

VASTAAJAN VASTAKUULUSTELUOIKEUS JA ESITUTKINTAPÖYTÄKIRJAN
HYÖDYNTÄMINEN TODISTELUSSA

Pinja Rantanen (510681)
OTM-tutkielma
Prosessioikeuden eurooppalaistuminen
Turun yliopiston oikeustieteellinen
tiedekunta
Elokuu 2019

TIIVISTELMÄ

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

PINJA RANTANEN: Vastajaajan vastakuulustelu-oikeus ja esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa

OTM-tutkielma, X s.

Oikeustiede, Prosessioikeus

Elokuu 2019

Turun yliopiston laatu-järjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

Tutkimusaiheeni on vastaajan vastakuulustelu-oikeus ja esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa sekä se, miten nämä käyttäytyvät rikosprosessissa yhdessä. Pyrin selvittämään sen, milloin vastakuulustelu-oikeuden laiminlyönti on ollut sallittavaa, ja mitkä tekijät taas osoittavat, että oikeutta on loukattu. Samoin pohdin sitä, milloin esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman hyödyntäminen todistelussa on lainmukaista, ja milloin ei. Rajaan oman tutkimukseni koskemaan ainoastaan esitutkintapöytäkirjaan kirjallisesti merkityn lausuman käyttöä todistelussa. Tutkimukseni on lisäksi suurimmalta osin sovellettavissa ainoastaan rikosprosessiin.

Tavoitteenani on etsiä esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellon poikkeuksille oikeudellisesti kestävä perusta ja selvittää, miten ratkaisukäytäntö ja lainsäädäntö ovat muuttuneet vuosien varrella. Päämääräni on selvittää, tulisiko esitutkintapöytäkirjaa saada hyödyntää missään tilanteessa todistelussa, jos se samalla rikkoo syytetyn vastakuulustelu-oikeutta.

Lähestyn tutkimusaiheeni lainopillisesta näkökulmasta, jonka avulla tutkin ja tulkiten voimassaolevaa oikeutta. Pyrin ottamaan selvää siitä, liittyykö tutkimusaiheeseeni sellaisia seikkoja, jotka horjuttavat voimassa olevan oikeuden oikeudenmukaisuutta. Vahvassa roolissa työssäni ovat myös oikeusperiaatteet, jotka ovat edelleen nousseet keskiöön erityisesti oikeuskäytännön kehittyessä. Oikeuskäytäntö toimiikin yhtenä keskeisimmistä lähteistäni ja lisäksi lähteinä käytän monipuolisesti kotimaista ja ulkomaista oikeuskirjallisuutta, virallislähteitä ja oikeudellisia artikkeleita.

Saatettuani tutkimukseni loppuun, suhtaudun skeptisesti siihen, että esitutkintapöytäkirjaan merkittyä kertomusta hyödynnetään todistelussa tapauksissa, joissa vastakuulustelu-oikeus ei ole toteutunut ja kertomus on ratkaiseva tai ainoa näyttö syytteen tueksi. Näen, ettei tällaisissa tilanteissa esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiselle oikein ole oikeudellisesti kantavia perusteita. Muun muassa prosessiekonomian tavoitteella poljetaan ihmisoikeutena tunnettua vastaajan vastakuulustelu-oikeutta, mikä ei mielestäni ole oikeusjärjestelmän luotettavuuden kannalta kestävä. Myöskään oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta tasapainottavat tekijät eivät mielestäni takaa sitä, että vastaajan oikeuksien voidaan katsoa tarpeeksi toteutuvan.

Asiasanat: esitutkinta, Euroopan ihmisoikeussopimus, ihmisoikeusloukkaus, kuulustelu, oikeudenkäynti, rikosprosessi, todistelu

SISÄLLYS

Sisällysluettelo

| | |
|--|-----------|
| TIIVISTELMÄ..... | II |
| SISÄLLYS..... | III |
| LÄHTEET..... | V |
| LYHENTEET | XII |
| 1. Johdanto..... | 1 |
| 1.1 Tutkimuskysymyksen asettaminen..... | 1 |
| 1.2 Aiheen rajaus..... | 3 |
| 1.3 Tutkimusmetodi ja lähteet..... | 4 |
| 1.4 Tutkimuksen rakenne..... | 5 |
| 2. Todisteluun liittyvä teoreettinen viitekehys pääkäsitelyssä..... | 6 |
| 2.1 Todistelu pääkäsitelyssä..... | 6 |
| 2.2 Pääkäsitelyn suullisuus..... | 10 |
| 2.3 Todistajat..... | 13 |
| 3. Vastakuulustelu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeena | 18 |
| 3.1 Lainsäädännöllinen viitekehys..... | 18 |
| 3.2 Vastakuulustelu oikeuden toteuttaminen käytännössä..... | 20 |
| 3.3 Vastakuulustelu oikeuden ilmentämät oikeusperiaatteet | 22 |
| 3.3.1 Kontradiktorinen periaate ja equality of arms -periaate..... | 22 |
| 3.3.2 Suullisuuden ja välittömyyden periaatteet | 25 |
| 3.4 Vastakuulustelu oikeudesta luopuminen..... | 27 |
| 4. Esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa..... | 30 |
| 4.1 Esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskielto..... | 30 |
| 4.2 Esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellon poikkeukset | 33 |
| 4.2.1 Poikkeukset lainsäädännössä | 33 |
| 4.2.2 Mahdottomuus kuulla kuultavaa pääkäsitelyssä | 36 |
| 4.2.3 Kuultavan lausuman poikkeaminen aiemmasta tai vaikeneminen pääkäsitelyssä | 39 |
| 4.3 Esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman hyödyntämisen vaikutus vastakuulustelu oikeuteen | 42 |
| 5. Oikeuskäytännön synnyttämät ohjenuorat esitutkintakertomuksen hyödyntämiseen todistelussa | 44 |
| 5.1 Muutosprosessi..... | 44 |
| 5.2 Kolmekohtainen testi | 48 |
| 5.2.1 Toimintamekanismi | 48 |
| 5.2.2 Ainoa tai ratkaiseva todiste – sole or decisive -sääntö..... | 52 |
| 5.2.3 Todistelun luotettavuuden arviointi | 56 |
| 5.2.4 Kokonaisharkinta ja tasapainottavat tekijät..... | 61 |
| 6. Syytetyn oikeusturvakeinot vastakuulustelu oikeutta loukattaessa | 64 |

