle: vastakuulustelijan rauhallinen esiintyminen voi joissain tapauksissa luoda kuulusteltavalle väärän turvallisuuden tunteen ja käsityksen siitä, että hän olisi ”tilanteen herra”.²⁷⁸ Jos vastakuulustelija on eri mieltä tosiseikoista tai epäilee kertomuksen luotettavuutta tai kuulusteltavan uskottavuutta, tulisi hänen kuitenkin selvästi jossain kuulustelun vaiheessa osoittaa näkemyksensä (esim. ’puolustuksen näkemyksen mukaan...’, ’tosiasiasa...’, ’eikö olekin niin, että...’, ’minun täytyy nyt esittää, että...’, ’tulisiko meidän todella uskoa, että...’ tai muulla vastaavalla tavalla).²⁷⁹

Vastakuulustelijalle *kuulustelun jatkuva kontrollointi* on joka tapauksessa keskeisen tärkeää. Tämän takia vastakuulustelijan on järkevää toteuttaa suun-

²⁷⁴ Strategisten valintojen – so. *argumenttien* valinnan – tärkeyttä korostaa mm. Moore ym. 1996 s. 8.

²⁷⁵ Ks. *Du Cann* 1993 s. 156: ”These differences, whether they are differences in style or not, are unimportant. They are all ways of achieving the same end. They all have precisely the same effect on a jury. It is because the end that is pursued is right and because the right effect is made on the jury that the question is right and not because the style has added anything to that end or to that effect.” Erilaiset kuulustelutekniikat ja -tyylit voivat siten olla yhtä tehokkaita.

²⁷⁶ Ks. *Lappalainen* 2001a s. 252 ja *Rinsche* 1999 s. 67.

²⁷⁷ Ks. *Diesen* 1996 s. 214–215. Ks. myös *Ekelöf* 1994 s. 85 ja *Lie* 2002 s. 141.

²⁷⁸ Ks. *Rinsche* 1999 s. 67.

²⁷⁹ Englantilaisessa asianajajakäytännössä käytetään tavanmukaisesti ilmaisuja ’I put’ tai ’I suggest’, ks. *Du Cann* 1993 s. 124–125.

nittelemansa kuulustelustrategia siten, ettei kuulusteltava liikaa oma-aloitteisesti pääsisi ohjaamaan vuorovaikutusta. Vastakuulustelijan kannalta on tärkeää, että kuulusteltava vastaisi vain niihin kysymyksiin, joihin vastakuulustelijalla haluaa vastauksen.²⁸⁰ Vain näin vastakuulustelu voi täyttää tehtävänsä pääkuulustelussa annetun kertomuksen luotettavuuden kontrolloimiseksi kuulustelijan haluamalla tavalla. Periaatteessa varmin tapa tämän tavoitteen saavuttamiseksi olisi kysyä kuulusteltavalta *sarja kysymyksiä* siten, että tämä saadaan myöntämään seikat A, B ja C ja niiden *seurauksena* myös seikka D. Menettely luonnollisesti edellyttää vastakuulustelijalta etukäteen harkittuja selviä kuulustelutavoitteita eli näkemystä siitä, mitä A, B ja C ovat, ja miten näitä seikkoja tulisi kysyä, jotta kuulusteltava saataisiin ne vahvistamaan.²⁸¹

Erityisesti puolustuksen kuulustelutekniseltä näkökulmalta kuulustelun suositeltavana *tempona* nähdään yleisesti rauhallinen eteneminen, jos kuulusteltava on osoittautunut hyvin ”varmaksi” pääkuulustelussa. Toisaalta mitä enemmän kyseessä on päinvastainen tilanne eli mitä epävarmempi ja hermostuneempi kuulusteltava on, sitä tarkoituksenmukaisempaan nähdään nopeatempoisen kysely, jolloin kuulusteltavalle ei mm. jää miettimisaikaa ja jolloin hän voi helpommin jäädä kiinni epäjohtonmukaisuuksista.²⁸² Yleisenä – eli sekä syyttäjää että puolustusta koskevana – sääntönä pidetään lisäksi jatkuvan *katsekontaktin* ylläpitämistä kuulusteltavaan.²⁸³ Edelleen korostetaan maltin säilyttämisen tärkeyttä joka tilanteessa. *Rauhallisuus* toimii positiivisesti luoden mahdollisuudet hedelmällisen kommunikaatiosuhteen syntymiseen kuulustelijan ja kuulusteltavan välille, ja toisaalta sillä voi olla myös negatiivisesti omalle asialle edullista vaikutusta. Viimeksi mainittu tarkoittaa lähinnä sitä, että ”pokan pitäminen” silloinkin, kun kuulusteltava tuo yllättäen esille jonkin vastakuulustelijalle haitallisen seikan, minimoi seikan vaikutuksen. Vastauksen aiheuttaman hämmennyksen tai hermostumisen ulospäin näyttäminen sen sijaan ainoastaan korostaa vahingollisen seikan merkitystä.²⁸⁴

²⁸⁰ Ks. *Lie* 2002 s. 242–243 ja *Levy* 1999 s. 167.

²⁸¹ Ks. *Evans* 1993 s. 77–78.

²⁸² Ks. *Wrottesley* 1961 s. 74 ja 115, *Munkman* 1951 s. 89 ja *Ekelöf* 1994 s. 81. Nopeatempoisessa vastakuulustelussa voidaan kuulusteltavaa ”pommittaa” kysymyksillä, jotka ankuroivat tekoa esim. ajankohtien, paikkojen ja henkilöiden nimien suhteen, ja toisaalta siirtyä vauhdilla yhdestä asiasta kokonaan toiseen. Teemanvaihteluun perustuva nopea kysely perustuu ajatukseen, että kuulusteltavan huomio kiinnitetään nopeasti vaihtuviin, kokonaan uusiin ajatusketjuihin, jolloin vastauksissa voi tulla esille yhteen sopimattomia detaljeja. Vaikka ilmeistä ristiriitaa ei olisikaan saatu suoraan esille, palattaessa nopeatempoisten ympäröivien olosuhteiden selvittelyiden yms. kysymysten jälkeen itse pääkertomukseen, voi pääkertomus nyt yksityiskohtiltaan kenties hieman muutettuna toistettuna sisältää erilaisia yksityiskohtia kuin niitä, jotka vilpallinen tai pohjimiltaan epävarma kuulusteltava äkkiseltään joutui juuri ennen keksimään tai ’katteettomasti’ vahvistamaan.

²⁸³ Ks. esim. *Diesen* 1996 s. 208, *Palmer* 1966 s. 109 ss. ja *Wellman* 1962 s. 29.

²⁸⁴ Ks. *Levy* 1999 s. 120–121 ja 126, *Wellman* 1962 s. 33 s., *Diesen* 1996 s. 185 ja *Eisenberg* 1999 s. 471. Ks. myös *Evans* 1993 s. 12 ja 105.

Yleisesti vastakuulustelutaktisiin valintoihin vaikuttaa se (strateginen näkökohta), onko vastakuulustelussa tarkoitus saada uusia (pääkuulustelun näyttöarvoa heikentäviä) faktoja esiin. Jos näin on, on kuulustelijan tarkoituksenmukaista välttää turhia johdattelevia kysymyksiä paremman näyttöarvon mahdollistamiseksi. Jos toisaalta asianosaisten ensisijaisena tavoitteena on horjuttaa pääkuulustelussa esille tulleen todistusaineiston näyttöarvoa, ovat johdattelevat kysymykset tällöin perustellumpia. Destruktiivisen taktiikan toteuttamisessa (ja yleisestikin) *vastakuulustelussa on järkevää välttää avoimia kysymyksiä* (erityisesti ”miksi?”-kysymystä) sekä avoimia jatkokysymyksiä (”mitä sitten tapahtui?”).²⁸⁵ Näin siksi, koska selitysten antaminen jo annettuihin vastauksiin ja niiden tarkempi perustelu on yleensä vain omiaan nostamaan pääkuulustelukertomuksen näyttöarvoa (paitsi jos kuulusteltava on mitä ilmeisimmin erehtynyt). Avoimen kysymyksen esittäminen myös vaikeuttaa olennaisesti vastakuulustelun pitämistä vastakuulustelijan kontrollissa.

Kuulustelukontrollin ylläpitämistä heikentää myös avoimeen argumentointiin tai debattiin antautuminen kuulusteltavan kanssa. Kuulusteltavan kanssa väittely on omiaan heikentämään vastakuulustelijan arvovaltaa.²⁸⁶ Kuulusteltava saattaa joskus vastata kysymykseen omalla kysymyksellään ja näin riistää kuulustelun kontrollin hetkeksi itselleen. Kysymys voi tarkoittaa vilpittöntä ihmettelyä tai tiedustelua, mutta kuulusteltavan motiivina voi myös olla tarkoitus vältellä vastauksen antamista vastakuulustelijan esittämään kysymykseen. Viimeksi mainitun syyn lisäksi vastakuulustelijan tulisi pidättäytyä vastailemasta kuulusteltavan kysymyksiin myös siksi, että se ei ole syyttäjän tai asianajajan – eikä itse asiassa myöskään kuulusteltavan – roolin mukaista. Ongelmana on kuitenkin, että jos kuulustelijalle esitetty kysymys on perusteltu eikä kuulustelija siihen vastaa, voi tämä seikka jäädä ’vaivaamaan’ tuomioistuimen jäsenten mieliä ja siten heikentää vastakuulustelun vaikutusta. Kuulusteltavan kysymyksen motiiveista riippuen kuulustelija voi jättää kysymykseen vastaa-matta prosessirooleihin vedoten (’olkaa hyvä ja vain vastatkaa kysymyksiin’). Jos kysymys on perusteltu ja vastakuulustelija pystyy siihen mielestään tyydyttävästi vastaamaan, voi vastauksen esittää tuomioistuimelle todistelun päätyttyä loppulausunnossa.²⁸⁷

²⁸⁵ Ks. *Evans* 1993 s. 108, *Palmer* 1966 s. 127, *Diesen* 1996 s. 248 ja *Hägg* 2001 s. 118–119. Ns. varovaisen tiedustelun metodissa miksi-kysymykset voivat tosin tulla kyseeseen, erityisesti tapahtuman taustoja tai motiivia tunnusteltaessa.

²⁸⁶ Ks. *Levy* 1999 s. 167, *Wellman* 1962 s. 44, *Moore ym.* 1996 s. 207 s., *Diesen* 1996 s. 248 ja *Lie* 2002 s. 183 ja 238–239.

²⁸⁷ Ks. *Levy* 1999 s. 172. Tietenkään kiellettyä ei ole myöskään se (luonnollinen reaktio), että kuulustelija antaa kuulusteltavalle tämän kaipaaman vastauksen. Poliisin suorittamissa epäillyn esitutkintakuulusteluissa tilanne onkin pääsääntöisesti juuri tämä: poliisin on yleensä järkevää vastata epäillyn perusteluihin kysymyksiin, koska vastaamatta jättäminen vain korostaisi poliisin vahvempaa asemaa ja synnyttäisi selkeän epätasapainon tai epäluottamuksen keskustelun osapuolten välille, jolloin edellytykset luottamukselliseen jatkokeskusteluun poistuisivat. Ks. yleisemmin suotuisista kuulusteluedellytyksistä mm. *Hellwig* 1944 s. 18 ss.

II Angloamerikkalaisessa ja pohjoismaisessa kirjallisuudessa vastakuulustelussa käytettävät kysymykset jaetaan kuulustelutaktisesti vakiintuneesti tiedusteleviin, vihjaaviin ja konfrontoiiviin kysymyksiin.²⁸⁸ Kombinoimalla näitä kolmea kysymystyyppiä syntyy eri kuulustelumetodeja. *Tiedusteleavan kysymyksen* tarkoitus on saada kuulusteltava kertomaan todellisesta tapahtumainkulusta (missä, milloin, miten, mitkä, kuinka monta, oliko, kuinka paljon jne.). Tiedusteleava kysymystyyppi hallitsee pääkuulustelussa, mutta se on yleinen myös vastakuulustelussa. Tiedusteleavan kysymyksen kuulustelustrateginen funktio vastakuulustelussa on saada relevanttia tietoa esiin ja samalla 'sitaa' kuulusteltava omaan kertomukseensa niin, ettei hän voi siitä myöhemmin poiketa ristiriitoihin joutumatta.²⁸⁹ Tiedusteleava kysymys voi olla joko johdatteleva tai ei-johdatteleva. Tiedusteleavaan kuulusteluun soveltuvat samat periaatteet kuin pääkuulusteluunkin: kysymysten on oltava lyhyitä, selkeitä ja tiiviitä, tempon nopea ja vastausta on aina vaadittava.²⁹⁰

Jos kiinteä lähtökohta puuttuu eli pääkuulustelussa ei ole tullut esille ristiriitoja, poikkeamia tai epäuskottavuuksia kuulusteltavan kertomuksessa, voi vastakuulustelija käyttää ns. *varovaisen tiedustelun metodia*. Tällöin on tarkoitus saada kuulusteltavalta uusia tietoja itse vastakuulustelun aikana, joihin voisi puuttua vastakkainasettelulla tai vihjailulla, tai tunnustella muuten po. henkilön asennetta johonkin tärkeään – mutta tuntemattomuutensa takia (puolustukselle) vaaralliseen – kysymykseen.²⁹¹ Tilanteessa pääkuulustelun tematiikan ja ajatuksenjuoksun seuraamisella ei yleensä voi saavuttaa mitään vastakuulustelustrategialle hyödyllistä, joten kuulustelijan on tarkoituksenmukaista jättää pääkuulustelussa annettu kertomus ainakin suurimmaksi osaksi syrjään. Jos vastakuulustelija epäilee kuulusteltavan valehtelevan tai erehtyvän, voi hän esim. valita heikoimmalta vaikuttavan pääkuulustelukertomuksen kohdan ja tiedustella epäloogisessa järjestyksessä tähän väljästi liittyviä toisarvoiselta tuntuvia seikoja, joihin kuulusteltava ei oletettavasti ole osannut varautua.

Varovainen tiedustelu saattaa myös kohdistua kompleksien tosiseikkojen perusteisiin (esim. tunnistamisen elementteihin kuten eri kasvonpiirteisiin), tapahtuman taustoihin, tapahtumien seurauksiin (jotka voivat osoittautua yhteen sopimattomaksi muun todistelun kanssa) tai muuten tapahtumia ympäröiviin olosuhteisiin.²⁹² Jos kuulusteltavalta tivataan selviä vastauksia pääasialla ympäröivistä seikoista, on periaatteessa mahdollista, että erehtyvä tai valehteleva henkilö mainitsee jonkin sellaisen seikan, joka ei sovi yhteen muun näytön

²⁸⁸ Ks. *Munkman* 1951 s. 68: confrontation, probing ja insinuation. Ks. myös *Samuelson* 1997 s. 93 ja *Lie* 2002 s. 258–262 sekä edellä jaksossa 6.2.1 kysymysten erilaisista funktioryhmittelyistä esitettyä.

²⁸⁹ Ks. *Wellman* 1962 s. 131 ja *Samuelson* 1997 s. 96.

²⁹⁰ Ks. *Samuelson* 1997 s. 97, *Palmer* 1966 s. 115 ja *Moore ym.* 1996 s. 184 ss.

²⁹¹ Ks. *Levy* 1999 s. 168–169 ja *Samuelson* 1997 s. 109–110.

²⁹² Ks. *Munkman* 1951 s. 79 ss.

kanssa. Näytön ristiriitaisuus voidaan saada esiin myös usealle eri henkilölle suunnatulla varovaisella tiedustelulla: yksittäin esille tulleista pienistä yksityiskohdista voi mosaiikkikuvion tavoin jälkikäteen arvioidessa muodostua kuva, joka luo epäilyksen tietyn kuulusteltavan kertoman tai vastapuolen yleisemmin väittämän seikan todennäköisyydestä.²⁹³ Näin meneteltäessä luonnollisesti puuttuu tietty etukäteen määritelty 'maali', joten menettely vaatii kuulustelijalta jatkuvaa improvisointia.

Erityisesti puolustuksen suorittaman varovaisen tiedustelun kysymykset ovat pääosin tiedustelevia, rajattuja ja johdattelevia, jotta 'väärän' tai 'haitallisen' vastauksen riski pieneneisi. Samasta syystä kuulustelijan ei yleensä kannata tehdä laajoja ja yleisiä kysymyksiä. Myös ns. negatiivisesti muotoillut kysymykset voivat olla paikallaan.²⁹⁴ Suoratkin kysymykset voivat tosin olla puolustushypoteesille vaarallisia, koska vastaukset ovat tuntemattomia ja arvaamattomia. Puolustusasianajajan tulisikin minimoida riski syytettä tukevien lisätietojen esilletulosta useita pieniä ja rajattuja kysymyksiä esittämällä.²⁹⁵ Jos mitään uutta ei tule ilmi varovaisista tiedustelevista kysymyksistä, voi asianosainen päättää vastakuulustelun todennäköisesti ilman, että tälle olisi koitunut juurikaan haittaa tiedusteluista. Asianosaiselle myönteisessä tapauksessa eli epäilyttävien tai muuten hyödyllisten seikkojen tullessa ilmi, *varovaisen tiedustelun metodia tulee jatkaa suuremmin siirtymällä välittömästi vihjailuun tai vastakkainasetteluun.*²⁹⁶ Tällöinkään kuulusteltavaa vastaan ei ole välttämättä järkevää hyökätä aggressiivisesti, koska niin menetellen kuulustelija saattaa pienentää omia menestymismahdollisuuksiaan relevantin tiedon tai myöntämisen saamiseen. Tässäkin tilanteessa kuulustelijaa voi auttaa asiallinen ja ystävällinen esiintyminen, samoin omien tarkoituksperiensä salaaminen, ts. epäsuora lähestyminen.²⁹⁷

Oikeuskirjallisuudessa varovaisen tiedustelun käyttöä havainnollistetaan usein seuraavalla esimerkillä. Menetelmää käytetään todistajan asennoitumisen selvittämiseksi (ei siis "raskauttavien" tietojen esiin saamiseksi). Esimerkissä kyse on murhaoikeudenkäynnistä, jossa perheen tytär on teosta syytettynä. Puolustuksen vastakuulustelija pyrkii osoittamaan taloudenhoitajan

²⁹³ Ks. *Wellman* 1962 s. 135–136.

²⁹⁴ Ks. *Samuelson* 1997 s. 111–112 ja *Munkman* 1951 s. 96–99.

²⁹⁵ Tuntemattomia seikkoja selvitetessä on toisaalta aina riskinä, että kuulustelija itsekin saattaa harhautua 'sivupoluille'. Alkuperäiset kuulustelun tavoitteet ts. saattavat hämärtyä, jos kuulustelija alkaa seurata kuulusteltavan kertomia seikkoja liian tarkkaan. Ks. *Du Cann* 1993 s. 101 ja *Moore ym.* 1996 s. 164 ss.

²⁹⁶ Ks. *Munkman* 1951 s. 15 ja *Samuelson* 1997 s. 114.

²⁹⁷ Varovaista tiedustelua voi tosin suorittaa myös siten, että kuulustelija välittää itsestään vaikutelman kontrollin menettämisestä, ja sitten varautumattomalle kuulusteltavalle esittää olennaisen kysymyksen yllättäen, ja siirtyy tämän jälkeen *välittömästi* vihjailuun ja vastakkainasetteluun, näin *Samuelson* 1997 s. 118.

vastakuulustelussa, että perhe eli harmonisesti eikä ollut riitaisa, kuten yleisesti luultiin.

K: Oliko teillä ongelmia X:n kotona?

V: Ei ollut.

K: Oliko X:n koti miellyttävä paikka asua?

V: Oli kyllä.

K: Oliko X:n perhe sellainen perhe, jonka jäsen olisi ollut mukava olla?

V: En tiedä, millainen perhe oli. Itse tulin hyvin toimeen.

K: Et koskaan nähnyt mitään tavanomaisesta poikkeavaa?

V: En.

K: Etkö koskaan nähnyt mitään konfliktia perheenjäsenten kesken?

V: En.

K: Etkö koskaan nähnyt riitelyä tai vastaavaa?

V: En nähnyt.

Vastakuulustelija ei aluksi suoraan kysynyt todistajalta sitä, oliko X:n perhe yleisesti riitaisa vai ei. Hän eteni ”tunnusteluprosessin” kautta, jonka tuloksena todistajan kanta alkoi selventyä, ja olennaisen kysymyksen esittäminen mahdollistui. Jos todistaja olisi vastannut, ettei hän pitänyt työskentelystä X:n taloudessa tai että perhe ei ollut miellyttävä asuinympäristö, olisi vastakuulustelija voinut siirtyä toiseen aiheeseen ja jättää keskeisen kysymyksen perheenjäsenten riitelystä kokonaan esittämättä ilman, että tämän juttuteorialle olisi samalla aiheutettu juurikaan haittaa.²⁹⁸

Vastakuulustelija voi käyttää myös ns. *vihjailumetodia*, kun pääkuulustelukertomuksesta ei löydy varsinaisia ristiriitoja, mutta kun se jostain muusta syystä vaikuttaa virheelliseltä tai oudolta. Kontrastia pyritään tällöin tekemään kuulusteltavan kertomuksen ja kysymyksessä vihjattavan uskottavammalta vaikuttavan selityksen välille.²⁹⁹ Vihjailevan kysymyksen tarkoitus on viitata siihen, että kuulusteltava on väärässä. Kysymys on pitkälti retorinen ja vastaus on siten vähän kiinnostava, ts. itse (kuulusteltavalle ja nimenomaan tuomioistuimelle) vihjattava ajatus on olennainen metodissa. Vihjaileva kysymys on lähes aina johdatteleva.³⁰⁰ Menettely on muuten sama kuin vastakkainasettelussa, eli vastakuulustelu aloitetaan tiedusteluvaiheella, minkä jälkeen pyritään vihjailevilla ja voimakkaasti johdattelevilla kysymyksillä tuomaan esille ”uskottavampi selitys”. Vihjailun epäonnistuessa metodilla on tosin päinvastainen vaikutus eli kuulusteltavan uskottavuus saattaa edelleen vahvistua.

Usein vastakuulustelun pääasiallinen tarkoitus on asettaa kuulusteltava ristiriitaisen tosiasian eteen, esim. esitutkintapöytäkirjasta tai pääkuulustelusta

²⁹⁸ Esimerkki on yleinen, ks. mm. Levy 1999 s. 169, Salditt 1988 s. 452–453, Du Cann 1993 s. 138–140 ja Lie 2002 s. 242 s.

²⁹⁹ Samuelson 1997 s. 104.

³⁰⁰ Samuelson 1997 s. 98. Retorisista kysymyksistä ks. Hägg 2001 s. 125. Ks. myös edellä jaksossa 6.2.3.1 (s. 431–432) siitä, että johdattelevat kysymykset on nähtävä sallittuina nimenomaan myös siinä tarkoituksessa, että vastakuulustelija pyrkii siten nostamaan jonkin omalle juttuteorialleen relevantin (uuden) seikan esille kuulusteltavan kommentoitavaksi.

ilmenneen, toiselta todistajalta kuullun tai reaalitydisteesta ilmenevän seikan kanssa (*konfrontaatio- tai vastakkainasettelu*). Pääkuulustelukertomus voidaan konfrontoida myös yleiseen elämäkokemukseen kuuluvien tietojen ja kokemusten (kokemussääntöjen) tai selvien mahdolluuksien kanssa. Sikäli kun asianosainen pystyy vastatodistelullaan osoittamaan epäjohtamukaisuuden tai epäuskottavan piirteen kuulusteltavan kertomuksessa, saa hän luotua 'järkevää epäilyä' esim. syyttäjän todistusteemaa kohtaan tai parhaimmillaan jopa 'mitätöidä' jonkin vastapuolen argumentin tai todistuskeinon. Edellytyksenä vastakkainasettelulle luonnollisesti on, että kuulustelija on oikeassa ristiriidan tai epäselvyyden olemassaolon suhteen. Kuulustelijan on oltava valmistautunut vahvistamaan poikkeavat tiedot. Vastakkainasettelu on onnistunut, jos kuulusteltava ei pysty esittämään selitystä poikkeamalle.³⁰¹ Konfrontoiva kysymys voi olla retorinen: vastaus ei ole sinänsä kiinnostava (kaikki olettavat, että kuulusteltava – ainakin aluksi – pitää kiinni kertomuksestaan), mutta tarkoitus on johtaa tuomioistuimen huomio ristiriitaan, mikä alentaa kuulusteltavan uskottavuutta. Konfrontoiva kysymys on lähes aina johdattelua.

Vastakkainasettelulle keskeistä on tiedustelevalle vaiheella kuulustelun aloittaminen, jotta kuulusteltava saataisiin selvästi sidottua tapahtumainkuvaukseensa ja menettämään myöhemmin uskottavuutensa, kun siirrytään vastakkainasettelu-vaiheeseen. Tiedusteluvaihe on välttämätön, koska se luo kontrastia konfrontaatiolle.³⁰² Ristiriita saattaa tosin käydä ilmi jo esitutkimamateriaalista, jolloin sellaisen 'synnyttämiseen' ei periaatteessa tarvitsisi välttämättä pyrkiä ainakaan kovin seikkaperäisellä alustavalla tiedustelulla: asianosaiselle on tosin tällaisissakin tilanteissa näytöllisesti edullisempaa saada kuulusteltava ensin nimenomaisesti toistamaan aikaisempi kantansa myös pääkäsittelyn sisällä.³⁰³

Vastakuulustelijalla saattaa myös olla hallussaan jokin *kirjallinen asiakirja*, esimerkiksi todistajan kirjoittama kirje, jossa hän on omin sanoin kirjoittanut joltain osin toisella tavalla kuin hän nyt oikeudessa kertoo. Edellä esitetyn mukaisesti vastakuulustelijan kannalta voi olla tarkoituksenmukaista välttää kirjeen välitöntä esittämistä kuulusteltavalle vastakuulustelun alussa, koska näin kuulustelija menettää mahdollisuuden kuulusteltavan sitouttamiseen tiettyihin seikkoihin. Sen sijaan vastakuulustelija voi vähitellen tiedustella asia-

³⁰¹ Samuelson 1997 s. 104. Vastakkainasettelevalle metodille pitkälti rinnasteinen – tosin viime kädessä konstruktivinen – menettely on pyrkiä saamaan ilmi tosiseikkojen tunnustamisia asteittain etenevällä painostavalla kyselytyylillä. Myös tämä menettely edellyttää kuulustelun pohjautumista todennettavissa oleviin faktoihin, eli kuulusteltavan kiistämiset tulee voida konfrontoida todistein. Menettelyyn kuuluvan vaiheittaisen etenemisen etuna on, että näin saadut tunnustukset tulevat mahdollisimman havainnollisesti ja selvästi esiin. Ks. tästä *Munkman* 1951 s. 99 ss.

³⁰² Ks. *Wellman* 1962 s. 60 ja *Samuelson* 1997 s. 100 ja 103–104.

³⁰³ Tietenkin jollakin tarkkuudella toteutettava kysely relevanteista seikoista on välttämätön edellytys sille, että esitutkimuskertomusta voitaisiin OK 17:32:2:n mukaisesti ylipäätään pääkäsittelyssä lukea.

kirjaan liittyviä tai sen sisältämiä seikkoja, jolloin kuulusteltava tulee toistaneeksi pääkuulustelussa kertomansa seikat: muissa olosuhteissa menettely (pääkuulustelukertomuksen toistaminen) olisi paha asianajotaktillinen virhe ja malliesimerkki tarkoituksettomasta ja haitallisesta vastakuulustelusta. Esimerkkitilanteessa sen sijaan tavoite on nimenomaan toisto ja epäselvien seikkojen mahdollisimman selkeä esille nostaminen, koska käsillä on reaalista näyttöä siitä, että kuulusteltava puhuu ristiriitaisesti. Pääkuulustelukertomukseen sitomisen kuulustelija voi jopa tehdä nimenomaisen yksiselitteisesti esittämällä vielä seikkojen toiston jälkeen tiivistelmän kuulusteltavan kertomuksesta ja pyytämällä vahvistuksen sille, että vastakuulustelija on havainnut ja ymmärtänyt kaiken oikein. Kertomuksen kanssa sisällöltään ristiriitaisen kirjeen esittäminen vasta tässä vaiheessa maksimoi ristiriidan merkityksen.³⁰⁴

Erityisesti puolustustaktiselta kannalta järkevä vastakuulustelun *lopetus* on vihjauksen tai vastakkainasettelun korostamiseen tähtäävä viimeinen kysymys (minkä jälkeen vastakuulustelu tulee heti lopettaa). 'Napakalla' lopetuksella kuulusteltavalle ei jätetä viimeisen sanan mahdollisuutta liian laajalla tai epävarmalla (turhalla) kysymyksellä.³⁰⁵ Joissain tapauksissa puolustusasianajaja voi pyrkiä yhteistyöhaluttoman kuulusteltavan vastakuulustelussa saamaan aikaan loppuvaikutelmaan siitä, että kuulusteltava saattaisi tietää asiasta jotain, mutta että tämä on vastentahtoinen asiasta kertomaan. Vastakuulustelun lopetus heti tämän jälkeen nimittäin saattaa herättää epäilyksen kertomuksen luotettavuutta kohtaan.³⁰⁶ Yleisestikin ottaen päinvastaisessa tilanteessa eli silloin, kun vastakuulustelija on epäonnistunut tavoitteissaan, tulisi vastakuulustelijan tyytyä tilanteeseen ja lopettaa kuulustelu asialliseen tyyliin. Kuulustelutaktisesti huonoin mahdollinen ajatus epätydyttävästi sujuneen vastakuulustelun lopettamiseksi on yrittäjä peittää tappio esimerkiksi jollain ivallisella tai vähättelevällä huomiolla.³⁰⁷

7.6.3.2 Konstruktiivinen vastakuulustelu

Vastakuulustelun ei tarvitse olla ehdottoman tiukasti kuulustelijan kontrollin alaisena, kun kyse on yhteistyöhaluisesta kuulusteltavasta, jolta koetetaan saada

³⁰⁴ Ks. *Wellman* 1962 s. 131–132. Konfrontaatiometodia suorittava vastakuulustelija voi esimerkiksi selvittää virhettä tai ristiriitaa erityisen pedanttisesti tai toistamalla siten, että ristiriidan olemassaolosta tehdään mahdollisimman ”suuri numero”: ”Mikä lausumista lopultakin on sitten totta?”, ”Ettekö muistanut tätä kirjettä todistustanne antaessanne?”, ”Kerroitteko kirjeestä asianajajallenne [tai poliisille]?”, ”Oliko tarkoituksenne valehdella?”, ”Mikä on tavoitteenanne yrittäessänne johtaa tuomioistuinta harhaan?” jne. Tällaista kärjistämistä vastustaen vrt. *Moore ym.* 1996 s. 197–198.

³⁰⁵ Ks. *Smith* 1986 s. 96 ja *Samuelson* 1997 s. 139–140.

³⁰⁶ Ks. *Wellman* 1962 s. 28–29.

³⁰⁷ *Wellman* 1962 s. 188.

uusia tietoja esiin. Mahdolliset uudet tiedot nimittäin saavat luotettavamman ”leiman”, jos tiedot on saatu ilman johdattelua, luonnollisesti ja spontaanisti osana kuulusteltavan omaa kertomusta tai muuten yhteistyössä tämän kanssa. Menettely ei kuitenkaan kokonaan poissulje destruktiivista vastakuulustelua eli sellaista vastakuulustelua, jonka tavoitteena on heikentää vastapuolen todistelua.³⁰⁸ Konfrontaatio joidenkin yksityiskohtien suhteen ja esimerkiksi jonkin havainnon epäluotettavaksi osoittaminen voi olla tarpeen, eikä se välttämättä heikennä kuulusteltavan (yleistä) uskottavuutta siten, että samalla ’koverrettai-siin’ pohjaa konstruktiivisella lähestymistavalla mahdollisesti saatavien uusien hyödyllisten tietojen näyttöarvosta. Erityisen tärkeää konstruktiivinen vasta-kuulustelu on silloin, kun puolustus pyrkii esittämään omaa todisteluaan vaihtoehdoisen hypoteesin tueksi.³⁰⁹ Luonnollisesti myös syyttäjä voi objektiivisuusperiaatteen ohjaamana ja muutenkin tarvittaessa omaksua vastakuulusteluunsa rakentavan asenteen pyrkien uusien seikkojen esille saamiseen.

Uusia edullisia tietoja tavoittelevan vastakuulustelijan on järkevää välttää antamasta pienintäkään viitettä siitä, että hän epäilisi kuulusteltavan valehtelevan.³¹⁰ Rauhallinen ja ystävällinen ilmapiiri vastakuulustelussa on tarpeen paitsi kuulusteltavan yhteistyökyvyn turvaamiseksi, myös sen takia, ettei tämän uskottavuus kärsisi liikaa (mahdollisesti vastakuulustelijalle edullisemmaksi) muutetun kertomuksen johdosta. Konstruktiiviseen kuulusteluun voi kuulua mm. se, että kuulustelija antaa kuulusteltavan esim. äänenpainoin ja elein ymmärtää, että hän pitää kuulusteltavaa rehellisenä ja hyvänä tiedonlähteenä, ja että kuulustelija luottaa ja kohdistaa toiveensa siihen, että hän tahtoo kertoa vain totuuden asiassa.³¹¹ Kuulusteltavan kokeman stressin vähentämiseksi voi joskus olla myös järkevää osoittaa ymmärrystä kuulusteltavan tunnetiloihin tapahtuma-aikaan. Kuulustelutaktiikka on yleensä suora ja avoin, kun puolueettomalta henkilöltä pyritään selvittämään tämän kertomuksessa olevaa virhettä tai epätasällisyyttä.³¹²

Puolustuksen kannalta jonkinlainen konstruktiivinen vastakuulustelustrategia voi olla välttämätön silloin, jos syyttäjäpuolen tukena on useita kuulusteltavia, jotka kiistävät syytetyn version tapahtumista. Laajamittaisen ”valehtelusalaliiton” osoittaminen on käytännössä mahdotonta ja siten turha yritys.³¹³ Usein on maalaisjärjen perusteella hyväksyttävää, että tuomioistuimien asettuu pikemminkin uskomaan yhtä tai kahta ”objektiivista” todistajaa, jotka kertovat

³⁰⁸ Todistelu ei yleensä voi olla täysin ’positiivista’ luonteeltaan myöskään siksi, että yhden seikan vahventaminen voi samalla merkitä sen vastakohtaan negaatiota.

³⁰⁹ Ks. *Eisenberg* 1999 s. 477.

³¹⁰ Ks. *Stone* 1988 s. 111 ja *Wrottesley* 1961 s. 98 ja 101.

³¹¹ Ks. *Diesen* 1996 s. 181.

³¹² Ks. *Wellman* 1962 s. 41–42, *Stone* 1988 s. 137 ja *Wrottesley* 1961 s. 107.

³¹³ Ks. kuitenkin *Nack* 2000 s. 258 tällaisten ’sovittujen’ todistajankertomusten suhteellisesta yleisyydestä erityisesti esitutkitinkäytännössä.

tapahtumista eri tavalla kuin rikoksesta syytetty. Tällaisessa puolustukselle heikossa tilanteessa voi kuitenkin olla tarkoituksenmukaista pyrkiä jollain tavoin lieventämään syyttäjapuolen todistajien kertomuksia vähemmän ’mustavalkoisiksi’. Puolustuksen mahdollisuudet ovat erityisesti siinä, että syyttäjän todistaja saataisiin myöntämään jokin toisenlainen tulkinta havainnoista mahdolliseksi.³¹⁴

Konstruktiivisen vastakuulustelun mahdollisuus käy yleensä ilmi pääkuulustelun aikana, jos kuulusteltava kertoo seikoista, jotka tavalla tai toisella voivat olla edullisia hänet nimenneen tahon vastapuolelle. Näytöllisesti epäselvissä tilanteissa uusien relevanttien seikkojen varovainen tiedustelu voi olla vastakuulustelijalle paikallaan, erityisesti jos kuulusteltava on selkeästi asettunut pääkuulustelussa edustamaan yhtä yksiselitteistä näkökantaa (vaikka muu näyttö antaisi aiheen olettaa vähemmän jyrkkiä kannanottoja). Tiedustelu saattaa tuottaa tulosta ainakin todistajien kohdalla, koska useimmat todistajat lienevät rehellisiä ja pyrkivät vastaamaan myös vastapuolen kysymyksiin parhaansa mukaan. Valan tai vakuutuksen vannoneiden todistajien todistajankertomusten tulee lisäksi sopia riittävässä määrin yhteen muun asiassa esitettävän, riidattoman näytön kanssa, joten syytteen uhka perättömästä lausumasta voi toimia tehokkaana kannustimena todenpuhumiseen myös vähemmän rehellisten todistajien kohdalla.

Pääasiallisia konstruktiivista tekniikkaa edustavia kuulustelumenetelmiä ovat a) joidenkin seikkojen korostaminen, b) seikkojen tulkinta toisella tavalla, c) kokonaan uusien tosiseikkojen esille saaminen sekä d) vaihtoehtoisen hypoteesin esittely.

Vastakuulustelijan kannalta on tietenkin tarkoituksenmukaista nostaa esiin ja *korostaa* sellaisia pääkuulustelussa esille tulleita seikkoja, jotka tukevat tai joiden voi ainakin tulkita tukevan vastakuulustelijan juttuteoriaa.³¹⁵ Relevanttiin seikkaan on tällöin järkevää vastakuulustelussa palata ja pyrkiä saamaan siitä vielä joitain edullisia lisädetaljeja esiin. Toistolla alun perin kenties vähämerkityksellisen seikan merkitystä pyritään lisäämään siten, että tuomioistui-
men on helpompi kiinnittää siihen huomiota. Kuulustelija saattaa esimerkiksi tarttua vastakuulustelussa silminnäkijätodistajan ohimennen antamaan ’kaikki tapahtui hyvin nopeasti’ -lausumaan. Esimerkin vastakuulustelija ei kiistä tapahtumien nopeutta, mutta havaintoajan lyhyyttä kysymyksillään korostamalla hän voi luoda pohjaa epäilylle, että todistaja ei mahdollisesti ole voinut luotettavasti havaita kaikkia kertomiaan seikkoja. Esimerkin ’vastatodistelu’ voi tukea puolustuksen argumenttia silminnäkijätunnistuksen virheellisyydestä,

³¹⁴ Ks. Levy 1999 s. 175–176 ja Munkman 1951 s. 90.

³¹⁵ von Eyben 1986 s. 212 s. osoittaa, että vähäisetkin nyanssierot esitettävässä todistelussa voivat johtaa merkittäviin eroihin asian hahmottamisessa ja tuomitsemisessa, koska todistusharkinta perustuu pitkälti näytöstä tehtäviin johtopäätöksiin.

joten se on konstruktiivista nimenomaan puolustushypoteesia tukevalle todistelulle.³¹⁶

Toinen korostamiseen perustuva taktiikka on verrata vastapuolelle haitallista kertomusta esittämättä jääneeseen hypoteettiseen – mutta mahdolliseen – seikkaan, joka olisi ollut vielä enemmän haitallista vastakuulustelua suorittavalle taholle (kertomuksen relativointi). Tällä tavalla kuulusteltavan kertomuksen merkitystä suhteuttamalla se voidaan saattaa näyttämään itselleen vähemmän langettavalta tai jopa vastapuolen argumentoinnille haitalliselta. Vastaavalla tavalla uudelleenkuulustelussa voidaan parantaa pääkuulustelussa esille tulleen epävarman – vastapuolelle edullisen – havainnon merkitystä, jos luodaan kontrastia siihen, miten huonot havaintoedellytykset olisivat voineet olla (mutta eivät kuitenkaan olleet).³¹⁷

Puhtaasti tosiseikan olemassaolon tai tosiseikan negaation korostamiseen perustuvassa konstruktiivisessa vastakuulustelussa hyväksytään ja vahvistetaan muuttumattomana jokin pääkuulustelussa esille tullut seikka. Tästä on erotettava tosiseikan *toisenlaiseen tulkittamiseen* tähtäävä rakentava vastakuulustelu. Myös viimeksi mainitussa tilanteessa jokin pääkuulustelussa kerrottu seikka hyväksytään todeksi, mutta seikalle pyritään kuitenkin antamaan toisenlainen merkitys tai tulkinta kuin mitä pääkuulustelussa tarkoitettiin. Tosiseikkaa pyritään toisin sanoen tulkitsemaan toiseksi esimerkiksi muista tosiseikoista ja erilaisista asiayhteyksistä johtoa hakemalla. Tulkinnanvaraisuudet voivat kohdistua kuulusteltavan omiin johtopäätöksiin, vaikutelmiin tai aihetodisteiden merkitykseen. Erilaiseen tosiseikan tulkintaan voi pyrkiä hienovaraisilla johdattelevilla kysymyksillä, korostuksilla tai yhteenvetojen tekemisellä erillisistä tosiseikoista. Sikäli kun asianosainen on valmistellut oikeudenkäyntiargumentaatiotansa pohtimalla aihetodisteista tiettyjen kokemussääntöjen kautta johdettavia argumentteja ja niiden todistelussa käytettäviä keinoja, saattaa vastakuulustelijalla olla käytössään valmis 'kysymysrepertuaari' sellaisista faktoista, jotka voivat perustella sitä, miksi juuri hänen tulkintansa tapauksen tosiseikoista on uskottavampi kuin vastapuolen versio (ja/tai miksi vastapuolen, ts. pääkuulustelua suorittavan tahon tulkinta ei ole uskottava tai todennäköinen). Kuulusteltavan oman tulkinnan kyseenalaistamisen tulisi tapahtua ymmärtäväisesti ja ei-hyökkäävästi: sikäli kun kuulusteltavalle voidaan asiallisesti osoittaa, että hän ei ole voinut joltain osin tehdä havaintoa oikein, lienee kuulusteltava useimmissa tapauksissa seikan valmis myöntämään.³¹⁸

³¹⁶ Vastaavasti syyttäjän todistustaakan näkökulmasta konstruktiivista on syytettä tukevien seikkojen korostaminen vastakuulustelussa.

³¹⁷ Ks. Stone 1988 s. 118 s., Wrottesley 1961 s. 98, Moore ym. 1996 s. 130 ja Hägg 2001 s. 72: pyrittäessä vaikuttamaan rangaistuksen mittaamiseen, puolustukselle on yleisesti edullista verrata rikosta vakavampiin rikoksiin ('vakavammistakin teoista on saatu lievempiä rangaistuksia kuin mitä nyt vaaditaan'), ja syyttäjälle on päinvastoin edullista verrata tekoa lievempiin rikoksiin ('kun kerran lievemmästäkin rikoksesta on tuomittu...').

³¹⁸ Ks. Evans 1993 s. 82 s.

Käytännössä joudutaan usein tyytymään siihen, että kuulusteltava saadaan jollakin tavoin ilmaisemaan tai myöntämään epävarmuutensa. Jos kuulusteltava pysyy horjumattomana, voi virhettä epäilevä vastakuulustelija silti pyrkiä kylvämään epävarmuutta kertomuksen ympärille tai ainakin siihen, että kuulusteltava myöntäisi, että jokin toinen vaihtoehto voisi sinänsä olla mahdollinen (joskaan ei henkilön oma näkemys). Koska oikeudessa kuulusteltavia henkilöitä on pääsääntöisesti kuulusteltu jo poliisin toimesta, on yksi konstruktiivisen vastakuulustelun mahdollisuuksista poliisikuulusteluiden sisällön ja etenemisen selvittäminen. Erityisesti puolustukselle voi olla hyödyllistä tiedustella kuulusteltavilta (yleensä todistajilta) tarkkoja yksityiskohtia kuulusteluiden sisällöstä, lukumäärästä, ajankohdista ja kestoista jne., jos sitä kautta on mahdollista saada tukea käsitykselle, että poliisilta saadut tiedot tai johdattelevat kysymykset ovat voineet vaikuttaa henkilön kertomukseen. Menettelyn riskinä on tosin, että kuulusteltava saattaa vain toistaa esitutkinnassa ja pääkuulustelussa lausumansa. Siksi esitutkintakuulusteluiden mahdollista vääristävää vaikutusta ei yleensä voi pitää suositeltavana (puolustuksen) kuulusteluteemana ilman kuulusteltavan kanssa käytyä etukäteistä keskustelua.³¹⁹

Yleisenä vaikeutena tulkintavirheiden osoittamisessa konstruktiivista metodia käyttäen on, että vain harvoin kyseessä ovat sellaiset epävarmuustekijät, joista väistämättä seuraisi kertomuksen tai havainnon selvä virheellisyys. Useimmiten kyseessä on epävarma, arvionvarainen havaintotekijä, esimerkiksi näkemys todistajan juopumustilan vahvuudesta tai havaintohetkellä vallinneista valaistusolosuhteista. Kaikenlaisissa vastakuulusteluissa on lisäksi hyvin vaikeaa selvittää kuulusteltavan mentaalisia prosesseja, ajatuksia ja tunteita (esim. mihin henkilö kiinnitti huomiota, vaikuttivatko hänen odotuksensa havaintoihin tai miten jälkikäteisinformaatio on saattanut vaikuttaa kertomukseen). Ihmisten näkemyksiin saattavat lisäksi vaikuttaa erilaiset stereotyyppiset käsitykset, yksinkertaistukset ja puolueelliset vaikuttimet. Tehtävän vaikeudesta huolimatta vastakuulustelijan on kuitenkin mahdollisimman yksityiskohtaisesti pyrittävä selvittämään havainnon tekemiseen ja muistikuvan syntymiseen liittyneitä objektiivisia tekijöitä, joista olisi mahdollista tehdä johtopäätöksiä edellä mainituista seikoista. Päähuomion tulisi tällöinkin olla vain keskeisimmissä seikoissa, koska viipyily vähämerkityksissä yksityiskohdissa voi heikentää tuomioistuimen vastaanottavuutta, eikä onnistuessaankaan välttämättä edesauta vastakuulustelun pääasiallista tarkoitusta.³²⁰

Tosiseikoista tehtävän uuden tulkinnan vastakuulustelija voi esittää tilanteen mukaan joko kuulustelun aikana tai vasta loppupuheenvuoron aikana. Ensiksi mainitussa vaihtoehdossa kuulusteltava saattaa parhaimmillaan hyväksyä vaihtoehtoisen tulkinnan sellaisenaan oikeaksi, tai ainakin pitää sitä mahdollisena.

³¹⁹ Ks. Levy 1999 s. 135–136 ja Munkman 1951 s. 91–92.

³²⁰ Ks. Stone 1988 s. 140 s, ks. myös Rückel 1986 s. 206–207.

Toisaalta jyrkästi omassa tulkinnassaan pitäytyvä ja vaihtoehtoisen tulkinnan täysin pois sulkeva kuulusteltava voidaan saada vaikuttamaan 'dogmaattiselta', mikä voi heikentää tämän uskottavuutta.³²¹

Pääkuulustelusta pois jääneiden tosiseikkojen esille nostaminen on yksi tärkeä rakentavan vastakuulustelun muoto. Vastakuulustelijan kannalta *uusien faktojen* esille tuominen ainoastaan sillä perusteella, että pääkuulustelu on jäänyt joltain osin vajavaiseksi, ei tosin ole tarkoituksenmukaista. Parhaassa tapauksessa vastakuulustelija voi kuitenkin onnistua saamaan kuulusteltavalta vahvistuksen joillekin näennäisen irrallisille ja pääasian kannalta merkityksellöille uusille tosiseikoille, mutta joiden muodostaman kokonaisuuden valossa tietty tämän argumentti saadaan näyttämään todennäköisemmältä. Kuulusteltava saattaa näin itsekkin tulla epävarmemmaksi aikaisempien havaintojensa tai tulkintojensa aukottomuudesta, ja mahdollisesti jopa näin tulla muistamaan jotain aikaisemmin unohtamaansa. Tätä on kuitenkin pidettävä hyvin harvinaisena. Joka tapauksessa näin suoritettulla vastakuulustelulla on voitu saavuttaa se, että jokin toisenlaiselle tulkinnalle edullinen seikka on saatu näyttämään todennäköisemmältä. Lopputulos voi olla sama silloinkin, kun itsepäinen ja 'dogmaattinen' todistaja faktamyönnityksistään huolimatta kieltäytyy lausumasta mitään esille tulleesta uudesta vaihtoehdosta, tai kiistää sen jyrkästi.³²²

Usein vastakuulustelussa kultakin kuulusteltavalta tulee ainakin jossain määrin tiedustella kommenttia tai vastausta sellaiseen tämän tiedossa olevaan seikkaan, jolla on merkitystä kuulustelijan 'edustaman' *vaihtoehtoisen hypoteesin todistamisen* tai vastapuolen todistelun muun horjuttamisen kannalta.³²³ Vastauksen pyytäminen ajoissa on prosessitaktisesti tarkoituksenmukaista siksi, että näin voidaan välttyä jälkikäteisiltä spekulatioilta: jos esimerkiksi puolustus vasta myöhemmin vetoaa vaihtoehtoiseen tapahtumainkulkuun, jota koskevia seikkoja ei todistajilta aikanaan kysytty, voi luonteva ajatus tästä olla se, että kyse on vain viime hetkellä keksitystä 'viimeisestä oljenkorresta'. Puolustuksen vaihtoehtoinen hypoteesi tuleekin aina esittää sellaiselle kuulusteltavalle, joka tuntee tapauksen tosiseikat relevanteilta osin. Uskottava todistelu edellyttää, että tällaisilta henkilöiltä selvästi kysytään heidän kantaansa riidanalaisiin tosiseikastaväitteisiin.³²⁴ Yhteistyöhaluttomalta tai tosiseikoista tietämättömältä kuulusteltavalta ei toisaalta ole järkevää tiedustella kantaa kaikista vaihtoehtoisen hypoteesin perustavista faktoista, koska tällöin henkilölle vain annetaan mahdollisuus kerrata omaa – vaihtoehtoiselle hypoteesille vastaista – päätodisteluaan. Tällaisissa tilanteissa lyhyt kyllä tai ei -tyyppinen kysymys esitettävään

³²¹ Ks. Stone 1988 s. 122 ja Levy 1999 s. 176. Konstruktiiivisella kuulustelumetodilla voi olla myös tietynlaista 'retorista' merkitystä: esitettävät vaihtelevat tulkinnat itsessään voivat laajentaa tuomioistuimen huomion vaihtoehtoisten hypoteesien harkinnan suuntaan.

³²² Ks. Wrottesley 1961 s. 101.

³²³ Vaihtoehtoisesta hypoteesista puhuu myös Lie 2002 s. 236.

³²⁴ Ks. Munkman 1951 s. 55. Ks. myös Evans 1993 s. 27 ja Du Cann 1993 s. 127.

näkemykseen riittää. Asian selvittämisen kannalta paras tilanne on luonnollisesti silloin, kun kyse on koko tapahtuman nähneestä silminnäkijästä, jolta voi tiedustella tämän kantaa koko vaihtoehtoiseen hypoteesiin ja sitä perusteleviin todisteisiin eikä vain sen irrallisiin osiin. Erityisen tyypillistä vaihtoehtojen tapahtumainkuvausten esittäminen voi olla asiantuntijatodistelussa.³²⁵

Syyttäjä voi periaatteessa riskittä tiedustella omilta todistajiltaan yksityiskohtaisia uusia tietoja saaden siten joko seikkojen myöntämisä tai torjumisia. Puolustuksen kannalta vaihtoehtoisen hypoteesin esittely kuulusteltaville voi toisaalta tarkoittaa käytännössä jatkuvien kiistämisten kuuntelemista. Tällaisella linjalla ei liene järkevää jatkaa pidemmälle kuin on välttämätöntä selvyuden saamiseksi siitä, mikä kuulusteltavan kanta keskeisimpiin seikkoihin on. Puolustukselle on joka tapauksessa yleensä tärkeää ylipäätänsä esittää oman jutun teorian mukaiset kysymykset, siis vaikka kuulusteltavan ei oleteta hyväksyvän kuulustelijan esittämiä seikkoja. Luonnollisestikaan pelkät johdattelevat kysymykset eivät ole näyttöä niiden tarkoittamasta temasta, ja jos kuulusteltava johdonmukaisesti kiistää kaikki puolustuksen ehdottamat vaihtoehdot, on puolustuksen tyydyttävä siihen toivoon, että puolustuksen näin 'lanseeraamat' kilpaileva jutun teorian argumentit kuitenkin jäisivät vaikuttamaan tuomioistuinten jäsenten mielissä todistusharkintavaiheessa.³²⁶

7.6.3.3 *Destruktiivinen vastakuulustelu*

I Vastakuulustelun tulee olla erityisen tiukasti kuulustelijan kontrollissa, kun sen tarkoitus on heikentää kuulusteltavan pääkuulustelussa antaman kertomuksen näyttöarvoa destruktiivisin tavoin. Kyse on 'vastatodistelusta', jonka tarkoituksena on estää tuomioistuinta perustamasta ratkaisunsa vastapuolen väittämille tosiseikoille. Destruktiivinen vastakuulustelu voi keskittyä joko *kuulusteltavan osoittamiseen epäuskottavaksi* todistuskeinoksi (henkilönä) esimerkiksi tämän motivaatioon tai valehteluun keskittyen, tai vaihtoehtoisesti *kertomuksen osoittamiseen epäluotettavaksi* esimerkiksi havaintoedellytysten puutteellisuuteen, ristiriitaisuuksiin ja epätodennäköiseltä tuntuviin seikkoihin keskittyen.³²⁷ Kummankin näkökulman voi ottaa käyttöön, koska ne usein täydentävät toisiaan. Pääsääntöisesti vastakuulustelun tulisi kuitenkin kohdistua (objektiivisesti) kuulusteltavan kertomukseen.

³²⁵ Näin *Munkman* 1951 s. 93. Tekstissä tarkoitetaan tilannetta, jossa asiantuntijaa kuullaan suullisesti tuomioistuimessa. OK 17:44:n ja 17:50:n pääsääntö toki on, että asiantuntijalta ainoastaan hankitaan kirjallinen lausunto.

³²⁶ Ks. *Levy* 1999 s. 95 ja 103.

³²⁷ Selkeä erottelu tehdään angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa, näin mm. *Wellman* 1962 s. 29. Itse katsoisin, ettei erottelun jyrkkyyttä tule liikaa korostaa, koska kertomuksen epäluotettavuuden "objektiivinen" kritisointi kuitenkin voidaan tulkita myös kuulusteltavan subjettiin kohdistettuna vastatodisteluna.

Destruktiivinen vastakuulustelu voi parhaimmillaan johtaa siihen, että tuomioistuin hylkää pääkuulustelun aikana kerrotut seikat (in dubio pro reo -periaatteen ohjaamana – jos kyse on syyttäjän päätodistelusta) ja katsoo päinvastaisen asiantilan tulleen toteen näytetyksi. Puolustuksen kannalta riittää, että syyttäjän teemaa kohtaan syntyy järkevä epäily.³²⁸ Syyttäjän destruktiivisen vastakuulustelun tulee kohdistua lähinnä syytetyn varsinaisen vastatodistelun näyttöarvon heikentämiseen siten, että syyttäjän edustama näkemys näyttäytyisi ainoana varteenotettavana.

Suullisen todistelun näyttöarvo perustuu yhtäältä kuulusteltavaa kohtaan koettuun luottamukseen, itse kertomuksen realistisuuteen tai uskottavuuteen ja luonnollisesti siihen, missä määrin kertomus sisältää lausumia todistusteemaan kuuluvista tosiseikoista.³²⁹ Tuomioistuin saattaa esimerkiksi luottaa todistajaan siinä määrin, että se hyväksyy paitsi todistajan kertomat tosiseikat sinänsä, myös todistajan mahdollisesti esittämät arviot tapahtuneesta. Kuulusteltavaa saatetaan pitää myös henkilönä yleisesti luotettavana ja rehellisenä, vaikka hänen kertomustaan rasittaisikin joitakin virheitä yksityiskohtien suhteen. Siinä luotettavan henkilön kertomuksen tulee toisaalta olla myös uskottava ja mahdollinen, jotta se voitaisiin hyväksyä todeksi. Luotettavan henkilön jossain määrin epätodennäköinen kertomus voidaan vielä hyväksyä todeksi, siinä kun erittäin epätodennäköistä väitettä saatetaan pitää vilpittömänä väärinkäsityksenä tämän puolelta.

Kuten edellä on todettu, vastakuulustelijan ei yleensä tule antaa kuulusteltavalle vapautta kertoa asioista omin sanoin, vaan kysymysten tulee olla suljettuja ja rajattuja. Poikkeuksellisesti destruktiiviseen vastakuulusteluun voi kuitenkin kuulua vapaaseen kerrontaan kehottamista jostain seikasta, jos kuulustelija arvioi tai tietää kertomuksen epätodeksi, tai jos kuulusteltava on taipuvainen liioittelemaan tai kehrittelemään kertomusta niin pitkälle, että sen uskottavuus asettuu helposti kyseenalaiseksi. Vastakuulustelijan ei yleensääkään kannata yrittää hillitä asioista liioittelevan tuntuisesti kertovaa kuulusteltavaa, vaan mahdollisesti pyrkiä päinvastoin saamaan tätä kertomaan seikoista yhä rohkeammin.³³⁰

³²⁸ Hägg 2001 s. 92 toteaa, että hyvin todistettuun syytteeseen vastaavalle puolustukselle on yleensä tarkoituksenmukaista pilkkoa syyttäjän todisteet pienempiin osiin ja vastata niihin yksi kerrallaan. Syyttäjän todistelun kokonaisnäyttövaikutus voi nimittäin heiketä, kun vastaan puhuvien argumenttien määrästä saatetaan näin menettelemällä synnyttää edullisempi kuva kuin mihin vastaväitteet yhtenä 'könttinä' esitettynä olisivat antaneet aiheen.

³²⁹ Ks. myös Levy 1999 s. 189–190: "In short, the real test of the truth of the story of a witness in such a case must be its harmony with the preponderance of the probabilities which a practical and informed person would readily recognize as reasonable in that place and in those conditions."

³³⁰ Ks. Wellman 1962 s. 42, 135 ja 180 s., Stone 1988 s. 106–107, Palmer 1966 s. 114 s., Moore ym. 1996 s. 188 s. ja Levy 1999 s. 208. Tällainen taktiikka saattaa soveltua erityisen hyvin lähtökohtaisesti epäuskottavasta virkarikoksesta (esim. poliisiväkivallasta) syytettyä poliisia vastaan todistavan asianomistajan vastakuulustelussa.

Vastakuulustelijan tulisi kuitenkin harkita tarkkaan, milloin destruktiivinen vastakuulustelu on ylipäättänsä perusteltu ja missä laajuudessa. Syitä, joiden takia destruktiiviselle linjalle ei ole tarkoituksenmukaista lähteä, ovat mm. se, että pääkertomus on aiheuttanut ainoastaan vähäistä haittaa, tarjolla on parempiakin keinoja neutralisoida aiheutettu vahinko tai kun konstruktiivisella vastakuulustelulla todennäköisesti saatavan edullisen näytön merkitys on suurempi kuin destruktiivisella kuulustelulla saatava hyöty vastapuolen näytön horjuttamisessa. Kuulusteltavan kertomukseen usein kuuluviin pieniin virheellisyyksiin ei myöskään välttämättä kannata puuttua, ellei kyseessä ole keskeinen todiste (kuten silminnäkijätunnistaminen).³³¹ Kuulusteltavan tekemän virheen osoittaminen vähämerkityksellisen seikan suhteen toki johtaa parempaan ai-neelliseen totuuteen, mutta jos seikalla ei todella ole suurta relevanssia syytteen tai puolustushypoteesin teemojen kannalta, ei totuuden esille saaminen tällai- sessa tilanteessa juurikaan auta kumpakaan oikeudenkäynnin osapuolta (tai tuomioistuinta). Epäolennaisiin seikkoihin puuttuminen saattaa vain pidentää turhaan oikeudenkäyntiä ja aiheuttaa oikeudenkäyntiaineiston tarpeetonta pai- sumista sekä sen, että vastakuulustelija hukkaa kuulusteluotteensa ja hämärtää menettelyllään itselleen keskeisten seikkojen merkitystä.³³²

II Kuulusteltavan henkilöön kohdistuva vastakuulustelu. Kuten sanottu, pää- sääntöisesti vastakuulustelun tulisi kohdistua pääkuulustelukertomuksen (ob- jektiiviseen) kontrollointiin. Joissain tapauksissa destruktiivinen vastakuuluste- lu voi kuitenkin edellyttää kuulusteltavaan (henkilönä) kohdistettua luonneto- distelua, motiivien kritisointia, puolueellisuuden tai ennakoasenteellisuuden korostamista tai kuulusteltavan havainto- ja muistikyvyn yleistä kyseenalaista- mista. Kuulusteltavan uskottavuuden heikentämiseksi esitettävän todistelun tar- koituksena on luoda epäilypohjaa kertomukselle, joka itsessään voi olla täysin realistinen ja todenmukaiselta vaikuttava. Yleensä henkilöön käypä kritisointi tapahtuu jonkin kertomuksen osan kritisoinnin kautta, mutta myös suora luon- netodistelu on sinänsä mahdollista, joskin Suomen oloissa harvinaista.

Yleisesti ei voitane puhua syyttäjän tai asianajajan *velvollisuudesta* esittää luonnetodisteluksi luonnehdittavaa näyttöä vastapuolen tai tämän todistajien uskottavuuden (nimenomaan henkilönä) kyseenalaistamiseksi. Koska kyseessä on menettely, jota joissain muodoissaan voidaan sinänsä pitää yleisten moraali- normien vastaisena, ei menettelyä voi kestävästi perustella velvollisuuden luon- teisena. Asianajaja tosin lienee yleisesti *oikeutettu* esittämään vastakuulustelus- sa kuulusteltavan kannalta kiusallisia kysymyksiä tai olettamuksia – vaikka hän ei pystyisikään välittömästi tällaisia väitteitä todentamaan muulla todistelulla – jos asianajaja pitää seikkoja relevantteina päämiehensä asian hoitamiselle ja jos

³³¹ Ks. Stone 1988 s. 131.

³³² Ks. Buckner 1962 s. 217.

hänellä ei ole syytä olettaa, että päämies olisi antanut tällaisia seikkoja koskevia tietoja ainoastaan ”hätävalheena” tai tietoisesti tertiusta vahingoittaakseen.³³³

Syyttäjän toiminnan sen sijaan tulisi perustua aina päteviin syihin, ja henkilöön käyvälle kuulusteluotteelle tuleekin asettaa pidemmälle menevät vaatimukset (mm. menettelyn perustelevien tietojen tarkistamisvelvollisuuden suhteen). Luonnetodistelu ei yleensä sovellukaan ongelmattomasti syyttäjän virkavelvollisuuksiin. Syyttäjän suorittamana kuulusteltavan maineen tai uskottavuuden heikentämiseen tähtäävän luonnetodistelun voinee nähdä perusteltuna tai asianmukaisena vain poikkeuksellisesti.³³⁴ Vaikka virallisen syyttäjän tulee pysyä ehdottoman objektiivisena, ei tämä seikka yksinään voine toisaalta estää häntäkään tilanteen (lähinnä aineellisen totuustavoitteen) niin vaatiessa käyttämästä luonnetodistelua.³³⁵

Äärimuodoissaan luonnetodistelu voi olla myös esittäjälleen kontraproduktiivista, koska (kuulustelijan ammatillisen maineen mahdollisen kolhiintumisen ohella) tuomioistuimien erityisesti lautamiehet saattavat olla taipuvaisia osoittamaan sympatiaa sellaiselle kuulusteltavalle – ja kenties tiedostamattaan myös tämän kertomuksen näyttöarvolle – jota vastaan on hyökätty aiheettoman tuntuisesti. Niin pitkälle menevä puolustuksen luonnetodistelu tai muu vastatodistelu, jossa kevyin perustein esimerkiksi vihjataan todistajan syyllistyvän perättömään lausumaan, saattaa tuomioistuimen lisäksi vaikean dilemman eteen: Syytteen hylkääminen näyttäisi tällöin edellyttävän, että syyttäjän todistajan samalla katsottaisiin menetelleen laittomasti, ja jos (tai kun) näin pitkälle ei olla halukkaita menemään, on luonnollisempi vaihtoehto hyväksyä syyte. Kärjistävän menettelyn vaikutukset saattavat siten osoittautua siihen ryhtyneen tarkoituksille vastakkaisiksi.³³⁶

Henkilöön käyvän vastakuulustelun tarve aiheutunee useimmiten siitä, että kuulustelija epäilee kuulusteltavan valehtelevan. Luonnetodistelua lienee tosin

³³³ Näin *Munkman* 1951 s. 62. Ks. myös *Levy* 1999 s. 186 ja *Munkman* 1951 s. 11 yleisesti tertiuksiin kohdistuvista ”hyökkäyksistä”: ”He [puolustusasianajaja] has no right, however, to make attacks against third parties unless these are connected with the issues in the case and are based on sufficient grounds”. Luonnetodistelun voidaan tosin nähdä olevan yleisemmin hyväksyttävissä kunnianloukkausestuksesta syytetyn puolustautumisessa. Puolustuksen strategian kannalta voi usein olla tärkeää esittää näyttöä loukatuksi itsensä kokeneen henkilön maineesta ja elämäntavoista, koska näillä seikoilla on välitöntä relevanssia sen arvioinnissa, onko herjaus tai soimaus ollut perusteltu, ja missä määrin syytetty vaativan asianosaisten voi katsoa tulleen rikolliseksi väitetyllä lausumalla loukatuksi.

³³⁴ Ks. *Lindberg* 1997 s. 210.

³³⁵ Ks. *Wellman* 1962 s. 200.

³³⁶ Ks. *Wellman* 1962 s. 30–31 ja 197, *Evans* 1993 s. 71, *Wrottesley* 1961 s. 67 ja 106 ja *Palmer* 1966 s. 124. Ks. myös *Moore ym.* 1996 s. 223 av. 20: ”Sometimes, you may choose to argue explicitly that an adverse witness is lying. But a factfinder may have difficulty accepting an argument that a witness has lied. By arguing only that a witness is mistaken, you satisfy such factfinders at no cost: factfinders who believe that an adverse witness is lying will be favourably disposed to you no matter what your argument.” Ks. myös *Jokela* 2000a s. 334.

sinänsä mahdollista käyttää muissakin tilanteissa. Prosessinjohton näkökulmasta luonnetodistelua voidaan pitää sallittuna ja prosessuaalisen oikeudenmukaisuusvaatimuksen mukaisena silloin, kun kuulusteltavalle esitettävät kysymykset ovat niin relevantteja tämän kertomuksen luotettavuuden arvioinnin kannalta, että tuomioistuim voi kysymyksen viittaaman seikan todeksi hyväksyessään muuttaa näkemystään henkilön uskottavuudesta.³³⁷ Kysymykset tulee sitä vastoin torjua asiaan kuulumattomina silloin, kun ne koskevat syyteasiaain vain niin etäisesti, etteivät niiden käsittelemät seikat todeksi hyväksyttyinä vaikuttaisi tuomioistuimen todistusharkintaan suuntaan tai toiseen. Kysymyksiä voi pitää asiattomina myös silloin, kun kysymysten kuulusteltavaa tai tämän yksityiselämää loukkaava luonne on suhteettomassa asemassa verrattuna kysymysten mahdolliseen hyötyyn kertomuksen luotettavuuden tai kuulusteltavan uskottavuuden arvioinnissa.³³⁸ Usein tosin jo pelkkä kysymyksen esittäminen voi saada aikaiseksi vastakuulustelijan toivoman vihjaavan vaikutuksen, siis myös silloin, kun kuulusteltava puheenjohtajan kehotuksesta (tai muuten) ei vastaa sopimattomaan kysymykseen. Viime kädessä luonnetodistelun käsitteen alaan kuuluvien kysymysten esittämisessä olennaisen merkittävä rooli onkin syyttäjän ja asianajajan ammatillisella itseymmärryksellä ja ammattietiikalla.³³⁹

III Valehteleva todistaja. Edellä on (hajanaisesti) käsitelty joitain syitä todistajankertomuksen virheisiin. Valehtelu on yksi mahdollinen virhelähde. Tuomioistuimessa valehteleva henkilö asettaa omat arvonsa ja tavoitteensa etusijalle yhteiskunnallisiin ja prosessioikeudellisiin arvoihin nähden. Yleensä henkilöiden, joilla ei ole mitään henkilökohtaista liittymää käsiteltävään rikokseen (kuten ulkopuolisen rikoksen silminnäkijän), oletetaan puhuvan totta, koska sivullisella ihmisellä ei ole motiivia tahallaan edesauttaa väärän tuomion syntymistä ja samalla joutua rangaistusuhan alaiseksi ilman järkevää syytä. Sen sijaan rikoksen asianomistajalla sekä syytetyllä voi olla lukuisia motiiveja tietojen vääristelyyn.³⁴⁰ Tietysti myös aivan 'ulkopuolisetkin' henkilöt voivat valehdella. Tällöin voidaan joutua pohtimaan sellaisia käytännöllisiä kysymyksiä, kuten 'kuka valehtelee?', 'mistä seikoista valehdellaan?', 'millä tavoilla valehdellaan?' ja 'miten valehtelun voi havaita?'. Nykykäsityksen mukaan olisi naiivia yrittää luokitella ihmisiä sen mukaan, miten suuri valehtelualttius tai -taipumus näillä on. Oikeampaa on lähteä siitä, että periaatteessa kuka tahansa

³³⁷ Mm. *Viljanen, P.* 1993 s. 1014 viittaa siihen yleiseen käsitykseen, jonka mukaan valehtelun voidaan katsoa vähentävän todistajan yleistä uskottavuutta ja sitä kautta tämän kertomuksen todenperäistenkin tietojen luotettavuutta (*falsum in uno, falsum in omnibus*).

³³⁸ *Dahs* 1983 s. 109–110 korostaa kuulusteltavilla olevan oikeuden asialliseen kohteluun, mikä sisältää mm. sen, ettei tämän itsenäiseen päättävältään puututa asiattomasti painostuksella, tarpeettomilla puuttumisilla yksityiselämään tai muilla vastaavilla keinoilla.

³³⁹ *Wellman* 1962 s. 202 s.

³⁴⁰ Ks. *Stone* 1988 s. 44 ss. ja 47–48.

voi valehdella. Se, tapahtuuko näin, riippuu henkilön kulloisestakin elämäntilanteesta, kommunikaatiokontekstista ja henkilön erilaisista enemmän tai vähemmän selvistä motiiveista.³⁴¹

Valehtelu koskee normaalisti jotain rikoksen selvittämislle relevanttia tosi-seikkakysymystä. Yleensä valehtelu koskee joko tapahtumainkuvauksen sisältöä tai tekijän identiteettikysymystä, mutta vain harvoin kumpaakin. Otollisia valehtelun kohteita ovat myös teon subjektiiviseen rekvisiittaan kuuluvat tekijät tai muut seikat, joista ei ole olemassa konkreettista reaalityodistelua.³⁴²

Valehtelu voi ilmetä useissa muodoissa. Periaatteessa koko kuulusteltavan lausunto voi olla valhetta alusta loppuun, mutta tavallisempaa lienee, että kertomus on pääosin todenmukainen, mutta valheellinen jonkin – keskeisen – tekijän osalta. Suorassa valheessa voidaan vastoin parempaa tietoa väittää tietyn seikan tapahtuneen, tai päinvastoin väittää, että tiettyä seikkaa ei tapahtunut. Todistajan kohdalla tämäntyyppinen valhe johtaa todennäköisesti paljastuksessaan syytteesen perättömästä lausumasta, mistä syystä näin räikeään valehteluun pitää olla vahva motiivi.³⁴³ Silloin kun todistajan totuudenpuhumismotivaatio ei ole tahrauton mutta todistaja ei toisaalta tahdo altistua riskiin syytteen alaiseksi joutumisesta, ilmenee totuuden vääristelypyrkimys enemmän yleisenä vastentahtoisuutena todistamisessa: vastaukset saattavat olla epäluuloja herättävän lyhyitä ja vältteleviä. Kysymysten muotoilulla voidaan vaikuttaa ratkaisevasti siihen, miten helpoksi tai vaikeaksi jonkin seikan mainitsematta jättäminen kuulusteltavalle tehdään (esim. ”Mitä syytetty teki?” verrattuna ”Poimiko syytetty maasta tiilen?”). Tulkinnanvaraisempaa valehtelu on silloin, kun kysymys on jonkin seikan lähemmästä arvioinnista tai luonnehdinnasta, tai kun kuulusteltava ilmaisee havaintonsa sinänsä oikein mutta epävarmana (esim. huonon muistin tai havaintoesteiden takia), vaikka hän itse asiassa on varma tiedostaan – tai päinvastoin.³⁴⁴

Kuulusteltavan lausunnon totuudellisuuden ja mahdollisen valehtelun arvioinnin tulee tapahtua kokonaisvaltaisesti. Huomiota tulee kiinnittää sekä kuulusteltavaan henkilönä liittyviin ominaisuuksiin (persoonallisuus, luonne, motiivit, käyttäytyminen) että itse todisteen eli kertomuksen uskottavuuteen muun näytön valossa (inkonsistenssi, mahdottomuus, epätodennäköisyys tai epärealistisuus). Kertomuksen luotettavuusharkinnassa huomioidaan varmasti intuitiivisesti jossain määrin, ’millainen ihminen kuulusteltava on’ ja millaiset moraaliset arvot mahdollisesti kuuluvat tämän maailmankuvaan. Tietyistä

³⁴¹ Ks. von Eyben 1986 s. 133 ja 155.

³⁴² Stone 1988 s. 48.

³⁴³ Ks. havainnollisesti Viljanen, P. 1993 s. 1026 sekä Prüfer 1986 s. 10–11. Hieman paradoksaalisesti rangaistusuhka saattaa toisaalta toimia lisämotiivina jatkovalehtelulle välittömästi ensimmäisen valheen ”päästyä ilmoille”: todistaja on pakotettu jatkamaan sepittelyä voidakseen peittää valheensa johdonmukaisesti.

³⁴⁴ Stone 1988 s. 49–52.

luonnepiirteistä kuten ystävällisyydestä, rohkeudesta ja vilpittömyydestä pyritään saamaan jonkinlainen käsitys ja tätä kautta muodostamaan arviointipohjaa kertomuksen luotettavuudelle. Myös mahdollinen rikosrekisteri voi vaikuttaa aputositseikkana todistusharkintaan. Eniten merkitystä mahdollisen valehtelun kannalta voitaneen kuitenkin antaa erilaisille totuudensalaamismotiiveille.³⁴⁵

Kuulusteltavan ulkoisesta olemuksesta vedetään myös runsaasti johtopäätöksiä todistusharkinnassa. Jo kuulusteltavan ikä, sukupuoli, ruumiinrakenne, ulkonäkö ja vaatetus luovat jonkinlaisen mielikuvan henkilöstä. Samoin henkilön asento, liikkeet, eleet, kasvonilmeet ja katsekontakti sekä puheääni, puhenopeus ja puheen sujuvuus vaikuttavat henkilön ja tämän kertomuksen arviointiin. Muunkinlainen käyttäytyminen voi olla joidenkin tuomareiden mielestä relevanttia, kuten punastuminen, hikoilu, vapina, itkeminen, juotavan pyytäminen, tauon pitäminen WC:ssä käymistä varten, yleinen ahdistuneisuus, maltin menettäminen yms. Ainakaan ei-destruktiivisen taktiikan mukaista vastakuulustelua suoritettaessa kuulusteltavalta ei kuitenkaan yleensä ole asiallista suoraan kysyä tämän käyttäytymiseen liittyviä seikkoja. Kuulusteltavan käytökseen puuttuminen on omiaan lisäämään kuulusteltavan tukalaa tilaa, mistä syystä tällainen kuulustelu voidaan nähdä yleisesti tarpeettomana tai epäasiallisena.³⁴⁶

Luonnollisesti kertomuksen luotettavuutta arvioidaan myös suhteuttamalla kertomus muuhun oikeudenkäyntiaineistoon. Esimerkiksi muusta näyttömaterialista ilmi tulleen seikan – josta myös kuulusteltavan tulisi tietää – puuttuminen kertomuksesta voi merkitä valehtelua. Kertomuksen sisäiset epä johdonmukaisuudet ja ristiriidat muun näytön kanssa on yleensä järkevää ottaa vastakuulustelussa selvästi esiin, mutta jatkuva inttäminen tai kysymysten liiallinen toistaminen voi myös osoittautua tarkoitukselleen vastaiseksi. Ristiriidalle voi nimittäin löytyä luonnollinen selitys, jolloin edeltävä kuulusteltavan väittäminen valehtelijaksi tekisi suurta haittaa aggressiiviseen kuulusteluun lähteneelle asianosaiselle. Muutenkaan ei ole järin realistista olettaa, että kuulusteltava suoraan myöntäisi valehtelun. Valehtelu tulee lähinnä mahdollisuuksien mukaan saattaa todennäköiseksi kuulustelun aikana, mutta monesti valehtelusta on järkevää tehdä ”suurempi numero” vasta loppulausunnossa. Johdonmukaisuuden ja kuulustelijan uskottavuuden takia kuulustelijan tulisi kuitenkin joka tapauksessa, yleensä loppulausunnossaan, ottaa kantaa siihen, pitääkö hän väittämänsä kertomuksen epäluotettavuutta valehtelusta vai erehtymisestä johtuvana.³⁴⁷

³⁴⁵ Ks. *Stone* 1988 s. 52 ss.

³⁴⁶ Ks. *Stone* 1988 s. 58 ja 62. Ks. myös *Levy* 1999 s. 190 ss. ja *Nack* 2000 s. 222 ss. sekä *Diesenin* 1997 s. 68 (av. 148) viittaamaan tutkimustulokseen siitä, että syytetyn oikeussalikäytöksestä saatujen vaikutelmien on katsottu vaikuttaneen 11–14 %:iin näytöllisesti vaikeiden juttujen ratkaisuihin USA:ssa jury-oikeudenkäynneissä.

³⁴⁷ Ks. *Levy* 1999 s. 150 ja *Stone* 1988 s. 63 ja 112 s.

Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa esitetään useita keinoja valheellisen kertomuksen paljastamiseksi. Tällaisia ovat mm. 1) aggressiivinen vastakuulustelu, 2) erilaiset epäsuorat taktikat (yhdistäminen alun konstruktiviseen vastakuulusteluun, hämäävään ”turvallisuudentunteeseen tuudittaminen”, paljastaviin yksityiskohtiin sitouttaminen), 3) edestakaisin siirtyilevä vastakuulustelu, 4) tapahtumille periferisten seikkojen tiedustelu, 5) yleisesti nopea kuulustelutempo, 6) eri kuulusteltavien kertomusten rinnakkainen kontrollointi samoista seikoista ja 7) vastakuulustelijan oikealla tai esitetyllä faktatuntemuksella vaikuttaminen.³⁴⁸

Pääsääntöisenä metodina valehtelun paljastamisessa pidetään lukuisten tiedustelevien kysymysten esittämistä tapahtuman yksityiskohdista ja tämän jälkeen tapahtuvaa enemmän tai vähemmän suoraa kertomuksen kyseenalaistamista. Perusteena on ajatus, jonka mukaan valehtelija jää helpommin kiinni yksityiskohdista; oikein todistava voi muistella aitoja yksityiskohtia, mutta valehteleva joutuu ne usein keksimään saman tien, koska on epätodennäköistä, että kukaan voisi etukäteen muodostaa itselleen täydellistä mielikuvaa fiktiivisestä tapahtumasta (ja pitkä miettimisaika ja hapuilut vähentäisivät kertomuksen uskottavuutta). Vaikka kuulusteltava olisikin etukäteen valmistellut valheellista kertomustaan, ei hän kuitenkaan voi tietää, missä järjestyksessä ja minkä sisältöisinä tapahtuman yksityiskohdista tullaan oikeudessa kysymään, mikä voi koitua taitavankin valehtelijan ’kompastuskiveksi’.³⁴⁹

Valehtelun paljastaminen on joka tapauksessa aina vaikeata. Välttämätön edellytys tässä(kin) suhteessa menestyksellisen vastakuulustelun suorittamiselle on, että kuulustelija tuntee tapauksen faktat viimeistä yksityiskohtaa myöten. Asianosaisen tulisi valmistautua juttuun erityisen hyvin, jos jo ennen oikeudenkäyntiä on aihetta pelätä, että jommankumman asianosaisen kutsuma todistaja tai muu henkilö saattaa valehdella. Esimerkiksi tapahtumapaikalla käynti ennen oikeudenkäyntiä mahdollistaa sellaisten yksityiskohtaisten tekijöiden tiedustelun varmallalla tavalla siten, että kuulustelija pystyy nopeasti tunnistamaan virheelliset tiedot. Toisaalta kuulustelija pystyy tällöin esiintymään niin varmasti, että vastahakoinen kuulusteltava saattaa ’taipua’ jo etukäteen eikä pyri vääristelemään vastauksiaan.³⁵⁰ Usein tapahtumia edeltävien tai välittömästi seuraavien hieman periferisten seikkojen tarkka tiedustelu on tarkoituksenmukaista syyttäjälle syytetyn alibitodistelun kontrolloimiseksi.³⁵¹

Kuulustelija voi myös pyrkiä salaamaan epäuskonsa kuulusteltavan kertomukseen ja välttää suoraa konfrontaatiota tämän kanssa. Kuulusteltavan sitout-

³⁴⁸ Ks. Levy 1999 s. 192–199 ja Lie 2002 s. 252–257.

³⁴⁹ Ks. mm. Tackenberg 1960 s. 79, Eisenberg 1993 s. 79, Stone 1988 s. 150–151, Prüfer 1986 s. 18–19 ja Wellman 1962 s. 67–68.

³⁵⁰ Ks. Levy 1999 s. 111.

³⁵¹ Ks. Levy 1999 s. 194–195.

taminen kertomukseensa (jotta sen oikeellisuutta vastaan voi myöhemmin hyökätä) voi edellyttää varsinaisesta kuulustelun aiheesta näennäisesti kauas poikkeamista. Tällöin kuulustelijan on tarvittaessa pystyttävä perustelemaan kyselylinjansa tavalla, joka ei paljasta kuulustelutaktiikkaa ja tee kuulustelun tarkoitusta siten tyhjäksi. Jos mahdollista, vastakuulustelijan kannalta on järkevää keskittyä tiettyihin varmoihin seikkoihin, joista kuulusteltava ei ole entuudestaan todistanut tai on todistanut vain hyvin suppeasti, ja joihin tämä ei todennäköisesti myöskään ole osannut oikeuteen tullessaan valmistautua. Epäsuorassa (valheenpaljastus)taktiikassa kuulusteltavalle tuttuihin asioihin liittyviä seikkoja ei muutenkaan ole aiheellista painottaa, koska uskottavien seikkojen sepittäminen on tällöin kuulusteltavalle helpompaa. Vastakuulustelija saattaa myös esittää joitakin kuulusteltavalle täysin yllätyksellisiä kysymyksiä, joilla kenties on vain vähän tekemistä itse asian kanssa, jotta kuulusteltava (joka ei tiedä kysymysten tarkoitusta) huolestuisi kertomuksensa pitävyydestä ja kenties altistuisi vastaamaan ristiriitaisesti.³⁵² Sitouttavien kysymysten esittämisen kuulustelija voi myös hajauttaa eri osiin vastakuulustelua, jotta kysymysten tarkoitus ei paljastuisi kuulusteltavalle. Vastakuulustelun ei toisaalta tulisi olla niin hajautettu ja sekava, että sen seuraaminen aiheuttaisi vaikeuksia myös todisteluja seuraavalla tuomioistuimelle, tai että kuulusteltava voisi mahdolliseen ristiriitaan jouduttuaan vedota epäselvän kyselyn aiheuttamaan sekaannukseen.³⁵³

Luonnetodistelu valehtelun paljastamiseksi. Luonnetodistelua voidaan käyttää vastakuulustelussa joko yleisenä henkilön uskottavuuteen kohdistuvana metodina (yllä) tai nimenomaisesti kuulusteltavan valehtelutaipumuksen osoittamiseksi. Kuulusteltavan henkilökohtaisia ominaisuuksia koskeva kattava kysely ja muu vastaava vastatodistelu saattaa luoda tietynlaisen kuvan kuulusteltavan yleisestä uskottavuudesta ja toimia siten (*negatiivisena*) *aputositseikkana* näyttönarvioinnissa.³⁵⁴ Vastakuulustelussa tehtävien kuulusteltavan henkilökohdaisia ominaisuuksia ja suhdetta asiaan selvittävien kysymysten tarkoituksena on luoda kuulusteltavan uskottavuudesta sellainen skeptinen etukäteiskäsitys, joka yhdistyy yleiseen todistelun luotettavuuden kritisointikontekstiin vastakuulustelun muissa vaiheissa. Kertomuksessa oleville puutteille pyritään ts. antamaan selitys henkilön epäluotettavuudesta.³⁵⁵

Jos kuulusteltavan epäilläään valehtelevan, voi vastakuulustelussa pyrkiä heikentämään tämän kertomuksen näyttöarvoa esim. osoittamalla henkilön huonoja elämäntapoja, piileviä motiiveja tai puolueellisuutta. Puolustus voi pyrkiä

³⁵² Ks. Stone 1988 s. 102 ja 151 ja Wellman 1962 s. 72.