| | |
|--|-----------|
| 6.1 Kotimaiset oikeussuojakeinot | 64 |
| 6.2 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) | 68 |
| 7. Nykyisen oikeustilan arviointia | 70 |
| 7.1 Hyödyt..... | 70 |
| 7.2 Kritiikki..... | 74 |
| 8. Johtopäätökseni | 78 |

LÄHTEET

Oikeuskirjallisuus

Diesen, Christian: Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål. Juristförlaget 1993.

Diesen, Christian: Bevisprövning i brottmål. Juristförlaget 1994.

Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY ja kirjoittaja, 2005.

Fredman, Markku: Rikosasianajajan käsikirja, 1. painos. Alma Talent Oy ja kirjoittaja, 2013.

Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu: Ihmisoikeudet – Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön, 2. uudistettu painos. Alma Talent Oy ja tekijät, 2017.

Saatavissa 20.10.2018

[https://verkkokirjahylly-almatalent-](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/FABBCXDTEB#kohta:IHMISOIKEUDET((20)((2013)((20)K((e4)sikirja((20)EIT(((n((20)oikeusk((e4)yt((e4)nt((f6)((f6)n)

[fi.ezproxy.utu.fi/teos/FABBCXDTEB#kohta:IHMISOIKEUDET\(\(20\)\(\(2013\)\(\(20\)K\(\(e4\)sikirja\(\(20\)EIT\(\(\(n\(\(20\)oikeusk\(\(e4\)yt\(\(e4\)nt\(\(f6\)\(\(f6\)n](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/FABBCXDTEB#kohta:IHMISOIKEUDET((20)((2013)((20)K((e4)sikirja((20)EIT(((n((20)oikeusk((e4)yt((e4)nt((f6)((f6)n)

Hormia, Lauri: Todistamiskielloista rikosprosessissa I - Oikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys 1978.

Hormia Lauri: Todistamiskielloista rikosprosessissa II – Oikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys 1979.

Jokela, Antti: Oikeudenkäynnin asianosaiset ja valmistelu – Oikeudenkäynti II, 3. uudistettu painos. Alma Talent Oy ja tekijä, 2012.

Saatavissa 20.10.2018

[https://verkkokirjahylly-almatalent-](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/JAFBIXBTEB#kohta:OIKEUDENK((c4)YNNIN((20)ASIANOSAISET((20)JA((20)VALMISTELU((20)((2013)((20)Oikeudenk((e4)ynti((20)II((20)

[fi.ezproxy.utu.fi/teos/JAFBIXBTEB#kohta:OIKEUDENK\(\(c4\)YNNIN\(\(20\)ASIANOSAISET\(\(20\)JA\(\(20\)VALMISTELU\(\(20\)\(\(2013\)\(\(20\)Oikeudenk\(\(e4\)ynti\(\(20\)II\(\(20\)](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/JAFBIXBTEB#kohta:OIKEUDENK((c4)YNNIN((20)ASIANOSAISET((20)JA((20)VALMISTELU((20)((2013)((20)Oikeudenk((e4)ynti((20)II((20)

Jokela, Antti: Pääkäsittely, todistelu ja tuomio - Oikeudenkäynti III, 2. uudistettu painos. Alma Talent Oy ja tekijä, 2015.

Saatavissa 20.10.2018

[https://verkkokirjahylly-almatalent-](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/BABBXXBTABGEC#kohta:XXVII((20)Todistelu((20):(27.5((20)Todistajan((20)kuulustelu((20):(27.5.3((20)Vastakuulustelu((20)ja((20)tarkentavat((20)kysymykset((20)

[fi.ezproxy.utu.fi/teos/BABBXXBTABGEC#kohta:XXVII\(\(20\)Todistelu\(\(20\):\(27.5\(\(20\)Todistajan\(\(20\)kuulustelu\(\(20\):\(27.5.3\(\(20\)Vastakuulustelu\(\(20\)ja\(\(20\)tarkentavat\(\(20\)kysymykset\(\(20\)](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/BABBXXBTABGEC#kohta:XXVII((20)Todistelu((20):(27.5((20)Todistajan((20)kuulustelu((20):(27.5.3((20)Vastakuulustelu((20)ja((20)tarkentavat((20)kysymykset((20)

Jokela, Antti: Oikeudenkäynnin perusteet, periaatteet ja instituutiot – Oikeudenkäynti I, 3. uudistettu painos. Alma Talent Oy ja tekijä, 2016.

Saatavissa 20.10.2018

[https://verkkokirjahylly-almatalent-](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/GACBIXIUG#kohta:OIKEUDENK((c4)YNNIN((20)PERUSTEET,((20)PERIAATTEET((20)JA((20)INSTITUUTIOT((20)

[fi.ezproxy.utu.fi/teos/GACBIXIUG#kohta:OIKEUDENK\(\(c4\)YNNIN\(\(20\)PERUSTEET,\(\(20\)PERIAATTEET\(\(20\)JA\(\(20\)INSTITUUTIOT\(\(20\)](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/GACBIXIUG#kohta:OIKEUDENK((c4)YNNIN((20)PERUSTEET,((20)PERIAATTEET((20)JA((20)INSTITUUTIOT((20)

Jokela, Antti: Rikosprosessioikeus, 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy ja tekijä, 2018.