³⁵³ Ks. Wellman 1962 s. 73. Levy 1999 s. 173 puhuu ”Closing Off Avenues of Escape” -metodista.

³⁵⁴ Ks. Stone 1988 s. 144–145 valehtelun huomaamisesta: ”The superiority of the criminal trial, over a psychological interview, is its massive approach to questions of credibility which requires study of all the evidence from all the witnesses, and from all points of view after thorough testing, which makes a sound and integrated holistic judgment possible.”

³⁵⁵ Ks. Stone 1988 s. 144 s.

heikentämään kertomuksen luotettavuutta esim. osoittamalla, että asianomistajan antagonistiset tunteet syytettyä kohtaan ovat vaikuttaneet kertomukseen. Syyttäjä voi luonnollisesti menetellä päinvastaisesti korostamalla syytetyn väitteiden epäuskottavuutta vastaavista syistä. Sikäli kun asianosaiset tuntevat toisensa entuudestaan, on erityisen relevanttia selvittää heidän aiempia ja nykyisiä suhteitaan sekä teon motiiveja (näin vihamielinen asenne tulee selvemmäksi). Jos tekijä ja asianomistaja eivät tunne toisiaan, on huomiota sitä vastoin kiinnitettävä teon olosuhteisiin, uhrin shokkiin yms. seikkoihin.³⁵⁶

Sikäli kun vastatodistelu kohdistuu kuulusteltavan suhteiden selvittämiseen jutun asianosaisiin nähden, saattaa olla pelkkiä toteamuksia tai suoria kysymyksiä tehokkaampaa muotoilla tällaiset kysymykset mahdollisimman elävään ja helposti visualisoitavaan, tarinamaiseen muotoon. Jos kuulusteltava on esimerkiksi salannut jonkin kuulustelijan tiedossa olevan suhteen jutun asianosaiseen, voi vastakuulustelija *epäsuorilla* kysymyksillä saada kuulusteltavan kieltämään tällaisen asiantilan tai seikan olemassaolon, ja sitten konfrontaatiolla heikentää tämän uskottavuutta.³⁵⁷

Säännöstasolla kysymys henkilön lähtökohtaisesta epäluotettavuudesta tulee esille OK 17 luvun 21 §:n 2 momentin säännöksestä, jonka mukaan tuomioistuimen puheenjohtajan on harkittava, voidaanko sellaista henkilöä lainkaan kuulla oikeudessa todistajana, joka on syytteessä tai tuomittu rangaistukseen viitatuista RL 17 luvun rikoksista.³⁵⁸ Tällaisiin seikkoihin henkilötodistelua vastustavan asianosaisen tulisi vedota jo ennen kuulemisen aloittamista. Jos näin on tehty mutta vastaväite ei ole menestynyt ja henkilön kuulusteleminen on siis sallittu, kuulusteltavan epäluotettavuutta osoittavaan rikolliseen menneisyyteen voitaneen tällöin vastakuulustelussa viitata (koska seikka on jo tullut esille oikeudenkäynnissä). Puheenjohtajan harkintavallassa on, missä määrin muilta kuulusteltavilta – so. henkilöiltä, joiden rikollinen tausta ei ole tiedossa – voidaan näiden mahdollisesta rikollisesta menneisyydestä kysellä. Nimenomaisen kiellon puuttuessa suoranaisesti kiellettyä menettelyä ei voida pitää.³⁵⁹

Luonnetodistelussakin kuulustelijan tulisi pidättäytyä ilman hyviä perusteita tapahtuvista suorista valehteluväitteistä. Pelkkä ’te valehtelette’ -tyylinen toteamus ilman perusteita, joihin viitata näkemyksensä tueksi, ei nimittäin johda mihinkään positiiviseen kuulustelijan kannalta. Syyttäjäpuolen hyväksi todistavat henkilöt, joiden rehellisyyttä vastaan saatetaan hyökätä tällä tavalla, ovat yleensä joko kanssasyytettyjä, asianomistajia tai poliiseja. Kanssasyytettyjen vastakuulustelussa kyseeseen voi usein tulla sekä luonnetodistelu että totuuden-

³⁵⁶ Stone 1988 s. 45–47.

³⁵⁷ Stone 1988 s. 148.

³⁵⁸ HE 190/2002 vp. s. 25 kuitenkin ehdotetaan, että mainittu OK 17:21:n 2 momentti kumottaisiin tarpeettomana.

³⁵⁹ Ks. edellä jaksossa 6.2.3.3 sopimattomista kysymyksistä esitettyä.

puhumismotivaation selvittäminen. Yleisesti kuulusteltavan aiemmin tekemät rikokset vastakuulustelija voi tuoda esiin joko suoraan kysymällä tai epäsuorasti henkilön valehteludispositiota testaten (esim. 'onko teillä ollut hankaluuksia lain kanssa'). Jos henkilö vähättelee tai 'unohtaa' mainita rikostuomioistaan, on vastakuulustelussa onnistuttu osoittamaan jotain paitsi kuulusteltavan henkilökohtaisista ominaisuuksista, myös tämän valmiudesta puhua tietoisien epätarkasti tai valheellisesti oikeudessa todistelutarkoituksessa kuulusteltavana.³⁶⁰

Kuulusteltavan pääkuulustelussa antama vapaa kertomus voi paljastaa henkilön jännittyneisyyden tai kapea-alaisen näkemyksen, ja antaa vastakuulustelijalle kiinnekohtia, joiden avulla hän voi pyrkiä kyseenalaistamaan kuulusteltavan uskottavuuden tai vilpittömyyden. Hitaasti ja välttelevästi vastaavan, vastentahtoisen kuulusteltavan vastakuulustelussa näitä vastauksista ilmeneviä piirteitä voi korostaa esim. pyytämällä kuulusteltavaa kuuntelemaan erittäin tarkasti jotain kysymystä tai esittämällä kysymykset korostetun hitaasti tai toistamalla kysymyksen pian, jos kuulusteltava jää miettimään vastaustaan. Kuulustelija saattaa myös korostaa kuulusteltavalle, että esitetty kysymys oli selkeä ja yksiselitteinen ja ettei hänellä tulisi olla vaikeuksia siihen vastaamisessa (eväten näin kuulusteltavalta mahdollisuuden saada lisää miettimisaikaa ja samalla korostaen tuomioistuimelle henkilön välttelevää asennetta).³⁶¹

Kuulusteltavan välttelevyyttä kuulustelija voi korostaa myös 'en kysynyt teiltä X:ää – sen sijaan kysyin Y:tä' -tyyppisellä kysymyksen toistamisella, kun kuulusteltava on vastannut varsinaisen kysymyksen 'ohi'.³⁶² Vastakuulustelijalle voi myös olla edullista pyrkiä heikentämään muistamattomuuteen vetoavan kuulusteltavan yleistä uskottavuutta kokoamalla kysymyksiin yhteen kaikki ne seikat, joista henkilö ei enemmän tai vähemmän vilpittömästi kokemansa muistamattomuutensa takia ole lausunut: tällaiset seikat voivat nimittäin yhdessä tarkasteltuna muodostaa tietyn silmiinpistävän 'kuvion'. Vastakuulustelija voi myös kiinnittää huomiota sujuvan pääkuulustelun ja vähäsanaisen vastakuulustelun väliseen kontrastiin.³⁶³

IV Kertomukseen ja sen näyttöarvoon kohdistuva vastakuulustelu. Edellä on käsitelty kuulusteltavan uskottavuuden vähentämiseen perustuvaa vastakuulustelunäkökulmaa eli lähinnä tilanteita, joissa henkilön katsotaan erehtyneen johtopäätöksissään tai suoranaisesti valehtelevan. Pääsääntöisenä vastakuulustelustrategiana suullisen todistelun luotettavuuden heikentämisessä tulee kuitenkin pitää kertomuksen sisältämien ristiriitaisuuksien tai epärealististen/

³⁶⁰ Stone 1988 s. 148.

³⁶¹ Ks. Levy 1999 s. 207.

³⁶² Ks. Moore ym. 1996 s. 184. Myös se, että kuulustelija pyytää tuomioistuimen puheenjohtajaa kehottamaan kuulusteltavaa vastaamaan kysymykseen, on omiaan korostamaan kuulusteltavan vastentahtoista asennoitumista.

³⁶³ Ks. Wellman 1962 s. 81, Stone 1988 s. 149 s. ja Levy 1999 s. 17.

epäuskottavien elementtien osoittamista tai sen osoittamista, että kertomus todistaa vain heikosti pääkuulustelijan nimeämistä teemasta. Tällöin näkökulma ei ole kuulusteltavan 'henkilössä', vaan 'objektiivisesti' itse kertomuksessa.

Kertomuksen sisäinen ristiriitaisuus ja epärealistisuus on kertomuksen mahdollinen ominaisuus, jota voidaan arvioida periaatteessa irrallaan muusta oikeudenkäyntiaineistosta. Usein kertomuksen ristiriitaiset piirteet paljastuvat kuitenkin vasta verrattaessa sitä muuhun näyttöön, esimerkiksi toiseen todistajanlausuntoon. Koska inkonsistenssilla on tunnetusti merkittävä negatiivinen näyttövaikutus, on erityisesti puolustustoimeksiantoa hoitavan vastakuulustelijan tehtävänä ”paljastaa kertomuksen ristiriitaisuudet, ja jos mahdollista, aikaansaada niitä, sekä laajentaa ristiriidan merkitys koskemaan sen välitöntä aluetta ulommalle ja siten aiheuttaa mahdollisimman suurta vahinkoa pääkuulustelussa annetulle todistajankertomukselle.”³⁶⁴ Vastakuulustelu voi toisin sanoen kiinnittää huomiota sekä ilmeisiin että piileviin (latenteihin) epäjohtomukaisuuksiin tai muihin tekijöihin, jotka herättävät epäilyksiä kertomuksen luotettavuutta kohtaan. Esimerkiksi tietyn yksityiskohdan nähneen todistajan havaintoedellytyksissä olevia puutteita kuulustelija voi testata johdattamalla todistaja sanomaan nähneensä myös jotain sellaista, mihin hän muiden tietojen valossa ei ole voinut olla kykenevä.³⁶⁵

Ajatuksena kertomuksen ristiriitoihin keskittyvässä vastakuulustelussa on, ettei valheeseen tai virheeseen perustuvalla toteamuksella voi olla todellisuus-pohjaa (paitsi sattumalta), ja että tämä puute voidaan tunnistaa vertaamalla kertomusta muuhun näyttöön, jonka oletetaan todistavan todellisista asiainiloista. Erilaisten suljettujen kysymysten ja erityisesti teemanvaihto- ja tilannekysymysten esittäminen soveltuu hyvin tähän tarkoitukseen. Vastakuulustelijan on toisaalta järkevää ottaa tällä tavoin esille vain suhteellisen keskeisiä epäjohtomukaisuutta indisoivia seikkoja, koska kertomukseen luonnollisesti kuului vähäisiin eroihin keskittyminen ei välttämättä osoita muuta kuin sitä tosi-seikkaa, ettei muisti toimi videonauhurin tavoin, vaan on osin puutteellinen ja rekonstruktiiivinen. Vastakuulustelijan tulisi kyetä erottamaan merkitykselliset yksityiskohdat asiayhteytensä perusteella eli silloin, kun seikka liittyy rikostunusmerkistön kannalta keskeiseen tapahtumaan tai yhdessä suuremman kokonaiskuvan muodostavan aihe- tai rakenteellisen näytön yhteen osaseen/linkkiin. Silloin kun kuulusteltava näyttäisi selvästi valehtelevan ja keksivän kertomukseensa lisäyksityiskohtia vastakuulustelijan esittämien kysymysten johdosta, saattaa epäsuoran ja suoran vastakuulustelutaktiikan yhdistäminen myös edesauttaa kertomuksen sisäisten ja ulkoisten (so. muuhun näyttöön verrattavien) ristiriitojen syntymistä. Tässä merkityksessä (asiallinen) destruktiivinen vasta-

³⁶⁴ Näin *Stone* 1988 s. 153 (vapaasti käännettynä).

³⁶⁵ Näin *Munkman* 1951 s. 21.

kuulustelu voi palvella hyvin aineellisen totuuden selvittämispyrkimystä, ja siksi tuomioistuimen tulisi menettely pääsääntöisesti sallia.

Epäkronologisen ja epäloogisen kyselyjärjestyksen käyttö vaikeuttaa paitsi uskottavaa valehtelua, myös kuulusteltavan yrityksiä peittää epävarmuutensa tai virheensä katteettoman itsevarmoilla mutta erheellisillä vastauksilla. Tällaiset virhe-epäilyt vastakuulustelija voi pyrkiä paljastamaan myös kysymällä ”vanhaa perua” olevia yksityiskohtia (esim. esitutkintapöytäkirjasta), jolloin virhe tai muu ristiriitaisuus saatetaan tehdä ilmeiseksi.³⁶⁶ Joissain tilanteissa vastakuulustelijan kannalta toimiva menettely voi olla pyytää kuulusteltavaa toistamaan pääkuulustelussa antamansa kertomuksen kokonaan tai osittain; identtinen toisto voi yhtäältä viitata kertomuksen ulkoa opettelemiseen, ja toisaalta epävarmoista seikoista annettu todistus saattaa toiston yhteydessä muuttua. Kronologisesti hyppelehtivien kysymysten esittäminen tämän jälkeen voi olla tehokas keino horjuttaa epäluotettavan kertomuksen antaneen henkilön itsevarmuutta ja kykyä muistaa kertomuksensa muuttumattomana.³⁶⁷

Puolustuksen kannalta toistamisessa tosin on vaara, että näin ’konseptinsa hallussa pitävälle’ kuulusteltavalle vain tarjotaan tilaisuus uusia menestyksensä pääkuulustelukertomuksensa, jolloin vastakuulustelun vaikutus on päinvastainen kuin toivottu. Kuulustelutaktisesti toistossa tulisi lisäksi muistaa, että kyseessä on seikka, johon tuomioistuimet kaikkein herkimmin puuttuvat prosessinjohdonsa puitteissa. Tuomioistuimen näkemys prosessin jouduttamisesta voi olla suorassa ristiriidassa asianosaisen kuulustelutaktiikan kanssa. Monesti jonkin seikan uudestaan kertaaminen voi kuitenkin olla tehokain tai ainoa tapa selvittää kuulusteltavan todenmukaisuutta tai kertomuksen luotettavuutta.³⁶⁸

Epäsuorassa vastakuulustelussa epäjohtonmukaisuuksien eksplikointiin tai tietoiseen synnyttämiseen vastakuulustelija voi pyrkiä myös siten, että kuulusteltavan itsevarmuutta koetetaan lisätä siten, että tämä rohkaistuisi kertomaan vuolaasti ja varomattomasti. Valehtelusta tai virheestä kiinni saaminen on nimittäin sitä todennäköisempää, mitä kattavampi ja siten ajallisesti pidempi vastakuulustelu on, koska tämä lisää – mahdollisesti keskenään ristiriitaisten – yksityiskohtien määrää.³⁶⁹ Vastaavasti samankaltaisten kysymysten esittäminen mahdollisimman monelle vastapuolen todistajalle lisää keskenään ristiriitaisten

³⁶⁶ Ks. *Samuelson* 1997 s. 123.

³⁶⁷ *Wellman* 1962 s. 67. Ks. valaiseva esimerkki ns. teemanvaihtokysymyksistä *Wellman* 1962 s. 69 ss.

³⁶⁸ Ks. *Wrottesley* 1961 s. 117 ja *Samuelson* 1997 s. 129–130.

³⁶⁹ Ks. *Samuelson* 1997 s. 131, *Tackenberg* 1960 s. 79 ja *Stone* 1988 s. 102 ja 154. Toisaalta liiallinen vastakuulustelun pitkittäminen voi myös eliminoida mainitun edun, jos tuomioistuimen vastaanottavaisuus ei enää ole riittävän hyvä epäjohtonmukaisuudelle asianosaisen toivoman merkityksen noteeraamista ajatellen.

kertomusten todennäköisyyttä. Jos jutussa on useita syytettyjä, on mahdollista sekin, että eri syytettyjen avustajat sopivat yhteisen strategian, jonka mukaan eri oikeudenkäyntiavustajat käyttävät eri suuntaisia – mutta samaan tähtääviä – vastakuulustelutaktiikoita.

Joskus sinänsä vilpittömät ja puolueettomat kuulusteltavat voivat olla kannassaan hyvin järkkymättömiä tahtoen näin osoittaa muistikuviansa varmuuden. Vastakuulustelijan onkin perusteltua tarkkailla tällaista ’yli-itsevarmuutta’, joka voi ilmetä vastausten ehdottomuutena tai ’dogmaattisuutena’. Liian jyrkästi näkemyksensä esittänyt henkilö voi nimittäin hyvinkin olla valmis jossain vaiheessa lieventämään kantaansa. Lievään epärehellisyysasteen asti omassa kannassaan pysyviä kuulusteltavia vastakuulustelija voi kuulla alun tunnustelun jälkeen jossain määrin tiukempaankin sävyn tarkkaan rajatuilla johdattelevilla kysymyksillä.

Jos vastakuulustelussa onnistutaan osoittamaan todistajankertomusta rasittava ristiriitaisuus tai muu epäluotettavuutta aiheuttava tekijä, on vastakuulustelijan tarkoituksenmukaista hyödyntää seikkaa mahdollisimman tehokkaasti. Vastakuulustelija voi valita kahdesta vaihtoehdoisesta etenemistavasta kulloisenkin tilanteen vaatimalla tavalla. Yksi vaihtoehto on jatkaa valitulla vastakuulustelinjalla, jolloin kuulusteltava todennäköisesti pyrkii selittämään ristiriitaa; lisäselvitykset itsessään voivat johtaa siihen, että ristiriita vain syvenee entisestään. Puolustuksen näkökulmasta riskinä on jälleen se, että kuulusteltava onnistuukin ristiriidan uskottavalla tavalla selvittämään.³⁷⁰ Toinen menettelytapa on lopettaa vastakuulustelu välittömästi tai ainakin pian ristiriidan ilmenemisen jälkeen siten, ettei kuulusteltavalle anneta välitöntä mahdollisuutta ristiriidan lähempään selvittämiseen. Viimeksi mainittu menettely soveltuu lähinnä vain puolustuksen käyttöön³⁷¹ ja tällöinkin vain rajatusti tilanteissa, jossa ristiriita on jollain tavoin ”piilevä”. Syyttäjä tai tuomioistuin eivät nimittäin välttämättä huomaa piilevää epäselvyyttä, ja eivät siten myöskään pyri selvittämään sitä uudelleenkuulustelussa tai esittämään lisätodistelua aiheesta. Tällöin puolustus saattaa laskea sen varaan, että ristiriidan merkityksen korostamiseen voidaan tehokkaimmalla tavalla keskittyä vasta loppupuheenvuorossa.³⁷²

V Kertomuksen epäuskottavuus tai epätodennäköisyys. Kertomuksen epäuskottavuus tai epätodennäköisyys on vaikeammin osoitettavissa kuin kertomuksen epäjohtamukaisuus. Epäuskottavuus viittaa alhaiseen todennäköisyyteen

³⁷⁰ Tätä riskiä korostaa mm. Evans 1993 s. 99–100.

³⁷¹ Virallisen syyttäjän objektiivisuusvelvoite ja velvollisuus aineellisen totuuden selvittämiseen pääsääntöisesti estävät helposti selvitettävissä olevan epäselvyyden hyödyntämisen syytteen tukena. Normaalitilanteissa (ts. kun syyttäjän tavoitteena ei ole nimenomaisesti vääriin lopputulokseen johtavan valheen tai virheen paljastaminen) syyttäjän velvollisuutena on pidettävä kaikkien relevanttien seikkojen selvittämistä kuulustelun aikana.

³⁷² Ks. Stone 1988 s. 155 s. ja Jönsson 1988 s. 27–28.

siitä, että väitetty tosiseikka voisi olla totta. Kyse ei ole varmasta tiedosta, vaan tietyistä tosiseikoista tehtävistä enemmän tai vähemmän epävarmoista johtopäätöksistä: erityisesti syyttäjän suorittamassa syytetyn vastakuulustelussa syyttäjä saattaa usein joutua kohdistamaan huomiota syytetyn kertomuksen epätodennäköisyyteen (lausuma saattaa vaikuttaa perustelemattomalta viime hetkellä keksityltä sepitelmältä, jolla rikostuomio pyritään välttämään).³⁷³

Asiantuntijana kuultavalta henkilöltä voidaan suoraan vastakuulustelussa kysyä tämän johtopäätösten todennäköisistä varmuudesta, mutta normaalin todistajan vastakuulustelussa tämän arvioiden todennäköisyyden kyseenalaistaminen on rajoitetummin mahdollista jo siitä syystä, että todistajan ei pääsääntöisesti tulisi kertoa omista johtopäätöksistään vaan pelkästään havainnoistaan. Joskus todistajan mielipiteiden selvittäminen on kuitenkin tärkeää todistusharkinnan kannalta. Tällöin vastakuulustelussakin voidaan kohdistaa kritiikkiä todistajan arvioiden todennäköisyyttä kohtaan. Vastakuulustelijalle mahdollinen menettely voi olla esim. argumentoida, että kyseisten seikkojen perusteella aivan toisenlainen tulkinta olisi todistajan esittämää näkemystä todennäköisempi. Tällaisen väitteensä vastakuulustelija voi perustella kiistämällä johtopäätösten perusteena olevan tosiseikan olemassaolon, kiistämällä joidenkin tosiseikkojen välillä väitetysti vallitsevan yhteyden tai ehdottamalla kokonaan uutta, kilpailevaa tulkintaa tosiseikoista. Syyttäjä voi esimerkiksi kiinnittää huomiota muusta näytöstä tai syytetyn omista lausumista ilmeneviin seikkoihin, jotka osoittavat todennäköisemmin syytetyn syyllisyyden puolesta kuin vaihtoehdoisen hypoteesin puolesta. Tässä tarkoituksessa syyttäjä voi vedota vastakuulustelussa erillisiin aihetodisteisiin, jotka yhdessä muodostavat syyllisyyttä tukevan kokonaiskuvan. Tällaisessa tilanteessa kyse ei ole enää mielipiteistä, vaan konkreettisia tosiseikkaväitteitä koskevasta todistelusta. Myös todistajan vastakuulustelussa voidaan ottaa esille konkreettisten seikkojen todennäköisyysarviota koskevia tekijöitä (erityisesti rakenteellista näyttöä koskevia kysymyksiä) ilman, että kyse olisi sinänsä kielletystä todistajan mielipiteiden selvittämisestä.³⁷⁴

³⁷³ Kertomuksen epäuskottavuus tai epätodennäköisyys on tässä erotettu kertomuksen epäjohtonmukaisuudesta. Epäjohtonmukaisuudet luonnollisesti voivat heikentää kertomuksen luotettavuutta. Kertomuksen epäuskottavuudella tarkoitetaan tässä kuitenkin nimenomaan tilannetta, jossa varsinaisia ristiriitaisuuksia ei ole tullut esille, mutta kertomus vaikuttaa muutoin 'epäilyttävältä'. Esimerkkitapauksia mainituista 'sepitelmistä' esittää mm. von Eyben 1986 s. 155–157. Ks. myös Schaub 1968 s. 173.

³⁷⁴ Todistajalta voi vastakuulustelussa tiedustella tämän mielipidettä sellaisista mahdollisesti toisenlaiseen tulkintaan johtavista *tosiseikoista* (oikeastaan tosiseikkoja koskevista väitteistä) jotka ilmenevät muusta näytöstä. Sen sijaan todistajalta ei tulisi yleisesti kysyä tämän mielipidettä muusta näytöstä eikä käsitystä siitä, valehteleeke jokin toinen todistaja. Vastakuulustelijan ei tule myöskään kysymystensä sanamuodoilla tosiasiaa itse antaa todistajanlausumaa, esim. "tiedossani on, että...." tai "Päämieheni tulee kertomaan...". Ks. Stone 1988 s. 162.

Rajanveto sen suhteen, missä määrin vastakuulustelussa voidaan ja tulee välttää muun näytön nimeämistä ja siitä kannanoton pyytämistä kuulusteltavalta henkilöltä, on yleisesti ottaen vaikea.³⁷⁵ Joissain tilanteissa voi olla välttämätöntä konfrontoida kuulusteltava esim. sellaisen oikeudenkäynnissä ilmenneen tosiasian kanssa, että toinen todistaja N.N. on kertonut samasta asiasta eri tavoin. Tällaisessa tilanteessa ei nähdäkseni ole asianmukaista kysyä ainakaan suoraan henkilön kantaa siitä, valehteleeke N.N., tai välttämättä muutenkaan vedota *suoraan* juuri N.N.:n kertomaan – sen sijaan vastakkainasettelun ristiriitaisen seikan kanssa näen mahdollisena ’substanssin’, so. relevantin asiasisällön kautta. Joskus voinee olla sopimatonta esim. suoraan kysyä kuulusteltavalta ”Miten voit sitten selittää sen, että N.N. on kertonut kyseisenä iltana olleen rankkasateen?”. Sen sijaan kuulusteltavalle voi ’asiallisesti’ ilmoittaa, ettei kuulustelija pidä henkilön kertomaa riidattomana esim. seuraavasti: ”Eikö kuitenkin ole niin, että kyseisenä iltana päinvastoin itse asiassa satoi rankasti?”³⁷⁶ Kuulustelutaktisesti joskus voi kuitenkin olla välttämätöntä ja hyväksyttävää, että erehtymisestä tai valehtelusta epäilty kuulusteltava konfrontoidaan suoraan ristiriitaisen todistelun (ts. toisen todistaman kertoman seikan) kanssa.

Vastakuulustelussa tulisi yleisestikin selvittää mahdollisimman paljon kertomukseen välittömästi liittyviä ja sitä sivuavia tosiseikkoja, joista voi yhdessä tehdä päätelmiä väitteiden (epä)todennäköisyydestä. Mitä enemmän tällaisia vaihtoehtoisia tulkintoja mahdollistavia tosiseikkoja tulee esille, sitä epätodennäköisemmältä vastapuolen teesi tai hypoteesi saadaan näyttämään.³⁷⁷ Ja kuten edellä on todettu, vilpillisen tai erehtyneen kuulusteltavan kohdalla vastakuulustelun kattavuus lisää myös todennäköisyyttä epäjohtonumukaisuuksien ilmenemiseen.

Todistajankertomus voi vaikuttaa epäuskottavalta joko yksittäisten yksityiskohtiensa, joidenkin tietojen kombinaation tai kokonaisuutensa puolesta. Usein juuri kertomukseen sisältyvät käyttäytymisen ja muut ihmisluonteen arvioinnista riippuvaisten seikkojen kuvaukset voivat vaikuttaa epätodennäköisiltä yleisen elämäkokemuksen valossa. Tähän perustuen vastakuulustelussa voidaan pyrkiä laajentamaan kertomuksen kontekstia siten, että jo aluksi epätodennäköiseltä tuntunut seikka näyttäisi entistäkin huonommin yhteensopivammalta muuhun näyttöön suhteutettuna, ellei jopa mahdottomalta. Kuulusteltavan väitteeseen sisältyviin oletuksiin huomion kiinnittäminen samoin kuin

³⁷⁵ Angloamerikkalaisen oikeuden kannasta ks. esim. *Moore ym.* 1996 s. 209.

³⁷⁶ Sopimatonta ensiksi mainittu kyselytyyli voisi olla lähinnä siksi, että vastakkainasettelu ikään kuin velvoittaisi todistajan vastaamaan epäilyyn, jonka mukaan ”joko sinä valehtelet tai N.N. valehtelee”.

³⁷⁷ Ks. *Stone* 1988 s. 158 s. ja 160–161: ”One way or another, the aim is to expand the contact of an unlikely story with reality, so that it becomes increasingly improbable to the point of absurdity, as it is seen how the story does not fit together, and its discontinuity with reality becomes obvious. As wide and as variable a combination of facts as possible should be assembled, to which the test of everyday experience may be applied.”

selvennys väitteen merkityksestä koko asian hahmottamiselle voivat paljastaa kuulusteltavan perustaneen näkemyksensä esim. sellaiselle virheelliselle tai epäuskottavalle motivaationäkemykselle, joka voidaan muun näytön avulla poissulkea.³⁷⁸

Moore ym. esittää havainnollisen 'metodin' kertomuksen epäuskottavien osien yksilöimiseksi. Vastakuulustelija voi soveltaa tietynlaista "*jos... ei ole uskottavaa... koska*" -argumentaatiomallia. Esimerkki on tarpeen mallin havainnollistamiseksi. Oletettakoon, että liikenteen vaarantamisesta ja vammantuottamuksesta syytetyn henkilön puolustuksen vastatodistelu kohdistuu syyttäjän todistajaan, joka on kertonut syytetyn ajaneen risteykseen ylinopeutta ja törmänneen asianomistajaan. Todistaja kuitenkin kertoo pääkuulustelussa, että todistettuaan tapahtuman hän jatkoi matkaa, koska hänellä oli sovittu kampaamo aika (todistaja palasi tuntia myöhemmin ja ilmoittautui vielä paikalla oleville poliiseille onnettomuuden todistajaksi). Näissä olosuhteissa puolustus voi pitää todistajankertomusta epäuskottavana (kampaa-jalle poistumisen osalta – ja sitä kautta mahdollisesti muiltakin osin) esim. seuraavalla tavalla:

Jos todistaja olisi nähnyt syytetyn aiheuttavan onnettomuuden...

ei ole uskottavaa, että hän olisi välittömästi tämän jälkeen ajanut kampaa-moon...

koska:

- a) hänen olisi tullut jäädä paikalle tarkistaakseen, voiko hän auttaa onnettomuuden osapuolia.
- b) hänen olisi tullut jäädä paikalle kutsuakseen ambulanssin.
- c) hänen olisi tullut jäädä paikalle ilmoittautuakseen viranomaisille todistajana, tms.

Näin ollen todistajan kertomus ei ole uskottava yleisen elämäkokemuksen valossa.

Esitetty '*jos... ei ole uskottavaa... koska*' ajattelurakenne voi edesauttaa sellaisten seikkojen ja todisteiden nimeämistä, joihin voi vedota osoittaakseen vastapuolen (todistajan) kertomuksen olevan epäuskottava. '*Koska*'-argumentit voivat sellaisenaan toimia perusteina vastakuulustelussa esitettävälle kysymyksille (esim. Välittömästi havaintojenne jälkeen ajoitte kampaa-moon, eikö totta? Poistuitte paikalta auttamatta X:ää (syytettyä)? Poistuitte siis paikalta kutsumatta ambulanssia? Oliko siis niin, että ette antaneet henkilötietojanne kenellekään viranomaiselle ennen poistumista paikalta? jne). On selvää, että ollakseen vakuuttavia tai ylipäättänsä mahdollisia, tulee '*koska*'-argumenttien perustua esitutkintaselvitykseen tai oikeudenkäyntiaineistoon. Se, että epäuskottavuusargumenttia ylipäättänsä '*kannattaa*' esittää, edellyttää myös asianosaisen arviota siitä, ettei vastapuoli onnistu omilla vastaväitteillään selkeästi kumoamaan selitystä (esim. "onnettomuuden todistaminen voi johtaa irrationaaliseen käytökseen").³⁷⁹ Kuten sanottu, epä-

³⁷⁸ Ks. Stone 1988 s. 65 s.

³⁷⁹ Toisaalta jos puolustus olettaa, ettei syyttäjä ole huomionnut epäuskottavaa kertomuksen piirrettä, saattaa syytetyn prosessistrategialle olla edullista jättää epäuskottavuuden eksplikointi suorittamatta vastakuulustelussa, ja jättää seikan argumentointi loppulausuntovaiheeseen.

uskottavuuden merkitystä voi vastakuulustelija vielä eksplikoida (tapauksessa esim. seuraavasti (*loppulausunnossa*) argumentoiden: ”Se, että todistaja ajoi suoraan kampaamoon osoittaa, ettei todistaja ole voinut (varmuudella) nähdä syytetyn ajavan risteykseen vauhdilla ja osuvan asianomistajaan. Jos hän olisi kyseiset seikat havainnut, olisi hän varmasti jäänyt paikalle, vähintäänkin tarkistaakseen, oliko kukaan kuollut onnettomuudessa.”).³⁸⁰

7.6.4 Asiaan liittyviä erityiskysymyksiä

Käytännössä esiintyvät tilanteet ja oikeudenkäyntiin osallistuvat henkilöt ovat niin moninaisia, että ne tekevät kustakin oikeudenkäynnistä ainutlaatuisen. Tästä huolimatta joitain yleistyksiä ja tyypillisiä tilanteita vastakuulustelussa voidaan tässä lyhyesti käsitellä.

7.6.4.1 Rikostyyppin vaikutus vastakuulusteluun

Käytännöllisistä syistä edellä rikokset jaettiin kahteen päätyyppiin rikostunnusmerkistön edellytysten mukaan henkilötodistelun taktiikan näkökulmasta: puhe oli seuraus- tai loukkaamisrikoksista ja käyttäytymisrikoksista. Seurausrikokset edellyttävät tietyn seurauksen syntymistä jonkin toiminnan seurauksena (esim. vahingon aiheutumista). Tällaisissa tapauksissa teon seurauksista on yleensä olemassa konkreettista, vahvaa näyttöä, kuten vahingoittunut esine reaalityodisteena tai anastetun omaisuuden löytyminen jonkun toisen henkilön hallusta. Vastakuulustelussa tällaiset kouriintuntuvat tosiseikat eivät normaalisti aiheuta ongelmia tai ole pääasiallisena huomion kohteena. Monesti tosiseikat puhuvat selvästi puolestaan siten, että myös ei-konkreettiset rikostunnusmerkistöt voidaan niistä johtaa ilman lähempiä selvityksiä.

Usein vastakuulustelussa kuitenkin käsitellään nimenomaisesti rikostunnusmerkistön subjektiivisia elementtejä kuten syytetyn mielentilaa, toiminnan tarkoitusta tai mahdollisia rikoksen oikeuttamisperusteita sekä muuten komplekseja rikostunnusmerkistötekijöitä. Joidenkin tekojen seuraukset saattavat olla siinä mielessä neutraaleita, ettei reaalityodisteista ole yksiselitteisesti pääteltävissä tekijän asennoitumista tai muita subjektiivisia tekijöitä. Tällaisissa tilanteissa vastakuulustelijan on järkevää pyrkiä mahdollisimman useaa objektiivista faktaa apotosiseikkana käyttäen luomaan yhteyksiä suullisen kertomuksen asettamiseksi toivomaansa valoon. Pelkät suorat kysymykset tai kuulusteltavan kanssa väittely eivät ole omiaan muuttamaan pääkuulustelusta saatua käsitystä teon subjektiivisista piirteistä, tai selvittämään mitään uutta.

³⁸⁰ Moore ym. 1996 s. 73–74, ks. myös mt. s. 177 ss.

Seurausrikoksesta syytetyn henkilön vastakuulustelussa syyttäjä voi tyypillisesti pyrkiä osoittamaan syytetyn valehtelevan esim. tahallisuutensa suhteen, ja puolustus voi vastaavasti kohdistaa vastakuulustelun asianomistajan puolueellisuuden tai vastaavan uskottavuuskysymyksen selvittämiseen. Pääsääntöisesti ainoastaan puolueettomien, tapahtumiin ja asianosaisiin nähden ulkopuolisten todistajien vastakuulustelussa on seurausrikoksissa tarkoituksenmukaista valita rikoksen subjektiivisen puolen selvittämisstrategiaksi todistajan erehtymisen tai kertomuksen epätodennäköisyyden osoittaminen. Tällaisiin todistajiin voi soveltaa myös konstruktiivisia taktiikoita.³⁸¹

Käyttäytymisrikoksesta (esim. seurausrikoksen yrityksestä) tuomitseminen edellyttää yleensä aina silminnäkijätodistelua, koska teosta ei yleensä jää konkreettisia jälkiä nykyisyyteen. Ulkopuolisten todistajien vastakuulustelussa ’normaali’ menettely on vastaava kuin edellä seurausrikosten kohdalla, eli todistajan erehdykseen tai kertomuksen epäuskottavuuteen saatetaan joko suoraan vedota, tai käyttää konstruktiivista lähestymistapaa, jonka avulla todistajalta voidaan saada relevantteja lisätietoja. Asianomistajan vastakuulustelustrategian valintaan vaikuttaa se, miten läheisesti teko on vaikuttanut rikosuhriin: neutraalina pysyvän asianomistajan vastakuulustelu voi olla tarkoituksenmukaista toteuttaa vastaavalla tavalla kuin ulkopuolisen todistajankin vastakuulustelu, mutta syytettyyn vihamielisesti suhtautuvaa ja syyttävää asianomistajaa saatetaan vastakuulustelussa lähestyä ankarammin, jopa valehtelusta väittäen. Vastaavasti syyttäjä voi joutua syytetyn vastakuulustelussa destruktiivisemmille linjoille.³⁸²

7.6.4.2 Tunnistamisen kyseenalaistaminen vastakuulustelussa

I Tunnistamisjärjestelyistä ei ole tähän saakka säädetty yksityiskohtaisesti esitutkintalainsäädännössämme. Poliisin tunnistamisjärjestelyt ovatkin tietävästi vaihdelleet paikkakunta- ja asiakohtaisesti, eivätkä menettelyt yleisesti ottaen liene ansainneet kovin korkeaa ’laadullista yleisarvosanaa’.³⁸³ Tätä tutkimusta viimeisteltäessä lainsäädäntö on onneksi kehittymässä parempaan suuntaan sikäli, että esitutkintalainsäädäntöön on tulossa nimenomaista sääntelyä tunnistamisjärjestelyistä (ks. HE 52/2002 vp.). Esitutkintalakiin esitettävän lisäyksen

³⁸¹ Ks. Stone 1988 s. 166–167.

³⁸² Ks. Stone 1988 s. 167.

³⁸³ Ks. esim. EOA 1998 s. 139 selostettu kantelupäätös 12.11.1998, dnro 2442/4/96, jossa asianomistajan ja todistajan sallittiin apulaisoikeusasiamiehen mielestä virheellisesti olla läsnä toistensa kuulusteluissa, vaikka asianmukainen ja puolueeton asian selvittäminen olisi ”edellyttänyt, että asianomistajalta ja todistajalta olisi hankittu itsenäiset ja toisistaan riippumattomat kuulustelukertomukset ja tunnistamiset. Erityisen tärkeää tämä olisi ollut tässä tapauksessa, koska kuulustelun tarkoituksena nimenomaan oli ollut selvittää, tunnistavatko asianomistaja ja todistaja epäillyn pahoinpitelijän heille esitetystä valokuvasta.”

(38a §) mukaan asianomistaja tai todistaja voitaisiin velvoittaa saapumaan tunnistajana esitutkinnassa järjestettävään *ryhmätunnistustilaisuuteen*. Tunnistamistilaisuudesta olisi pidettävä *pöytäkirjaa* ja se tulisi lisäksi taltioida videolle tai muuhun siihen verrannolliselle kuvatallenteelle.³⁸⁴ Tunnistaminen voidaan määritellä esitutkintatoimenpiteeksi, jossa henkilö tai esine tunnistamistarkoituksessa yksilöidään.³⁸⁵

Tässä yhteydessä on perusteltua pohtia, millä tavoin esitutkinnassa suoritettua ja varmennettua³⁸⁶ tunnistamisen luotettavuutta kyseenalaistavaa (ja toisaalta luotettavuutta tukevaa) todistelua voidaan esittää pääkäsittelyssä. Selvänä lähtökohtana on joka tapauksessa pidettävä, että *pääkäsittelyssä 'uusittava' tunnistaminen on näyttönä lähes täysin arvoton* – koska jo valokuvan näyttämisen tunnistavalle henkilölle ennen varsinaista tunnistamista on todistajanpsykologisissa kokeissa selvästi havaittu vääristävän tunnistamisen lopputuloksia, sitä vähemmän uutta relevanttia 'tietoa' voidaan odottaa saatavan pääkäsittelyn sisällä järjestettävästä 'tunnistamisesta', jota on edeltänyt aikaisempi esitutkinnassa suoritettu tunnistaminen.³⁸⁷ Autenttinen tunnistaminen voidaan normaalisti suorittaa vain kerran. Koska tuomioistuimessa uusittavalla 'tunnistamisella' ei ole juuri mitään itsenäistä näyttöarvoa, tulee tunnistamisen luotettavuutta koskevat päätelmät tehdä nimenomaan havaintohetken olosuhteita ja esitutkinnan tunnistamisen olosuhteita koskevien faktojen pohjalta.

Ensisijaisesti selvitystä tunnistamisen luotettavuudesta tulisi pyrkiä saamaan kuulustelemalla esim. silminnäkijätodistajaa tuomioistuimessa. Tämän tulisi olla pääsääntöinen menettelytapa. Tuomioistuimessa henkilöltä tulee tiedustella seikkoja, jotka vaikuttavat tunnistamisen luotettavuuteen. Pääsääntöisesti kyse on erilaisten *havaintohetkellä vallinneiden tilannetekijöiden kartoittamisesta*. Koska tunnistamiseen voivat kuitenkin vaikuttaa erilaiset ns. järjestelmämuuttujat, voi tunnistamisen luotettavuuden arvioinnissa olla keskeistä *myös sen selvittäminen, millä tavoin esitutkintaviranomaiset ovat menelleet pyr-*

³⁸⁴ Ks. HE 52/2002 vp. s. 40–42. Tarkemmat säännökset mm. tunnistamistilaisuuden dokumentoinnista ja tallentamisesta annettaisiin asetuksella. Tunnistamisjärjestelyistä lähemmin ks. Haapasalo – Kiesiläinen 2000 s. 161–172.

³⁸⁵ Helminen ym. 2002 s. 374.

³⁸⁶ Ks. Helminen ym. 2002 s. 375: "Tunnistamisen avulla ikään kuin varmennetaan ja vahvistetaan muuta todistelua." sekä mt. s. 376: "Tunnistamisessa aikaisemmin tehtyjä havaintoja verrataan nykyhavaintoihin."

³⁸⁷ Ks. Haapasalo 2000 s. 62. Ks. myös Helminen ym. 2002 s. 380: "Jos epäluotettavuutta lisäävä seikka on jo entuudestaan tiedossa, esimerkiksi tilanteessa, jossa tunnistaja on aiemmin tunnistanut väärin tai jos tunnistaja tuntee entuudestaan epäillyn, ryhmätunnistusta ei tule käyttää lainkaan." – Erityisen arvoton pääkäsittelyssä tapahtuva tunnistaminen on silloin, jos puheenjohtaja tai kuulustelija esim. pyytää vain syytettyä nousemaan seisomaan ja tämän jälkeen kysyy kuulusteltavalta, onko kyseinen henkilö kuulusteltavan tarkoittama. Toisaalta varsinaisen tunnistamisrivistönkin näyttöarvo oikeudenkäynnissä on siis liki olematon esitutkintatunnistamisen jälkeen uudestaan järjestettynä.

kiessään vahvistamaan tekijän identiteetin esim. silminnäkijätodistajalta.³⁸⁸ Tätä kautta esitutinnan tunnistamisjärjestelyt voivat nousta keskeiseen rooliin selvitetessä tunnistamisen luotettavuutta. Mitään estettä esim. tunnistamistilaisuuden järjestäneen poliisin tai tunnistuksen suorittaneen henkilön tuomioistuinkuulusteluun tunnistamista koskevista seikoista ei tietenkään ole.³⁸⁹

Ongelmallisempaa viimeksi mainitussa tilanteessa on, a) millä edellytyksillä tunnistamistilaisuudesta laadittua pöytäkirjaa (tunnistamis-pöytäkirjaa) voidaan lukea mainittujen henkilöiden kuulustelussa. Voidaan myös kysyä, b) mikä on tunnistamistilaisuudesta nauhoitetun video- tms. tallenteen asema todisteena.

Ensimmäistä kysymystä (a) voidaan lähestyä *tunnistamis-pöytäkirjan lähemmän sisällön kautta*. OK 17:32.2 koskee vain suullisen todistelun sisällölle relevantteja kuulustelukertomuksia. Säännös ei rajoita esitutkintapöytäkirjaan sisältyvien kirjallisten todisteiden käyttöä todisteina. Vastaavasti OK 17:11 koskee vain suullisten kertomusten kirjauksia, eikä se estä kirjallisten todisteiden tai muidenkaan reaalityodisteiden käyttöä.³⁹⁰ Viimeksi mainittujen todisteiden kohdalla suullisuus- ja välittömyysperiaatetta (tai kontradiktorista periaatetta) ei rikota todisteen vastaanottamisella, koska kyse ei ole sellaisesta esitutkintaviranomaiselle annetun suullisen lausunnon kirjauksesta, jonka sisällön suhteen esim. syytetyllä olisi tarvetta vastakuulusteluun. Jos tunnistamis-pöytäkirjassa on siis tietoja ainoastaan esim. tilaisuuden ajankohdasta, paikasta, läsnä olevista henkilöistä tms. 'muodollisista' seikoista, voinee pöytäkirjaa sellaisenaan käyttää *kirjallisena todisteena*. Jos toisaalta pöytäkirjaan on kirjatun esim. tunnistusta suorittavan henkilön lausumia sanatarkkoina sitaatteina tai referaatteina (tahi ylipäättään jotenkin 'sisällöllisesti'), voitaisiin pöytäkirjan tältä osin tulkita tarkoittavan sellaista todistajanlausunnon kirjausta, joka ei lähtökohtaisesti voi kuulua lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon (OK 17:11.1,2). Tulkinta tarkoittaisi samalla sitä, että kyse olisi sellaisesta poliisiviranomaiselle annetusta kertomuksesta, joka voitaisiin oikeudenkäynnissä OK 17:32.2:n perusteella lukea, jos tuomioistuimessa kuulusteltavan henkilön väitetään muuttavan lausumaansa siitä, mitä hän on aikaisemmin kertonut.

Periaatteessa myös tunnistamistilaisuudesta tehdyn video- tms. tallentamisen (b) käyttöedellytysten voitaisiin katsoa määräytyvän viimeksi sanotun mukaisesti. Ehdotuksen perusteluiden mukaan tallentaminen pitäisi tehdä niin, että sekä tunnistaja että tunnistettavat näkyvät tallenteessa. Tallenteen tulisi perustua sekä liikkuvan kuvan että äänen tallentamiseen.³⁹¹ Jos oikeudenkäynnissä

³⁸⁸ Järjestelmämuuttujilla (systeemimuuttujilla) tarkoitetaan todistajanpsykologiassa rikosprosessuaaliseen järjestelmään sisältyviä kuulustelu- ja tunnistamismenetelmiä, jotka vaikuttavat todistajankertomusten luotettavuuden arviointiin. Kyseessä oleviin normatiivisiin tekijöihin on mahdollista vaikuttaa, toisin kuin havainnointitekijöihin. Ks. Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 4.

³⁸⁹ Ks. Helminen ym. 2002 s. 376.

³⁹⁰ Ks. HE 82/1995 vp. s. 143–144.

³⁹¹ Ks. HE 52/2002 vp. s. 41.

on riitaa esim. siitä, mitä tunnistusta suorittava henkilö sanoi esitutkinnassa, voitaisiin tunnistamisvideo periaatteessa nähdä juuri sellaisena suullisen todistelun 'kirjauksena', jonka saattaminen oikeudenkäyntiaineistoon edellyttäisi OK 17:11.1:n tai 17:32.2:n edellytysten täyttymistä.

Edellä mainittu suullisuus-, välittömyys- ja kontradiktorisuusperiaatteisiin perustuva argumentaatiomalli ei kuitenkaan liene tunnistamisjärjestelyiden kohdalla oikeaan osuva. Tunnistamisen luotettavuuden arvioinnissa ei nimittäin ole kyse ainakaan yksinomaan siitä, mitä tunnistusta suorittava henkilö tai muut henkilöt ovat esitutkinnassa sanoneet. Tunnistamisen luotettavuuden arvioinnissa myös muilla tunnistamisen olosuhteilla voi olla hyvinkin suuri merkitys. Tunnistamisen luotettavuuden arviointi tulisikin suorittaa *kokonaisvaltaisesti siten, että huomioon otetaan koko tunnistamisen konteksti ja siinä vaikuttaneet tekijät*. Koska tunnistamista ei enää oikeudenkäynnissä yleensä voida mielekkäällä tavalla suorittaa uudestaan, ei aikaisemmin tehdyn tunnistamisen luotettavuutta koskevaa todistelua ole tarkoituksenmukaista rajoittaa samalla tavalla esim. välittömyysperiaatteen (OK 17:11.1 ja 17:32.2) perusteella kuin tilanteissa, jotka koskevat oikeudenkäynnissä annetun suullisen kertomuksen luotettavuuden arviointia. Näkökohta puhuisi tunnistamistallenteiden suuremman hyödynnettävyyden puolesta.

Esitutinnan tunnistaminen onkin monessa mielessä 'ainoa tilaisuus' kyseisen seikan (tunnistamisen) luotettavaksi varmentamiseksi. Juuri tästä syystä tunnistamistilaisuuksien videointi (tai muu vastaava tallentaminen) on ensiarvoisen tärkeää. Yhtä tärkeää on, että tätä tallennetta voidaan käyttää sellaiseen todisteena myöhemminkin rikosprosessissa, ts. nimenomaan pääkäsittelyssä. Esitutinnan tunnistamistallenne ei ole samalla tavalla 'vertailuaineistoa' pääkäsittelyssä esille tulleeeseen nähden kuin kirjattu esitutkintakertomus tuomioistuimessa annettavaan kuulustelukertomukseen nähden. Videotallenne on usein ns. parhaan todistusaineiston periaatteen mukainen paras ja välittömin (ensikäden) näyttö tunnistamisen luotettavuuden arvioinnin kannalta.

Katsonkin, että tunnistamistilaisuudesta otettua videotallennetta tulee voida 'vapaasti' – ts. OK 17:11:n tai 17:32.2:n rajoittamatta – käyttää näyttönä tunnistamisen luotettavuudesta/epäluotettavuudesta asiakirja- tai esinetodisteen tavoin.³⁹² Menettelyn kontradiktorisuutta edistäisi ehdotetun ETL 38a §:n 3 momentti, jonka mukaan epäillyn tai syytetyn avustajalla olisi ETL 31 §:n mukainen oikeus olla läsnä tunnistamistilaisuudessa.³⁹³ Yleensä esitutkinnassa tunnituksen suorittanutta henkilöä myös kuullaan tuomioistuimessa todistajana. Syytetyn mahdollisuus vastakuulustelu-oikeuden käyttämiseen (kontradiktorinen

³⁹² Myös lakiesityksen perustelut tukevat tulkintaa, ks. HE 52/2002 vp. s. 41: ”Viime kädessä ryhmätunnistuksen luotettavuus tulee arvioitavaksi tuomioistuimessa näyttöharkinnan yhteydessä.”

³⁹³ Ks. HE 52/2002 vp. s. 41 ehdotetusta ETL 38a §:n 3 momentista.

periaate) toteutuu ainakin näissä tilanteissa asianmukaisesti. Menettelyn oikeudenmukaisuusvaatimusten johdosta epäillyn avustajan läsnäolo-oikeus olisi silti perusteltua turvata tehokkaasti esitutkintavaiheessa.³⁹⁴

Ylipäättään välittömyyden ja kontradiktorisuuden vaatimusten voi sanoa olevan korostuneita tilanteessa, jossa todistelu on mahdollista saada esiin 'autenttisesti' ja luotettavasti uudestaan pääkäsittelyssä toisinnettuna (vuorokuulustelun kautta). Intressi todistelun luotettavuuden takaamiseen ei tällöin perustele välittömyysperiaatteen tai kontradiktorisen periaatteen sivuuttamista. Esitutkinta-aineisto tulee suullisen todistelun tilanteissa pääsääntöisesti rajata oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, kun todistelun luotettavuus voidaan turvata parhaan todistusaineiston periaatteen mukaisesti myös pääkäsittelyn 'sisäisin keinoin'.

Tunnistamisen luotettavuudesta selvitystä voidaan yleensä saada vain 'siirtämällä' esitutkinnassa tehdyt tutkintatoimet suoraan pääkäsittelyn piiriin (esim. juuri videotallenne katselemalla). Videotallenteen tai tunnistamispöytäkirjan lähtökohtainen rajaaminen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, ja niiden käytön 'sitominen' OK 17:11.1:n tai 17:32.2:n edellytyksiin, saattaisi ylikorostaa välittömyysperiaatteen ja kontradiktorisen periaatteen merkitystä todistelun luotettavuuden takaamisen kustannuksella. Katsonkin, että silloin kun aikaisemmin suoritettujen henkilötunnistuksen luotettavuus riitautetaan pääkäsittelyssä, *tulee asianosaisten voida käyttää tunnistamispöytäkirjaa ja -videota sellaisenaan näyttönä tunnistamisen luotettavuudesta*. Esitutkintatallenteita tulee mielestäni voida käyttää vertailuaineistona (ja suorina todisteina) ainakin silloin, kun tunnistamisen suorittanutta henkilöä kuullaan todistelutarkoituksessa tuomioistuimessa. Itse asiassa videotallenteita ja tunnistamispöytäkirjaa tulee voida käyttää suorina todisteina tunnistamis-teemasta myös silloin, kun tunnistamisen suorittanutta henkilöä ei kuulla pääkäsittelyssä. Tunnistamistallenne lienee asianmukaisinta mieltää suoraan *kirjalliseksi todisteeksi tai esinetodisteeksi*, jonka käyttö todisteena olisi näin ollen täysin 'vapaata'.³⁹⁵

³⁹⁴ Kontradiktorisen periaatteen johdosta syytetyn *ehdoton* oikeus kysymysten esittämiseen on välttämättömänä edellytyksenä myös OK 17:11.2:n muutosesityksessä, jonka mukaan lapsen esitutkintakuulustelusta tehdyn videon katselu ja kuuntelu pääkäsittelyssä voisi korvata lapsen oikeudessa kuulemisen (ks. HE 190/2002 vp. s. 23). Kontradiktorinen periaate on tällöin korostuneen tärkeässä asemassa, koska kyse on nimenomaan *kuulustelusta*, jossa epäilty ei välttämättä ole itse läsnä (toisin kuin tunnistamistilanteessa). Ks. tosin myös *Helminen ym.* 2002 s. 301 siitä, että jo de lege lata lapsen esitutkintakuulusteluvideo saatetaan katsella oikeudenkäynnissä lasta henkilökohtaisesti kuulematta OK 17:11.2:n perusteella.

³⁹⁵ Ks. erinomaisen selvästi myös VKSV 2001 s. 20: "Tunnistaminen voidaan toteuttaa vain yhden kerran: jos tunnistaminen on erehdytty toteuttamaan esittämällä esim. vain yksi valokuva epäilystä, on virhettä mahdotonta enää myöhemmin korjata. Tunnistaminen on itse asiassa rikosasian pääkäsittelyyn kuuluva osa, joka käytännön syistä joudutaan toteuttamaan jo esitutkinnan alkuvaiheessa."

Yllä sanottua voidaan tarkastella myös edellä jaksossa 4.3.6 (s. 309) hyödyntämiskielloista esitetyn ajatuksen näkökulmasta. Aikaisemmin todettiin, ettei *hyödyntämiskieltoa* tule perustaa yksinomaan siihen, että todistelua pidetään epäluotettavana. Tässä valossa voidaan kysyä, tuleeko tunnistamisjärjestelyissä tapahtuneen todistamiskiellon rikkomisen johtaa tunnistamispyötyäkirjan tai -videon rajaamiseen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle formaali hyödyntämiskielto asettamalla. Yleisemminkin voidaan kysyä, mikä merkitys tunnistamisjärjestelyissä tehdyllä virheellä olisi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle.

Käytännössä tunnistamisjärjestelyitä koskevista menettelymuodoista poikkeaminen voinee de facto tarkoittaa mm. sitä, että tunnistusta suorittavaa henkilöä on jollain tavoin johdateltu tietynsuuntaiseen vastaukseen, tai sitä, ettei tunnistusta suorittavalle henkilölle ole ylipäättänsä suotu olosuhteita, joissa annettua tunnistamislausemaa voitaisiin pitää lähtökohtaisesti luotettavana. Asiallisista tunnistamisjärjestelyistä poikkeaminen johtaa todistajanpsykologisen tutkimuksen valossa nimenomaan siihen, että riski virheelliseen tunnistamiseen kasvaa, jolloin tunnistamisen näyttöarvo laskee. Yksittäistapauksissa tunnistaminen voi menettelyvirheistä huolimatta kuitenkin olla täysin luotettava ja oikeaan osunut siitä huolimatta, että jotain menettelynormia on objektiivisesti katsoen rikottu. Kyseessä täytynee olla sellainen seikka, jota tuomioistuimen tulee voida vapaassa todistusharkinnassaan avoimesti pohtia.

Siitä huolimatta, että säännöstasolla tunnistamisjärjestelyissä kyse voi olla ehdottomien kieltojen tai menettelyvelvollisuuksien muodossa ilmaistuista normeista, ei hyödyntämiskielto-olettamaa (tai muuta hyödyntämiskieltopunnintaa) yleensä voitane soveltaa tilanteeseen: *tunnistamisjärjestelyiden ensisijaisena suojelufunktiona on nimenomaan todistelun luotettavuuden takaaminen* eikä esim. syytetyn perus- tai ihmisoikeuksien suojele. Todistelun luotettavuuden takaaminen voidaan toki nähdä yhtenä syytetyn oikeusturvatakeena, mutta nähdäkseni kyse ei tässä kuitenkaan ole sellaisesta nimenomaan vain ja ainoastaan syytetyn oikeusturvaintresseistä huolehtivasta sääntelytavoitteesta, joka oikeuttaisi yleisellä tasolla hyödyntämiskiehellöllä sivuuttamaan vapaan todistusharkinnan periaatteen – todistelun luotettavuusargumentti tukee syytetyn suojan ohella nimittäin myös ’toisensuuntaisia’ tavoitteita, kuten rikoksen ja aineellisen totuuden selvittämisen intressejä. Kyse ei ole nimenomaan epäillyn tai syytetyn suojaksi säädetyistä menettelynormeista (kuten ETL 29 §:n tilanteessa) tai absoluuttisesti suojeltavista intresseistä (kuten lähiomaissuojasta). Oikeudenkäynnin ei siten yleensä voitane katsoa koituvan syytetyille epäoikeudenmukaiseksi, vaikka jollain tavoin virheellisesti suoritettua tunnistamista koskevaa todistelua sallitaan esitettävän.

II Pääkäsittelyssä henkilöntunnistuksen tehneen silminnäkijätodistajan vastakuulustelu voi olla erilaista riippuen siitä, tuntee ko kuulusteltava näkemänsä henkilön entuudestaan vai ei. Jos kuulusteltava tuntee henkilön (syytetyn), saattaa olla tarkoituksenmukaista painottaa vastakuulustelussa kuulusteltavan ja syytetyn keskinäisten suhteiden selvittämistä (eikä niinkään havaintoedellytysten selvittämistä), koska tunnistaminen sinänsä lieene suhteellisen varma.

Tällaisessa tilanteessa esitutkinnassa laadittu tunnistamisvideo tai -pöytäkirja ei liene vastakuulustelijalle erityisen käyttökelpoinen vastakuulustelun 'työkalu'.

Sikäli kun kyse on entuudestaan tuntemattoman henkilön tunnistamisesta, on vastakuulustelun painopistettä yleensä perusteltua siirtää erilaisten havaitsemisen virhelähteiden suuntaan. Luottamusta tunnistamisen luotettavuuteen voidaan pyrkiä heikentämään mm. erilaisia todistaja- ja tilannetekijöitä kriittisesti kartoittamalla tai keskittymällä *esitutkinnassa* järjestetyn tunnistamistilaisuuden yksityiskohtiin. Tällaisessa tilanteessa tunnistamisvideon esittäminen kuulusteltavalle henkilölle voi osoittautua edellistä tilannetta käyttökelpoisemmaksi menettelytavaksi.

Lähemmän vastakuulustelutaktiikan havainnollistamiseksi voidaan listata seikkoja, joiden läpikäyminen vastakuulustelussa voi edesauttaa tunnistamisen luotettavuuden heikentämistä. Tällaisia seikkoja ovat mm. todistajan fyysinen ja psyykkinen tila, havainnointiolosuhteet, syytetyn fyysiset tunto-merkit (erityistunto-merkit; tuntee ko todistaja syytetyn entuudestaan; vastaa ko todistajan alkuperäinen suullinen kuvaus tunnistettua henkilöä, tunnistamisen 'retentioaika' havainnosta, poliisilta saadut tiedot epäilyistä), miten rikostapausta on käsitelty mediassa (tiedostamaton siirtymä), poliisiavalokuvien vaikutus (näytettiin ko todistajalle valokuvia (kuinka monta, yhdessä, erikseen); kuvien samankaltaisuus/epäillyn silmiinpistävyys; tunnistamisen varmuus; tutkiko todistaja kuvia yksin vai yhdessä toisten todistajien kanssa; millaiset ohjeet poliisi antoi todistajalle; kysyikö todistaja poliisilta, tunnistiko hän oikean henkilön; vahvistiko kutsu oikeuteen todistajan subjektiivista tunnistamisvarmuutta; vahvistiko poliisi tunnistamista todistelemalla epäillyn rikollista taustaa tms.) ja poliisin järjestämän tunnistamistilaisuuden vaikutus.³⁹⁶

Esitutkinnassa järjestetyn tunnistamisen kyseenalaistaminen objektiivisesti ja asiallisesti todistajanpsykologiseen tietouteen viittaamalla voi saada sekä kuulusteltavan että tuomioistuimen epäilemään tunnistamisen varmuutta ja har-kitsemaan erehtymisvaihtoehtoa vakavammin. Tunnustamisen luotettavuutta epäilevän vastakuulustelijan tavoitteena tuleekin olla saada kuulusteltava myöntämään edes vähäisessä määrin, että kyse ei välttämättä ole täysin var-masta tunnistamisesta. Vastakuulustelijan tulee pyrkiä laajentamaan tällaisen myönnytyksen merkitystä siten, että kyseessä saadaan näyttämään olevan yhä

³⁹⁶ Ks. Levy 1999 s. 272–276. Ylipäättään vieraan henkilön silminnäkijän vastakuulustelussa voidaan erottaa henkilön oikea tunnistaminen ("hän on se mies"), se, että henkilö muistuttaa jotakuta tämän tuntemaa ihmistä ("hän muistuttaa sitä miestä") ja tiettyjen erityispiirteiden havaitseminen ja muistaminen ("hänellä oli arpi poskellaan"). Näistä vain ensiksi mainittu voi toimia suorana näyttönä syytetyn syyllisyydestä, muut tunnistamistilanteet edellyttävät muuta näyttöä tuekseen. Erityisesti sitä, millä tavoin kuulusteltava on esitutkinnassa tehnyt tunnistami-sen, voi vastakuulustelija selvittää juuri tunnistamisvideon tai -pöytäkirjan kautta.

enemmän sen arvioinnista, että kuulusteltava on vain arvioinut valitsemansa henkilön eniten muistuttavan havaitsemaansa tekijää. Tällöin kertomus ei enää todista suoraan syytetyn syyllisyydestä, vaan siitä, että syytetty kuulusteltavan mielestä muistuttaa syytettyä, siis vain saattaa olla rikoksentekijä. Vastakuulustelija voi myös ”painostaa” silminnäkijätodistajaa korostamalla tunnistamisen merkitystä ja tekoon syyttömän ihmisen väärän tuomitsemisen riskiä sekä muutenkin hyödyntämällä kaikkinaisen kuulusteltavan epävarmuuden.³⁹⁷

Vastakuulustelijan kannalta yksi mahdollinen etenemistapa tunnistamisesta syntyvän luotettavuuskuvan heikentämiseksi on myös tunnistamisen perustan mahdollisimman yksityiskohtainen selvittäminen kysymyksin (esim. kasvonpiirteet, hiukset, silmien väri, ruumiinrakenne jne). Esimerkiksi kasvojen tunnistaminen tapahtuu kuitenkin kokonaisvaltaisesti, ja kuulusteltava voi joutua lausunnossaan vaikeuksiin pyrkiessään perustelemaan, miten hän muistaa juuri luettelemansa piirteet tunnistamisensa perusteena (ellei piirteissä todella ollut jotain poikkeuksellista). Toisaalta kannastaan varma kuulusteltava, joka ei suostu lähemmin kertomaan muistamistaan tunnistamisen perustavista piirteistä, vaan yksinkertaisesti vakuuttaa tunnistavansa henkilön oikein, voidaan saattaa vaikuttamaan ’jääräpäiseltä’ tai yhteistyöhaluttomalta, jopa puolueelliselta (erityisesti jos vastakuulustelussa on onnistuttu myös osoittamaan havainnointiolosuhteet jossain suhteessa heikoiksi).³⁹⁸ Puolustuksen realistisena strategiaa valehteluun (erityisesti poliisin valehteluun) vetoaminen voinee tulla tunnistamistilanteissa vain hyvin harvoin kyseeseen, koska väite vaatii tuekseen vahvaa näyttöä tullakseen uskotuksi.

7.6.4.3 Aihetodisteet, reaalityodisteet ja esitutkintapöytäkirja vastakuulustelussa

I Aihetodistelu tarkoittaa näyttöä, joka todistaa konkreettisesta tosiseikasta (teemasta) vain välillisesti aihetodisteesta tehtävien *johtopäätösten* muodossa (ks. lähemmin edellä jaksossa 3.1.2 esitettyä). Esimerkiksi syytetyn vaatteista löydetty kuitu, joka vastaa rikospaikalla olleen maton kuituja, samoin kuin yksittäisen todistajan irrallinen lausuma sinänsä vähämerkityksellisestä yksityiskohdasta, joka kuitenkin tukee toisen todistajan kertomaa, ovat aihetodisteita sanotussa merkityksessä. Aihetodisteet eivät todista suoraan todistusteemaa todeksi tai epätodeksi, mutta yhdessä tarkasteluna toimivat aputositseikkoina todistustositseikkojen ja kokonaisnäytön arvioinnissa. Erityisesti aihetodisteisiin liittyy runsaasti *mahdollisuuksia konstruktiiviseen, tosiseikkojen toisenlaiseen tulkintaan tähtäävään vastakuulusteluun*.

³⁹⁷ Stone 1988 s. 168–169.

³⁹⁸ Ks. Stone 1988 s. 169.

Useiden todistajien samansuuntaisten, itsenäisiä yksityiskohtia koskevien lausumien, jotka yhdessä jälkikäteen tarkastellen näyttävät tukevan varsinaisesta pääasiasta kertovan todistajan kertomusta, leimaamisyritys ”valehtelusaliitoksi” vastakuulustelussa ei yleensä liene mahdollista. Sen sijaan vastakuulustelijan kannalta voi olla järkevää konstruktiivisin taktikoin pyrkiä laajentamaan tai muuttamaan tällaisten ilmeisen puolueettomien todistajien kertomuksia siten, että aihetodistelusta saatava tosiasia-perusta muodostuisi hieman erilaiseksi. Rakentava vastakuulustelustrategia, jossa pyritään uusien faktojen esille tuomiseen, toisten tosiseikkojen korostamiseen tai niille vaihtoehtoisten merkitysten ja tulkintojen etsimiseen, ei kohdistu suorana hyökkäyksenä vastapuolta vastaan, ja voi siten tehokkaasti muuttaa kokonaiskuvaa ainakin jossain määrin edullisemmaksi vastakuulustelijan kannalta.³⁹⁹ Näin on erityisesti siksi, koska -tyyppisiin kokemussääntöihin perustuvat rakentavat kysymykset yleensä monipuolistavat tehokkaasti asian selvittämistä ja voivat palvella hyvin aineellisen totuuden selvittämistä.

II Omana tilanteenaan vastakuulustelussa on arvioitava sitä, että vastakuulustelija saattaa esittää todistajalle jonkin reaalityodisteen vastakuulustelussa. Realitytodisteet kuten asiakirjat ja esineet tulee luonnollisesti parhaan todistusaineiston periaatteen mukaisesti esittää sellaisenaan todisteeksi, eikä niitä saa korvata välillisellä suullisella todistelulla. Suullisuusperiaatteen johdosta kirjallisetkin todisteet tulee pääkäsittelyssä relevantissa laajuudessa lukea ääneen.⁴⁰⁰ On silti luonnollista, että tämän lisäksi kuulusteltavilta myös tiedustellaan heidän havaintojaan ja näkemyksiään todistuskeinona esitetyistä tai esitettävistä objekteista. Käytännössä kuulusteltavan kertomusta verrataan usein johonkin asiakirjaan, esimerkiksi kirjeeseen, jonka tämä (tai joku muu) on lähettänyt tai vastaanottanut. Vastakuulustelija saattaa havaita, että henkilön pääkuulustelussa tai vastakuulustelussa antama kertomus tai vastaus poikkeaa siitä, mitä asiakirja ilmaisee.

Ongelmallisena voidaan tällöin nähdä se, missä määrin vastakuulustelua voidaan suorittaa siten, ettei kyseistä realitytodistetta (ainakaan ensin) esitetä kuulusteltavalle. Tilanteessa tulee arvioitavaksi kaksi – osittain keskenään ristiriitaista – oikeudellista intressinäkökohtaa. Yhtäältä on huomioitava, että kuulusteltavaa ei tulisi vastakuulustelussa tarpeettomasti ”piinata” asiakirjan tai esineen yksityiskohtiin vetoamalla todistetta kuulusteltavalle kuitenkaan esittämättä; usein on nimittäin mahdotonta muistaa sanatarkasti aikaisemmin

³⁹⁹ Stone 1988 s. 170. Luonnollisesti puolustus voi myös positiivisesti omaa päätodisteluaan esittämällä torjua vastapuolen aihetodistelua (samoin kuin muutakin, suoraa, todistelua).

⁴⁰⁰ OK 17:8e.3:n mukaan tuomioistuimien voi määrätä, että kirjallinen todiste otetaan vastaan pääkäsittelyssä sitä lukematta vain, jos sen sisältö on tuomioistuimen jäsenten tiedossa, asianosaiset siihen suostuvat ja sitä muutoinkin voidaan pitää sopivana.

kirjoittamia tai lausumiaan sanoja. Toisaalta myös asianosaisen kuulustelutaktiset näkökohdat tulee ottaa huomioon, joiden mukaiset tavoitteet saattavat hyvinkin perustella kuulusteltavan ”koettelemisen” luomalla kontrastia suullisen esityksen ja vasta myöhemmin esitettävän reaalityodisteen välille.

Luonnollisesti kuulusteltavan kannalta asianmukaisempana tulee pitää sitä, että kyseinen asiakirja tai objekti annetaan hänen luettavakseen tai tutustuttavakseen ennen kuin vastakuulustelija lähemmin väittää tai argumentoi kuulusteltavan valehtelevan tai erehtyvän. Näkökannan mukaan kuulusteltavalle tulisi siis ensin tarjota mahdollisuus reaalityodisteeseen tutustumiseen ja itsenäiseen selvityksen antamiseen siitä, mistä syystä hänen (pää)kuulustelukertomuksensa poikkei siitä, mitä asiakirjan tai todisteen mukaan hänen olisi pitänyt tietää. Päävastainen menettely, eli pitkälinen kysely asiakirjan sisällöstä ilman, että asiakirja samalla olisi kuulusteltavan käytettävissä, voisi myös olla omiaan turhaan viivästyttämään oikeudenkäyntiä, koska asiakirjan ja suullisen lausuman eroihin vetoavan tahon olisi jossain vaiheessa kuitenkin esitettävä dokumentti ja tiedusteltava kuulusteltavan kannanottoa.

Tietoinen ristiriitaisuuksien esille tulon tähtäävä vastakuulustelu seikasta, jonka tarkka muistinvarainen esittäminen voi olla hyvinkin vaikeaa (ellei mahdollonta), voi myös olla omiaan saattamaan kuulusteltavan hämilleen tai ahdistuneeksi ja rikkoa siten menettelyn oikeudenmukaisuutta vastaan. Ehdotonta sääntöä tilanteeseen ei kuitenkaan nähdäkseni ole johdettavissa, ja käytännössä vastakuulustelu asiakirjan sisällöstä tai esineen ominaisuuksista kyseistä reaalityodistetta samalla kuulusteltavalle esittämättä voikin kuulustelutaktillisista syistä joissain tilanteissa olla perusteltua ja asianmukaista.

Käytännössä saattaa esiintyä tilanne, jossa rikosprosessin asianosainen on saanut kesken oikeudenkäyntiä haltuunsa uusia reaalityodisteita, jotka muuttavat asiasta saatavaa kuvaa ja kenties antavat perusteen olettaa, että joku tai jotkut todistajat (tai asianomistaja) eivät puhu totta.⁴⁰¹ Tällöin puolustuksen kuulustelustrategian kannalta saattaa olla tarkoituksenmukaista konfrontoida relevantit kuulusteltavat epäsuoremmin uuden seikan kanssa, jotta henkilön todennustamotivaatiota voitaisiin ensin selvittää – ja saada näin kattavampi näkemys henkilötodistelun luotettavuudesta. Jos uusi seikka on ilmeisessä ristiriidassa pääkuulustelusta tai esitutkintapöytäkirjasta ilmenevän kertomuksen kanssa ja

⁴⁰¹ Preklusiosääntelyn puuttuminen rikosprosessissa mahdollistaa tarkoitettujen ”yllätystodistusten” käytön ainakin puolustuksen taholta (ks. mm. *Schellenberg* 2000 s. 35). Syyttäjä ei objektiivisuusperiaatteen velvoittamana yleensä voi taktisista syistä jättää uuden todisteen esittämistä odottamaan ”suotuisaa hetkeä”, vaan syyttäjän tulee välittömästi uutta selvitystä saatuaan ilmoittaa seikasta sekä tuomioistuimelle että puolustukselle. *Pääsääntöisesti* myös puolustuksen tulisi esittää tuomioistuimelle käsiinsä saamat uudet todisteet vastaavalla tavalla, vaikka tähän ei varsinaista ehdotonta velvollisuutta lieneäkään. Menetteliä puolustus kuvatulla tavalla tai ei, tulee syyttäjän ottaa uudet syytettä vastustavat seikat virkavastuullaan huomioon todistajiensa pääkuulustelussa.

osoittaa kuulusteltavan vilpillisyyttä, lienee pidettävä tarkoituksenmukaisena ja myöskin prosessuaalisesti asianmukaisena menettelyä, jossa kuulusteltava ensin pyritään vastakuulustelussa entistä tiiviimmin sitouttamaan aikaisempiin lausuntoihin, ja tämän jälkeen uuteen todisteeseen vetoamalla kyseenalaistamaan kertomuksen luotettavuus.⁴⁰²

Silloin kuin kuulusteltavan vilpillisyys ei reaalityodisteen valossa ole kovin selvää, saatetaan vastakuulustelussa periaatteessa edetä joko edellä kuvatulla tavalla (tiedustelu, sitouttaminen ja mahdollinen konfrontaatio) tai suorasti siten, että merkitykseltään epäselvä todiste esitetään avoimesti kuulusteltavan kommentoitavaksi. Molempia lähestymistapoja voidaan nähdäkseni käyttää, eli kuulusteltavalta voidaan joko pyrkiä 'kalastelemaan' mahdollisia ristiriidan aiheuttavia tietoja, tai vaihtoehtoisesti merkitykseltään epäselvän uuden todisteen olemassaoloon voidaan suoraan vastakuulustelussa viitata, ennen kuin sen käsittelemiä seikkoja henkilöltä tiedustellaan.⁴⁰³

Suorassa lähestymistavassa kuulusteltavalta saatetaan kysyä esim.: ”Oletko kirjoittanut niin ja niin?”. Jos kuulusteltava myöntää laatineensa tai allekirjoittaneensa kyseisen asiakirjan, voitaneen henkilöä tämän jälkeen vastakuulustella asiakirjan sisällöstä ilman, että asiakirjaa välttämättä tarvitsisi välittömästi esittää kuulusteltavalle. Menettelyssä kuulusteltavalle joka tapauksessa mahdollistetaan ensin selvityksen antaminen uudesta seikasta, jonka jälkeen vastakuulustelussa luonnollisesti voidaan keskittyä siihen, mistä syystä henkilö on aikaisemmin kertonut toisella lailla. Toisaalta, jos kuulusteltava kiistää mainitun asiakirjan tai sen osan laatineensa, tulisi asiakirja esittää hänelle, ennen kuin vastakuulustelu asiakirjan olemassaolosta ja sisällöstä voi edetä.⁴⁰⁴ Monissa tapauksissa tarkoituksenmukaisin menettelytapa lienee kuitenkin se, että vastakuulustelija ensin pyrkii tiedustelemaan, mikä reaalityodisteen todellinen merkitys on ja millä tavoin kuulusteltava suhtautuu sen sisältämiin tietoihin, ennen kuin häntä pyydetään esim. itseään lukemaan asiakirja ääneen tai pyritään muuten luomaan epävarmaa vastakainasettelevaa tilannetta sellaisen todisteen avulla, jonka kuulusteltava saat- taakin pystyä hyväksyttävällä tavalla selittämään.⁴⁰⁵

*III Tyypillisin tilanne, jossa vastakuulustelijalle syntyy peruste vedota aikaisempaan ristiriitaiseen lausuntoon, on luonnollisesti kertomuksen rinnastaminen esitutkintapöytäkirjan sisältämiin kuulustelukertomuksiin.*⁴⁰⁶ Ristiriidan

⁴⁰² Ks. *Tapper* 1995 s. 322–323 ja *Levy* 1999 s. 155.

⁴⁰³ Yleensä syyttäjän kannalta asianmukainen menettely on suora reaalityodisteeseen vetoaminen, paitsi – kuten yleisemminkin syyttäjän kohdalla – tilanteessa, jossa syyttäjä katsoo epäsuoran taktiikan välttämättömäksi aineellisen totuuden selvittämiseksi.

⁴⁰⁴ Vrt. *Tapper* 1995 s. 292–294, *Wrottesley* 1961 s. 61–63, *Munkman* 1951 s. 58 ja *Levy* 1999 s. 155. Toisin kuin määräedellytyksin Englannissa, Suomessa ei ole mahdollista vedota asiakirjaan kuulusteltavan uskottavuutta heikentävänä tekijänä ilman, että asiakirja samalla tulisi vastapuolen tietoon ja osaksi oikeudenkäyntiaineistoa.

⁴⁰⁵ Ks. *Levy* 1999 s. 155.

⁴⁰⁶ Esitutkintapöytäkirjan lukeminen ei toisaalta ole kirjallista (reaali)todistelua, vaan henkilö- todistelun osa.

ilmaantuessa esitutkintapöytäkirjan (osan) lukeminen on OK 17:32.2:n mukaan mahdollista edellyttäen, että esitutkintakuulustelussa ei ole rikottu todistamiskieltoja tai niiksi rinnasteisia oikeusturvasäännöksiä.⁴⁰⁷ Usein todistaja (tai syytetty) saattaa vedota ristiriidan selittävänä syynä siihen, että hän ei ole esitutkintakuulustelussa ymmärtänyt esitettyä kysymystä oikein tai että kuulustelussa on tapahtunut jokin muu väärinkäsitys. Tällaisessa tilanteessa vastakuulustelijan on järkevää lukea ääneen kuulustelupöytäkirjaa aloittaen hieman ennen ristiriidan aiheuttanutta olennaista kysymystä, ja tiedustella kussakin asiakohdassa kuulusteltavalta, muistaako hän tällaisen kysymyksen ja vastauksen esittämisen, ja ovatko kirjatut vastaukset paikkansa pitäviä. Jos henkilö myöntää kysymykset ja vastaukset pääosin oikeiksi mutta ”linjasta poiketen” kiistää tietyn kysymyksen tai vetoaa sen epäselvyyteen, saattaa kuulusteltavan väitteen uskottavuus näin jossain määrin alentua.⁴⁰⁸

Useissa tilanteissa myös konstruktiiivinen vastakuulustelumetodi voi olla asianosaiselle tarkoituksenmukainen. Taitava vastakuulustelija saattaa saada kuulusteltavan ottamaan vahingollisen lausumansa ainakin osittain ’takaisin’, jos kertomuksessa tapahtunutta muutosta ei käsitellä kuulusteltavan vilpistelyyrityksenä, vaan inhimillisenä erehdyksenä. ”Kasvot säilyttävän” -selityksen tarjoaminen kuulusteltavalle voi esimerkiksi saada tämän hyväksymään aikaisemman kertomusversionsa oikeaksi.⁴⁰⁹

Ristiriita aikaisemman kertomuksen kanssa voi syntyä myös siksi, että kuulusteltava kertoo jostain uudesta seikasta ”yhdenmellätoista hetkellä” vasta oikeudenkäynnissä. Kuulusteltava – joka usein on syytetty – saattaa vedota siihen, että seikkaa ei häneltä ole aikaisemmin kysytty, että hän yksinkertaisesti unohti asiasta aikaisemmin mainita, tai että hän oli aikaisemmin liian jännittynyt ja siksi jätti seikasta mainitsematta. Tällaisessa tilanteessa ei luonnollisestikaan ole mahdollista vedota *suoraan* esitutkintapöytäkirjaan (tai vastaavaan dokumentaatioon), koska po. seikkaa ei aikaisemmin ole nimenomaisesti käsitelty. Vastakuulustelija voinee kuitenkin aikaisemman kertomuksen sisällön tai asiayhteyksien avulla pyrkiä osoittamaan, että lisäys on yhteensopimaton aikaisemman kertomuksen kanssa tai muuten epäuskottavalla tavalla eri suuntainen. Vastakuulustelija saattaa esim. pyrkiä osoittamaan, että lisäys johtuu kuulusteltavan saamasta jälkikäteisinformaatiosta ja pyrkimyksestä mukauttaa kertomus paremmin vastaamaan näitä uusia tietoja. Tapauksen tosiseikat läpikotaisin tuntevalle vastakuulustelijalle tällaiset pyrkimykset on mahdollista tarkalla ja

⁴⁰⁷ Jaksossa 7.3 katsottiin, että de lege lata asianajajan toimesta mahdollisesti laadittuja muistioita, pöytäkirjoja tai muita tallenteita kuulusteltavan kanssa käydyistä etukäteiskeskusteluista ei voida rinnastaa OK 17:32:n soveltamisessa esitutkintapöytäkirjaan. Toisaalta OK 17:11:n soveltaminen voi olla mahdollista. De lege ferenda en näe poissuljettuna, että joissain tilanteissa asianajajan pöytäkirja voitaisiin mahdollistaa OK 17:32:n soveltamisalalla.

⁴⁰⁸ Ks. Levy 1999 s. 156.

⁴⁰⁹ Ks. Levy 1999 s. 161.

yksityiskohtaisella tiedustelulla paljastaa. Todistajan kohdalla voidaan vedota tämän positiiviseen totuusvelvollisuuteen, joka olisi velvoittanut hänet kertomaan seikasta jo aiemmin. Aina kertomuksen lisäysten syiden selvittäminen ei tietenkään ole mahdollista. Tällöin vastakuulustelijan tulisi tyytyä uuden kertomuslisäyksen mahdollisten epävarmuustekijöiden tiedusteluun (tai retoriseen toteamiseen) ja loppulausunnossa tapahtuvaan lisäyksen käsittelyyn.⁴¹⁰

7.6.4.4 *Alibitodistelu*

Alibiin vetoava syytetty esittää säännönmukaisesti näyttöä alibinsa tueksi. Alibitodistajan vastakuulustelullinen näkökulma on luonnollisesti syyttäjän.⁴¹¹ Syyttäjä on tarvittaessa oikeutettu pyrkimään osoittamaan alibitodistajan valehtelevan tai erehtyvän jollain perusteella. Alibitodistelun todenperäisyyttä epäilevän syyttäjän on tarkoituksenmukaista pyrkiä selvittämään kunkin alibitodistajan taustoja ja motivaatioita sekä paljastaa mahdolliset yhteydet syytettyyn mahdollisimman seikkaperäisesti. Mitä läheisempi yhteys alibitodistajan ja syytetyn välillä vallitsee, sitä alttiimpi alibitodistajan kertomus luonnollisesti saattaa olla vastakuulustelulle.⁴¹²

Alibin todenperäisyyttä epäilevä syyttäjä voi pyrkiä kontrolloimaan kertomuksia kysymällä alibitodistajilta (sikäli kun näitä on useita) seikkoja, jotka edelsivät tai seurasivat alibitilannetta, mahdollisesti nopeassa tahdissa ja yllättävässä järjestyksessä. Stressin alainen valehteleva alibitodistaja saattaa nimittäin keskittyä kertomuksen keskeisiin yksityiskohtiin periferisten seikkojen kustannuksella, joten usealta todistajalta tilannetta ympäröivien seikkojen vastaavansisältöinen selvittäminen saattaa tuoda sovittamattomia ristiriitaisuuksia päivänvaloon, jotka paljastavat puolustuksen valheellisuuden. Toisilta alibitodistajilta syyttäjä voi kysyä myös sellaisista seikoista, joista aikaisemmin kuultu alibitodistaja on yllättäen kertonut sillä vaikutuksella, että nyt kuultavan todistajan mahdollinen empiminen saattaa tämän epäilyttävään valoon. Syyttäjä voi keskittyä myös alibitodistajien kertomuksissa oleviin epätodennäköisiltä vaikuttaviin piirteisiin ja saamaan sitä kautta kertomuksen vaikuttamaan kokonaisuudessaan epäuskottavalta. Alibitodistajien taipumusta vastata (mahdollisesti jyrkän) kieltävästi kysymykseen, ovatko todistajat keskustelleet asioista keskenään ennen todistamista, voi syyttäjä myös pyrkiä hyödyntämään todistajien uskottavuuden heikentämiseksi.⁴¹³

⁴¹⁰ Ks. Levy 1999 s. 157 ss.