Koponen, Pekka: Ylimääräinen muutoksenhaku, 1. painos. Alma Talent Oy ja tekijä, 2017.

Linna, Tuula: Prosessioikeuden oppikirja, 2. uudistettu painos. Alma Talent Oy ja tekijä, 2019. Saatavissa 26.5.2019

[https://verkkokirjahylly-almatalent-](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/JAJBGXDTEB#kohta:I((20)JOHDANTO((20):3((2002)((20)KESKEIS)

[fi.ezproxy.utu.fi/teos/JAJBGXDTEB#kohta:I\(\(20\)JOHDANTO\(\(20\):3\(\(2002\)\(\(20\)KESKEIS](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/JAJBGXDTEB#kohta:I((20)JOHDANTO((20):3((2002)((20)KESKEIS)
[ET\(\(20\)PROSESSIPERIAATTEET\(\(20\):3.3\(\(20\)Kuulemisperiaate\(\(20\)ja\(\(20\)materiaalinen](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/JAJBGXDTEB#kohta:I((20)JOHDANTO((20):3((2002)((20)KESKEIS)
[\(\(20\)prosessinjohto\(\(20\)\).](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/JAJBGXDTEB#kohta:I((20)JOHDANTO((20):3((2002)((20)KESKEIS)

Nordh, Roberth: Praktisk process VI – Bevisrätt A. Iustus Förlag 2009.

Pellonpää, Matti — Gullans, Monica — Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus, 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy ja tekijät, 2012.

Pellonpää, Matti — Gullans, Monica — Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus, 6. uudistettu painos. Alma Talent Oy ja tekijät, 2018.

Pölönen, Pasi: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.

Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Todistelu oikeudenkäynnissä. Kirjoittajat ja Tietosanoma Oy 2015.

Rautio, Jaakko – Frände, Dan: Todistelu - Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Edita, 2016.

Summers, Sarah J.: Fair Trial – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights. Hart Publishing 2007.

Tapanila, Antti: Syytetyn oikeus syyttäjän todistajien kuulemiseen. Talentum 2004.

Tapanila, Antti: Kontradiktorisuus syytetyn oikeutena. Kirjoittaja ja Tietosanoma Oy 2019.

Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II 2007. Talentum, 2008. (viitattu Virolainen 2008)

Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi: Rikosprosessin perusteet – Rikosprosessioikeus I. WSOY Lakitieto ja kirjoittajat 2003.

Artikkelit

Biral, Marianna, The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a *Minimum* Right for a Fair Trial. European Journal of Crime. Criminal Law and Criminal Justice (22) 2014, s. 331-350.

Liljenfeldt, Robert – Korhonen, Petteri, Kohti tehokasta ja laadukasta hovioikeusmenettelyä – Onko oikeuden tunteminen yksin tuomioistuimen velvollisuus? Defensor Legis N:o 6/2011, s. 705-731.

Saatavissa 26.5.2019 https://www-edilex-fi.ezproxy.utu.fi/defensor_legis/8328.pdf

Jurkka, Jämsä, Hyödyntämisrajoituksen vaikutus näyttöharkinnassa. University of Helsinki Conflict Management Institututen julkaisuja, 2015.

Saatavissa 27.6.2019

<http://www.comi.fi/wp-content/uploads/2017/05/jurkka-jämsä-hyödyntämisrajoituksen-vaikutus-näyttöharkinnassa.pdf>

Jämsä, Jurkka, Vastakuulustelu ja henkilötodistelun hyödyntäminen – Schatschaschwili v. Saksa (EIT). Lakimies 5/2016, s. 823–832

Saatavissa 20.10.2018 <https://www-edilex-fi.ezproxy.utu.fi/lakimies/16946.pdf>

Järvinen, Sini, Asianomistajan totuusvelvollisuus ja vaikenemisoikeus pääkäsittelyssä. Acta Legis Turkuensia 1/2011, Turun yliopiston Oikeustieteen Ylioppilaiden Yhdistys Lex ry.

Saatavissa 14.6.2019

https://www-edilex-fi.ezproxy.utu.fi/acta_legis_turkuensia/8319.pdf.

Kemppinen, Heikki, Vastakuulustelu-oikeuden toteutuminen rikosoikeudenkäynnissä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen viimeaikaisessa oikeuskäytännössä. Referee-artikkeli, Defensor Legis N:o 3/2017, s. 389-401.

Saatavissa 29.6.2019 <https://www-edilex-fi.ezproxy.utu.fi/lakimies/16946.pdf>.

Paruch, Deborah, Testimonial Statements, Reliability, and the Sole Or Decisive Evidence Rule: A Comparative Look at the Right to Confrontation in United States, Canada, and Europe. Catholic University Law Review Vol. 67:105 2018, s. 105-164.

Riekkinen, Juhana, Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa – Teoreettinen perusta ja oikeustila Suomessa. Referee-artikkeli, Oikeustiede – Jurisprudentia XLVII:2014, s. 123-201.

Saatavissa 8.6.2019 <https://www-edilex-fi.ezproxy.utu.fi/oikeustiede/15507.pdf>.

Tapanila, Antti, “...Muutoinkin selvästi tarpeetonta...” – EIS 6 artikla ja suullinen käsittely hovioikeudessa muutoin kuin näytön vastaanottamiseksi. Defensor Legis N:o 6/2010, s. 725-746.