⁴¹¹ Eri asia on, että alibiin vetoavan puolustuksen tulee luonnollisesti syyttäjän todistajien vastakuulustelussa itsensä pyrkiä vastustamaan alibitodistelulle vastakkaisia lausumia. Tämä näkökulma jätetään tosin tässä syrjään.

⁴¹² Ks. havainnollisesti esim. Lie 2002 s. 251–252.

⁴¹³ Ks. Stone 1988 s. 177–179.

7.6.5 Henkilöön liittyviä erityiskysymyksiä

7.6.5.1 Puolustuksen suorittama vastakuulustelu

Syytetyn (puolustuksen) suorittamassa vastakuulustelussa korostuu *varovaisuusperiaate*. Puolustuksen suorittaman vastakuulustelun yleisenä lähtökohtana tulisikin olla rajoittuminen vain ns. ”turvallisten kysymysten” esittämiseen. Edellä esitelty ns. varovaisen tiedustelun kuulustelumetodi kuvastaa juuri tarkoitettua varovaisuusnäkökulmaa, jonka tarkoituksena on rajoittaa kuulusteltavan henkilön kertomus vain sellaisiin seikkoihin vastaamiseen, joista vastakuulustelija haluaa tätä kuulla, ja jotka eivät voi olla puolustuksen juttuteorialle haitallisia. Puolustuksen vastakuulustelutarkoituksena ei missään tapauksessa voi olla vain se, että syytteen tueksi puhuva kuulusteltava pääsee toistamaan pääkuulustelukertomuksensa.⁴¹⁴

Turvalliset kysymykset ovat useimmiten tyypiltään johdattelevia ja aihepiiriltään tarkoin rajattuja. Kysymykset pyritään formuloimaan siten, ettei kuulusteltavalle sallita ylimääraistä liikkumatilaa vastauksessaan. Kysymyksen ’turvallisuus’ voi tosin perustua edellisen lisäksi myös siihen, että mahdollisesti halutusta poikkeava vastaus voidaan varmuudella riitauttaa esim. aikaisempiin lausuntoihin (pääkuulustelussa tai esitutkinnassa esille tulleen) verrattuna tai kertomuksen yleiseen epäuskottavuuteen vetoamalla.⁴¹⁵

a) Asianomistajan vastakuulustelu

Asianomistajaa kuullaan lähes poikkeuksetta syyttäjän ’todistajana’, joko tapahtumainkulun ja/tai tekijän identiteetin selvittämiseksi. Yleensä vain joko rikoksen tapahtuminen sinänsä – syyttäjän väittämässä vakavuudessa tai laajuudessa – tai rikoksentekijän henkilöllisyys on kiistetty, ja vastakuulustelussakin voidaan siten keskittyä toiseen näistä seikoista. Tapahtumainkulkuun keskittyvässä asianomistajan vastakuulustelussa kritiikkiä kohdistetaan yleensä muistivirheisiin tai asianomistajan vilpittömyyteen. Tapahtumat kokonaisuudessaan havainneen asianomistajan erehtymiseen ei pääsääntöisesti ole hedelmällistä viitata vastakuulustelussa, paitsi jos kyseessä on erityisen monitulkintainen tai muuten epäselvä seikka (esim. ns. asefokusilmiön⁴¹⁶ tms. johdosta).

⁴¹⁴ Kuten sanottu, objektiivisesti toimivan virallisen syyttäjän kannalta tarkoitettu varovaisuusnäkökulma ei ole yhtä relevantti. Puolustuksenkaan kannalta pelkästään ’turvallisissa’ kysymyksissä pitäytymistä tai ns. kultaisten säännön noudattamista ei voi soveltaa ehdottomasti: vähämerkityksellisten seikkojen kohdalla puolustuskin voi epävarmaa seikkaa tiedustella, jos sinänsä epäedullisen seikan merkitys on vain vähäinen.

⁴¹⁵ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 164–167.

⁴¹⁶ Mainitusta asefokus-ilmiöstä, jonka mukaan tarkkaavaisuus kiinnittyy johonkin stressaavaan, kriittiseen objektiin kuten rikoksessa käytettävään aseeseen tai veitseen muiden havaintojen kustannuksella, ks. esim. *Jonsson* 1997 s. 162 s., *Christianson* 1997 s. 40, *Christianson* 1996 s. 156 ja *Haapasalo* 2000 s. 26.

Valehtelumotiiveja vastakuulustelija voi pyrkiä löytämään mm. asianomistajan vihamielisistä suhteista tekijään tai itse teon synnyttämistä negatiivisista tunteista, samoin kuin asianomistajan mahdollisesta yrityksestä todistuksellaan vapauttaa tai ”puhdistaa” itsensä asiasta (kun esim. vain toista nyrkkitappelon tai liikenneonnettomuuden osapuolta on syytetty rikoksesta), tai yrityksestä jollain tavalla hyötyä rikostuomion mahdollisuudesta.

Koska asianomistajan ei voine yleensä olettaa myöntävän edellä kuvatun kaltaisia negatiivisia seikkoja, on vastakuulustelussa järkevämpää pyrkiä esim. kostomielialan, vihantunteiden, puolustelumotiivien ja mahdollisten hyödynkökohtien paljastamiseen välillisesti siten, että asianomistajan motivaatio voitaisiin johtaa tai päätellä toisista seikoista.⁴¹⁷ Luonnollisesti vastakuulustelussa tulee puuttua myös muihin kertomuksen epäluotettavuustekijöihin kuten ristiriitaisuuksiin ja epätodennäköisyyksiin, jos aihetta ilmenee.

Sana vastaan sana -tilanne on erotettava jutuista, joissa on olemassa muutaakin näyttöä syytteen tueksi. Sikäli kun muuta näyttöä on, voi puolustus etsiä ristiriitaisuuksia ja epäjohtonmukaisuuksia eri todistuskeinojen väliltä. Puhuttaessa sana vastaan sana -tilanteessa puolustuksen tulisi sen sijaan pyrkiä saamaan (epäsuoraa) tukea asianomistajalta mahdollisimman monelle seikalle, jotka tukisivat (kiistettyä) syytetytyn esittämää tapahtumainkulkua. Puolustus saattaa myös pitkälti sivuuttaa asianomistajan pääkuulustelussa kertomat seikat ja suunnata vastakuulustelunsa terän asianomistajan henkilöä ja hänen uskottavuuttaan vastaan.⁴¹⁸ Erityisesti väkivaltarikoksissa toimiva – joskin riskialtis – taktiikka voi olla tunnekuohun vallassa olevan asianomistajan saattaminen liioittelemaan siten, että aiempien kertomusten välille syntyy ristiriita. Tilanteessa, jossa syytetytyn esittämä tapahtumainkulku on hyvä ja uskottava, ts. kun vastanäyttö on vankkaa, on puolustuksen kannalta kuitenkin yleensä järkevämpää välttää erityisen pitkää asianomistajan vastakuulustelua – muutoin vastakuulustelussa voi tulla esiin seikkoja, jotka vievät huomiota liikaa syyttäjän versioon: asianomistaja on syytetytyn kannalta ”liikaa äänessä”.

b) Poliisin vastakuulustelu

Poliisi todistajana on erityislaatuaisessa asemassa, koska monesti puolustuksen vastakuulustelun horjumaton ’kestäminen’ on suorassa yhteydessä poliisin ammattikunnaan, virkavelvollisuuksien asianmukaisen hoitamisen osoittamiseen sekä poliisin keskinäisen ryhmäkonformiteetin ylläpitämiseen.⁴¹⁹ Yleensä poliisit ovat työnsä puolesta harjaantuneita havainnoitsijoita siten, että he osaavat kiinnittää huomiotaan maallikoita paremmin juridisesti relevantteihin

⁴¹⁷ Näin *Stone* 1988 s. 182 s. ja *Diesen* 1996 s. 257–258.

⁴¹⁸ *Wellman* 1962 s. 50.

⁴¹⁹ Ks. *Nack* 2000 s. 270.

seikkoihin. Toisaalta työ voi myös muodostaa rutiineja, jolloin voi käydä niin, että kertomusta muokataan ja muistikuvia täydennetään aiempien kokemusten tai ennakkokuulujen perusteella ennen oikeudenkäyntiä luetun esitutkintapöytäkirjan ja yleisten skeemojen avulla. Erityisesti massarikoksissa kuten liikenne-rikkomuksissa se, mitä poliisi todistajana kertoo ”varmasti muistavansa”, voi-kin tarkoittaa enemmän sitä, että poliisi muistaa varmasti seikan esitutkintapöytäkirjasta lukeneensa ennen oikeudenkäyntiä.⁴²⁰ Erityisasema poliisitodistajilla on myös sen takia, että puolustusasianajat ovat jo esitutkinnasta lähtien heidän näkökulmastaan ikään kuin ”luonnollisia vihollisia”: lähtökohtainen asetus ei siis suinkaan ole välttämättä suotuista ainakaan konstruktiiviselle vastakuulustelulle.⁴²¹

Poliisitodistajien erikoisasema juontuu osittain myös siitä, että koko myöhempi prosessi tavallaan seuraa ja muotoutuu poliisin oman työn tuloksista. Mitä komplisoidummasta rikoksesta (tunnusmerkistönsä ja/tai faktamateriaalinsa puolesta) on kyse, sitä enemmän poliisin käsitykset relevanteista normeista ohjaavat sitä, mitä tosiseikkoja ja millä tavoin esitutkinnassa selvitetään. Näin ”viitoittunut” oikeudenkäynnin kohde välittyy prosessin asianosaisille ja tuomioistuimelle, ja muodostaa sitä kautta jonkinlaisen etukäteiskäsityksen myös näille tahoille. Näin ollen poliisilla, joka kertoo käsityksiään esim. rikospaikasta, kiinniottotilanteesta, epäillyn kuulustelusta tai kotietsintätilanteesta, on erityisen suuri merkitys prosessissa relevanttien tosiseikkojen selvittämisessä – koska syytteen kannalta relevantit seikat ovat saattaneet merkittäviltä osin ”muotoutua” juuri poliisin omien aikaisempien käsitysten ja tulkintojen pohjalta. Tuomioistuimet (vastaavasti kuin kaikki muutkin päätöksentekijät) voivat olla taipuvaisia tarkastelemaan prosessissa esiin tulevia tosiseikastoväitteitä aikaisemmin muodostamastaan etukäteiskäsityksestään käsin, ja vastaanottavaisuus tätä käsitystä vastustaville seikoille voi olla vähäisempi kuin mitä se olisi ollut, jos samat seikat olisi esitetty varhaisemmassa vaiheessa (so. samassa yhteydessä kuin tuomioistuin muodosti alustavan ”jutun teoriansa” etukäteisaineiston perusteella).⁴²²

Poliiseilla ammatti-ihmisinä on tiettyjä tyypillisiä asenteita tai ominaisuuksia siinä kun muidenkin ammattien edustajilla. Tällaiset asenteet ja ominaisuudet voivat edistää tehtävien tehokasta suorittamista: poliisien kohdalla esimerkiksi uteliaisuus, tietty skeptisyys ja päämäärätietoisuus ovat yleensä ottaen toivotavia ominaisuuksia. Puolustuksen vastakuulustelun ensisijaisena lähestymistapana poliisitodistajien kohdalla onkin järkevää pitää tällaisiin työyhteisön luomiin asenteisiin tai rutiineihin puuttumista niiden mahdollisesti ennako-

⁴²⁰ Ks. mm. *Diesen* 1993 s. 468, *Nack* 2000 s. 268 ss. ja *Smith* 1986 s. 336 s. Mainitusta syyistä *von Eyben* 1981 s. 41 pitää sallittuna ja suotavanakin, että poliisimies virkistää muistiaan esitutkintapöytäkirjaan tutustumalla ennen tuomioistuimessa todistamista.

⁴²¹ Ks. *Nack* 2000 s. 267.

⁴²² Ks. *Kube – Leineweber* 1977 s. 125–127 ja *Lie* 2002 s. 267.

käsityksiä tai puolueellisuutta luovan merkityksen perusteella. Hienovaraisella ja rakentavalla asenteella puolustus voi saada poliisin (joka ei ole vielä sitoutunut mihinkään jyrkkiin näkemyksiin) joissain tapauksissa myöntämään, että hänen tulkintansa havainnoistaan voidaan, ainakin periaatteessa, selittää myös toisella tavalla. Vielä suurempi ”voitto” puolustukselle olisi saada poliisi myöntämään, että poliisin mahdollisesti rajoittuneeseen katsantokantaan perustuneet tulkinnat ovat voineet tahattomasti siirtyä poliisilta esitutkinnassa kuultaville todistajille ja muille rikoksen selvittämiseksi kuulusteltaville henkilöille.⁴²³ Luonteva poliisitodistajien vastakuulustelun teema on myös se, missä määrin poliisi on kiinnittänyt huomiota epäillyn puolesta puhuvien seikkojen selvittämiseen.

Yleisesti ottaen poliisitodistajien kohdalla kärkeään destruktiivinen vastakuulustelu, tai ainakaan sellainen aloitus, ei ole tarkoituksenmukainen.⁴²⁴ Osana destruktiivisempaa vastakuulustelutaktiikkaa puolustus saattaa kuitenkin vedota esim. poliisin muistamattomuuteen, ja loppulausunnoissa saatetaan myös vihjata ammattirutiinien mahdollistamaan yleistysten vaaraan. Kuten jo edellä on viitattu, yleisesti järkevä poliisimiesten vastakuulustelutapa on viitata esitutkintapöytäkirjaan.⁴²⁵ Koska esitutkintaa suoritetaan usein tiimityönä tai pareittain, saattaa poliisin muistikuvissa ja käsityksissä tapahtua tiedostamaton siirtymää, tai muuten tahatonta kollegoiden johdattelua. Sanottu mielessä pitäen aikaisemmista poliisien keskinäisistä keskusteluista kysyminen poliisin vastakuulustelussa voikin olla puolustuksen kannalta toimiva taktiikka, koska kysymykseen saatava mahdollisesti jyrkkä kieltäminen voi joissain tapauksissa johtaa todistajan uskottavuuden alentumiseen tai jopa hieman vilpillisiin lausumiin. Erityisen tehokas tällainen menettelytapa voi olla silloin, kun kyseessä on pitkälti tai yksinomaan henkilötodistelun avulla toteen näytettävä rikos, tai kun kyse on silminnäkijätunnistamisesta.⁴²⁶ Toisaalta silloin kun poliisi myöntää keskustelleensa asioista kollegojensa kanssa, voi vastakuulustelija tiedustella onko poliisi *koskaan keskusteltuaan todistettavista asioista kollegojensa kanssa* antanut keskeisiltä osiltaan ristiriitaista kertomusta. Usein vastaus kysy-

⁴²³ Ks. Stone 1988 s. 180 ja Nack 2000 s. 275.

⁴²⁴ Näin esim. Nack 2000 s. 271 ja 274 ja Dahs 1983 s. 314. Erityisen kärkeä, syöllistävä kuulustelu on muutenkin vain erittäin harvoin tarkoituksenmukainen, jos kuulustelulla tavoitellaan edes jossain määrin rakentavia päämääriä: kun kuulusteltava kerran on saatu puolustuskannalle, saattaa hän tämän jälkeen käsittää kaikki kysymykset enemmän tai vähemmän hyökkäyksiksi itseään vastaan, jolloin edellytykset minkäänlaisten myönnitysten saamiselle tyystin katoavat.

⁴²⁵ Epätarkoituksenmukaisena on nähtävä sen seikan kritisointi *sellaisenaan*, että poliisi on mahdollisesti virkistänyt muistiaan pöytäkirja lukemalla juuri ennen oikeudenkäyntiä. Tällainen menettely on rutiininomainen ja sellaisenaan perusteltu.

⁴²⁶ Ks. Stone 1988 s. 180, ks. myös Nack 2000 s. 271 siitä, miten ns. group remembering -ilmiö vahvistaa yksittäisten henkilöiden tuntemaa itsevarmuutta muistikuvansa luotettavuutta kohtaan sekä saattaa myös kärjistää arvioita (group polarisation).

mykseen on kielteinen – seikka, jolla puolustus voi joissain yksittäistapauksissa pyrkiä osoittamaan lautamiehille poliisin ammattirutiinien potentiaalisen väärinvaikutuksen.⁴²⁷

Luonnollisesti silloin, jos oikeudenkäynnissä on tullut esille kysymys joistain laittomista menettelytavoista tai joidenkin keskeisten menettely- tai oikeusturvasääntöjen sivuuttamisesta, tulee vastakuulustelijan keskittyä tällaisten seikkojen selvittämiseen. Prosessuaalisten oikeusturvasäännösten ja mahdollisten perusoikeusrajoitusten (ja sitä suuremmalla perusoikeusloukkausten) valvomiseen puolustusasianajajalla on jopa hyvään asianajajatapaan perustuva velvollisuus. Tällöin destruktiivinenkin kuulusteluote voi olla perusteltu, ainakin jos virheestä on olemassa konkreettista näyttöä. Toisaalta menettelyvirheen esille tuominen sellaisenaankin voi riittää horjuttamaan poliisitodistajaa kohtaan tunnettavaa luottamusta – joskin pieniin menettelyvirheisiin puuttuminen voi kyllä antaa myös ”epätoivoisen” vaikutelman.

Yleisesti puolustukselle erityisen kiinnostavia kuulusteluteemoja ovat esim. se, onko epäilty kuultu vapaamuotoisesti varsinaisten kuulustelujen ohella, ja jos on, millä tavalla, onko epäilylle ilmoitettu oikeuksistaan asianmukaisesti ja miten epäilty reagoi tiedonantoon, miten epäilty muuten käyttäytyi (esim. pyysikö lisäselvityksiä), millaisia kysymyksiä kuulusteluissa käytettiin ja miten sanatarkasti esitutkintakertomus kirjattiin.⁴²⁸ Kaikki todisteen hyödyntämiskieltoon mahdollisesti johtavat menettelyvirheet ovat sellaisenaan niin vakavia, että – sikäli kun todistetta ei ole jo aikaisemmin päätetty kieltää – puolustuksen kannalta on perusteltua tehdä virheestä ja sen merkityksestä mahdollisimman ”suuri numero” kuulustelun kautta.⁴²⁹ Tässäkin tosin on taktinen valintamahdollisuus: suoran konfrontaation sijaan voi olla viisasta vain epäsuorasti tiedustella menettelyyn liittyviä konkreettisia tosiseikkoja, joiden perusteella myöhemmin loppulausunnossa voidaan konstruoida vakuuttava perustelu hyödynämiskiellon tueksi.

Poliisilain 1.3.2001 voimaan tullessa muutoksessa (21/2001) poliisille mahdollistettiin mm. peitetoiminnan ja valeoston käyttö rikostutkinnassa. Sääntely voi nostattaa esiin ongelmatilanteita PolL 44 §:ssä säädetyn poliisin vaitiolo-oikeuden tulkinnan kannalta.⁴³⁰ Alun perinkin PolL 44 §:n 1 momentissa on säädetty, että ”poliisin henkilöstöön kuuluva ei ole todistajana tai muuten kuultaessa velvollinen ilmaisemaan hänelle hänen palvelus-

⁴²⁷ Ks. *Heaton-Armstrong – Wolchover* 1999 s. 229.

⁴²⁸ Ks. *Rückel* 1986 s. 195 ja *Nack* 2000 s. 273, 277 ja 281. Se, miltä osin kirjaukset on mahdollisesti tehty sanatarkasti ja miltä osin kyse on poliisin omista referaateista, voi olla tarpeen selvittää, jos kysymys siitä, mitä epäilty on sanonut tai tarkoittanut, on noussut esille aikaisemmissa todistajankuulusteluissa.

⁴²⁹ Tällaisia menettelyvirheitä ovat erityisesti ETL 24 §:n vastaisten metodien käyttö samoin kuin se, onko poliisi informoinut kuulusteltavia henkilöitä asianmukaisesti ennen kuulusteluita.

⁴³⁰ Vastaavasti vaitiolo-oikeudesta säädetään myös TulliL 47a §:ssä ja RvIL 55 §:ssä.

suhteessaan tietoja luottamuksellisesti antaneen henkilöllisyyttä eikä salassa pidettäviä taktisia tai teknisiä menetelmiä.” Lainmuutoksen yhteydessä 44 §:ään liitettiin uusi 2 momentti: ”Poliisin henkilöstöön kuuluva ei ole todistajana tai muuten kuultaessa velvollinen ilmaisemaan valeostajana tai peitetoiminnassa toimineen henkilöllisyyttä, mikäli tiedon ilmaiseminen vaarantaisi todistelun kohteena olevan peitetoiminnan onnistumisen tai merkittävästi vaarantaisi valeostajana tai peitetoiminnassa toimineen tulevien vastaavanlaisten tehtävien hoitoa taikka jos tiedon ilmaisematta jättämiseen on muu erityisen painava syy.”

Poll 44 §:n soveltamisessa tärkeä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta huomioitava seikka on tarve saada esille riittävästi tietoja, joiden valossa po. vaiettujen toimenpiteiden käytön lain- ja asianmukaisuudesta saadaan selvyys.⁴³¹ Erityisesti jos poliisi vaikenee nimenomaan puolustuksen kysymyksiin säännöksen perusteella ja kyse on ratkaisevasta avain-todisteesta, voi lähellä olla juuri senkaltainen tilanne, joita EIT:n ratkaisulin-jan valossa on pidettävä EIS 6 artiklan vastaisena.⁴³² Myös syyttäjän on huomioitava yllä mainitut seikat, sikäli kun selvitystä joistain salassapidettä-vistä taktisista tai teknisistä menetelmistä kysytään suoraan häneltä.⁴³³

7.6.5.2 Syyttäjän suorittama vastakuulustelu

a) Syytetyn vastakuulustelu

Edellä (7.3 (III)) syytetyn on todettu olevan henkilötodisteena ongelmallisen, mutta toisaalta syytetyn kuulustelu voi kuitenkin olla merkittäväkin todistus-keino (erityisesti kun kyseisestä rikoksesta ei ole näyttönä reaalitodisteita, tai kun kyse on esim. tekijän tahdon tai tarkoituksen selvittämisestä).⁴³⁴ Toden-

⁴³¹ Ks. *PeVL 5/1999 vp.* s. 6: ”Tuomioistuimen asiana on varmistua siitä, että epäsovinnainen menetelmien käyttäminen ei vaaranna oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Myös... yllytyskiellon noudattaminen voi tulla arvioitavaksi oikeudenkäynnissä.” Tuomioistuimen oikeu-denmukaisuuteen kohdistuva valvontatehtävä edellyttäne käyttännössä nimenomaan (etukätei-sen tai jälkikäteen) hyödyntämiskiellon asettamista esim. sellaiselle poliisitodistajan kertomuk-selle, jos on jo etukäteen selvää, ettei poliisi tule vastaamaan keskeisiin, perusteltuihin puolustuk-sen väitteisiin, tai jos vastaava asiantila käy ilmi kuulustelun aikana. Valiokunnan kanta voidaan nähdä yleisempänäkin tukena näkemykselle siitä, että laittomasti hankituille todisteille tulisi lähtökohtaisesti asettaa hyödyntämiskielto.

⁴³² Ks. mm. *Jokela 2000a* s. 341–343. EIT:n ratkaisussa *P. G. and J. H.* 25.9.2001 (19 ja 67–73 §) katsottiin, ettei menettely, jossa puolustukselta evättiin tiedonsaantioikeus tietyistä poliisin sisäi-sistä asiakirjoista samoin kuin läsnäolo-oikeus poliisia tuomioistuimessa kuulusteltaessa, sellai-senaan tehnyt menettelystä epäoikeudenmukaista. Keskeistä oli, että puolustuksella oli oikeus esittää tuomarin kautta relevantteja kysymyksiä poliisitodistajalle, ja puolustuksen akkusatoriset oikeudet tulivat muutenkin menettelyssä turvatuiksi (erityisesti koska poliisin todistuksella ei ollut näyttöarvoa syytteen teemalle eikä sitä esitetty valamiehistölle).

⁴³³ Lähemmin tarkoitettua syyttäjän ’informointivelvollisuudesta’ ks. *Lindberg 1997* s. 213–214. Ks. myös *Prop. 1986/1987:89* s. 144–149 syytetyn tiedonsaantioikeuksien ensisijaisuudesta (suhteessa salassapitointresseihin) ja loukkaamattomuudesta pääkäsitteilyvaiheessa.

⁴³⁴ *Lappalainen 1986a* s. 388 muistuttaa, että syytettyä kuullaan yleensä nimenomaan todistelu-tarkoituksessa, eikä hänen kuulemisellaan ole juurikaan merkitystä prosessin kohteen kannalta.

näköisyys, että syyttäjän onnistuisi vastakuulustelemaan syytettyä tavalla, jolla syytetyn saisi kertomaan tai myöntämään jotain muuta kuin mitä hän on alunperin ajatellut, on kuitenkin yleensä varsin pieni, mikä tekee syytetyn vastakuulustelusta vaikean. Syyttäjän vastakuulustelutehtävää ei helpota sekään, että syytetyn prosessuaalisten oikeuksien johdosta syytetyn kuulustelussa on noudatettava erityistä varovaisuutta, mistä syystä tuomioistuimen puheenjohtaja saattaa aktiivisesti suojella syytetyn prosessuaalista perusoikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin kieltämällä tietynlaiset syyttäjän (tai asianomistajan) kuulustelutaktiikat.⁴³⁵

Syytetyn destruktiivinen vastakuulustelu onkin vain rajoitetusti mahdollinen, koska syytetyn painostaminen voisi loukata mm. syytetyn absoluuttista oikeutta olla todistamatta itseään vastaan tai muuten menettelyn oikeudenmukaisuutta.⁴³⁶ Destruktiivinen taktiikka, jos sellaista kuitenkin käytetään, perustunee käytännössä lähes aina käsitykseen siitä, että tosiasiat oikeasti tunteva syytetty valehtelee. Tällöinkin vastakuulustelu on syytä aloittaa rakentavasti ja ”pehmeästi” eikä pyrkiä synnyttämään heti vastakkainasetteluita.

Tuomioistuimen puheenjohtajan aloittamassa syytetyn kuulustelussa (esim. kun syytetyllä ei ole avustajaa) konstruktiivinen ote toteutunee luonnostaan, koska tuomarin tehtävänä on lähinnä vain saada kuulustelu alkuun ja syytetty selostamaan vapaata kertomustaan. Syyttäjän tulisi aloittaa kuulustelu vastaavalla tavalla, eli kuulla ensin vapaa kertomus ja esittää sitten ei-johdattelevia, rakentavia kysymyksiä, joihin syytetyn tulee antaa vastata rauhassa ilman mitään painostusta. Mahdollisen destruktiivisemmän kuulustelun tulisi seurata vasta tämän jälkeen. Olettaessa, että puolustusasianajaja on suorittanut syytetyn pääkuulustelun, voisi kaikkien kiistettyjen tosiseikkojen kertominen tai yksityiskohtainen selvittäminen vastakuulustelussa syyttäjän näkökulmasta katsottuna turhaan antaa syytetylle tilaisuuden toistaa omia väitteitään. Tästä syystä syyttäjän voi rajoittua täsmentämään tapahtumainkuvauksissa olevia eroja esim. kuulustelun lopuksi esittämällään kattavalla – keskeiset tapahtumainkulut sisältävällä – kysymyksellä, johon syytetyn antamasta vastauksesta käy yhteenvedonomaaisesti ilmi syytetyn kanta syytteeseen.⁴³⁷

Jos syytetyn vastaukset ovat vältteleviä, ylimielisen haastavia, ristiriitaisia tai muuten selvästi arvostelulle alttiita, avautuu mahdollisuus destruktiivisempaan vastakuulusteluun.⁴³⁸ Kuulustelutaktiikan tulisi tosin tällöinkin olla pääsääntöisesti suoraa. Syytetyn destruktiivisessa vastakuulustelussa epäsuoria – aina-

⁴³⁵ *Frände* 1999 s. 281 muistuttaa lisäksi aiheellisesti syytetyn vaitiolotahdon suojelemisvelvollisuudesta: tuomioistuimen puheenjohtajan ei tule esittää syytetylle kysymyksiä esim. syytteen lähemmistä kiistämisperusteista, jos syytetty on ilmaissut halunsa olla vaiti oikeudenkäynnissä. Tuomioistuimelle ’syntyy’ oikeus syytetyn kertomuksen selvittämiseen vasta siinä vaiheessa, kun syytetty on päättänyt luopua vaitiolo-oikeudestaan relevanteista seikoista puhuttuaan.

⁴³⁶ Ks. *Jokela* 2000a s. 247.

⁴³⁷ Ks. *Stone* 1988 s. 193.

⁴³⁸ Ks. *Stone* 1988 s. 193–194.

kaan 'ansaan' johdattamiseen tähtääviä – taktiikoita ei yleensä voine pitää asianmukaisina. Prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden toteuttamiseksi syytettyyn kohdistettavan luonnetodistelun alan tulee lisäksi olla vielä normaalia rajoitetumpi. Näin ollen syyttäjän vaihtoehdoksi jää lähinnä vain suora syytetyn kertomuksen luotettavuuden tai uskottavuuden kyseenalaistaminen vertaamalla sitä muuhun näyttöön tai osoittamalla kertomuksen sisäisiä ristiriitaisuuksia tai puutteita. Jo itsestäänkin epätodennäköisen kertomuksen luotettavuutta syyttäjä voi myös pyrkiä vähentämään korostamalla erityisen epärealistia tai näyttöä vailla olevia piirteitä sekä toisensisältöisiin todistajankertomuksiin viittaamalla kontrastia luoden. Vastakuulustelussa syyttäjä voi myös kiinnittää huomiota siihen, ettei syytetyn kiistämiselle löydy mitään perusteita, jotka horjuttaisivat syyttäjän päätodistelua.⁴³⁹

b) Muiden puolustuksen todistajien vastakuulustelu

Puolustuksen itsensä kutsumat todistajat voidaan jakaa syyttäjän vastakuulustelun näkökulmasta kahteen kategoriaan eli jollain lailla syytettyyn yhteydessä oleviin henkilöihin sekä täysin ulkopuolisiin todistajiin. Lähtökohtaisesti ulkopuolisten todistajien kertomuksia voidaan pitää luotettavampina, koska heillä harvemmin on motivaatiota muuntaa havaintokuvaustaan (tai ylipäättänsä valehdella siitä, että tämä on jotain havaintoja oikeasti tehnyt). Puolustusteoriaa epäilevän syyttäjän suorittamassa vastakuulustelussa onkin monesti olennaista pyrkiä selvittämään ja paljastamaan mahdollisia yhteyksiä todistajan ja syytetyn välillä, erityisesti sellaisia, jotka eivät tulleet ilmi pääkuulustelussa. Syyttäjä saattaa esim. kysyä todistajalta suoraan siitä, onko tämä keskustellut asioista etukäteen tai oikeudenkäynnin aikana (esim. tauoilla tai odotusaikana) toisten henkilöiden tai todistajien kanssa. Tällaisten keskusteluiden kiistäminen voi vaikuttaa epätodennäköiseltä, erityisesti jos todistajan yhteydenpito syytettyyn on muilla todisteilla tätä ennen osoitettu toteen.

'Syytetyn' todistajan saattaa esim. olla vaikea vastata uskottavuutensa kärsimättä syyttäjän kysymykseen, onko kyseisen rikoksen todistaminen niin vähämerkityksellinen tai tavanomainen asia, ettei siitä ole ollut aihetta jutella kenenkään kanssa, tai miksi hän on ollut niin välinpitämätön tuttunsa tai ystävänsä syyteasian etenemisestä, vaikka hän on suostunut todistamaan syytetyn puolesta. Keskustelut myöntävältä todistajalta syyttäjän on luonnollisesti tarpeen tarkkaan tiedustella keskusteluiden yksityiskohtia kuten ajan-kohtaa, lukumäärää, keskustelussa läsnä olleita henkilöitä sekä puheenaihetta.

⁴³⁹ Syyttäjä saattaa esim. vastakuulustelussaan pyrkiä selvittämään seikkoja, jotka osoittavat, ettei syytetyn ja hänelle epäedullisen todistajankertomuksen antaneen henkilön välillä ole ollut mitään riitoja tai muita vastakkaisia intressejä – seikka, joka on omiaan korostamaan todistajankertomuksen näyttöarvoa ja vastaavasti laskemaan syytetyn version vakuuttavuutta, ks. *Du Cann* 1993 s. 142–143.

Näitä tietoja syyttäjä voi kontrolloida mahdollisten toisten puolustuksen todistajien vastakuulusteluissa. Tiedusteluilla voi saada myös näyttöä sen puolesta, että todistaja on keskusteluistaan voinut saada sellaista jälkikäteis-informaatiota, joka on voinut aidosti muuttaa todistajan muistikuvia.⁴⁴⁰

7.6.6 Asiantuntijoiden (vasta)kuulustelu

I Lähtökohtana kaikkien asiantuntijoiden kuulusteluun on, että kuulustelija tutustuu etukäteen asiantuntijan lausuntoon, sen aihepiiriin ja metodiin siten, että relevanttien kysymysten esittäminen tulee ylipäättensä mahdolliseksi.⁴⁴¹ Kuulusteluun luonnollisesti vaikuttaa ratkaisevasti se, mistä seikoista asiantuntija todistaa. Menettely kuulusteltaessa erityisestä kokemussäännöstä (vain) abstraktisti kertovaa asiantuntijaa lienee erilainen verrattuna tilanteeseen, jossa asiantuntija *soveltaa* kokemussääntöä kyseiseen tapaukseen joko suorittamiensa havaintojen tai kokeiden perusteella tahi hypoteettisesti hänelle esiteltävien faktaolettamien perusteella. Kuulustelijan kannalta olisi tietysti ihanteellista, jos tämä tuntisi asiantuntijan alaa sikäli hyvin, että vastakuulustelijan olisi mahdollista vedota esim. toisiin koulukuntiin tai kilpaileviin mielipiteisiin.⁴⁴² Yleensä vastakuulustelijan lienee kuitenkin 'tyydyttävä' siihen, että erityisten kokemussääntöjen soveltuminen kyseiseen tapaukseen saadaan jollain perusteella asetettua kyseenalaiseksi.

Asiantuntijat, jotka tuomioistuimissa on kutsunut henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi, ovat pitkälti oikeudenkäynnin asianosaisista riippumattomia.⁴⁴³ Heidän

⁴⁴⁰ Stone 1988 s. 198.

⁴⁴¹ Oikeudenkäymiskaaren asiantuntijasääntelyssä 'oletusarvo' on, että asiantuntijat ovat tuomioistuimen nimeämiä ja kutsumia. Tällaisiin ns. varsinaisiin asiantuntijatodistajiin sovelletaan osin eri säännöksiä verrattuna asianosaisten itsensä kutsumiin asiantuntijoihin (käytännössä asianosaisten 'omat' asiantuntijat ovat kuitenkin yleisempiä). Pääsääntöisesti tuomioistuimen kutsuma asiantuntija antaa vain kirjallisen lausunnon eikä häntä kuulla henkilökohtaisesti oikeudenkäynnissä. OK 17:55:n mukaan yksityiseen asiantuntijaan sovelletaan todistajaa koskevia säännöksiä, mutta heidänkin kohdallaan on mahdollista rajoittaa vain kirjallisen lausunnon lukemiseen. – Ratkaisuiden KKO 1999:74 ja KKO 2002:35 perusteluista ilmenee, että asiantuntijalausunnossa ilmaista voi käyttää kirjallisena todisteena silloinkin, vaikka asianosaisten vaatimukseen kuulla asiantuntijaa suullisesti ei suostuttaisikaan (harkinnanvarainen poikkeama kontradiktorisesta periaatteesta). Tässä jaksossa kuitenkin käsitellään päinvastaista tilannetta, jossa henkilökohtaista kuulemista on pidetty tarpeellisenä.

⁴⁴² Käytännössä asiantuntijalausunnon kriittinen arviointi on sekä tuomioistuimelle että kuulustelua suorittavalle taholle hyvin vaikeaa (ks. tästä mm. von Eyben 1986 s. 139 s.), erityisesti *Munkmanin* 1951 s. 123 esittämän jälkimmäisen virheellisyysvaihtoehdon kannalta: "An expert opinion consists of a conclusion, drawn from facts, which may or may not be true, by inferences, which may or may not be sound."

⁴⁴³ Tässä täytyy sivuuttaa asiantuntijan mahdollisesta väitetystä puolueellisuudesta johtuva problematiikka. Viitattakoon tältä osin esim. EIT:n ratkaisuun *Brandstetter* 28.8.1991 (59–63 §), josta ilmenevällä tavalla puolueettomuusharkinnassa (subjektiivisessä ja objektiivisessä) on huomiotava paitsi asiantuntijan asema, myös tapa, jolla tämä on toimeksiantonsa suorittanut.

ei voi sanoa olevan syyttäjän tai puolustuksen 'todistajia' siinä mielessä, että jommankumman tai kummankaan asianosaisen ensisijaisena tehtävänä olisi kuulusteluun valmistautuminen esim. alustavan keskustelun kautta ennen oikeudenkäyntiä.⁴⁴⁴ Tilanne on tietysti erilainen sellaisten asiantuntijoiden kohdalla, jotka ovat asianosaisten nimeämiä. Jos asianosainen kutsuu oman asiantuntijan, tulee tämän kanssa luonnollisesti keskustella ennen toimeksiantoa.⁴⁴⁵ Etukäteiskeskusteluissa asiantuntijalta on järkevää pyytää ajantasainen curriculum vitae, josta ilmenisi henkilön kompetenssin perusta asiantuntijana toimimiseen. Asiantuntijan tehtävät tulee tehdä täysin selväksi ja antaa tälle riittävä aineisto, jonka tämä tarvitsee johtopäätöstensä tekemiseen.

Asiantuntijalausunnon valmistumisen jälkeen pääkuulustelustrategiaa ja siihen esitettäviä keskeisiä kysymyksiä on järkevää käydä läpi, samoin kuin yleisiä seikkoja todistajana tai asiantuntijana esiintymisestä. Itse kutsumaansa asiantuntijaa asianosaisen tulisi myös varoittaa etukäteen mahdollisesta vastapuolen kritiikistä ja johdattelupyrkimyksistä. Koska asiantuntijan vastakuulustelussa ei yleensä pyritä osoittamaan asiantuntijan virhettä (tai vielä vähemmän valehtelua) vaan sitä, että muunkinlaiset johtopäätökset voivat olla – mahdollisesti toisenlaisen tosiseikastoperustan valossa – ainakin teoriassa mahdollisia, on varmistauduttava siitä, että asiantuntija todella tuntee kaikki relevantit tapauksen faktat. Muutoin asiantuntija saatetaan vastakuulustelussa todennäköisemmin yllättää esittämällä tälle sellainen tosiseikastovaihtoehto, jota hän ei ole etukäteen miettinyt.⁴⁴⁶

Oikeudenkäyntiin valmistautuessa on mahdollista keskustella myös vastapuolen nimeämän asiantuntijan kanssa. Vaikka menettelyä on pidettävä harvinaisena, voi se joskus olla tarpeen syyttäjän tai asianajajan oman 'kouluttautumisen' näkökulmasta. Mahdollista on sekin, että vastapuolen asiantuntijan vastakuulusteluun valmistaudutaan oman asiantuntijan kanssa käytävillä keskusteluilla. Tämä voi olla tarpeen paitsi tietyn erityisasiantuntemuksen sellaiseksi omaksumiseksi, joka on tarpeen mielekkään pää- ja/tai vastakuulustelun

⁴⁴⁴ Tuomioistuimenkin nimeämän asiantuntijan lausunnon näyttöarvon tulisi toisaalta riippua ainoastaan tämän lausunnon sisällöstä ja laadusta eikä esim. käsityksestä 'puolueettomamman' asiantuntijalausunnon lähtökohtaisesti korkeammasta näyttöarvosta. On toki selvää, että puolustus ei nimeä asiantuntijaa, joka todistaa puolustukselle vastaisesti – tämä ei kuitenkaan tarkoita puolustuksen asiantuntijan välttämättä olevan 'ostettu', vaan kenties vain sitä, että kyseessä oleva seikka on aidosti tulkinnanvarainen, ja että puolustus tahtoo korostaa tätä toisintulkinnan mahdollisuutta.

⁴⁴⁵ Toisaalta puolustus voi olla yhteydessä myös tuomioistuimen nimeämään asiantuntijaan ennen tämän lausunnon valmistumista, koska tällöin on parhaat mahdollisuudet saada selvää asiantuntijan alustavista näkemyksistä; seikka joka voi olla merkittävä vastatodistelun tarpeellisuusharkinnan kannalta. Periaatteessa puolustuksella on mahdollisuus myös vaikuttaa lausunnon sisältöönkin sitä kautta, että asiantuntijalle korostetaan joidenkin puolustukselle relevanttien seikkojen huomioon ottamista. Ks. *König* 2000 s. 192.

⁴⁴⁶ Ks. *Levy* 1999 s. 286 s.

järjestämiseksi, myös vastapuolen asiantuntijan mahdollisten kritiikille alttiiden kohtien paljastamiseksi.⁴⁴⁷

II Varsinaisen kuulustelun alussa asiantuntijalta on tarkoituksenmukaista kysyä tämän koulutuksesta ja ammatillisesta taustasta, koska näin voidaan eliminoida vastapuolen mahdollisia pyrkimyksiä asiantuntijan kompetenssin kyseenalaistamiseksi. Pääkuulustelussa suoritetuista 'ennakoinneista' huolimatta saattaa silti olla vastakuulustelutaktisesti järkevää kysyä asiantuntijan käytännöllisistä kokemuksista juuri kyseessä olevissa tapauksissa, esimerkiksi aikaisemmista harjoittelu- ja työpaikoista, työnkuvasta, jäsenyyksistä ammatillisissa järjestöissä tai sitä, millä konkreettisella tavalla henkilö on saavuttanut muodollisen asiantuntijuutensa kyseisellä alueella. Tällä tavoin vastakuulustelussa voidaan osoittaa, ettei kuulusteltavan asiantuntemus itse asiassa ulotu käsiteltävään seikkaan, tai ainakin heikentää todistuksen luotettavuutta ja siten avata mahdollisuuksia vastakuulustelijan itsensä kutsuman asiantuntijan esittämien erilaisten näkemysten hyväksymiselle.⁴⁴⁸ Käytännössä asiantuntijan ammatillista pätevyyttä on kuitenkin hyvin vaikea vastakuulustelussa heikentää suoraan siitä aiheesta, johon vastaamiseen tämä on oikeudenkäyntiin kutsuttuna valmentautunut. Vastakuulustelijan kriittistä 'kompetenssikuulustelua' saat-
taa silti palvella se, että asiantuntijalle esitetään kysymyksiä läheisistä seikoista, joihin hänen tulisi kyetä vastaamaan osoittaakseen asiantuntemuksensa.⁴⁴⁹

Vastakuulustelussa voi myös olla aiheellista tarkoin selvittää se, millä premissillä asiantuntija on tuloksiinsa päätenyt. Mitä kiistanalaisempi asiantuntijan johtopäätös on tai mitä uudempaan tieteelliseen innovaatioon tai teoriaan lausunto perustuu, sitä tarkemmin lausuntoa voidaan arvioida siitä näkökulmasta, onko asiantuntijan käyttämä teoria tieteellisesti testattu, mikä teorian tunnettu virhetodennäköisyys on, kuinka paljon teoriaa on kommentoitu tieteellisessä keskustelussa tai kuinka yleisesti teoria on hyväksytty tiedeyhteisössä.⁴⁵⁰ Joskus asiantuntijan kuulustelussa on perusteltua tiedustella asiantuntijalta tämän omaa varmuutta johtopäätöstensä suhteen – asiantuntijan voi nimittäin useimmiten olettaa olevan lausumissaan sikäli objektiivinen, että tämä myöntää myös mahdolliset lausuntoa rasittavat epävarmuustekijät tai rajaukset.⁴⁵¹

Asiantuntijoiden kuulustelussa johdattelevat ja hypoteettiset kysymykset⁴⁵²

⁴⁴⁷ Ks. *Levy* 1999 s. 306 ss.

⁴⁴⁸ Ks. *Stone* 1988 s. 188.

⁴⁴⁹ Ks. *Munkman* 1951 s. 107.

⁴⁵⁰ Ks. *Levy* 1999 s. 282. Ks. myös *Magnussen* 2002 s. 18–19: ”Kliniske metaforer og arbeidshypoteser som er utviklet for terapeutiske formål, har ikke uten videre gyldighet i en rettslig sammenhang, hvor menneskers liv og fremtid står på spill.”

⁴⁵¹ Ks. *von Eyben* 1986 s. 140.

⁴⁵² Hypoteettinen kysymys on kysymys, joka sisältää kuvauksen relevanteista tosiseikoista, ja pyynnön ottaa kantaa johonkin asiaan näiden tosiseikkojen valossa (esim. kannanotto tietyllä tavalla suoritettun lääketieteellisen tai kriminaaliteknisen tutkimuksen luotettavuudesta).

nähdään normaalia laajemmin sallittuina. Asiantuntijalle voi ja tietyissä tilanteissa periaatteessa tulee esittää hypoteettisia kysymyksiä sekä kyllä/ei -kysymyksiä. Pääasiallinen syy tähän on, että asiantuntijan kuulustelussa ei ole suojattavana ulkopuolisille vaikutuksille lähtökohtaisesti alttiit muistikuvat, vaan kyse on tieteellisen päättelyprosessin ja koeteltujen kokemussääntöjen tuomisesta oikeudenkäyntiaineistoon. Tällaisten näkemysten tulee kestää kriittikki ja vahvatkin johdattelupyrkimykset, jotta asiantuntijan lausunnolla olisi ylipäättään arvoa todisteena.⁴⁵³ Juuri erityisasiantuntemuksensa perusteella asiantuntijalle voidaan esittää oletama joistain tosiseikoista ja pyytää tätä muodostamaan näkemyksensä tällaisten uusien faktojen valossa.⁴⁵⁴

Abstraktisti kokemussäännöistä todistavalle asiantuntijalle esitettävien kysymysten ei tarvitse olla jatkuvasti hypoteettisia, koska kyse ei ole tapauksen – mahdollisesti vahvistamattomista – tosiseikoista, vaan nimenomaan erityisten kokemussääntöjen sisällöstä sellaisenaan. Myöskään sellaiselle asiantuntijalle esitettävien kysymysten, joka todistaa omista empiirisistä havainnoistaan, ei tarvitse välttämättä olla hypoteettisia pelkästään sillä perusteella, että kyse on tosiseikoista, joita ei (vielä) ole lopullisesti näytetty oikeudenkäynnissä toteen. Asiantuntija voi kertoa omista havainnoistaan ja niistä tekemistään johtopäätöksistä selostavassa ja ei-hypoteettisessa muodossa. Selvyiden vuoksi hypoteettista kysymystä sen sijaan *tulisi* käyttää silloin, kun kyse on tapaukseen soveltuvien johtopäätösten tekemisestä sellaisista tosiseikoista, joita asiantuntija ei itse ole havainnut tai tuntenut aikaisempia johtopäätöksiä tehdessään.⁴⁵⁵

Hypoteettiset kysymykset tekevät parhaimmillaan yhteenvedon todistelusta, joka on vastaanotettu ennen asiantuntijan kuulustelua, ja joka perustuu siten kattavasti kaikkiin esille tulleisiin tosiseikkoihin. Asiantuntijaa voidaan pyytää oletamaan tai hetkeksi hyväksymään kyseiset tosiseikat tosiksi, ja arvioimaan johtopäätöksiään uudestaan niiden pohjalta.⁴⁵⁶ Erityisesti silloin kun lääkäri-asiantuntija perustaa johtopäätöksensä teoreettisille näkemyksille eli kun hän ei ole itse tutkinut potilasta kliinisesti, voi vastakuulustelija kiinnittää huomiota siihen, että tällaisen todistelun kriittisen arvioinnin tulee kohdistua paitsi asian-

⁴⁵³ Ks. *Tackenberg* 1960 s. 52.

⁴⁵⁴ *Diesen* 1997 s. 62 korostaa, että erityisistä kokemussäännöistä todistavan asiantuntijan kertomuksella tulee yleensä olla merkitystä vain aputosiseikkana, koska se tarjoaa vain tulkinta-apua muulle – suoralle – näytölle, mutta ei sen sijaan itsenäisesti todista mistään rikoksen toteennäyttämiseksi välittömästi relevantista seikasta: ”Statistiken säger nämligen bara vilket samband som *borde* föreligga mellan bevis och tema med tanke på de föreliggande variablerna och bygger på förutsättningen att dessa variabler är korrekt definierade.”

⁴⁵⁵ Ks. *Levy* 1999 s. 306 ja *Palmer* 1966 s. 134.

⁴⁵⁶ Ks. *Levy* 1999 s. 293. Tällaisten hypoteettisen kysymysten muotoilussa huomiota on kiinnitettävä siihen, että asiantuntijan pohdittavaksi saatettavat seikat todella perustuvat oikeudenkäynnissä tätä ennen selvitettyyn. Toisaalta mahdollisena lienee pidettävä myös sitä, että asiantuntijalle esitetään ’keksittyjä’ tosiseikkoja, jos tarkoituksena on koetella asiantuntijan tieteellistä pätevyyttä, ks. *Palmer* 1966 s. 41 ja 134.

tuntijan johtopäätöksiin ja niiden muodostumismekanismiin, myös ja jopa ennen kaikkea siihen, ovatko asiantuntijalle esitetyt kysymykset olleet oikeita, ts. oikeisiin tosiseikkoletuksiin perustuvia. Toimeksiannossa tai pääkuulustelussa esitetyt hypoteettiset kysymykset voivat olla epäselvästi muotoiltuja tai premisseiltään virheellisesti johdattelevia, jolloin seikkaan puuttuminen on tärkeää.

Yksi mahdollinen keino virheellisten tai harhaanjohtavien kysymysten selvittämiseksi on pyytää asiantuntijaa itseään mahdollisimman tarkasti kertomaan, miten hän on toimeksiannonsa ymmärtänyt, eli minkä sisältöiseen kysymykseen hän on nyt ottanut kantaa. Asiantuntijan muotoilemana kysymys kaikessa monimutkaisuudessaan samoin kuin vastauksen virhelähteet voivat tulla tuomitsevalle tuomioistuimelle – erityisesti sen lautamiesjäsenille – paremmin selväksi. Vastaavassa tarkoituksessa vastakuulustelija voi pyytää asiantuntijaa nimeämään ydinkysymykseksi mieltämänsä seikan samoin kuin sen, mitkä kysymyksen osat hän on mahdollisesti tosiasiallisesti sivuuttanut kokonaan.⁴⁵⁷

Kuulustelutaktisesti asiantuntijan vastakuulustelu on usein tarkoituksenmukaista aloittaa konstruktiiivisesti, esim. selvittämällä kokonaan uusia tosiseikkoja sekä muita mahdollisia tulkintoja ja asioille annettavia merkityksiä.⁴⁵⁸ Yleensä perustellusti valmistautuneen asiantuntijan vastakuulustelusta ei lienekään odotettavissa muunlaista ’myönnytystä’ vastakuulustelijalle kuin mahdollisesti se, että asiantuntija saadaan myöntämään toisenkinlaisten tulkintojen mahdollisuus. Asiantuntijalle voidaan esimerkiksi esittää jokin erilainen mutta analoginen tilanne arvioitavaksi (kuten että toisessa asiayhteydessä samankaltainen käytös voidaan tulkita eri tavalla), tai samaan tapaukseen saatetaan pyytää soveltamaan erilaisia faktapremissejä. Jos vastakuulustelijan esittämät faktat ja näiden perusteella tehty kysymykset ovat järkeviä ja kohtuullisia, mutta asiantuntija kieltäytyy miltään osin vetäytymästä lausunnostaan, voi tämä olla merkki asiantuntijan puolueellisuudesta.⁴⁵⁹ Usein asiantuntijatodistelun kohdalla jo pelkillä kysymysten esittämisellä voidaan nähdä sikäli itsetar koitusta, että kysymykset avaavat tuomioistuimen jäsenet näkemään muitakin vaihtoehtoja ja suhtautumaan asiantuntijan lausuntoon kriittisemmin.

Yksi asiantuntijan vastakuulustelun keino⁴⁶⁰ muiden ohella on kilpaileviin, ristiriitaisiin auktoriteetteihin tai kirjallisiin lähteisiin vetoaminen. Tämä on

⁴⁵⁷ Ks. *Wellman* 1962 s. 119–121.

⁴⁵⁸ Ks. *Levy* 1999 s. 314 ja 323.

⁴⁵⁹ Näin *Stone* 1988 s. 191. Ks. myös *Levy* 1999 s. 313. Asiantuntijan puolueellisuudesta voi viestiä jo se, että tämä lausunnossaan ja/tai pääkuulustelussa käsittelee tapausta vain tietynlaisten faktojen valossa ja sulkee tietyt tosiseikat (tai niiden mahdollisuuden) tarkastelunsa ulkopuolelle.

⁴⁶⁰ Muita ovat (syyttäjälle ja puolustukselle) kootusti: asiantuntijan kompetenssin alan rajaaminen, kuulustelijan oman asiantuntemuksen osoittaminen perusteellisempien vastauksien saamiseksi, asiantuntijan suorittamien tutkimusten puutteellisuuden osoittaminen, metodien arvostelu, oman juttuteorian mukaisten propositioiden tarjoaminen asiantuntijan arvioitavaksi, asiantuntijoiden keskinäisten mielipide-eroavaisuuksien osoittaminen sekä hypoteettisten faktojen käyttö

luonnollisesti mahdollista vain silloin, kun kuulusteltavana oleva asiantuntija tuntee kyseisen tekstin ja tunnustaa sen auktoratiivisuuden. Kyse voi olla jonkun toisen asiantuntijan tekstistä tai jopa nyt kuulusteltavan asiantuntijan omasta aikaisemmasta kirjoituksesta. Vastakuulustelija voi lukea ääneen selaiset kohdat kyseisestä artikkelista tai kirjasta, jossa esitetään erilainen näkemys sovellettavasta teoriasta tai metodista ja tiedustella, onko asiantuntija samaa vai eri mieltä, tai katsooko hän ylipäättään, että kyseessä on erilainen näkemys kuin hänen oikeudenkäynnissä esittämänsä. Vastakuulustelija voi pyrkiä tässä yhteydessä tarkoin rajattujen kysymysten esittämiseen, koska vastakuulustelijalle ei yleensä ole edullista, että asiantuntija 'pääsisi' vastakuulustelussa esittämään lähempiä syitä tai perusteluja erimielisyydelle (tai sen puutteelle) – tämä seikka voi kylläkin tulla uudelleenkuulustelussa esiin.⁴⁶¹

7.7 UUDELLEENKUULUSTELU

I OK 17 luvun 33 §:n 3 momentin mukaan pää- ja vastakuulustelun jälkeen saavat tuomioistuin ja asianosaiset tehdä todistajalle kysymyksiä. Tätä kuulusteluvaihetta voidaan kutsua uudelleenkuulusteluksi,⁴⁶² lisäkuulusteluksi⁴⁶³ tai tarkentavien kysymysten tekemiseksi.⁴⁶⁴ Lainsäätäjä ei ole nimeämistä suorittanut, eikä terminologia liene täysin vakiintunutta. Angloamerikkalaisessa oikeusjärjestelmässä, josta uudistettu akkusatorinen kuulustelujärjestelmämme on saanut runsaasti vaikutteita, kyseistä vastakuulustelun jälkeistä kuulusteluvaihetta kutsutaan re-examinationiksi.⁴⁶⁵ Vastaavasti Saksassa käytävässä kuulustelujärjestelmän uudistamista koskevassa keskustelussa puhutaan Wiederverhöristä. Mainituista vaihtoehdoista termi uudelleenkuulustelu kuvaa mielestäni parhaiten tämän kuulusteluvaiheen kokonaisuutta.

Uudelleenkuulustelun tehtävä on lähinnä *reparatiivinen*. Tarkoituksena ei ole esitellä uusia todistusteemoja, vaan selventää ja täsmentää kuulusteltavan kertomusta siinä määrin, kuin se aikaisemmin lausutun perusteella on tarpeen. Uudelleenkuulustelussa tulisi aina keskittyä vain olennaisiin seikkoihin.⁴⁶⁶ Hallituksen esityksen mukaan OK 17 luvun 33 §:n 3 ”momentissa tarkoitettulla kysymysten tekemisellä tulisi yleensä pyrkiä vain joidenkin epäselviksi jäänei-

toisenlaisten johtopäätösten mahdollisuuden selvittämiseksi. Jos vastapuolella esiintyy kaksi tai useampia eri asiantuntijoita samasta teemasta, voi vastakuulustelija myös pyrkiä saamaan nämä asiantuntijat esittämään keskenään ristiriitaisia näkemyksiä. Ks. Levy 1999 s. 308–309 ja 329.

⁴⁶¹ Levy 1999 s. 315. Ks. myös Kube – Leineweber 1977 s. 133.

⁴⁶² Näin mm. Lappalainen 2001a s. 249, Jokela 2000a s. 332 (joka tosin puhuu myös tarkentavista kysymyksistä) ja Klein 1999 s. 695.

⁴⁶³ Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 240 kannattavat lisäkuulustelu-nimitystä, koska termi kirjoittajien mukaan korostaa lisäkuulustelun erityistä funktiota pääkuulustelijan kannalta.

⁴⁶⁴ Ks. Könönen 1999 s. 459 ja Toivola 2000 s. 601.

⁴⁶⁵ Ks. mm. Stone 1988 s. 201 ja Wrottesley 1961 s. 134.

⁴⁶⁶ Ks. Tapper 1995 s. 327 ja Levy 1999 s. 394.

den yksityiskohtien tarkistamiseen.” Tarkoitus on siis mahdollistaa asianosaisille, erityisesti kuulusteltavan pääkuulustelun suorittaneelle asianosaiselle, sellaisten yksityiskohtien tarkistaminen, joista henkilö on pää- ja vastakuulustelussa mahdollisesti kertonut eri tavalla ja selvittää se, mitä kuulusteltava todella tarkoittaa.⁴⁶⁷ Uudelleenkuulustelussa tulisi siten palata vain sellaisten asioiden lisäkäsittelyyn, joita on jo pää- tai vastakuulustelun aikana käsitelty.⁴⁶⁸ Ehdottomana sääntöä ei kuitenkaan voida pitää.

Pääsääntöisenä uudelleenkuulustelun metodina on, että kuulusteltavalle annetaan avoimilla kysymyksillä mahdollisuus korjata kertomustaan tai uudelleen painottaa tiettyjä kertomuksen tietoja.⁴⁶⁹ Uudelleenkuulustelussa voidaan myös tarjota konstruktivista tukea joidenkin seikkojen tai väittämien toisenlaiselle tulkinnalle tai arvostelulle. Uudelleenkuulustelussa ei ole tarpeen käyttää epäsuoria taktiikoita, vaan huomio tulee kiinnittää epäselvyyksiin tai tulkinta-eroavaisuuksiin selkeästi ja suoraan.⁴⁷⁰

Lappalainen katsoo, että uudelleenkuulustelussa todistajan nimenneen asianosaisen mahdollisesti käyttämät *johdattelevat kysymykset* ovat mahdollisia vain sellaisista vastakuulustelussa esille tulleista seikoista, joiden suhteen todistaja on muuttanut pääkuulustelukertomustaan todistajan nimenneelle asianosaiselle vastaisiksi. Perusteena tälle hän esittää sen, ettei ole perusteltua eikä johdonmukaista sallia pääkuulustelun suorittaneen tahon vastakuulustelun jälkeen kerralla muuttaa koko kyselytyyliään. Nähdäkseni Lappalaisen näkemys on oikean suuntainen, mutta itse en olisi sen kovin tiukan soveltamisen kannalla (mitä Lappalainen itsekään ei ymmärtääkseni tarkoita). Kriittisetkin johdattelevat kysymykset tulevat siis *pääkuulustelun* suorittaneelle asianosaiselle mahdollisiksi, jos todistaja joltain osin on muuttanut kertomustaan haitallisesti.

Johdattelukontrollin ”kärki” on kuitenkin tärkeintä pitää erityisesti siinä, ettei johdattelevien kysymysten käytöllä tuoda uusia teemoja käsittelyn piiriin enää uudelleenkuulustelussa. Sen sijaan siltä osin kun kyse on vain reparatiivisesta jo esille tulleen seikan täsmentämisestä tai korostamisesta, en pitäisi (positiivisten, ts. ei-aggressiivisten) johdattelevien kysymysten käyttöä yleises-

⁴⁶⁷ HE 82/1995 vp. s. 147.

⁴⁶⁸ Näin mm. *Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen* 2000 s. 241, ks. myös *Klemm* 1979 s. 48. Englannin adversiaalisessa kuulustelujärjestelmässä kuulustelun vaiheistus korostuu, koska pääsääntöisesti uusien teemojen esille ottaminen prekludoituu uudelleenkuulusteluun mennessä. Todistajan nimennyt asianosainen ei saa uudelleenkuulustelussa – ilman tuomioistuimen lupaa – kysyä todistajalta jotain pääkuulustelusta unohtunutta tai huomiotta jäänyttä seikkaa, vaan kysymysten tulee perustua vastakuulustelussa esille tulleeseen. Ks. *Tapper* 1995 s. 327, *Du Cann* 1993 s. 178 ja *Stone* 1988 s. 201 ja 203: ”If something material was omitted from both evidence-in-chief and cross-examination, from oversight or intentional tactics, it is too late to rectify this by re-examination”. Ks. myös *Levy* 1999 s. 393; myös Kanadassa uusien seikkojen käsittely uudelleenkuulustelussa on mahdollista vain tuomarin luvalla.

⁴⁶⁹ Ks. *Levy* 1999 s. 393.

⁴⁷⁰ Ks. *Munkman* 1951 s. 125–126.

ti erityisen haitallisina uudelleenkuulustelussa. Pääkuulustelijan kuulustelu-strategian edellyttämän seikan täsmentäminen tarvittaessa oman hypoteesin suuntaista lievää johdattelua käyttäen ei varsinaisesti muuta todistajan kerto-musta tai tuo lausuntoon uutta, mutta voi kuitenkin olla kuulusteluteknisesti tehokkaampi menettelytapa. Tällaiseen ei useinkaan liene aihetta puuttua prosessinjohtolla. *Vastakuulustelun* suorittaneen tahon kannalta ei toisaalta löydy mitään perusteita rajoittaa johdattelevien kysymysten käyttöä uudelleenkuulus-telussa, jos tämä niitä tahtoo käyttää: onhan vastakuulustelija voinut tätä ennen-kin käyttää johdattelevia kysymyksiä varsin vapaasti. Vastakuulustelijan kuu-lustelustrategian toteuttamiseksi käytettäviä keinoja ei ole enää uudelleenkuu-lusteluvaiheessa perusteita rajoittaa sillä tavoin, että johdattelevien kysymysten sallittuus sidottaisiin joihinkin tiettyihin teemoihin.

Käytännössä vaikeita prosessinjohtollisia ongelmia voi aiheutua arvioitaes-sa sitä, milloin kyseessä on vain aikaisemmin esitetyn täydentäminen ja milloin on kyseessä kokonaan uusi teema. Asianosainen, joka katsoo vastapuolen kysy-vän seikkaa, joka laajentaisi kertomusta koskemaan toista teemaa, on oikeutettu esittämään vastalauseensa, johon tuomioistuimen puolestaan tulee ottaa välittö-mästi kantaa. Erityisesti tilanteessa, jossa pää- tai vastakuulustelussa on vain vihjattu tiettyyn seikkaan ottamatta kysymyksissä tai vastauksissa asiaan selke-ästi tai nimenomaisesti kantaa, voi kuulustelua kontrolloiva tehtävä olla vaikea. Tarkoitettulla tavalla epäselvässä tilanteessa ja erityisesti silloin, kun aineellisen totuuden esille saaminen asianosaisen näkemyksen mukaan edellyttäisi uuden teeman käsittelemistä uudelleenkuulusteluvaiheessa, tulee uuden teeman käsit-telemistä pitää lähtökohtaisesti sallittuna. Prosessuaaliset muutosäännökset eivät saa olla formaalisina esteenä asian asianmukaiselle selvittämislle. Uudelleenkuulustelun rajaaminen jo esillä olleisiin teemoihin perustuu nähdäk-seni ensisijaisesti käsittelyn selkeyttämis- ja ajansäästöpyrkimyksiin, joiden siis kuitenkin tulee väistyä oikeudenkäynnin varmuustavoitteen toteutumisen tieltä. Tilanteessa asianmukaisena menettelytapana on pidettävä sitä, että uuteen seikkaan paneutuva asianosainen ennen kysymystensä esittämistä pyy-tää tuomioistuimelta lupaa uuteen asiaan siirtymiseen ja tarvittaessa perustelee tuomioistuimelle menettelyn tarpeellisuuden.⁴⁷¹

Jos uudelleenkuulustelussa sallitaan uutta todistusteemaa koskevia kysy-myksiä, on asianmukaista antaa toiselle asianosaiselle vielä tilaisuus tätä seik-kaa koskevaan vastakuulusteluun. Pakollista menettely ei ole eikä välttämättä vähäisissä tapauksissa tarkoituksenmukaisakaan, mutta uutta vastakuulustelua uudesta seikasta on pidettävä oikeudenmukaisimpana menettelynä silloin, kun pääkuulustelijana toiminut asianosainen kysyy jostain keskeisestä, uudesta konk-reettisesta tosiseikasta tai muusta teemasta vasta uudelleenkuulustelussa.⁴⁷²

⁴⁷¹ Ks. Wrottesley 1961 s. 137 ja 140.

⁴⁷² Ks. Stone 1988 s. 202, Levy 1999 s. 393 ja Wrottesley 1961 s. 137.

Pääsääntöisesti tuomioistuimen tulee esittää tarpeelliseksi katsomansa kysymykset viimeiseiksi, asianosaisten pää-, vasta- ja uudelleenkuulustelun jälkeen. Suomessa periaatetta ei käytännössä ole noudatettu tiukasti, ja tuomioistuinkin saattaa tehdä aivan uuteen teemaan johtavia kysymyksiä. Kovin yleistä tämä ei tosin liene, ainakaan jos asianosaiset ovat kysyneet suurin piirtein asiallisen vuorokuulustelun järjestämään.

II Uudelleenkuulustelun tarve vaihtelee sen mukaan, missä määrin kuulusteltavan kertomuksen luotettavuus on vastakuulustelussa onnistuttu saattamaan kyseenalaiseksi. Jos vastakuulustelija ei ole onnistunut heikentämään pääkuulustelun näyttöarvoa tai siinä on vain lievästi heikennetty vähämerkityksellisiä seikkoja, ei uudelleenkuulustelua pääsääntöisesti ole tarkoituksenmukaista lainkaan pitää. Huonosti tai tarpeettomasti suoritettu uudelleenkuulustelu ainoastaan kiinnittää tuomioistuimen huomion pääkuulustelun kaikkein heikoimpiin lenkkeihin, joiden merkitys tai painoarvo voi siten näyttää saavan suhteettoman suuren merkityksen. Uudelleenkuulustelun toimittamatta jättäminen eli seikoista vaikeneminen voi tällaisissa tilanteissa olla tarkoituksenmukaisempaa, koska asianosainen näin implisiittisesti viestittää tuomioistumelle, etteivät kyseessä ole merkittävät seikat.⁴⁷³

Kuulustelutaktisesti vastakuulustelun suorittaneen tahon ei myöskään ole aina tarkoituksenmukaista uudelleenkuulustelussa puuttua sellaisiin vastakuulustelijan esittämistä kysymyksistä esille tulleisiin seikkoihin, jotka tukevatkin vastapuolen käsitystä (tilannetta voi paremmin pyrkiä korjaamaan loppulausunnossa). Ennen uudelleenkuulusteluun ryhtymistä asianosaisten tuleekin arvioida, mitä pääkuulustelussa esille tulleita seikkoja vastakuulustelija onnistui muuttamaan, tai mitä uusia seikkoja vastakuulustelussa tuli esille.

Reagointia vaativia seikkoja on yleensä tarkoituksenmukaista käsitellä kronologisesti niiden esilletulojärjestyksessä. Yleisenä sääntönä voidaan pitää, että uudelleenkuulustelussa käytetään rauhallista esiintymistyyliä: tämä on itse asiassa uudelleenkuulustelussa erityisen tärkeää, koska mahdollisesti ankan vastakuulustelun – kenties 'ei parhain arvosanoin' – läpikäynyt kuulusteltava, samoin kuin hänet nimennyt asianosainen, ei luonnollisista syistä ole välttämättä kovin rauhallisessa mielialassa.⁴⁷⁴

'Syyttäjän todistajan' uudelleenkuulustelu saattaa olla haitallinen puolustukselle silloin, kun vastakuulustelu on epäonnistunut pahasti ja esille on tullut syytettä tukevia ja vaihtoehtoisen hypoteesin vastaisia seikkoja. Tällöin mahdollisesti uudelleenkuulustelussa esille tulevat uudet tiedot saattaisivat vielä edelleen vahvistaa syyttäjän päänäyttöä. Erityisesti puolustuksen tulisivatkin aina

⁴⁷³ Ks. Stone 1988 s. 203.

⁴⁷⁴ Ks. Wrottesley 1961 s. 135–136.

kiinnittää huomiota siihen, missä määrin vastakuulustelussa esille nostettuja seikkoja enää kannattaa käsitellä. Puolustuksen kannalta edellytyksenä seikan esille nostamiseen uudelleenkuulustelussa pidetään yleisesti sitä, että kuulustelija voi olla suhteellisen varma kuulusteltavan kyvystä antaa tyydyttävä lisäselvitys.⁴⁷⁵

Uudelleenkuulustelua ei tulisi pitää vain pääkuulustelussa esitetyn toistamiseksi. Esimerkiksi kysymys: ”Oletteko edelleen varma siitä, kun pääkuulustelussa todistitte...?” ei oikeastaan millään lailla selvennä tai täsmennä pääkuulustelussa esitettyä. Kertausta on kuitenkin pidettävä hyväksyttävänä silloin, jos pääkuulustelu on syystä tai toisesta jäänyt hyvin sekavaksi. Uudelleenkuulustelulla ei luonnollisesti tule tähdätä myöskään pääkuulustelussa tai muuten prosessissa esitetyn ”jutun teorian” muuttamiseen.

Uudelleenkuulustelu voi yleisesti olla tarpeen pääkuulustelun suorittaneelle asianosaiselle silloin, jos vastakuulustelija on jossain kysymyksessään keskeyttänyt todistajan siten, ettei tämä ole päässyt antamaan vapaata selvitystään jostain seikasta. Uudelleenkuulustelulla voidaan myös pehmentää sitä vaikutusta, joka on saattanut syntyä vastakuulustelussa käytettyjen kyllä/ei -kysymysten seurauksena. Luonnollisesti uudelleenkuulustelun tarve on ilmeinen, jos kuulusteltavan pääkuulustelussa ja vastakuulustelussa antama kertomus tai vastaukset poikkeavat olennaisesti toisistaan: henkilöä tulee viimeistään tässä vaiheessa pyytää selvittämään syntynyt ristiriita. Menettely ei ole uudelleenkuulustelua suorittavan puolustuksenkaan näkökulmasta yleisesti huomioitavan varovaisuusperiaatteen vastaista, koska ilmiselvän ristiriidan huomiotta jättäminen uudelleenkuulustelussa vain jättää seikan syyttäjän loppupuheenvuorossa korostettavaksi: selvityksen pyytäminen uudelleenkuulustelussa ei siten voine tehdä ainakaan lisähaittaa syytetylle.

Edelleen, jos vastakuulustelija on vihjannut siihen, että jokin kuulusteltavan uutena kertoma asia on vain tämän oma tuore ’sepitelmä’, voi uudelleenkuulustelu olla tarpeen sen osoittamiseksi, että kyse on itse asiassa pitkäaikaisemmas- ta johdonmukaisesta kuulusteltavan henkilön ’linjasta’ kyseisen seikan suhteen. Uudelleenkuulustelija voi myös ottaa nimenomaisesti esille sellaisen kysymyksen, johon hän arvelee vastakuulustelijan tähänneen, mutta jota seikkaa vastakuulustelija ei itse kysynyt (ollessaan epävarma vastauksesta ja peläten sen voivan olevan itselleen haitallinen), vaan jota seikkaa vastakuulustelija kartoitti vain epäsuorasti tähdäten loppupuheenvuorossa esitettävään spekulatioon toisenlaisesta tulkinnasta. Tällä tavalla menettelemällä uudelleenkuulustelija voi eliminoida edellä kuvatun vastakuulustelijan taktiikan.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Ks. *Wrottesley* 1961 s. 135.

⁴⁷⁶ *Levy* 1999 s. 394–395.

Destruktiivisella vastakuulustelulla on saatettu aiheuttaa niinkin vakavaa haittaa päätodistelua suorittaneelle asianosaiselle (esim. kuulusteltava on saatu kiinni valehtelusta tai pääkertomus on osoitettu absurdiksi), ettei uudelleenkuulustelulla enää ole mahdollista häivyttää haittaa ainakaan kokonaan pois. Sen sijaan uudelleenkuulustelu voi olla hyvinkin perusteltu silloin, kun vastakuulustelulla aiheutettu haitta on vain kohtuullisen, mutta ei kuitenkaan ratkaisevan suuri. Uudelleenkuulustelua voidaan esimerkiksi käyttää tarkoituksessa osoittaa aiemmin kuulustelussa yhdessä detaljissa erehtynyt kuulusteltava muilta osin täysin luotettavaksi tai uskottavaksi, tai tarkoituksessa osoittaa syy, miksi kuulusteltava syntyneistä epäilyistä huolimatta voi olla havainnostaan varma. Myös vastakuulustelussa paljastuneille kertomuksen epä johdonmukaisuuksille voidaan uudelleenkuulustelussa tarjota järkeenkäyvä selitys tai täsmennys. Onnistunut uudelleenkuulustelu voi saada ristiriitaiselta tai tulkinnanvaraiselta näyttäneet tosiseikat (jälleen) sopimaan pääkuulustelijan juttuteoriaan.

Uudelleenkuulustelu vastapuolen konstruktivisen vastakuulustelun vaikutusten eliminoimiseksi poikkeaa lähtökohdiltaan destruktivisen vastakuulustelun vaatimasta uudelleenkuulustelusta. Jos puolustus on vastakuulustelussaan esimerkiksi saattanut syytteestä poikkeavat tulkinnat mahdollisiksi tai todennäköisiksi, voi syyttäjä uudelleenkuulustelussa samaa rakentavaa menetelmää käyttämällä – eli eri seikkoja korostamalla ja analysoimalla – pyrkiä osoittamaan alkuperäinen tulkinta kuitenkin uskottavammaksi vaihtoehdoksi. Vastakuulustelijan esille nostamaa toista vaihtoehtoa ei näin ehkä saada kokonaan eliminoiduksi pois tuomioistuimen todistusharkinnasta, mutta näkemyksen muuttaminen uudelleenkuulustelijalle edullisemmaksi on kuitenkin mahdollista.

Jos vastakuulustelija on onnistunut saamaan kuulusteltavalta uutta tietoa, jonka mainitsematta jäämistä pääkuulustelussa on vaikea hyväksyttävästi perustella, ei uudelleenkuulustelulla liene suuriakaan mahdollisuuksia parantaa näin pääkuulustelun suorittaneelle taholle syntynyttä negatiivista kuvaa. ”Kasvojen pelastamisen” kannalta eli jonkinlaisen selvityksen antamiseksi pääkuulustelijan laiminlyönnistä, voi uudelleenkuulustelulla tosin olla jonkinlaista merkitystä. Vastaavasti onnistuneen negatiivisen luonnetodistelun eliminoimiseksi suoritettavalla uudelleenkuulustelulla lienee vain vähäiset onnistumismahdollisuudet. Kuulusteltavan kolhiintunutta mainetta voitaneen yleensä paremmin pyrkiä korjaamaan loppulausunnossa.⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ Ks. Stone 1988 s. 203–204 ja 205–206.

7.8 LOPPULAUSUNNOT

ROL 6 luvun 7 §:n 1 momentin 6 kohdan mukaan pääkäsittely tulee päättää asianosaisten loppulausuntoihin.⁴⁷⁸ Loppulausuntojen merkitystä asianosaisten kannalta ei tule väheksyä. Asianosaisten tuleekin valmistautua huolellisesti loppulausuntojen antamiseen, tarvittaessa pyydettyä oikeudenkäyntitauon aikana (tai pidemminkin keskeytyksen aikana). Syyttäjällä on katsottava olevan virkavelvollisuus loppulausunnon esittämiseen. Syytetyllä tai tämän oikeudenkäyntiavustajalla tällaista velvollisuutta ei ole, joskin hyvä asianajotapa kuitenkin vaatii loppulausunnon antamista.⁴⁷⁹

Loppulausuntovuorojen keskinäisestä järjestyksestä ei ole lähemmin säädetty. Tarkoituksenmukaisena järjestyksenä voidaan nähdä, että virallinen syyttäjä saa aloitusvuoron, ja tämän jälkeen vuoro annetaan asianomistajalle (tai tämän oikeudenkäyntiavustajalle), syytetyn oikeudenkäyntiavustajalle, syytetyn mahdolliselle lailliselle edustajalle ja viimein itse syytetylle, jolle on aina varattava viimeinen sana prosessissa.⁴⁸⁰

Asianosaisten tulisi esittää loppulausunnossaan mahdollisimman ytimekkäästi käsityksensä ”jutun teoriasta” sekä tehdä tehokas yhteenveto tätä käsitystä tukevasta oikeudellisesta argumentaatiosta ja todistelusta.⁴⁸¹ Yhteenvedossa on keskityttävä olennaiseen omassa päätodistelussa.⁴⁸² Loppulausunnossa voi ja tulee keskittyä sekä oman päätodistelun vahvuuksien korostamiseen että vastapuolen näyttöä vastaan esitettyyn vastatodisteluun.⁴⁸³ Tässä mielessä erityisesti syyttäjälle voi olla tarkoituksenmukaista korostaa (puolustuksen argumentteja ennakoiden) myös sitä, mikä *ei* ole jutussa keskeistä (esim. jokin vähäinen esitutkintaviranomaisen menettelyvirhe). Yleisesti ottaen loppulausunnossa esitettävät argumentit on järkevää esittää mahdollisimman selkein lausumina mm. riidattomasta todistelusta tehtävistä johtopäätöksistä (aihetodistelusta), riidanalaisten konkreettisten tosiseikkojen olemassaolon todennäköisyydestä, vastapuolen todistajien kertomusten luotettavuudesta tai tiettyjen normatiivisten (komplisoidujen) tunnusmerkistöelementtien konkreettisesta tulkinnasta.⁴⁸⁴

⁴⁷⁸ Loppulausunto voi tulla ajankohtaiseksi myös esitutkinnassa (ETL 42.1 §), syyteharkintavaiheessa (ETL 42.2 §) ja hovioikeusmenettelyssä (OK 26:24.1). Ks. mainituista esim. *Tolvanen* 2001 s. 411 s. ja 415 s. ja *Toivola* 2000 s. 597. Tässä keskitytään kuitenkin vain alioikeuden pääkäsittelyn päättäviin loppulausuntoihin.

⁴⁷⁹ Ks. *Tolvanen* 2001 s. 412 ja *Schellenberg* 2000 s. 247–248.

⁴⁸⁰ Näin *Schellenberg* 2000 s. 248 ja *Toivola* 2000 s. 602. Ks. myös *Havansi* 2002 s. 147 ja *Lappalainen* 2002 s. 122. Useamman syytetyn kumulaation tapauksessa oikeudenkäyntiavustajien ym. henkilöiden tulisi ensisijaisesti keskenään sopia noudatettavasta etenemisjärjestyksestä.

⁴⁸¹ Ks. *Tolvanen* 2001 s. 410 ja *Rinsche* 1999 s. 68–69. Loppulausunnon merkitystä korostaen ks. *Evans* 1993 s. 121 ss.

⁴⁸² Havainnollisesti *Munkman* 1951 s. 138.

⁴⁸³ Ks. *Ekelöf* 1994 s. 88: ”... analyserar ombuden bevismaterialer, kritiserar motpartens bevisning och sammanställer sådana bevisfakta, som stöder deras påstående rörande rättsfakta.”

⁴⁸⁴ Ks. *Moore ym.* 1996 s. 217.

Sikäli kun asianosainen on valmistautunut hyvin oikeudenkäyntiin, tulisi hänellä olla jo etukäteen mietittyinä useita tällaisia omaa juttuteoriaa tukevia (potentiaalisia) argumentteja samoin kuin argumentteja, jotka vastustavat vastapuolen mahdollisia vastaväitteitä (sekä myös 'suoraan' vastapuolen juttuteoriaa vastustavia argumentteja). Oikeudenkäyntiin valmistautuessa kyse on kuitenkin vain potentiaalisista argumenteista, eikä tietenkään ole tarkoituksenmukaista, että välttämättä kaikkia argumentteja myös käytettäisiin loppulausunnoissa. Jotkin argumentit ovat esim. saattaneet saada vain niin heikkoa tukea oikeudenkäyntiaineistosta, ettei niiden mainitseminen loppulausunnossa ole välttämättä perusteltua.

Asianosaisen tulee siis loppulausunnossaan suorittaa ja esittää omaa 'todistusharkintaansa'. Todistelua voidaan analysoida sekä eritellen että kokonaisvaltaisesti siten, että eri todistustekojen väliset yhteydet samoin kuin vastapuolen näytön heikkoudet ja oman näytön vahvuudet tulevat selvästi esiin.⁴⁸⁵ Loppulausunnolla voidaan myös pyrkiä korjaamaan oman todistajan tai päämiehen kuulustelun yhteydessä jollain perusteella kärsinyttä uskottavuutta. Oman juttuteorian mukaisen riidanalaisen konkreettisen tosiseikan olemassaolon todennäköisyyttä voi myös pyrkiä korostamaan viittaamalla 'yleisen elämäkokemuksen' kokemussääntöihin, jotka tekevät tietynlaisen käyttäytymisen ymmärrettäväksi.⁴⁸⁶

Näytönarviointikysymysten ohella loppulausunnossa asianosaiset voivat esittää käsityksensä tapauksen tosiseikkojen soveltumisesta oikeussäännösten alaisuuteen eli subsumptiosta, rikosoikeudellisen vastuun edellytyksistä, seuraamuskysymyksistä⁴⁸⁷ ja oikeudenkäyntikuluista. Näkemyksiään oikeuskysymyksistä asianosaiset voivat selventää tekemällä viittauksia oikeuskirjallisuuteen ja oikeuskäytäntöön. Lyhyet oikeuslähdeviittaukset pitkien sitaattien tai argumenttien sijaan lienevät perustellumpia jura novit curia -periaatteen näkökulmasta.⁴⁸⁸

Vaikka tasaisen monotonisesti etenevä "luennointi" ei ole suositeltava esitystapa,⁴⁸⁹ ei erityisiin retorisiin vaikutelmiin tähtäävien tai ainakaan vahvan "paatoksellisten" loppulausuntojen pitäminen ole myöskään tarkoituksen-

⁴⁸⁵ Stone 1988 s. 209. Vaikka loppulausunnoissa on mahdollista pyrkiä ns. retoristen vaikutelmien aikaan saamiseen, on asianosaisten tällöinkin otettava huomioon, ettei kuulusteltavaa saa arvostella asiattomalla tavalla, vaikka asianosainen katsoisikin po. henkilön olevan epäluotettava. Siinä kun ironiset tai jollain tavoin vähättelevät kommentit kertomuksesta voivat olla vielä sallitun menettelyn rajojen sisällä, täytyy kuulusteltavaa henkilökohtaisesti ja vahvasti loukkaavia arvioita pitää yleisesti kiellettyinä. Ks. Dabs 1983 s. 110, 382 ja 402 s.

⁴⁸⁶ Arkikokemuksiin viittaavien analogioiden esittäminen voi olla tarkoitettussa mielessä tehokas esityskeino.

⁴⁸⁷ Ks. HE 82/1995 vp. s. 89 ja Vanamo 2001 s. 420.