Saatavissa 17.7.2019 https://www-edilex-fi.ezproxy.utu.fi/defensor_legis/7493.pdf

Widder, Elmar, The Right to Challenge Witnesses – An Application of Strasbourg’s Flexible ‘Sole and Decisive Rule to Other Human Rights. Cambridge Journal of International and Comparative Law (3)4 2014, s. 1084-1097.

Virallislähteet

HE 15/1990 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 6/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.

HE 82/1995 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 32/2001 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien riita-asiain valmistelun, pääkäsittelyn sekä hakemusasioiden käsittelyä koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 190/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren eräiden todistelua, kiireelliseksi julistamista ja ylimääräistä muutoksenhakua koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 46/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 200/2017 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

Oikeusministeriön toiminta ja hallinto 10/2013: Videoneuvottelun käytön kehittäminen.

OMML 69/2012. Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Todistelutoimikunta.

OMML 6/2019. Henkilötodistelun vastaanottaminen kuva- ja äänitallenteelta hovioikeudessa. Arviomuistio.

OMSO 65/2012. Vertailua eräistä todisteluoikeudellisista kysymyksistä Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Jaakko Rautio.

PeVL 39/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Ruotsi

Prop. 1986/87:89. Regeringens proposition 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande.

Oikeustapaukset

Korkein oikeus (KKO)

KKO 1995:66

KKO 1996:50

KKO 1998:33

KKO 2000:71

KKO 2004:79

KKO 2006:107

KKO 2007:36

KKO 2007:101

KKO 2008:84

KKO 2011:91

KKO 2012:45

KKO 2013:25

KKO 2013:97

KKO 2015:6

KKO 2017:19

KKO 2017:65

KKO 2017:78

KKO 2017:93

KKO 2018:54

KKO 2019:14

Korkein hallinto-oikeus (KHO)

KHO 2018:52

Hovioikeudet

Helsingin HO tuomio 12/1439, 28.5.2012

Turun HO tuomio 18/10587, 7.2.2018

Käräjäoikeus

Varsinais-Suomen käräjäoikeus, 3. osasto, tuomio 19/122937, 21.5.2019

Ruotsi

NJA 2006 s. 520

NJA 2007 s. 1032

RH 2002:65

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT)

X v. Saksa, 4.7.1979

Can v. Itävalta, 30.9.1985

Unterpertinger v. Itävalta 24.11.1986
Kostovski v. Alankomaat 20.11.1989
Lüdi v. Sveitsi, 15.6.1992
Artner v. Itävalta, 28.8.1992
Doorson v. Alankomaat, 26.3.1996
Peltonen v. Suomi, 28.9.2000
Luca v. Italia 27.2.2001
P.K. v. Suomi, 9.7.2002
Laukkanen & Manninen v. Suomi, 3.2.2004
Mild & Virtanen v. Suomi, 26.7.2005
Taal v. Viro, 22.11.2005.
Hermi v. Italia 18.10.2006
B. v. Suomi, 24.4.2007
Vladimir Romanov v. Venäjä, 24.7.2008
Demski v. Puola 4.11.2008
Mirilashvili v. Venäjä 11.12.2008
Lutsenko v. Ukraina 18.12.2008
A.L. v. Suomi 17.1.2009
Khametshin v. Venäjä 4.3.2010
A.S. v. Suomi 28.9.2010
Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta, 15.12.2011
Aigner v. Itävalta 10.3.2012
Chmura v. Puola, 3.4.2012
Sarkizov ym. v. Bulgaria 17.4.2012
Vidgen v. Alankomaat 10.7.2012
Tseber v. Tsekki 22.11.2012
Gani v. Espanja, 19.2.2013
Hornscastle v. Yhdistynyt Kuningaskunta 16.12.2014
Efendiyev v. Azerbaidzan, 18.12.2014
Schatschaschwili v. Saksa 15.12.2015
Batek v. Tšekki, 12.1.2017

Muut lähteet

European Court of Human Rights, Annual Report 2018.

Saatavissa 31.7.2019 https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf.

Tilastokeskuksen oikeustilastoja 2014: Hovioikeuksien ratkaisut vuonna 2013.

Saatavissa 31.7.2019 https://tilastokeskus.fi/til/hovoikr/2013/hovoikr_2013_2014-06-27_fi.pdf

LYHENTEET

| | |
|------------|---|
| EIS | Ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehty yleissopimus (4/1734), Euroopan ihmisoikeussopimus |
| EIT | Euroopan ihmisoikeustuomioistuin |
| eng. | englanniksi |
| ETL | Esitutkintalaki (94/1987) |
| HD | Högsta domstolen (Ruotsi) |
| HE | Hallituksen esitys |
| HO | Hovioikeus |
| KHO | Korkein hallinto-oikeus |
| KKO | Korkein oikeus |
| KP-sopimus | Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa kansainvälisessä yleissopimuksessa (8/1976) |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv (Ruotsi) |
| OK | Oikeudenkäymiskaari (4/1734) |
| OM | Oikeusministeriö |
| OMML | Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja |
| OMSO | Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita |
| PeVL | Perustuslakivaliokunta |
| PL | Suomen perustuslaki (731/1999) |
| Prop. | Regeringens proposition (Ruotsi) |
| RB | Rättegångsbalk (1942:740) (Ruotsi) |
| RH | Rättsfall från hovrätterna (Ruotsi) |
| RL | Rikoslaki (39/1889) |
| ROL | Laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (689/1997) |
| Ään. | Äänestetty |