⁴⁸⁸ Ks. Dabs 1983 s. 392.

⁴⁸⁹ Näin mm. Munkman 1951 s. 5.

mukaista – asia kuitenkin ratkaistaan viime kädessä asiaperustein.⁴⁹⁰ Puolustuksen kannalta on tosin ymmärrettävää, että väistämättömältä tuntuvan syyksilukevan tuomion tilanteessa loppulausunnossa saatetaan keskittyä syytetyn elämänolesuhteiden tai taustojen ’inhimilliseen’ selvittämiseen tarkoituksessa vaikuttaa rangaistuksen mittaamiseen.⁴⁹¹ Syytetyn puolustajan kielenkäytössä yleisemminkin erilaiset eufemistiset ilmaisutavat ja sananvalinnat lienevät perusteltuja.⁴⁹²

Puolustuksen loppulausunnoissa tulee myös erityisen vahvasti esille rikosasianajan dilemma siitä, miten hänen henkilökohtainen vakaumuksensa (syytetyn syyllisyydestä) vaikuttaa valittuihin menettelytapoihin. Periaatteessa puolustusasianajan näkemys syytteestä on irrelevantti rikosprosessissa. Objektiiinen näytön kritisointi loppulausunnoissa on perusteltua, vaikka puolustusasianajaja olisikin itse vakuuttunut päämiehensä syyllisyydestä. Toisaalta tilanteessa olisi totuusvelvollisuuden vastaista plädeerata ’osoitetulla syytömyydellä’. Ylipäättänsä akkusalorisessa prosessissa on hyväksyttävää, että – erityisesti viimeisen sanan saava – puolustus voi suhtautua vastapuolensa toimintaan hyvinkin kriittisesti: syyttäjä syytteen nostaessaan ottaa kantaakseen suuren vastuun, ja jos puolustus havaitsee ’aukkoja’ syytteen toteennäyttämässä, ansaitsee syytetty sen, että niihin voidaan kärkkäästi puuttua.⁴⁹³ Toistuvat, sinänsä perustelemattomat asianajan vakuutukset ’omasta vakaasta käsityksestään’ saattavat silti olla kontraproduktiivisia.

Loppulausuntovaiheessa ei ole tarkoitettu enää tuotavan uutta oikeudenkäyntiaineistoa esiin. Näin ollen asianosaisten ei tulisi esittää uusia vaatimuksia, niitä tukevia todisteita tai muitakaan uusia todisteita enää sen jälkeen, kun asian käsittelyssä on siirrytty loppulausuntoihin.⁴⁹⁴ Preklusion puuttuminen toki mahdollistaa tällaisen menettelyn, mutta tällöin tuomioistuimen puheenjohtaja saattaa olla velvollinen palauttamaan käsittely takaisin vaatimus- ja todistelu- vaiheeseen, mikä johtaa prosessiekonomisesti valitettaviin seurauksiin.⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ Angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa tosin korostetaan emotionaalisten vaikutelmien aikaansaamisen tärkeyttä jury-kokoonpanoissa ratkaistavissa asioissa, näin mm. *Evans* 1993 s. 52, *Du Cann* 1993 s. 192 ss. ja *Palmer* 1966 s. 152 s. Ks. myös *Hägg* 2001 s. 233 ss., *Jokela* 2000a s. 250 ja *Ekelöf* 1994 s. 158–159.

⁴⁹¹ Ks. *Dahsin* 1983 s. 386–387 esimerkki siitä, miten teko voidaan saattaa näyttämään esim. vain onnettomalta, vähäiseltä hairahdukselta muuten esimerkillistä elämää viettävän henkilön elämässä.

⁴⁹² Näin *Palmer* 1966 s. 183 ss.

⁴⁹³ Ks. *Dahs* 1983 s. 396 i.f.: ”Hier wäre ein höfliches Recht überhaupt kein Recht.”

⁴⁹⁴ EOA 1999 s. 198 käsitellyssä tapauksessa (1060/4/97) ”kihlakunnansyyttäjä oli loppupuheen vuorossaan viitannut television ajankohtaisohjelmassa kantelijasta esitettyyn lausuntoon, johon ei ollut vedottu oikeudenkäynnin aikana.” EOA katsoi menettelyn virheelliseksi, koska syytetyltä oli riistetty mahdollisuus vastatodistelun esittämiseen syyttäjän väitteitä ja todisteita vastaan.

⁴⁹⁵ Ks. *Tolvanen* 2001 s. 412 ja *Schellenberg* 2000 s. 249. Ks. myös *Pellonpää* 2000 s. 323 EIT:n ratkaisusta *Vermeulen* 20.2.1996 siitä, että huomioiden esittäminen loppulausuntovaiheessa, joihin vastaajalla ei ole mahdollisuutta vastata, rikkoo kontradiktorista menettelyä edellyttävää EIS 6 artiklaa vastaan. Valtionsyyttäjän ratkaisussa 14.2.2000 (98/18) kaupunginviskaalin katsottiin vastaavasti menetelleen virkavelvollisuuksiensa vastaisesti, kun tämä oli vasta loppulausunnon yhteydessä esittänyt syytettyä tukevan asiantuntijalausunnon, josta puolustukselle ei ollut annettu etukäteen tietoa. Virkasyytetty ei kuitenkaan nostettu. Ks. *Toivola* 2000 s. 599.

Toisaalta, yhtä vähän kuin asiaesittelyssä tulee etukäteen ennakoida todistajan-kertomusten sisältöä, vastaavasti myöskään loppupuheenvuoroissa ei tule enää sanasta sanaan toistaa asiassa esitettyä suullista todistelua. Tolvanen mainitsee tähän syiksi mm. sen, että päinvastainen menettely avaisi ovet kiistelyyn siitä, mitä kuulusteltavat itse asiassa sanoivat, ja voisi mahdollisesti jopa houkuttaa kertomusten sisällön vääristelyihin. Tuomioistuimen tulee sitä paitsi olla viran puolesta selvillä vastaanotetun suullisen todistelun sisällöstä. Muutenkin loppulausuntojen tulisi olla suhteellisen tiiviitä. Tarpeetonta esityksen ”paisuttamista” tulisi välttää, koska tämä voi heikentää loppulausunnon varsinaista tarkoitusta eli helposti seurattavan, ytimekkään tiivistelmän vastaanotettavuutta.⁴⁹⁶

Loppulausunnon sisältöön vaikuttaa koko edeltävä prosessi. Vastakuulustelu on esimerkiksi sikäli yhteydessä loppulausuntoon, että usein paras tapa yhtäältä vastakuulustelustrategian ja vastakuulustelun tavoitteiden hahmottamiseksi sekä toisaalta nopeiden ja joustavien taktisten päätösten tekemisen mahdollistamiseksi vastakuulustelun aikana, on *hahmottaa asiaa alusta lähtien loppulausunnon lopullisesti kiteytettävän jutun teorian avulla*. Jos koko juttustrategian hahmottaminen nimittäin aloitetaan – ensin oman ja sitten vastapuolen – jutun teorian mukaisen ’optimaalisen’ loppulausunnon ja siihen liittyvien keskeisimpien argumenttien perusteella, kiteytyy käsittelyn rakenne kokoavan teeman varaan, ja samalla etukäteen voidaan selvittää, mitkä seikat kaipaavat lisätodistelua.⁴⁹⁷ Tässä mielessä *loppulausunnon tulisi olla pääpiirteiltään asianosaisen tiedossa ja mielessä periaatteessa jo ennen kuin ensimmäistäkään todistajaa on kuultu tai muuta näyttöä vastaanotettu*. Luonnollisestikaan tämä ei tarkoita sitä, etteikö loppulausunnon tulisi nimenomaan ottaa esiin todellisesti oikeudenkäynnissä tapahtuneet seikat.⁴⁹⁸

Loppulausunnon ’sisäinen’ eteneminen voi noudatella joko rikoksen rakennetta (subsumptiofaktojen yhteenveto, oikeudenvastaisuus, seuraamus), tai vaihtoehtoisesti asianosainen voi aloittaa painottamalla sellaisia seikkoja, jotka vahvimmin tukevat tämän juttuteoriaa. Pitkälti rakenteellisen näytön tai aihe-todistelun varaan rakentuvan syytteen loppulausunnon syyttäjän kannalta järkevä etenemistapa on erilaisten vaihtoehtoisten hypoteesien poissuljenta yksi kerrallaan, kunnes jäljelle jää vain syytteessä kuvattu teonkuvaus ja sitä tukeva todistelu.⁴⁹⁹ Syytteen kiistävän puolustuksen kannalta selkeä etenemistapa on ensin pyrkiä osoittamaan tuomitsemiskynnyksen jääneen ylittymättä osoittamalla tekijöitä, jotka voivat luoda järkevän epäilyksen syytettä kohtaan.

⁴⁹⁶ Ks. Tolvanen 2001 s. 413 ja 416: ”pitkästi sanottu on yleensä huonosti ajateltu.”

⁴⁹⁷ Ks. Evans 1993 s. 66 ss.

⁴⁹⁸ Stone 1988 s. 209. Ks. myös Tolvanen 2001 s. 410: ”Loppulausunnon kukin asianosainen peilaa asiassa esitettyä todistelua prosessin alussa esittämiään vaatimuksia ja asiaselostuksessa esittämänsä hypoteesia vasten.”

⁴⁹⁹ Tolvanen 2001 s. 413 s.

Puolustuksen omaa hypoteesia tukevaa todistelua on luonnollisempaa käsitellä vasta tämän jälkeen.⁵⁰⁰ Puolustuksen loppulausunto, joka rakentuu yksinomaan repliikkinä syyttäjän vastaavalle puheenvuorolle, on kuitenkin yleensä puolustuksen näkökulmasta paitsi epäsystemaattinen ja vaikeasti ymmärrettävä, mahdollisesti myös suorastaan puolustukselle haitallinen.⁵⁰¹

Puolustuksen kannalta loppulausuntoa erityisesti haittaava oikeudenkäynnin rakenteellinen tekijä on se, että oikeus ratkaisee syyllisyys- ja seuraamus-kysymyksen yhdessä ja samassa menettelyssä: loppulausunto saattaa nimittäin menettää uskottavuuttaan, jos ja kun perusteellisen syyttömyyden osoittamisen jälkeen asianajaja vielä joutuu vetoamaan mahdollisen syylliseksi julistavan tuomion varalta esim. lieventäviin asianhaaroihin tai muihin rangaistuksen mittaamiseen vaikuttaviin seikkoihin.⁵⁰² Nykymuotoisessa menettelyssä ongelma ei kuitenkaan ole vältettävissä, koska olisi toisaalta selvä laiminlyönti jättää lieventäviin seikkoihin vetoamatta, jos se – kuitenkin mahdollisen syyksilukevan tuomion tapauksessa – voisi olla päämiehelle edullista.⁵⁰³

Kuten edellä on todettu, joskus puolustuksen vastakuulustelussa voi olla kuulustelutaktisesti houkuttelevaa jättää lopullisten johtopäätösten väittäminen tai esittäminen loppulausuntoon sen sijaan, että vastakuulustelussa otettaisiin riski siitä, että kuulusteltava onnistuisi vastauksellaan kiistämään tai muuten eliminoimaan esille tulleen puolustukselle edullisen seikan, tai heikentämään sen vaikutusta. Eri asia on, että vastakuulustelussa esille tulleet asianosaiselle edulliset seikat saattavat myös vaikuttaa sinällään irrallisilta ennen kuin näennäisesti täysin erillisille seikoille esitetään loppulausunnossa kokoava merkitys havainnollistamalla ja kytkemällä yhteen sellaisia yleisiä kokemussääntöjä, jotka mahdollistavat tietyn juttuteorian mukaisten johtopäätösten tekemisen todisteista.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Ks. Tolvanen 2001 s. 414–415.

⁵⁰¹ Ks. Schellenberg 2000 s. 250.

⁵⁰² Ks. Dahs 1983 s. 399.

⁵⁰³ Ks. Ekelöf 1994 s. 157 s. Saksassa on keskusteltu yleisemminkin siitä, että pääkäsittely tulisi jakaa kahteen osaan, joissa ensimmäisessä selvitetäisiin syyllisyyskysymykset ja vasta toisessa vaiheessa seuraamuskysymyksiä ja langetettaisiin mahdollinen rangaistus. Menettelyssä vältyttäisiin tarpeettomilta henkilökohtaisiin olosuhteisiin ulottuvilta selvityksiltä siinä tilanteessa, että syyte tulisi hylättyä. Tällaisten seuraamuksen mittaamisen 'tueksi' selvitetävien syytetyn yksityiselämään kuuluvien seikkojen ilmi tulolla voi olla myös ennakkoluuloja ja siten tuomioistui-men puolueettomuutta heikentävää vaikutusta (keskustelussa on esitetty myös sitä, että syynta-keisuus selvitykset olisi perustellumpaa suorittaa vastaavalla tavalla vasta syyllisyyskysymyksen selvittämisen jälkeen, vaikka prosessi näin luonnollisesti pitkittyisikin). Ks. keskustelusta *Roxin* 1998 s. 356 s.

⁵⁰⁴ Ks. Moore ym. 1996 s. 217: ”Typically, summation is your only chance to communicate an argument explicitly, because witnesses cannot ordinarily testify to generalizations and ”especial-ly whens” are usually scattered through the testimony of different witnesses.”

Loppulausunnossa kaikki asianosaiselle edullinen näyttö tulisikin kytkeä asianosaisen edustamaan tapahtumainkuvaukseen: yhtenäisen kertomuksen muodossa esitetty ”jutun teoria” oikeudenkäyntiaineiston valossa on omiaan antamaan vahvan loppuvaikutelman asian ratkaisevalle tuomioistuimelle.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Ks. *Stone* 1988 s. 210.

8 Kokoavia huomioita

Rikosprosessuaalisessa lainsoveltamisessa tulee ottaa huomioon sekä aineellisen rikosoikeuden normit että prosessioikeudelliset normit. Tutkimuksessa on useassa yhteydessä korostettu, että viimeksi mainittujen säännösten ja periaatteiden tulkinnan tulisi erityisesti oikeusturvasyistä tapahtua pitkälti itsenäisesti aineelliseen rikoslainsäädäntöön nähden. Aineellisen rikosoikeuden tulkintanormit palvelevat sinänsä myös epäillyn ja syytetyn oikeusturvaintressejä,¹ mutta oikeusturvanäkökohdilla on silti konkreettisin merkitys nimenomaan prosessuaalisina menettelynormeina.

Perusoikeusmyönteinen laintulkintavelvollisuus ulottuu periaatteessa kaikille oikeuden ja lainsäädännön aloille. Niinpä perus- ja ihmisoikeusvelvoitteet ja mm. perusoikeuksien rajoitusedellytykset on otettava yhtä lailla huomioon sekä lainsäädäntövaiheessa että myös lakia yksittäistapauksiin sovellettaessa. Perusoikeusmyönteisellä laintulkintametodilla on prosessioikeudellista relevanssia erityisesti joustavien ja harkintavaltaa jättävien normien tulkinnassa. Käsitys siitä, minkälaisen menettelyiden katsotaan olevan oikeudenmukaisia ja vastaavasti epäoikeudenmukaisia (PL 21 §), onkin aineellista oikeusturvaa korostavan modernin prosessioikeuden ehkä keskeisin kysymys. Mainitun kysymyksen voi esittää periaatteessa kaikenlaisissa tilanteissa, jotka jättävät tuomioistuimelle itsenäistä harkintavaltaa. Silloin kun kyse on yksiselitteisten menettelysääntöjen soveltamisesta, täytyy oletaman olla sen suuntainen, että lainsäätäjän on luonut menettelyn oikeudenmukaisuusvaatimukset täyttäviä normeja. Toisaalta tilanteissa, joihin ei löydy valmista ratkaisusääntöä, tulee lainkäyttäjän itsensä eri intressejä keskenään punniten muodostaa tarkoituksenmukaisimmaksi ja oikeudenmukaisimmaksi katsomansa ratkaisu.

Tässä suhteessa edellä neljännessä luvussa on tarkoitettu peräänkuuluttaa ”rohkeutta” lainkäyttäjille erityisesti laillisen ja hyväksyttävän oikeudenkäyntiaineiston määräytymisen kysymyksissä, jotka ovat menettelyn oikeudenmukaisuuden kannalta korostuneen ”herkkiä” mutta perinteisesti pitkälti huomiotta jätettyjä kysymyksiä. Usealta taholta on saatavissa tukea sille näkemykselle, että nykyään vapaan todistelun periaatteeseen ei enää voida rajoituksetta vedota kaikenlaisten todisteiden hyväksymisen perusteeksi.

¹ Ks. *Jokela* 2000a s. 17 kriittisesti rikosvastuun toteuttamisen ja oikeusturvaintressien keskinäisestä ristiriitaisuudesta esitettyjä näkemyksiä vastaan: ”Voidaan päinvastoin katsoa, että rangaistusvastuun (aineellisen oikeuden) tunnontarkasta ja oikeudenmukaisesta toteutumisesta huolehtiminen edistää samalla yksilön (yksilöiden) oikeusturvaa.”

Näkemyks siitä, että lainvastaisesti hankittuja todisteita ei pääsääntöisesti tulisi hyväksyä käytettäväksi näyttönä syytettyä vastaan, on yhdenmukainen muidenkin tuomarin rooliin kuuluvien piirteiden ja lainkäytön tehtävien kanssa. Tuomioistuimen roolissa korostuu nimenomaan menettelyn asianmukaisuutta ja oikeudenmukaisuutta kontrolloivia piirteitä – ja vastaavasti tutkintaperiaatteen huomiointimahdollisuudet ovat pitkälti marginalisoituneet. Tämä ilmenee käsittelyperiaatteessa ja sen vaikutuksessa tuomioistuimen materiaaliin prosessinjohtoon, samoin kuin tuomioistuimelta edellytettävässä (objektiivisessa) puolueettomuudessa. Samansuuntaista ajattelua näkyy mielestäni myös edellä käsitellyn ja kannatetun hypoteesimetodin taustalla. Syytteelle vaihtoehtoisien hypoteesien pohdinnassa tuomioistuimen tulee rajoittua syytettyä vastaan puhuvien tapahtumainkulkuvärsioiden mahdollisuuden ja varteotettavuuden harkintaan. Toisaalta myös se todistusharkinnan ’rakenteen’ tasolla tehtävä korostus siitä, että näitä vaihtoehtoisia hypoteeseja tulee tarkastella nimenomaan itsenäisinä ja syytteelle rinnakkaisina (vaikkapa nimenomaisesti konseptipaperille syytteen mukaisten osateemojen vierelle kirjoitettavina) teemoina, painottaa syytetyn oikeusturvaa ja menettelyn oikeudenmukaisuutta.

Hypoteesimetodin mukaisella näyttökysymysten jäsentelytavalla näen lisäksi yleisempääkin rikosprosessuaalisia menettelyitä yhdistävää vaikutusta. Metodin edellyttämä analyttinen todistusteemojen ja todistustositseikkojen ’pilkkominen’ edesauttaa sekä seikkaperäistä todistekohtaista että myös kokonaisvaltaista tarkastelua. Kuvatunkaltainen menettely soveltuu periaatteessa yhtä hyvin niin esitutkintaviranomaisten, syyttäjien, puolustajien kuin myös tuomioistuintenkin todistusharkintaan. Jäsentynyt todistusteemojen (oikeustositseikkaväitteiden) ja niihin kytkeytyvien todistustositseikkojen käsittely edesauttaa sitä, että tuomioistuinkäsittelyyn tullessaan jutut ovat paremmin valmisteltuja, mikä on puolestaan edullista käsittelyn selkeyden, perusteellisuuden ja joutuisuuden kannalta. Syyttäjäviranomaisten suorittamana hyvän etukäteisvalmistelun hyödyllisenä vaikutuksena on edellä mainittujen lisäksi luonnollisesti se, että näin rikosprosessi voi toteuttaa ehkä perimmäistä tehtäväänsä eli rikosvastuun toteuttamisintressiä tehokkaasti ja silti siten, että myös objektiivisuusperiaate ja syyttömän suojaamisen periaate voivat tulla hyvin huomioiduksi.

Rikoksesta epäillyn ja syytetyn puolustuksen toimesta tapahtuva jutun perusteellinen etukäteisvalmistelu kuuluu sekin puolustusasianajajan yhteiskunnallisiin tehtäviin. Tässä toiminnassa luonnollisesti korostuu syyttäjän todistelun kritisointi ja syytetyn oikeusturvanäkökohtien suojelu. Akkusatorisessa rikosprosessissa myös tuomioistuimen todistusharkinta samoin kuin rikosprosessissa relevanttien oikeuskysymysten harkinta helpottuu ja vastaa paremmin ’aineellista totuutta’, kun todisteluvastuun omaavat asianosaiset hoitavat tehtävänsä kaikin puolin hyvin. Koska todistelun kattavuus paranee selvästi näyttöaineiston kuvatulla tavalla tapahtuvassa analyysissä, voivat annettavat tuomiotkin olla oikeusturvan kannalta perusteltuja ja ’varmoja’.

Asianosaisten todistelutoiminnan suorittamisen suhteen tutkimuksessa on kannatettu menetelmää, joka pitkälti perustuu hypoteesimenetelmän metodiikkaan, mutta joka todistelukysymysten pitkällistä oikeusjärjestelmistä riippumattomuutta osoittaen kuitenkin pohjautuu angloamerikkalaiseen tutkimukseen. Todistelutoiminnan on katsottu tulevan perusteellisimmin analysoiduksi, kun näyttökysymykset palautetaan niihin konkreettisiin tosiseikkaväittämiin, joista asianosaisen tulee esittää näyttöä, jotta tuomioistuimien voisi hyväksyä tietyn asianosaisen juttuteorian mukaisen normitulkinnan. Asianosaisten juttuteorioissa voi olla eroja paitsi faktaperustassaan sinänsä, myös ja ehkä ennen kaikkea tietyistä tosiseikoista tehtävien faktuaalisten tai juridisten johtopäätösten kohdalla. Usea todiste puhuu sikäli suorasti puolestaan (kuten kiistattomat reaalityodisteet), ettei tällaisiin todisteisiin liity ainakaan keskeisimpiä todisteluongelmia. Erityisesti henkilötodistelussa on kuitenkin tyypillisesti piirteitä, jotka eivät ole yhtä riidattomia. Tällaisiin näytöllisiin tulkintaeroihin asianosaiset voivat puuttua tehokkaasti yksilöimällä sellaiset väitelauseet, jotka puhuvat juuri tietynlaisen tulkinnan puolesta, ja kokoamalla ja korostamalla sellaista todistelua, joka perustelee tulkinnan todennäköisyyttä tai uskottavuutta. Mainittuja seikkoja koskevasta henkilötodistelusta voidaan tehdä entistä seikkaperäisempää, jos asianosainen ikään kuin 'purkaa' sen todistelumekanismin (yleisen kokemussäännön, jonka perusteella tiettyä todistetta voidaan tulkita tueksi tai heikennykseksi jollekin johtopäätökselle) sellaisiksi konkreettisiksi alakysymyksiksi, jotka eksplikoivat tarkoitettua kokemussääntöä ja sen soveltumista tai soveltumatta jäämistä juuri tiettyyn yksittäistapaukseen.

Kun asianosaisen 'positio' on yllä tarkoitetulla tavalla selvä jo ennen pääkäsittelyä, mahdollistuu johdonmukainen ja seikkaperäinen todistelun esittäminen. Perusteellisesti valmistellut argumentit eli yhtenäinen jutun teoria helpottaa jo asiaesityksen pitämistä tavalla, joka tuo asianosaisen keskeiset näkemykset ilmi heti oikeudenkäynnin alussa ja luo siten tuomioistuimen puheenjohtajalle ja lautamiehille hyvät edellytykset myöhempään todistelun seuraamiseen juuri asiaesitysvaiheessa mainituista näkökulmista. Näitä argumentteja tukevia todisteita ja niihin liittyviä yleisiä kokemussääntöjä valaisevia kysymyksiä asianosainen voi esitellä pitkin prosessia johdonmukaisista lähtökohdista. Loppupuheenvuorossaan asianosainen voi kaikkein selvimällä tavalla eksplikoida juttuteoriansa muodostavat argumentit ja koota yhteen sellaiset 'todiste-fragmentit', jotka ovat ehkä tulleet ilmi eri kuulusteltavien kuulusteluista tai muuten pääkäsittelyssä hajallaan. Loppupuheenvuorossa asianosainen voi siten pyrkiä 'sitomaan langat kiinni' ja jättää näin tuomioistuimelle perustellun loppuvaikutelman todistusharkintavaiheeseen.

Kuulustelutaktiikka on nähtävä tavallaan erillisenä asiana yllä mainituista oikeudenkäyntiargumenteista (tai yleisemmistä prosessistrategisista pohdinnoista). Kuulustelutaktiikassa ja -tekniikassa kyse on ennen kaikkea henkilötodistelun tyyli- ja keinokysymyksistä eli vuorovaikutuksellisista tavoista saada

erilaisilta ihmisiltä parhaalla mahdollisella tavalla esiin juuri sellaisia todistus-
tosiseikkoja, jotka palvelevat asianosaisen juttuteoriaa (eli syyttäjän näkökul-
masta aineellisen totuuden mukaiseksi katsomaansa syytettä tai puolustuksen
näkökulmasta mahdollista vaihtoehtoista hypoteesia). Kuulustelutaktiikan liik-
kumavara määräytyy yleisen prosessistrategian ja siihen kuuluvien argument-
tien pohjalta, mutta lähemmät taktiset valinnat voivat silti olla pitkälti henkilö-
ja tilannekohtaisesti joustavia ja vaihtelevia. Tässä mielessä voidaan puhua
yleistävästi ns. konstruktivisesta ja destruktiivisesta samoin kuin suorasta ja
epäsuorasta kuulustelumetodista. Kuulustelutaktisesti voidaan lisäksi erotella
ns. tiedusteleva, vihjaileva ja konfrontoiva metodi.

Mainittuna metodeja (muiden ohella) asianosaiset voivat soveltaa eri määris-
sä ja eri tavoin pääkuulustelussa, vastakuulustelussa ja uudelleenkuulustelussa.
Tutkimuksessa on pyritty valottamaan tekijöitä, jotka perustelevat OK 17:33:n
tarkoittamassa vuorokuulustelujärjestyksessä ja sen vaiheistuksessa pitäyty-
mistä. Mahdollisuuksien mukaisessa määrin aina vapaalla kertomuksella tapah-
tuva aloitus, sitä seuraava täydentävien ja tarkentavien kysymysten esittäminen,
ja vasta tämän jälkeen seuraava pääkuulustelua kyseenalaistava vastakuulustelu
on paitsi käsittelyn selkeyden, myös aineellisen totuuden tavoittelun kannalta
tarkoituksenmukainen etenemisjärjestys. Järjestelmään kuuluu olennaisena,
että sekä asianosaiset että myös tuomioistuimien ovat tietoisia sellaisista sallituista
ja toisaalta torjuttavista kuulustelutaktisista menettelyistä, joita voi tai ei voi
kussakin kuulustelun vaiheessa soveltaa.

Tuomioistuimen tulee myös noudattaa akkusatoriseen ja käsittelyperiaatetta
korostavaan rikosprosessiin kuuluvaa rooliasemaansa. Erityisesti jutuissa, jois-
sa syytetyllä on apunaan lainoppinut oikeudenkäyntiavustaja tai -asiamies, ei
todistajankuulustelun suorittamista voida enää nähdä juuri lainkaan tuomio-
istuimen tehtäviin kuuluvana toimintana. Tuomioistuimen puheenjohtaja voi
tässä suhteessa kääntää katseensa lähinnä virallisen syyttäjän ja syytetyn avus-
tajan penkkejä kohden, katsoa ja kuunnella mitä tuleman pitää, ja tarvittaessa
puuttua kuulusteluun esim. ohjaavasti tai rajoittavasti. Syytteen toteen näyttä-
minen tulee jättää syyttäjälle.

English summary

Pasi Pölönen

ORAL EVIDENCE IN CRIMINAL TRIALS

Topic and method of the study

Carrying out witness examination at a practical level is a central yet widely unregulated area of procedural practices. When studying *courts' and parties' aims, duties and the functional restrictions in giving and/or receiving oral evidence*, i.e., performing witness examination, the roles of the criminal court, the prosecutor, and the defence attorney are all significant.

The subject of this study raises questions which are both legal and practical in nature. Emphasis is on the *trial examination* of witnesses, injured parties, the defendant, experts and other persons. Before entering into the details of witness examination, some more general issues must first be studied. Legal principles and theories of the functions of criminal proceedings directly affect the functioning of the trial judge as well as the prosecutor in court hearings. An interpretation of procedural law based on human and basic rights (“human and basic rights friendly interpretation of law”) is introduced as a way of solving some discretionary problems arising during the main hearing of a criminal trial. The law and theory (concepts) regarding issues of evidence are also generally applicable and relevant to the theme of this study. It is necessary to arrive at a view of these fundamental issues in order to solve more detailed problems of oral evidence (witness examination).

These more specific procedural and practical questions in performing as an examiner in court are “twofold”, i.e., the problems can be seen from different perspectives. Firstly, certain legal limitations restricting the personal and thematic (material) scope of witness examination have to be examined. In addition, arguments supporting the application of rules prohibiting the use of certain pieces of evidence (exclusionary rules) will thus be studied, since both the new Constitution of Finland and the European Convention of Human Rights (ECHR) strongly emphasise the right to a fair trial. Secondly, as a more “positive” aspect of performing witness examination, the rights and duties of the court, the prosecutor and the defence attorney must be studied. An important practical point of view is the strategical and tactical methodology that a party (the prosecutor and the defence attorney) should take into account when preparing and performing the examination.

The primary task and method of this study is theoretical legal dogmatics. The

so-called critical legal positivistic way of thinking is used as a heuristic schemata in the study: its purpose is to interpret statutory legislation, to categorize and systemize relevant conceptual (theoretical) questions, and also to raise practical questions following the recent constitutional and legislative changes. In addition to the study of legal rules, legal principles as an important part of the legal system are emphasized.

Functions of the criminal procedure and legal principles

In modern criminal procedure (such as that of Finland) there is a constant need to *weigh and balance* different interests and objectives. The rights of the suspect and the defendant must always be adequately protected and the limits to these rights must be proportionate to other interests, namely those of a functioning criminal justice system. Recent institutional changes in Finnish criminal procedure have emphasised the prosecutor's activities and have also laid the *burden of proof almost entirely on the prosecutor*. Consequently, it is no longer a task of a criminal court (or of a judge) to try actively to find out what has actually happened in a given case (its 'material truth'), or to produce evidence of the defendant's guilt. These are the prosecutor's tasks and not those of an impartial court. Furthermore, a Finnish criminal trial is characterized by the principles of orality, immediacy and concentration. As a rule, the procedure is adversarial.

The task of finding out the truth is not however left entirely to the prosecutor. In principle, a trial judge has wide ranging discretionary powers to call for additional evidence, i.e., such pieces of evidence which have been – for one reason or the other – omitted by the parties. Judges are also allowed to put questions during or after witness examination. In practice, judges very seldom make use of their power to introduce new evidence. Also, as regards asking additional questions from, for example, witnesses or the injured party, it is a widely accepted principle of conduct that judges limit *their questioning to facts which are beneficial to the defendant*, or, at least, which focus on issues which have already been inquired about and introduced by the parties and which are not clearly to the disadvantage of the defendant.

The right to a fair trial as guaranteed by Article 6 of the ECHR and by Section 21 of the Finnish Constitution must be seen as the most important guiding principle for the trial judge. The courts (as well as the prosecutors) have, in fact, a *duty to apply an interpretation of law based on human and basic rights*. The question of fairness is a matter that must be taken into account in every discretionary situation. Problems of lack of fairness are usually especially relevant when deciding whether or not to allow the use of a pre-trial police report (as a means of checking the authenticity and correctness of a witness testimony given in court) or when deciding whether or not to allow the use of

illegally obtained evidence. These questions are studied in detail in the fourth chapter of this study.

It would be a mistake to speak of the tasks or of the ‘*functions*’ of *criminal procedure* without these principles of fairness. Although establishing the truth, prosecuting and sentencing those who are guilty is the primary goal of criminal law and also the ultimate goal of criminal procedure, these cannot be said to be the most important or, (still less) the only goals of the criminal process. Quite the contrary, legislation on criminal procedure must also be seen as a restrictive or limiting regulation which is opposed to the criminal law. Procedural decisions must be made taking into account the basic rights of the defendant and other persons. The rationale for procedural decisions cannot therefore be based on the interests of material criminal law *alone*.

The functions of criminal procedure may therefore be said to be somewhat different depending on the point of view of the subject in question: the reasons for a prosecutor’s decisions are in a way more restricted than those of a trial judge. The interests of a defence attorney may naturally differ from those of a prosecutor or of the court. This is a natural aspect of an adversarial trial.

Evaluation of evidence

A necessary requirement for a verdict in a criminal trial is that the guilt of the defendant has been proven beyond reasonable doubt. In order to do this, evidence has to be strong both quantitatively and qualitatively. The nature of the process of evaluating the evidence is, generally speaking, holistic, but it is, nevertheless, useful to analyse evidence from these two somewhat different angles.

In this study it is argued that different types of crimes typically give rise to certain standard levels of investigative efforts. Police investigation tends to be less comprehensive and exhaustive in the case of minor crimes involving undisputed facts and/or simple legal questions. Whereas the quantitative requirements are greater in serious and disputed crimes involving legally complicated issues. It is clear that proving guilt ‘beyond reasonable doubt’ is a more difficult requirement to meet in a criminal trial involving the latter type of crimes. In such cases, there are more possibilities for alternative explanations and hypotheses, especially from the defence. If there are adequate reasons for suspecting that there is an alternative factual basis ‘behind’ the case, a verdict of not guilty may consequently be based on a *quantitative* lack of thoroughness or exhaustiveness of the evidence. This study argues that it is not only the task of the defence attorney, but also that of the criminal court to look for and give due consideration to relevant alternative hypotheses that are *beneficial to the defendant*. The objectivity and impartiality of the court would be compromised as a result of seeking alternative hypotheses ex officio to the detriment of the accused. This kind of favouring the prosecution is therefore not allowed.

An exhaustive investigation is not sufficient per se. No matter how exhaustive the investigation is (e.g., taking into account each relevant factual and legal possibility), a guilty verdict is not possible if the probative value of the evidence is insufficient to convince the factfinder (the court). For a number of reasons, the credibility or reliability of the evidence or of a piece of evidence may be too low. In these kind of cases, the *qualitative* requirements of the burden of proof may not be met.

The so-called *hypothesis method* for handling and evaluating evidence was found to be the most practical for the purposes of this study. This method is closely linked to the above-mentioned concept of proving guilt ‘beyond reasonable doubt’ since this kind of formulation requires the heuristic elimination (or falsification) of alternative hypotheses. This method benefits an analytical approach to questions of evidence because it prompts decision makers to make classifications and divisions into, for example, facts supporting and opposing the indictment and/or defence arguments (the theory of the case) and direct versus circumstantial evidence. An important aspect of the hypothesis method is also the division of the historical narrative (the claim) in the prosecutor’s indictment into separate sub-elements, all of which must be proved beyond reasonable doubt in order to meet each legal element of a criminal act as described in the law. The method may generally be applied to the police, the prosecutor, the defence attorney, as well as to the criminal court. It is especially useful for the preparation of trial arguments and witness examinations. As already mentioned, this methodology contains normative elements defining the role of the trial judge, too.

Exclusion of evidence

Traditionally there have been few rules prohibiting the use of certain pieces of evidence in Finland. Although there are some statutes that prohibit the police, the prosecutor and the court from obtaining certain privileged pieces of evidence, it has customarily been argued that *the principle of free evidence* outweighs restrictive rules even when these have been violated. In other words, the use of illegally obtained evidence has normally been accepted in Finnish criminal procedure. In this study it is argued that as a restrictive feature of witness examination (i.e. when a party wishes to refer to a police protocol or to ask a question with reference to ‘privileged’ information), the use of this kind of ‘tainted’ evidence may be in conflict with the requirements of a fair trial. Arguments supporting the application (adaptation) of some exclusionary rules are therefore studied.

The above-mentioned interpretation of law based on human and basic rights is found to be the most fundamental argument supporting the exclusion of illegal or otherwise ‘unfair’ evidence. It is argued that the fairness of criminal

proceedings may be decisively influenced by *the consequences of using a certain piece of evidence in casu as a decision-making argument*. In theory, it should be possible to hinder the use of any piece of evidence if its use in casu might lead to consequences that would be disproportionately prejudicial to the defendant. This argument is supported by Section 22 of the Constitution of Finland which obliges the courts and prosecutors (amongst others) to take active measures to guarantee the implementation of all basic and human rights. A fair trial is guaranteed as a basic right by Section 21 of the Constitution and as a human right by Article 6 of the ECHR. Officials must therefore actively strive to protect the right to a fair trial in their actions and decisions.

As ‘unfairness’ is a discretionary concept, its interpretation should be based on objective arguments whenever possible. As a more general assertion in accordance an interpretation of law based on human and basic rights, it is further argued that *certain explicit exclusions of evidence in the law should be applied or protected more strictly than others*. Since legislators have clearly valued certain interests (e.g. the right of close relatives of the defendant not to testify, lawyer-client confidentiality and the seal of confession) more highly than the interests of finding the truth in a criminal trial, it should logically follow that these same *interests should be protected in cases where there has been (or where using a piece of evidence would lead to) a violation of these rights*. In other words, illegal evidence of this kind should be excluded as a rule.

Not all cases of illegally obtained evidence are as clear-cut as those (unconditional) cases mentioned above. Particularly cases of police misconduct during pre-trial interrogation (e.g. applying undue physical or mental pressure or failing to inform the suspect or his close relatives of their rights before the interrogation) may be seen from the view point of potential unfairness of the procedures, if information gathered by such means were to be admissible as evidence. In casu judgements are needed here: not all (minor) cases of misconduct may lead to the exclusion of evidence. *The exclusion of evidence should, however, be a possible conclusion in these kind of (discretionary) cases*.

In general, a model of an open-ended weighing is advanced in discretionary cases. The decision whether to admit the use of certain ‘tainted’ pieces of evidence should be based on a wide range of different arguments applied to the specific circumstances of a given case. These arguments cannot be exhaustively listed. However, as a rule, evidence in favour of the defendant may not be excluded. In addition, certain arguments may be typified as fundamentally decisive in supporting the exclusion of evidence: the presumption of innocence and the right not to incriminate oneself (or one’s close relatives), as well as the defendant’s right to cross examine the evidence, should be effectively protected, even if this leads to the exclusion of certain evidence. Other, more open-ended arguments relevant to the in casu evaluation of evidence include, e.g., the seriousness of the suspected crime in question, the nature of the

violated right, the scope of violation of the right, negligence/malicious intent of police and the ‘finality’ of the violation of a right (i.e., the possibility/impossibility to neutralize or mend the violation by excluding evidence).

Many assertions above are relevant to the interpretation of Chapter 17, section 32, paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure, a provision which allows the *reading of a pre-trial police interrogation protocol during witness examination in a trial* (and during the examination of other persons, too), if the witness changes his or her story or if he or she fails to remember a fact or refuses to answer a question. Serious breaches of police conduct during pre-trial interrogations, as well as a failure to inform the suspect of his or her right to a defence attorney and/or failure to properly identify the alleged crime before commencing the pre-trial interrogation may lead to the exclusion of the police protocol. The right of close relatives of the defendant not to testify against their family member should be effectively protected, too. To nullify this right, e.g., by allowing a police officer to give hearsay testimony about what a relative said outside formal witness examinations, is therefore forbidden (if the relative wishes to assert his/her right later in the trial). It should be clear that a pre-trial examination protocol may not be referred to in cases where the relative (or other privileged person) has not been informed at all of his/her right to decline to answer questions.

To use a pre-trial protocol of a close relative (according to 17:32.2) is more problematical in cases where the police examination has been conducted wholly in accordance with the law, but where the relative nevertheless suddenly changes his/her mind and wishes to assert his/her right not to testify at the trial. It is argued in this study that this right not to testify against one’s close relative (17:20) should be effectively protected also in this kind of case. To refer to or to read aloud from the pre-trial examination protocol of a close relative of a defendant should therefore be allowed only with to the relative’s approval.

Arguments of fairness seem to support the so-called *fruit of the poisonous tree -doctrine*, too. Provided that a certain piece of evidence would not inevitably have been found by the authorities, regardless of an illegal measure or action (and that a violation of a right is not insignificant or at least not clearly ‘weaker’ than the interests of finding out the truth), it is recommended that exclusion of evidence should also apply to such pieces of evidence which have been found or obtained as a result of using illegal (and unfair) measures.

The system of examination in pre-trial investigation and trial

Pre-trial investigation has a significant effect on witness examination and on oral evidence. As was seen above, lawful police procedures are required to ensure the admissibility of a police protocol in a trial. Legal and well founded measures ensure better changes of finding out the ‘truth’, too. Awareness of the

proper methods of constructing a police protocol are necessary for thorough preparation of a witness examination and the evaluation of the truthfulness of a narrative.

Witness examination and presentation of oral evidence in general has been subject to a recent *total reform*. In the previous system a judge conducted all examinations, which required that judges were compelled to read though the pre-trial investigation protocols before the trial. The prosecutor and the defence attorney had only a secondary role and their functions were quite restricted. The impartiality of the courts under the old system was increasingly criticized until the system was reformed on 1st October 1997. Under the new system, the principal responsibility for examining witnesses and other persons has been left to the prosecutor and the defence attorney, and the criminal court is meant to have a secondary position only in this respect.

Examination procedures are now adversarial with *main examination*, *cross-examination* and *re-examination* phases. In practice, the order of hearing different persons (witnesses, the injured party and the defendant) varies as the law is ambiguous and court practices are not yet generally established. Court practices regarding the reading of pre-trial investigation protocols vary significantly, too, and there should naturally be a concerted effort to arrive at uniform practices.

The new system puts emphasis on the prosecutor and the defence attorney. The *prosecutor's* responsibilities and functions have in particular become decisively important. The full burden of proof is on the prosecutor, basically without any 'covering' from the court's side. The position of the prosecutor is somewhat contradictory because on the one hand, the principle of objectivity governs his/her every action, but, on the other hand, the prosecutor should also strive to be an effective enforcer of the criminal law. The prosecutor's ultimate goal should nevertheless be *finding out the truth*. This goal sets limits to the prosecutor's possibilities of, e.g., speculating upon alternative hypotheses (for which the prosecutor has no real proof), or of using destructive examination tactics to break down truthful witnesses. But conversely, the interests of finding out the truth may both enable, and, in casu, also oblige the prosecutor to use, for example, destructive examination tactics, too. The prosecutor should present his/her case – i.e. his/her view of the truth of the case – as convincingly and as effectively as possible.