1. Johdanto

1.1 Tutkimuskysymyksen asettaminen

Tutkimusaiheenani on vastaajan vastakuulusteluoikeus ja esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa sekä se, miten ne käyttäytyvät rikosprosessissa yhdessä. Kiinnostuin tästä aiheesta työskennellessäni Turun hovioikeudessa syksyllä 2018 lakimiesharjoittelijana. Tutkin tuolloin tapausta, jossa kysymys oli siitä, voisiko henkilö kieltäytyä todistamasta asiassa, jossa hän on aiemmin ollut vastaajana, mutta asia on hänen osaltaan lainvoimaisesti ratkaistu ja toisaalta siitä, miten tämän henkilön täysi vaikeneminen asiassa vaikuttaa syytetyn oikeuteen vastakuulustella todistajaa. Minun piti myös pohtia sitä, onko tällöin sallittua viitata henkilön aiemmin esitukinnassa antamaan kertomukseen. Tutkin asiaa tarkemmin, jolloin huomasin, ettei asia olekaan yksiselitteinen ja siihen liittyy vahvasti myös ihmisoikeudellisia näkökulmia.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) on antanut lukuisia ratkaisuja siitä, milloin vastakuulusteluoikeuden laiminlyönti on ollut sallittavaa, ja mitkä tekijät taas ovat osoittaneet, että oikeutta on loukattu. EIT on samalla pohtinut, milloin esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman hyödyntäminen todistelussa on katsottava sallittavaksi. Aihe on ollut esillä varsin runsaasti niin ikään Suomen korkeimmassa oikeudessa. Laura Ervo on todennut vuonna 2005, että ”Mahdollisuus lukea asianomistajan esitutkintakertomus mainituissa tilanteissa ääneen pääkäsittelyssä ja kertomuksen tuleminen luetuilta osin lailliseksi oikeudenkäyntiaineistoksi asiassa on varsin selvää.”¹ Mikä on sitten johtanut siihen, että selvään asiaan on pitänyt antaa monia ennakkopäätöksiä ja EIT:n ratkaisuja? Onko asia monimutkaistunut vuosien saatossa, vai mistä on kyse, sen pyrin tässä työssäni selvittämään.

Olen käynyt aktiivisesti seuraamassa oikeudenkäyntejä alemmissa tuomioistuimissa, minkä perusteella olen tehnyt havainnon, että esitutkintapöytäkirjaan viitataan todistelussa tiuhaan. Myös oikeuskirjallisuudessa on todettu, että esitutkintapöytäkirjan käytön sallittavuus todistelussa on keskeisimpiä kysymyksiä käytännön oikeuselämässä. Tuomioistuimet arvioivat usein melko jyrkästikin asianosais- ja todistajakertomusten uskottavuutta verraten tuomioistuimessa kerrottua aiemmin esitukinnassa kerrottuun. Havaintojeni mukaan esitukinnassa kerrottua on usein pidetty uskottavampana kuin tuomioistuimessa kerrottua, kun henkilö on tuomioistuimessa poikennut esitukinnassa kertomastaan. Katson, että asia olisi

¹ Ervo 2005, s. 171.

tärkeää ottaa käsittelyyn siitä näkökulmasta, miten ja missä tilanteissa, esitutkintapöytäkirjakertomusten hyödyntäminen todistelussa vaikuttaa vastakuulustelu-oikeuden toteutumiseen, sillä vastakuulustelu-oikeus on yksi tärkeimmistä syytetyn vähimmäisoikeuksista.

Vastakuulustelu-oikeus kuuluu myös kiinteänä osana oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, jolloin sen turvaaminen on erityisen tärkeää niin tuomioistuimen kuin viranomaistenkin taholta. EIT on niin ikään ottanut kantaa ratkaisukäytännössään vastakuulustelu-oikeuden toteutumiseen, mikä osaltaan osoittaa sen, että kyseessä on varsin tärkeä, mutta kompleksinen ihmisoikeus. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS, 63/1999) 6 artikla, jossa vastakuulustelu-oikeuskin turvataan, on osoittautunut yhdeksi vaikeimmin tulkittavista EIS:n artikloista².

Lähtökohtaisesti esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa on kielletty (hyödyntämiskiello), mutta oikeudenkäymiskaassa (OK, 4/1734) on kuitenkin nimenomaisesti säädetty tietyistä tapauksista, joissa esitutkintapöytäkirjaa saadaan hyödyntää todistelussa. Nämä tilanteet eivät kuitenkaan ole yksiselitteisiä. EIT:n ratkaisukäytännössä on ilmennyt useita tapauksia juurikin siitä, milloin esitutkintapöytäkirjan käyttö on tarkoittanut oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin (EIS 6 artikla) loukkaamista. Loukkauksia on useimmiten tarkasteltu nimenomaan siitä näkökulmasta, että esitutkintapöytäkirjan käyttö on aiheuttanut vastakuulustelu-oikeuden toteuttamisen laiminlyönnin. Korkein oikeus on ratkaisukäytännössään todennut muun muassa, että esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellolla todisteena turvataan myös EIS:ssa taattu syytetyn oikeus kuulustella ja kuulusteluttaa häntä vastaan todistavia henkilöitä³. Tulkitsisin siis esitutkintapöytäkirjan käytön olevan tietyissä tilanteissa eräänlainen poikkeus vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseen, mutta samalla rajan veto sallittavan poikkeuksen ja sallimattoman loukkauksen välillä on varsin häilyvä.

Keskeisimmät poikkeukset esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskielloon ovat ne, joissa lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamattomiin (OK 17:24.2) ja sellaiset, joissa kuultavan kertomus poikkeaa siitä, mitä hän on aiemmin esitutkintaviranomaiselle kertonut, tai hän ei anna vastausta (OK 17:47.2). Itselleni herää kysymys, miten oikeudenkäynti voi missään tilanteessa olla oikeudenmukainen, jos

² Jämsä 2016, s 823.

³ KKO 2018:54, kohta 17.

todistelussa on hyödynnetty kuultavan esitutkintakertomusta, minkä seurauksena vastakuulustelu-oikeus ei ole toteutunut ja samalla niin EIS:ta, KP-sopimusta, Suomen perustuslakia ja perustavanlaatuisia prosessiperiaatteita on rikottu? Onko esitutkintapöytäkirjan käyttäminen todistelussa katsottu olevan niin tärkeää, että tällainen huomattava poikkeus merkittävistä lainsäädännöksistä ja prosessiperiaatteista voidaan sallia? Tavoitteeni on etsiä esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellon poikkeuksille oikeudellisesti kestävä ja hyväksyttävä perusta, jos sellainen on löydettävissä.

Edellä esittämiäni seikkojen vuoksi näen, että on edelleen tärkeää tutkia ja systematisoida sitä, millainen merkitys vastakuulustelu-oikeudella ja toisaalta esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman käytöllä todistelussa on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kannalta. Tutkimuskysymyksiä tutkiessani selvitän, millainen kanta asiaan on oikeuskäytännössä syntynyt ja onko olemassa jonkinlainen kehys, jonka puitteissa tuomioistuimet voivat asiaa punnita. Loppujen lopuksi päämääräni on selvittää, tulisiko esitutkintapöytäkirjaa saada hyödyntää missään tilanteessa todistelussa, jos se samalla rikkoo syytetyn vastakuulustelu-oikeutta.

1.2 Aiheen raja

Rajaan oman tutkimukseni koskemaan ainoastaan esitutkintapöytäkirjaan kirjallisesti merkityn lausuman käyttöä todistelussa. Tarkoitankin esitutkintakertomuksella tässä työssäni ainoastaan esitutkintapöytäkirjaan merkittyjä kirjallisia kertomuksia, enkä muita esitutkinnassa annettuja kertomuksia, kuten videoituja kertomuksia. Kuva- ja äänitallenteiden hyödyntämiseen liittyy oma problematiikkansa ja oikeudelliset sääntönsä, joiden käsittely tässä yhteydessä ei sinänsä tuo omaan tutkimukseeni lisäarvoa. Samasta syystä en myöskään keskity muihin ennen oikeudenkäyntiä annettuihin kirjallisiin lausumiin, vaan ainoastaan esitutkintapöytäkirjaan merkittyihin kertomuksiin. En pidä mielekkäänä ryhtyä systematisoimaan samassa tutkimuksessa näitä kaikkia jo yksinäänkin laajoja aihealueita. Rajauksen avulla pystyn paremmin ja yksityiskohtaisemmin selvittämään tutkimuskysymykseni, jotka edellä esitetyn tavoin ovat näkemykseni mukaan mitä keskeisimpiä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen kannalta.

Tutkimukseni on lisäksi sovellettavissa ainoastaan rikosprosessiin, joskin joitakin mainitsemiani oikeudenkäymiskaaren säännöksiä ja periaatteita voidaan soveltaa myös riitaprosessissa. Keskityn tarkastelemaan vastakuulustelu-oikeutta ainoastaan rikosasian vastaajan näkökulmasta, sillä näen vastakuulustelu-oikeudella olevan keskeisin merkitys

nimenomaan rikosprosessissa vastaajan vähimmäisoikeuksien toteutumiselle. Lisäksi riitaprosessiin ei tule sovellettavaksi esitutkintakäytäntöä, vaan esitutkinta ja esitutkintapöytäkirja liittyvät ainoastaan rikosprosessiin.

1.3 Tutkimusmetodi ja lähteet

Lähestyn tutkimusaiheeni lainopillisesta näkökulmasta, jonka avulla tutkin ja tulkiten voimassaolevaa oikeutta. Samalla tutkimuksessani nousee esille normatiivisia piirteitä. Pyrin ottamaan selvää, liittyykö tutkimusaiheeseeni sellaisia seikkoja, jotka horjuttavat voimassa olevan oikeuden oikeudenmukaisuutta. Jos tällaisia seikkoja ilmenee, pyrin selvittämään, mitä pitäisi tehdä tai miten lakia tulisi tulkita, jotta käytäntö olisi mahdollisimman oikeudenmukaista ja vahvistaisi lainsäännösten tarkoitusta toteuttaa oikeutta mahdollisimman tehokkaalla, mutta oikeudenmukaisella tavalla. Käytännössä tutkin siis sitä, toteutuuko ihmisoikeutena tunnettu oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin syytetyn vastakuulustelu-oikeuden osalta joka tapauksessa tehokkaasti, jos todistelussa käytetään apuna esitutkintapöytäkirjan lausuntoa, jonka sellainen henkilö on antanut, jota syytetyllä ei ole mahdollista vastakuulustella. Jos näin ei ole, pyrin löytämään ratkaisun siihen, miten tällainen ristiriita voitaisiin ratkaista.

Pyrin lainopillisella metodillani ensinnäkin selkeyttämään vastakuulustelu-oikeuden ja esitutkintapöytäkirjan käytön suhdetta ja näiden perusteita, ja samalla systematisoimaan voimassa olevaa oikeutta. Pyrin konkretisoimaan näiden kahden ilmiön suhdetta niin, että mahdollista olisi pohtia asiaa siitä ihmisoikeudellisesta näkökulmasta. Aion toiseksi koetella sitä, millaisissa tapauksissa vastakuulustelu-oikeus voidaan lainmukaisesti sivuuttaa ja toisaalta pohtia tämän kautta, pitäisikö vastakuulustelu-oikeutta pystyä sivuuttamaan missään tilanteessa.