The *defence attorney* is the functional counterpart of the prosecutor. Unlike the prosecutor, the defence is not limited by the principle of objectivity and it has more flexibility and freedom in deciding the most suitable procedural strategy. The *interests of the client* (in whichever way they may be interpreted) are the ultimate goal of and guiding principle of the defence attorney. The defence attorney must act honestly and truthfully, but loyalty to his/her client enables and obliges the attorney to, for example, withhold privileged

information which might be detrimental to the defendant. The defence attorney may make use of versatile process and examination strategies in order to convince the court about the defence's theory of the case (or at least in order to cast doubt upon the prosecutor's case).

Preceding duties of the court

The partial separation of criminal political goal settings and the interpretation of criminal procedural norms is seen as a basic feature of Finnish criminal procedure in this study. The trial judge should thus strive for an 'independent' interpretation of procedural legislation, especially with regard to procedural principles. The human and basic right which guarantees a fair trial must always be kept in mind in discretionary decisions and actions. One aspect clearly depicting the role of a criminal court is its rights and obligations when asking questions from witnesses and other persons. A leading principle, already mentioned above, is that *ex officio* additions to the evidence are permitted only when the piece of evidence in question is beneficial to the defendant. The same principle applies to asking questions from witnesses and other persons, too.

An important distinction regarding the court's right to ask questions is the one between clarifying ambiguities and shortcomings in the parties' *demands* on the one hand, and asking, for example, further details to add to a witness narrative on the other hand, i.e., improving *the quality of a party's oral evidence*. In the former case, the court may freely ask relevant questions in order to identify exactly what the party's purposes and claims really are (if these are unclear). Here, there are no major problems of impartiality. There is, however, one major exception: it might be regarded as partial and detrimental to the defendant if the court acts in a way which might be interpreted as 'aiding' the prosecutor in his/her duty to clearly introduce and identify all the facts grounding the criminal act described in the indictment. In this matter the full 'burden of plead' is on the prosecutor. A proper outcome may therefore be the acquittal of the defendant if the prosecutor does not introduce some required factual or normative element into adversarial discussion during the trial.

Judges have *no obligation to read pre-trial protocols or similar documents beforehand*, although they are at a liberty to do so; this is a matter of personal choice for each judge. The court has no duty to check whether, for example, the testimony of a witness corresponds to that given previously to the police – it is a task for the prosecutor and/or the defence attorney. However, bearing in mind that the court must always meet the test of objective impartiality, the court may, within certain limits carry out this kind of questioning in *casu*. The same applies to asking questions which aim to clarify or remove some ambiguity or lack in a narrative (as oral evidence).

As a rule, the trial judge's own questioning and other active measures he/she

takes during, for example, a witness examination, are quite restricted. The role of the court has in a way become more passive than before. The court must however be *active with regard to controlling and restricting parties' activities*. It is obliged to prohibit, e.g., repetitive, irrelevant, immaterial, harassing, confusing, or otherwise improper questioning. Leading questions during the main examination are also forbidden. Sometimes it may be appropriate to restrict the use of a party's examination strategy or tactic in general, if it is deemed to be improper or for some reason inappropriate.

Witness examination by the parties

A party must plan its procedural strategy before going into court and commencing witness examination. Generally speaking, this strategy consists of a so-called 'theory of the case', in which the most relevant factual propositions are identified and put together with the supporting evidence. The relevance of a factual proposition naturally depends on the legal elements of a case. By selecting evidence with the highest probative value for a certain conclusion (proposition), a party is able to support his/her 'theory' effectively. The value of a piece of evidence (especially in connection with oral evidence) may be further heightened by identifying such 'generalizations' which clearly explain why a certain conclusion (factual proposition) may or should be drawn from a piece of evidence and/or which make certain propositions more plausible.

The opening statement is a party's first opportunity to introduce its theory of the case. The prosecutor must maintain each factual proposition corresponding to the required legal elements. Written evidence may be presented during the opening statement, but the content of the oral evidence should not be given in summary form in advance. Also, legal arguments may be presented as early as the opening statement. A corresponding task for the defence is to present its opposing theory of the case and make a plea with facts (and evidence) supporting it. This kind of informative beginning to a trial makes it easier for the court to evaluate how much and in which way the (oral) evidence supports the claims made in the opening statements.

Thorough preparation of the procedural strategy enables a logical presentation of evidence in a coherent fashion through the opening statement, the examination of witnesses and the closing statements. Closing arguments should already be roughly sketched during the planning of a case, i.e., before the beginning of a trial. The immediate finding of relevant arguments, pieces of evidence and generalizations linking the evidence to a factual proposition and their convincing (possibly improvised) presentation during witness examination will be easier as a result of good preparation. The central task of the closing arguments is to gather all relevant pieces of evidence together in order to make a disputed argument more explicit.

The presentation of oral evidence is divided into three basically separate phases, namely the main examination, cross-examination and re-examination. Due to certain legal restrictions and functional (strategical) aims of the parties, the examination tactics should be somewhat different in each of these phases. To adopt and apply different tactics during an examination is a communicative means to ensure the most beneficial content and form to a narrative supporting a party's theory of the case (i.e., the prosecutor's arguments or the truth versus the defence's arguments). It is possible to speak of, for example, constructive and destructive and open and indirect tactics. These methods, amongst others, are useful for a party responsible for the examination of witnesses and other persons. Knowledge of different examination tactics is important from the court's perspective, too, because these tactics must be controlled and confined within legally and practically relevant and permissible boundaries. The trial judge exercises this kind of restrictive activity as an important safeguard against the use of improper examination methods and this is thus also important in securing a fair trial.

Oikeustapaushakemisto

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT)

Artico 13.5.1980 385
 Artner 28.8.1992 93, 96
 Asch 26.4.1991 93, 94
 Averill 6.6.2000 138
 Belziuk 25.3.1998 50
 Borgers 30.10.1991 82
 Brandstetter 28.8.1991 64, 83, 436, 580
 Bönisch 6.5.1985 93
 Daud 21.4.1998 457
 Delcourt 17.1.1970 64
 Delta 19.12.1990 93, 94
 Dombo Beheer B.V. 27.10.1993 94, 226
 Doorson 26.3.1996 80, 314
 Fejde 29.10.1991 50
 Heaney and McGuinness
 21.12.2000 194
 Helmers 29.10.1991 50
 Hirvisaari 27.9.2001 214, 242
 Hokkanen 23.9.1994 241
 I. J. L., G. M. R. and A. K. P.
 19.9.2000 194
 Isgrò 19.2.1991 93, 94
 J. B. 3.5.2001 190, 291
 K.P. 31.5.2001 242
 K.S. 31.5.2001 242
 Kerojärvi 19.7.1995 241, 457
 Khan 12.5.2000 94, 237
 Kostovski 20.11.1989 93, 94, 95
 Kuopila 27.4.2000 241
 L 28.4.2000 242
 Lamy 30.3.1989 83
 Launikari 5.10.2000 241
 Luca 27.2.2001 94, 96
 Lüdi 15.6.1992 93, 94
 Mantovanelli 18.3.1997 82
 Murray 28.10.1994 90, 138
 Nikula 21.3.2002 242, 391, 436
 Nuutinen 27.6.2000 242

P. G. and J. H. 25.9.2001 577
 Quinn 21.12.2000 194
 Raninen 16.12.1997 241–242
 Ruiz-Mateos 23.6.1993 64
 S. N. 2.7.2002 80
 Saïdi 20.9.1993 94, 96
 Saunders 17.12.1996 190, 194, 291
 Teixeira de Castro 9.6.1998 207
 Tierce 25.7.2000 50
 Tinnelly and Sons and McElduff
 10.7.1998 183
 Türkiye iş bankası 18.6.2002 242
 Twalib 9.6.1998 457
 Unterpertinger 24.11.1986 94, 95, 96
 Vermeulen 20.2.1996 593
 Windisch 27.9.1990 93, 94, 95
 Z 25.2.1997 241

Korkein oikeus (KKO)

1960 II 92 193–194
 1966 II 101 400
 1968 II 48 450
 1969 II 81 400
 1978 II 70 185
 1984 II 95 71
 1984 II 114 214
 1984 II 154 136
 1985 II 93 194, 268–271
 1987:93 274, 278
 1991:84 50
 1991:145 86, 91, 92
 1992:45 174
 1992:72 174
 1992:73 400
 1993:19 457
 1993:101 86, 91, 92, 266, 273, 275
 1993:164 174, 400
 1994:26 400

1995:5 83, 86, 91–92
 1995:44 88–89, 92, 400, 406
 1995:66 86, 92, 194, 264–270, 273, 275,
 289, 290, 335
 1995:113 74
 1996:48 337
 1996:50 86, 92
 1996:133 88–89
 1997:20 83
 1997:74 83
 1997:90 83
 1997:128 93, 457
 1997:139 83
 1997:159 83
 1997:190 83
 1998:16 136, 173
 1998:62 83
 1998:83 140
 1998:95 83
 1999:36 174
 1999:50 69, 187, 213
 1999:63 108
 1999:74 106, 580
 1999:82 7
 1999:107 83
 2000:2 7
 2000:5 7
 2000:11 83
 2000:35 129, 262, 293
 2000:37 174
 2000:51 447
 2000:57 7
 2000:62 7
 2000:71 85, 92–93, 95, 264, 266, 271,
 273–279
 2000:112 216
 2001:16 7
 2001:39 247

2001:73 186
 2001:95 133
 2001:116 7
 2001:136 174
 2002:15 7
 2002:35 580
 2002:47 140
 2002:85 28, 247

Korkein hallinto-oikeus (KHO)

21.11.2000 dnro 2388/2/99 210

Hovioikeudet (HO)

Helsingin HO 19.5.1994
 R 93/16 (nro 2206) 87
 Rovaniemen HO 4.12.1990
 (R 90/ 254) 89
 Itä-Suomen HO 16.12.1999
 (nro 1221) 245
 VHO 1998:9 273

Eduskunnan oikeusasiamies (EOA/AOA)

1255/4/87 221
 290/4/98 339
 1595/4/97 443
 2442/4/96 559
 1060/4/97 593

Oikeuskansleri (OKA)

574/1/01 210

Asiahakemisto

- Abrogaatiovaikutus 71
- Abwägungslehre 217
- Access to justice 64, 183
- Aihetodistelu 110–115, 156, 165–167, 200, 419, 458–465, 566–567
- Aineellisen totuuden periaate 21, 30, 32, 33, 38
- Alexyn punnintalaki 43
- Alibi 104, 109, 162, 485, 516, 571
- Alkukeskustelu 386, 398, 481
- Alustava puhuttelu 264–265
 - ilmoittaminen vaitiolo-oikeudesta 334–335
- Analoginen tulkinta 26, 74, 196, 232–233
- Anonyymitodistelu 93–94, 456
- Ansakysymys 424–425
- Aputoiseikka 108, 113–114, 153, 165–166, 440, 458, 459, 549, 566, 583
- Argumentit (juttuteoriassa) 458–459
 - eksplisiittinen / implisiittinen 111
- Arvot
 - arvonihilismi 29
 - arvorelativismi 29
 - diskursiiviset arvot 12
 - suhde tavoitteisiin 29, 38
- Aseenkantaja-ideaalityyppi 378–379
- Asefokusiimiö 572
- Asiaan kuulumattomat kysymykset 437, 438
- Asiaesittely/alkupuheenvuoro 112, 121, 401, 470, 481–485, 489, 516, 526, 594, 599
- Asianajaja
 - kuulustelutaktinen ’vapaus’ 376, 388, 473
 - lojaalisuusvelvollisuus 377
 - läsnäolo esitutkintakuulusteluissa 331, 336
 - pakkokeinojen kohteena 193, 247
 - perusoikeuksien edistäjänä 322, 576
 - päämiehen antamien tietojen tarkastaminen 387
 - päämiesneuvottelu 476
 - rooli 388
 - sananvapauden rajoitukset 391
 - toimeksiannosta luopuminen 380, 383, 385
 - totuusvelvollisuus 381, 388
 - vaitiolo velvollisuus 202
 - vangitsemisistunnossa 336–337
- Asianajajaideologia (puolustajaideologia) 378–379
- Asianajajapakko 347
- Asianajajatapa 376, 378, 383, 390
- Asianajotapa 377, 390, 591
- Asianmukainen käsittely 406
- Asianomistaja
 - erityinen vaitiolo peruste 279
 - kuuleminen asianajajan valmistelevassa keskustelussa 475
 - kuulustelu ennen syytettyä 352
 - kuulustelu rikollisesta menneisyydestä 440
 - kuulustelujärjestys tuomioistuimessa 360
 - kuulusteluvuoro syyttäjään nähden 356
 - loppulausuntovuoro 591
 - määritelmä 102
 - negatiivinen totuusvelvollisuus 275
 - oikeudet esitutkintakuulustelussa 336
 - perusoikeusmyönteisessä laintulkinnassa 79, 220, 445
 - pääkuulusteleminen 505–507
 - reparatiiviset intressit 22, 67
 - totuusvakuutuksen nojalla kuuleminen (rikosvahingoista) 506–507
 - totuusvelvollisuus alustavassa puhutellussa 334
 - vaatimusten selventäminen 398, 412

- vastakuulusteleminen 550, 572
- yksityisyyden suoja 208
- Asianosaiset 5, 100–101
- Asiantuntija
 - kuulustelu 580
 - määritelmä 103
 - todistamiskiellon adressaattina 195
 - vaihtoehtoiset hypoteesit (teemana) 541
 - valmentaminen 581
- Asking one question too many 526
- Audiat et altera pars 82
- Autonominen tulkinta 93
- Avoim kysymys 407, 408
- Bona fides -velvoitteet 377
- Contra legem 72, 76, 78, 222
- Cross-examination drill 473
- Demokratiaperiaate 70, 76
- Disclosure-menettely 455
- Diskurssiehdot 352
- Edellytyskysymys 411
- Editiovelvollisuus 189, 478
- Edunvalvoja 102
- Eksyttävät kysymykset 444
- Epäkonventionaaliset tutkintamenetelmät 207
- Epätäydellinen valintakysymys 409, 426
- Equality of arms 64, 83, 226, 269, 457
- Erityinen vaitioloperuste 278
- Esitutkintakuulustelu
 - kirjattavien tietojen lähteet 344
 - nauhoittaminen 129, 186, 341–342
 - tavoitteet 331
- Esitutkintapöytäkirja 339
 - kielletty sisältö 246
 - laatiminen 342
 - lukeminen tuomioistuimessa 345, 347
 - nauhoittaminen 341
 - sisältö 246, 339
 - tarkastaminen 339–340
 - todistuksellinen ”luonne” tuomioistui-
messä 254
- Esitutkintapöytäkirjan ’kirjaamissäännöt’
246
- Esteellisyys
 - poliisi epäillyn kuulustelussa 261
 - syyttäjän 447
 - todistajaksi 101
- Etukäteiskäsitys 332, 361, 366, 368, 373,
414, 574
- Etäisvaikutus 315
- Evolutiivis-dynaaminen metodi 63
- Falsum in uno, falsum in omnibus 170,
545
- Foundation rule 427–428, 514
- Fruit of the poisonous tree 315, 335
- Group remembering 575
- Harmaa alue 127, 132, 155, 156
- Hearsay rule 49, 198
- Henkilötodistelu 3, 106
- Henkilötodistelun järjestys 352
- Henkilötuntemerkki 326
- Hostile witness 510
- Hypoteesi 124, 158
- Hypoteesimetodi 55, 99, 144, 157, 159,
393
- Hypoteettinen kysymys 411, 432, 445,
453–454, 582
- Hyvä asianajajatapa 376, 390
- Hyvä asianajotapa 377
- Hyvä syyttäjätapa 372
- Hyödyntämiskielto
 - ennakoiava hyödyntämiskielto 206, 246,
248, 249–250, 307
 - epäillyn esitutkintakertomusta koskeva
hyödyntämiskielto 250, 252, 260
 - etäisvaikutus 294, 315, 326
 - finalistisena ratkaisuna 219
 - hyödyntämiskielto-olettama 218, 228,
235, 237, 251, 308, 324, 469, 564
 - itsenäiset / epäitsenäiset 206
 - käsite 205
 - lähiomaissuojaan perustuvana 248, 269,
277, 289–290, 293
 - perusoikeuskontrollina 222
 - punninta-argumentteja 237
 - suhde muutoksenhakuperusteisiin 215
 - syytetylle edulliselle todisteelle 226, 238
 - todistustaakka hyödyntämiskiellosta
322

- vaihtolovelvollisuuden sivuuttamisesta johtuva hyödyntämiskielto 192, 307, 311
- Ideaalityyppi (hyvästä asianajajataavasta) 378
- Ilman avustajaa esiintyvä syytetty 347
- Ilmoitukset
 - esitutkintakuulustelussa 335
 - tuomioistuinkuulustelussa 308, 403
- Improvisointi 528, 532
- In dubio mitius 56, 57
- In dubio pro reo 38, 56, 57, 128, 133, 161, 162, 169, 172, 173, 320, 542
- Incompetent-kysymykset 438
- Inevitable discovery 316–319, 326
- Informointitaakka (syytetyn) 137
- Instanssijärjestys 90, 172
- Institutionaalinen tuki 11, 35–37, 41, 249, 311
- Itsekriminointisuoja 184, 189–190, 193, 194, 239, 246, 291, 383, 404
- Johdatteleva kysymys
 - hyödyntämiskieltooperusteena 308
 - kontekstisidonnaisuus 426
 - määritelmä 424–425
 - pääkuulustelussa 428–430
 - vaikutus todistelun luotettavuudelle 433
 - vastakuulustelussa 430
 - vihamielisen todistajan pääkuulustelussa 510
- Julkinen oikeusavustaja 184, 376
- Julkinen valta 60
- Julkisuusperiaate 457
- Jura novit curia 47, 56, 62, 117, 175, 177, 592
- Jutun palauttaminen 6, 85–86, 90, 406, 457
- Jutun teoria 121, 458, 469, 482
- Jälkimmäisyysääntö (recency principle) 499–500
- Järjestelmämuuttaja 561
- Kanssasyytetty 299
- Kattavuus (todistelun) 126
- Kertomuksen rakenneanalyysi 489
- Keskeytyskysymys 410
- Kidutuksen vastainen komitea (CPT) 335, 341
- Kihlaus (vaitioloperusteena) 193, 273
- Kognitiivinen kuulustelu 493
- Koherenssi 42
- Kokemussääntö
 - ’erityisesti siksi, koska’ -tyyppi 462, 567
 - ’paitsi silloin, kun’ -tyyppi 465, 468
 - deterministinen 120
 - erityinen 120
 - määritelmä 117–118
 - optimaalinen kokemussääntö 121
 - yleinen 120
- Konfliktinratkaisufunktio (rikosprosessin tehtävänä) 20
- Konfrontointi 411, 432, 520, 521, 526, 534, 535, 548, 550, 556, 568, 576
- Konkludenttinen vaitiolo-oikeudesta luopuminen 267
- Konkretisointitaakka (syytetyn) 137
- Konsistenssi 42
- Kontradiktorisuus
 - EIT:n ratkaisukäytännössä 93–96
 - hyödyntämiskieltooperusteena 85
- Kontrollikysymys 410, 508, 520
- Kontumasiaalimenettely 83
- Kriittinen oikeuspositivismi 11, 12
- Kultainen sääntö 497
- Kunnia (ja maine) 280, 442, 444
- Kunnianloukkaus 544
- Kuulopuhetodistelu
 - määritelmä 49
 - sallittavuus lähiomaissuojan näkökulmasta 289
- Kuultava 102, 296, 297, 304–305, 334
- Kuulusteltava
 - esitutkinnassa 334
- Kuulustelustrategia 519
- Kuulustelutaktiikka 519–520
 - konstruktiiivinen / destruktiiivinen 520
 - suora / epäsuora 520
- Kuulustelutekniikka 520
- Kuulustelutila (esitutkinnassa) 333
- Kuulusteluun valmistautuminen 469

- puolustajan ja päämiehen keskustelu 476
- yhteydenpito todistajiin 471
- yhteydenpito vastapuolen todistajiin 475
- Kyllä-ei -kysymykset (pääkuulustelussa) 501
- Kyselykielto 324, 436, 439, 440
- Kysymystyyppit 407
- Käsittelyperiaate 54–55, 56, 88, 159, 173, 413, 598
- Lainalaisuusperiaate 70, 235, 396
- Lainanalogia 232
- Laissez faire 243
- Last lawyer in town 383
- Legaalinen todistusharkinta 146–147
- Legaliteettiperiaate
 - rikosoikeudellinen 232, 315
 - rikosprosessuaalinen 233
- Linkkikysymys 410, 490, 496, 499
- Loppulausunto 336, 591
- Luonnetodistelu 439, 441, 543
- Luonnonoikeus 10–11
- Luotettavuuskriteerit 489
- Lähestymiskielto 456
- Lähiomainen
 - asianomistajan ja todistajan suhde 278
 - esitutkintakertomuksen hyödyntäminen 92, 185, 266, 276
 - kokonaiskieltäytymisoikeus (OK 17:20) 273–274
 - vaitiolo-oikeudesta ilmoittaminen 278, 279
 - vaitiolotahto 266
- Lähiomaissuoja 263
- kanssasyytettyjen 293
- reaalityodistelussa 290
- syytetyn vastakuulustelu-oikeuden kan-
nalta 288
- Maantapa 6
- Mahdottomuuskysymys 409–410
- Maksimini-kriteeri 527
- Margin of appreciation 391
- Menettelyperiaatteet 46–47
- Mielentilatutkimus 326
- Motiivi 123
- Muistiinpanot
 - kuulusteltavan apuna tuomioistuimes-
sa 454
- Määräämisperiaate 53
- Ne bis in idem -sääntö 6, 64
- Nemo tenetur se ipsum accusare (ks. itse-
kriminointisuoja) 184–185, 203
- Neutraali painostus 425
- Neuvonantaja-ideaalittyyppi 379–380
- Newtonin laki 498
- Non liquet 128
- Normatiivinen sensuuri 76, 222
- Normi
 - normifragmentti 71
 - sääntönormin rakenne 9
 - voimassaolokriteerit 41
- Notorinen seikka 117
- Näyttökynnys 139
- Näyttökysymys 115, 175
- Objektiivinen rikosyhteys 477, 591
- Objektiivisuusperiaate 159, 163, 369, 372,
498
 - esitutkinnassa 332, 333
 - syyttäjän prosessistrategian rajoittaja-
na 467, 544
- Ohjausfunktio (rikosprosessin tehtävänä) 24
- Ohjauskysymys 410
- Oikeuden syvärakenteet 11, 12
- Oikeuden tasomalli 13, 395
- Oikeudenkäyntiargumentit 459, 488
 - faktoista tehtävien johtopäätösten ol-
lessa riidanalaisia 461
 - itse faktojen olemassaolon ollessa ri-
danalaisia 466
 - vastapuolen argumenttien ennakointi
467
- Oikeudenkäyntiasiamies 184
- Oikeudenkäyntiavustaja 184
- Oikeudenkäyntijulkisuus 208, 227, 456
- Oikeusanalogia 232
- Oikeusaukko 196
- Oikeusdogmaattinen metodi 9
- Oikeushenkilö 3, 312
- Oikeushyvä 60–61, 67, 102, 197, 202, 277

- Oikeusjärjestelmä 8
- Oikeusjärjestys 8
- Oikeuskysymys 116
- Oikeusperiaatteet
 - arvoperiaatteet 38
 - horisontaalinen jaottelu 38
 - institutionaalisen tuen vaatimus 36
 - optimointikäskynä 41, 42
 - painoarvo (painoulottuvuus) 43
 - praktinen (heuristinen) periaate 37
 - rooli tutkimuksessa 35
 - suhde sääntöihin 39, 40
 - systeemi-arvo 43
 - tavoiteperiaatteet 38
 - vertikaalinen jaottelu 37
 - yhteys arvoihin 45
 - yleistyksinä säännöistä 35, 333
- Oikeuspositivismi 10
- Oikeussuoja 20
- Oikeustieteellinen asiantuntijalausunto 117
- Oikeusturva 20
 - muodollinen ja materiaallinen 351
- Oikeusvoima 136, 175
 - prosessitoimia koskevien päätösten 402
 - syytteen tarkistamisen rajana 282–283
 - syyttämättäjäättämispäätösten 302
 - teon kuvauksella määrittyvä 172, 174–175
 - todistusteemakieltona 183
- Oikeutta kehittävä funktio (rikosprosessin tehtävänä) 28
- Oma valintaperiaate 64
- Osateema 161, 165, 169, 458, 460, 461, 470
- Painostavat kysymykset 444
- Pakkopuolustaja 385
- Pappi 184, 192, 229, 307
- Parhaan todistusaineiston periaate 201, 562
- Peitetöiminta 207, 576
- Periaatehakuisuus 13
- Perusoikeudet
 - aktiivinen turvaamisvelvollisuus 59–60, 66, 79, 94, 224, 443
 - asianomistajan 67, 68, 79, 82, 226, 271, 272, 314, 445
 - kriminalisointien kannalta 60–61, 65
 - kunnioittaminen 21, 65–66
 - optimointikäskynä 39, 73
 - poikkeuslakirajoitus 63
 - prosessuaaliset 59, 61, 66, 74, 84
 - subjektiivisena oikeutena 73, 227, 231
 - suojeleminen 21, 65–66
 - ydinalueen loukkaamattomuus 69, 207, 213, 227, 277
 - yleiset rajoitusedellytykset 69, 213
- Perusoikeusloukkaus 31, 225, 238, 576
- Perusoikeusmyönteinen laintulkinta 70, 77
- hyödyntämiskielto perusteena 181, 208, 224, 236
- oikeusnormien tulkinnassa 80
- optimointivaikutus 71
- vaihtoehtojen rajausvaikutus 71
- Perusoikeusrajoitus 31, 65, 78, 225, 576
- Perustuslaillinen toimeksianto 60, 75
- Perätön lausuma
 - alustavassa puhuttelussa 334
 - kuulustelijan osallisuus 426
 - lähiomaissuojan perusteena 203
 - puolustuksen prosessistrategian rajoittajana 382, 388
 - rangaistusuhasta ilmoittaminen 336, 405
 - väite kuulustelussa 544
- Plea bargaining 440
- Poissaolokäsittely 254, 321
- Poliisi (todistajana) 573
- Politiarikos 102
- Popperin subsumptiomalli 119
- Preklusio 211, 339, 568, 593
- Prosessiekonomiatavoite 30
- Prosessinjohto
 - aktiivinen kontrollointivelvollisuus 422
 - asiaesittelyssä 481
 - asianosaisten kuulustelustrategian kannalta 422, 527
 - asianosaisten vaatimusten selventämiseksi 412

- esitutkintakertomusten muutoskontrolli 416
- seuraamuskysymyksissä 421
- syyttäjän virheen oikaisemiseksi 420
- todisteen tai kysymyksen relevanttius 438
- todistustositseikkojen näytönarviointiin perustuvana 417
- varovaisuusperiaate 446
- vähimmän haitan periaate 446
- yksityisyyden suojan kannalta 443
- Prosessinjohtovaltuudet 394
- Prosessipetos 506
- Prosessisubjektit 5
- Puolueettomuus
 - asiantuntijan 580
 - kuulustelujärjestelmän 364
 - kuulustelustrategian rajoittamisen kannalta 423
 - näyttökysymysten rikastuttamisessa 90, 136, 163, 175–176, 414, 415, 419, 420
 - objektiivinen / subjektiivinen 368, 373, 415, 598
 - prosessin oikeudenmukaisuuden kannalta 32, 64
 - syyttäjän 370, 373
 - vaihtoehtoisen hypoteesin pohdinnassa 178
- Puolustautumisstrategia 337, 361, 382, 383, 388, 390, 469, 471, 478, 504, 516, 518, 519
- Puolustuksellinen varovaisuusnäkökulma 525, 526, 532, 553, 572, 589
- Puolustus / puolustaja 5, 377
- Puolustushypoteesia tukeva todistelu
 - ks. suoranainen/varsinainen vastatodistelu 110
- Päähypoteesi (syyte) 158, 200
 - pilkkominen osateemoihin 164, 458
- Pääkuulustelu
 - asianomistajan 505
 - asianosaisen läsnä olematta 456
 - käsite 355
 - syytetyn 504
 - tarkoitus 488, 489
- vastakuulustelun ennakointi 490
- yksin vastaavan syytetyn tukeminen 347
- Päätodistelu 108
- Päätöksentekoteoria 527
- Rakenteellinen näyttö 114–115, 156
- Rationaalinen luonnonoikeus 11
- Ratkaisufunktio (rikosprosessin tehtävänä) 20
- Ratkaisupakko 128
- Reaalitodiste
 - asiakirjan lukeminen muuntaa henkilötodisteluksi 105, 245
 - etäisvaikutus (hyödyntämiskelpoisuus) 319
 - pääkuulustelussa esittäminen 496
 - suhde henkilötodistelun todistamiskieltoihin 189, 191, 290
 - vastakuulustelussa esittäminen 567
- Rechtskreistheorie 217
- Reformatio in peius 6
- Rekisteröity parisuhde 193
- Relevanssisääntö 358, 398, 401, 438
- Representaatio 145
- Retorinen kysymys 408, 453, 498, 533, 534, 571
- Rikollinen menneisyys (todistusteemana) 439
- Rikosepäilyn yksilöinti esitutkinnassa 252–253
- Rikoskumppani 295–297, 298, 302, 304
- Rikosprosessi
 - akkusatorinen 51–52
 - inkvisitorinen 51
 - itseisarvo 32
 - määrittely 17
 - piilofunktiot 20
- Rikosprosessiuudistus 1
- Rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimus 232
- Rikosprovokaatio 207
- Rikosvastuun toteuttamisintressi (rikoksen selvittämisentressi) 239–240
- Ristikuulustelu 199
- Roolimanipulointi 391
- Rooliperiaatteet 47

- Rule of alternative defences 516
- Ryhmätunnistustilaisuus 560
- Sananvapaus (puolustajan) 391
- Sanktiomekanismi 24, 395
- Schutzzwecklehre 217
- Schweretheorie 217
- Sedimentaatio-suhde 12
- Selitystaakka (syytetyn) 137–138
- Selvittämiskynnys 168
 - abstrakti 126–127
 - konkreettinen 126–127
 - riippuvuus jutun laadusta 128
- Selvittämistäakka 124
- Setting the scene 428, 496, 513–514
- Shadow cross examination 525
- Skandinaavinen realismi 29
- Sopimattomat kysymykset 443, 556
- Sphärentheorie 217
- Subsumptio 147–150
- Suhteellisuusperiaate
 - valtiosääntöoikeudellinen 61
- Suljettu kysymys 407, 409
- Suodatinkysymys 408, 499, 508, 522
- Suojeluintressit 231
- Suoranainen/varsinainen vastatodistelu 109, 162, 489, 519
- Suullis-pöytäkirjallinen menettely 204, 212, 350, 372, 405
- Syyteoikeus (asianomistajan) 54
- Syytesidonnaisuus 133, 135, 173, 413
- Syytetty 3
 - ilman avustajaa 347
- Syytteen muuttaminen 283
- Syytteen tarkistaminen 282
- Syytteen vaara 281–282, 284, 301, 325, 403
- Syyttäjä
 - asianosaisena 374
 - lainvastaisesti hankitun todisteen käyttö 249
 - läsnäolo esitutkintakuulusteluissa 331
- Syyttömyysolettama 58
- Säännöt
 - periaatetyypinen 44
 - suhde oikeusperiaatteisiin 39
- Takavarikkokiello 189
- Tarinankerrontaperiaate 489
- Tarkistuslista (todistelun luotettavuuskriteereistä) 466
- Tarkoituksenmukaisuusperiaate 31
- Tarveperiaate 262
- Tavoitepäämäärä 29, 38, 66, 198, 395
- Teemanvaihtokysely 411, 445, 520, 529, 552
- Teesi 158
- Teitittely (kuulusteltavan) 500
- Telekuuntelu 225, 230, 315, 321
- Teleologinen metodi 24, 406
- Testikysymys 411, 520
- Tilannekysymys 410, 522, 552
- Todennäköisyys
 - alkuperäistodennäköisyys 150–151, 155
 - ensi asteen todennäköisyys 121
 - objektiivinen todennäköisyyskäsite 154
 - subjektiivinen 145
 - toisen asteen todennäköisyys 121
- Todistaja
 - liioitteleva 542
 - molemman asianosaisen nimeämä 356, 473
 - määritelmä 101
 - orientoiminen kuulustelun alussa 404, 502, 509
 - positiivinen totuusvelvollisuus 450
 - valehteleva 545
 - valmentaminen 472, 473
 - velvollisuudet 450
- Todistajakelpoisuus 101
 - erityinen kelpoisuus 102
 - yleinen kelpoisuus 101
- Todistajankuulustelu
 - käsite 3
 - muistiinpanojen käyttö 454
 - todistusteeman ’sitovuus’ 418, 431
 - toisen todistajan kertomukseen viittaaminen 430, 438
- Todistajansuojelu 272, 456
- Todistajantukiohjelma 473

Todistamiskielto

- absoluuttinen / relatiivinen 192
- adressaatit 195
- elementaarinen todistusmetodikielto 238
- jaottelu 188
- määritelmä 182, 186
- potentiaaliset normit 229, 234
- tulkinta 195–196

Todistelista (juttuun valmistautuessa) 459

Todistelu

- kattavuus 81, 126
- käsite 100

Todistusharkinta

- jaottelu osateemoihin 164

Todistuskeino 105

Todistuskeinokielto 183–184

Todistusmetodikielto 187

- elementaarinen todistusmetodikielto 187–188
- ETL 24 § 259

Todistusosoikeus 100

Todistustaakalla prosessaaminen 384

Todistustaakka 133

- epäaito (väärä) 138
- muulla kuin syyttäjällä 57

Todistusteema

- ’sitovuus’ kuulustelussa 418
- määritelmä 103
- teemälähtöisyys 104, 459, 460

Todistusteemakielto 182

Todistusteoriat

- hypoteesimetodi 159
- teemametodi 150
- todistusarvometodi 151
- vapaa todistusteoria 144

Tosiseikka

- abstrakti 107–108
- kompleksi 107
- konkreettinen tosiseikka 106, 148
- oikeustosiseikka 106, 153
- sisäinen 452
- subsumptiofakta 116, 148
- todistustosiseikka 107, 153
- vastatosiseikka 109

- yleisesti tunnettu 117

Totuusteoriat 21–22

Totuusvakuutus 506

Totuusvelvollisuus

- asianomistajan 274, 287–288
- asianosaisen lähiomaisen 288
- negatiivinen 274
- positiivinen 274
- suhde todistamisvelvollisuuteen 275
- todistajan 287, 450

Tulkinnanvaraisuus 343

Tulkintametodit 77

Tunnistaminen

- asiakirja- tai esinetodisteluun rinnastuminen 562
- hyödyntämiskielto? 564
- luotettavuuden kokonaisvaltainen arviointi 562–563
- määritelmä 560
- pääkäsittelyssä ’uusittava’ 560
- silminnäkijän vastakuulustelu 564
- tunnistamispöytäkirja (-video) 561

Tuomarin rooli 19, 27

- akkusatorinen menettely 52, 406
- hypoteesimetodissa 159
- materiaalisessa prosessinjohtossa 415, 417, 419
- perusoikeusmyönteinen laintulkinta 395
- selvittämiskynnyksen kontrolloiminen 124
- vuorokuulustelussa 367, 486

Tuomitsemiskynnys

- hypoteesimetodissa 159, 169
- käsite 123, 130
- muuttumattomuus/vakioisuus 142–143
- sen horjuttaminen 482, 594
- subjektiivinen vakuuttuneisuus 145
- todistustaakan kannalta 139

Tutkintaperiaate 54–55

Tyypitodiste 116

Täydellinen vaihtoehtokysymys 409

Täysi näyttö 140

Uudelleenkuulustelu

- johdattelevien kysymysten käyttö 586
- käsite 359, 585
- tarveharkinta 588–589
- tavoitteet 585
- tuomioistuimen kyselyoikeuden kannalta 364, 368, 588
- Vahvemmuusperiaate 141
- Vahvistuskysymys 409
- Vaihtoehtoinen hypoteesi 110, 124, 130, 138, 155, 172, 177, 540
- Vaisu puolustautumisstrategia 385
- Vala 405
- Vallan kolmijako-oppi 76, 77, 224
- Vangitsemisoikeudenkäynti 83, 336–337, 347, 456, 457
- Vapaa kerronta 384, 492, 494, 498
- Vapaa todistusteoria 144, 176, 213
 - hyödyntämiskieltojen kannalta 211
 - osatekijät 144
 - rajoitukset 145
- Varmuustavoite 30
- Vastakkainkuulustelu 199, 492
- Vastakohtakysymys 409
- Vastakuulustelu
 - asianomistajan 572
 - asiantuntijan 580
 - destruktiivinen 541
 - kertomukseen (objektiivisesti) kohdistuva 551
 - konstruktiiivinen 535–536
 - kontrollointi 528, 530, 541
 - kuulusteltavan henkilöön kohdistuva 543
 - käsite 357
 - lopetus / päättäminen 526, 527, 535
 - luonnetodisteluna 543, 549
 - poliisin 573
 - reaalityodisteen esittäminen 567
 - seikkoihin ’sitominen’ 522–523, 531, 534–535, 548–549, 569
 - suljetuin kysymyksiin 530, 532, 542, 572
 - syytetyn 577
 - tarkoitus 512, 514
 - tarveharkinta 524
 - tempo 529
 - tiedustelu 531
 - todistusteeman ’sitovuus’ 431
 - toisen todistajan kertomukseen viittaaminen 430, 438, 556
 - tyyli 528, 529
 - varjovastakuulustelu 525
 - varovainen tiedustelu 530, 531–533
 - vastakkainasettelu 533–534
 - vihjailu 533
- Vastatodistelu 108
 - epäsuora 108–109
 - tekijän (identiteetin) kiistäminen 518–519
 - teon kiistäminen 518
 - varsinainen (suora) 109
- Vastatosisieikka 413
 - käsite 109
 - viran puolesta huomioon ottaminen 134
- Vastausten toistaminen 500
- Vetoamistaakka (vääntämissäakka)
 - = syytesidonnaisuus 134
 - määräämisperiaatteen ilmentymänä 53
 - notorisista seikoista 134
 - objektiivinen / subjektiivinen 134
 - prosessinjohto prosessin kohteen tämentämiseksi 173, 413
 - suhde todistustosisieikkojen esittelyyn 135
- Vihamielinen todistaja 509–511
- Viimeinen sana -oikeus 364, 591
- Virallisperiaate 54
- Voir dire 403
- von-Restorff-efekti 502
- Vuorokuulustelu 1
 - asianomistajan kuulustelujärjestys 360
 - edut 351, 367
 - kuulustelujärjestys 352
 - soveltaminen käytännössä 354, 370
 - syytetyn kuulustelujärjestys 360
 - tarkoitus 371
- Vuorovaikutusmalli (subsumption) 148
- Välittömyysperiaate 48
 - hearsay rule 198
 - prosessin välittömyys 49

- todistelun sisäinen välittömyys 49
- välittömyyden ja kontradiktorisuuden
välinen suhde 50–51, 84–85, 87
- Välitön tekoyhteys 299
- Yhdenvertaisuusperiaate 227
- Yksilönsuojaperiaate 34
- Yksiroolisuuden periaate 390
- Yleinen etu 83, 372
- Yleinen oikeusperiaate 11
- Yleiset opit (oikeustieteen) 42
- Ylimääräinen tieto 225, 231, 243
- Ylitörkeä rikos 190

Tuomioistuimen ja asianosaisten roolit muuttuivat merkittävästi rikosprosessin ja henkilötodistelujärjestelmän uudistuksessa. Väitöskirjassa tutkitaan näihin rooleihin sisältyviä tehtäviä pää-, vasta- ja uudelleenkuulusteluvaiheisiin jakautuvan ns. vuorokuulustelun (OK 17:33) aiheuttamien teoreettisten ja käytännöllisten kysymysten kautta. Lähemmin tutkimuskohteena on todistajan, syytetyn, asianomistajan ja asiantuntijan tuomioistuinkuulustelun suorittaminen sekä tässä menettelyssä huomioitavat keskeisimmät taustatekijät.

Yleisessä osassa käsitellään rikosprosessuaalisia ja todistusoikeudellisia kysymyksiä, jotka valaisevat kuulustelun taustoja ja muovaavat ja rajaavat kuulusteluiden suorittamista. Oikeusperiaatteiden, perusoikeuksien ja perusoikeusmyönteisen laintulkinnan merkitystä prosessuaaliselle normitulkinnalle pohditaan yleisenä taustakysymyksenä. Näyttökysymyksiä hahmotetaan ns. hypoteesimetodin pohjalta. Metodin avulla tapahtuva todistelukysymysten rationaalinen jäsentäminen tukee paitsi näytön arviointia, myös oikeudenkäyntiin valmistautumista ja henkilötodistelun esittämistä.

Erityisessä osassa käsitellään henkilötodistelua rajaavia, selittäviä ja selventäviä tekijöitä. Todistamis- ja hyödyntämiskielto kysymykset henkilötodistelua rajoittavina tekijöinä nousevat keskeisiksi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusten takia. Hyödyntämiskielto-ongelmat esiintyvät henkilötodistelussa tyypillisimmin kyselykieltoina tai esitutkintapöytäkirjan lukemisen estymisen muodossa. Kuulusteluja selittävinä tekijöinä tarkastellaan paitsi tuomioistuimen roolia ja sen mukaisia prosessinjohto-oikeuksia ja -velvollisuuksia, erityisesti myös prosessin asianosaisten eli syyttäjän ja puolustuksen asemaa ja tehtäviä pääkäsittelyssä.

Todistajankuulustelun käytännöllistä suorittamista pyritään selventämään prosessistrategian hahmottamisesta ja kuulusteluun valmistautumisesta lähtien. Todistajankuulustelun suorittamista tarkastellaan erikseen pää-, vasta- ja uudelleenkuulusteluvaiheissa. Luonnollisesti myös asiaesittely (alkupuheenvuorot) ja loppulausunnot tulevat käsittelyn piiriin. Syyttäjän ja puolustuksen rooliasemista lähtevä tutkimusote nostaa asianosaisten usein vastakkaiset kuulustelustrategiset ja -taktiset näkökohdat (ja niiden mukaiset menettelytarpeet) eri kuulustelun vaiheissa keskeiseen osaan.