Annan tutkimukseni kuluessa niin omia kuin oikeuskäytännöstäkin tunnettuja tulkintakannanottoja lainsäännöksistä. Pyrin myös vertaamaan oikeuskäytäntöä siihen, miten asia näyttäytyy oikeuskirjallisuudessa ja omassa käsityksessäni. En kuitenkaan keskity ainoastaan tulkitsemaan oikeussäännöksiä vaan vahvassa roolissa työssäni ovat myös oikeusperiaatteet, jotka ovat edelleen nousseet keskiöön erityisesti oikeuskäytännön kehittyessä. Oikeuskäytäntö toimiikin yhtenä keskeisimmistä lähteistäni ja hyödynnän erilaisia ratkaisuja niin havainnollistavina esimerkkeinä kuin argumenttieni tueksikin. Lisäksi lähteeni keskittyvät kotimaiseen ja ulkomaiseen oikeuskirjallisuuteen, virallislähteisiin ja oikeudellisiin artikkeleihin.

Tutustuessani lähdemateriaaliin, huomasin, että aihetta on tutkittu jo melko paljon. Suhteellisen runsas lähdeaineisto antoi minulle mahdollisuuden vertailla esitettyjä erilaisia näkemyksiä siitä,

miksi esitutkintapöytäkirjan käyttö todistelussa tulee sallia, ja toisaalta miksi ei. Vertailun myötä pystyn luomaan oman näkemykseni siitä, liittyykö nykyiseen oikeustilaan, jossa esitutkintapöytäkirjan käyttö tietyissä tilanteissa sallitaan (jopa vastakuulustelu-oikeuden kustannuksella), enemmän hyötyjä vai haittoja. Esitän näkemyksiä sekä asian puolesta, että vastaan, jolloin annan niin ikään lukijalle mahdollisuuden muodostaa oman mielipiteensä asiaan.

1.4 Tutkimuksen rakenne

Aluksi tässä tutkimuksessa selvitän voimassa olevan oikeuden perusmekanismeja todistelua koskevaan lainsäädäntöön liittyen (OK 17 luku) sekä relevanttien käsitteiden merkityksen. Kertaan lyhyesti myös rikosprosessin teoreettisen viitekehyksen liittyen todisteluun, minkä avulla pystyn paremmin liittämään tutkimusaiheeni konkreettisesti oikeusprosessiin ja luomaan lukijalle kokonaiskuvan siitä, mihin suurempaan kehykseen aiheeni liittyy. Pysin havainnollistamaan esittämäni teoriaa ja lainsäädäntöä monipuolisen kotimaisen ja eurooppalaisen oikeuskäytännön avulla.

Tarkastelen seuraavaksi pääluvussa kolme sitä, mitä vastakuulustelu-oikeudella oikein tarkoitetaan, ja miten se on suojattu niin kansallisella kuin kansainväliselläkin tasolla. Samalla jo hieman tutkin vastakuulustelu-oikeuden ehdottomuutta ja mahdollisuutta luopua siitä tehokkaasti. Toisena tutkimukseni pääteemana on esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman hyödyntäminen todistelussa. Esittelen pääluvussa neljä ne tapaukset, joissa esitutkintapöytäkirjaa ei voida tai toisaalta voidaan hyödyntää todistelussa.

Pääluvussa viisi siirryn perehtymään siihen, millaisia sääntöjä vastakuulustelu-oikeuden ja esitutkintapöytäkirjan käytön suhteen jäsentämiseksi on oikeuskäytännössä muodostunut. Pääpainoni on kolmekohtaisessa testissä, jonka EIT loi ratkaisukäytännössään vuonna 2011, ja jota on sovellettu sen jälkeen tiuhaan. Pääluku viisi muodostaakin tutkimukseni hedelmällisimmän osuuden käytännön sovellettavuuden kannalta.

Koska tutkimuksessani saan selville niin esitutkintapöytäkirjan hyödyntämisen puolesta kuin vastaankin puhuvia seikkoja ja näkökulmia, koin hyödylliseksi koota tällaiset seikat vielä omaan päälukuunsa. Nykyisen oikeustilan arviointi toimii myös jonkinlaisena koontina kaikesta siitä, mitä olen tutkimuksessani saanut selville. Pääluku kuusi kokoaakin vielä yhteen ne seikat, jotka vaikuttavat esitutkintapöytäkirjan hyödyntämisen ja vastakuulustelu-oikeuden toteutumisen arviointiin. Lopuksi annan vielä johtopäätökseni tutkimuksessani saaman

informaation perusteella. Johtopäätökseni toimivat myös yhteenvedona siitä, mitä olen tutkimuksessani saanut selville.

2. Todisteluun liittyvä teoreettinen viitekehys pääkäsittelyssä

2.1 Todistelu pääkäsittelyssä

Perinteisen näkemyksen mukaan todistelusäännökset on katsottu kuuluvan kansallisessa lainsäädännössä säädettäviksi. Myös EIT on seurannut tätä päälinjaa ja on puuttunut todistelun järjestämiseen ainoastaan tapauksissa, joissa todisteluun liittyvä virhe tai puute on aiheuttanut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden loukkauksen jäsenvaltiossa.⁴ Todistelumenettelystä pääkäsittelyssä säädetään Suomessa pääosin oikeudenkäymiskaaren 17 luvussa. Nykyisin rikosprosessin, kuten myös riita- ja hallintoprosessien, raamit luo vapaa todistusteoria eli vapaan todistelun periaate, jota sovelletaan yleisesti myös muissa Pohjoismaissa⁵. Se tarkoittaa ensinnäkin *vapaata todistelua*, mutta myös vapaata todistusharkintaa.⁶ Oikeudenkäymiskaaren mukaan asianosaisella on oikeus esittää haluamansa todisteet tuomioistuimessa (OK 17.1.1).

Tapauksessa KHO 2018:52 Irakin kansalainen A oli hakenut kansainvälistä suojelua seksuaalisen suuntautumisen perusteella. Hallinto-oikeus oli suullisessa käsittelyssä kuullut A:ta ja arvioinut, ettei tämä ollut uskottavasti osoittanut olevansa homoseksuaali. A toimitti korkeimmalle hallinto-oikeudelle kuva- ja videoaineistoa itsestään intiimissä tilanteessa. Korkein hallinto-oikeus arvioi muun ohella sitä, miten tämän tyyppiseen kuva-aineistoon on suhtauduttava silloin, kun valittaja itse haluaa toimittaa sellaista valituksensa tueksi. Huomioon tulee ottaa muun muassa henkilöiden yksityiselämä ja ihmisarvon loukkaamattomuus. Korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei vapaan todistusteorian mukaan todisteiden esittämistapaa ole rajoitettu, jolloin tällaisen todistelun vastaanottamisesta ei voida kieltäytyä.

Vapaalla todistusharkinnalla taas tarkoitetaan sitä, että tuomioistuimella on oikeus tulkita todisteena kaikki se, mitä tuomioistuinkäsittelyssä on ilmennyt, erityisesti oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:stä ilmenevät tilanteet⁷. Tällaisia tilanteita ovat muun muassa asianosaisten käyttäytyminen, esimerkiksi asianosaisen pois jäänti kutsusta huolimatta tai todistelutarkoituksessa kuullun asianosaisen vaikeneminen. Käyttäytymistä

⁴ OMML 69/2012, s. 34.

⁵ OMSO 65/2012, s. 11.

⁶ Jokela 2018, s. 536-537.

⁷ HE 46/2014 s. 45.

itsekriminointisuojaan puitteissa ei kuitenkaan saa lukea vastaajan vahingoksi (OK 17:6.2). Tuomioistuimien saa todistusharkinnassaan harkita perusteellisesti ja tasapuolisesti, mutta vapaasti esitettyjen todisteiden todistusarvon.

Vapaa todistusharkinta on kuitenkin suhteellinen, sillä sen tavoitteena on saavuttaa oikea lopputulos⁸. Tämän vuoksi vapaaseen todistusharkintaan ei kuulu mielivalta tai pelkkä intuitiivinen yleisvaikutelma. Vapaa todistusharkinta on koko todistelun kivijalka ja sillä pyritään selvittämään asian aineellinen totuus⁹. Tuomioistuimien ei ole minkäänlaisten muodollisten määräysten sitoma harkitessaan todisteita (OK 17.1.2), mutta harkinnan täytyy kuitenkin olla objektiivista ja kestää kriittiset arvioinnit¹⁰.

Tapauksessa KKO 2013:25 vastaaja oli tunnustanut teon esitutkinnassa, mutta pääkäsittelyssä peruuttanut tunnustuksensa. Korkein oikeus on vedonnut aiemmin ratkaisemaansa asiaan KKO 2000:35, jonka perusteluista ilmenevän kannan mukaan tunnustus voidaan ottaa näytön arvioinnissa huomioon, vaikka se olisikin myöhemmin peruutettu, mutta langettavaa tuomiota ei voida yksin perustaa tällaiseen lausumaan.

Asianosaisten ei kuitenkaan tarvitse todistelussaan vedota lainsäädäntöön, sillä oikeudenkäynnissä noudatetaan *jura novit curia* –periaatetta, joka tarkoittaa, että tuomioistuimien tuntee lain. Myöskään näytön esittäminen oikeudellisista normeista ei ole tarpeen. *Jura novit curia* -periaate ilmenee myös nimenomaisesti oikeudenkäymiskaaren säännöksestä, jonka mukaan tuomioistuimen on sovellettava lakia viran puolesta (OK 17:4.1). Huomion arvoista kuitenkin on, että periaate koskee ainoastaan kotimaista oikeusnormistoa, jolloin ulkomaista lakia sovellettaessa asianosaisen on siihen tarpeen vaatiessa vedottava.¹¹

Keskeinen prosessuaalinen periaate on myös *määräämisperiaate*, jonka mukaan tuomioistuimien ryhtyy niihin toimiin ja harkitsee ainoastaan niitä seikkoja, jotka asianosaiset tuovat itse ilmi. Rikosasioissa ja indispositiivisissa riita-asioissa eli riita-asioissa, joissa sovinto ei ole sallittu, määräämisperiaatetta ei kuitenkaan sovelleta, vaan tällaisissa asioissa keskeisintä on löytää aineellisesti oikea ratkaisu, jolloin vallalla on virallisperiaate.¹² *Virallisperiaatteella* tarkoitetaan sitä, etteivät asianosaiset voi määrätä käsiteltävästä asiasta tuomioistuinta sitovalla tavalla, vaan asia käsitellään tuomioistuimen johdolla. Taustalla vaikuttavatkin rikosvastuun

⁸ Diesen 1993, s. 381.

⁹ Tapanila 2004, s. 18. Aineellinen totuus tarkoittaa sitä, että käsittelyssä pyritään saamaan selville kaikki asiaan vaikuttavat seikat ja arvioimaan niiden näyttöarvo luotettavasti.

¹⁰ HE 46/2014 s. 45.

¹¹ Pölonen – Tapanila 2015, s. 136.

¹² Linna, 2019, s. 21.

toteutumisen ja totuuden selvittämisen tavoitteet, joihin pääsemiseksi tuomioistuin harjoittaa *aktiivista prosessinjohtoa*.¹³

Vaikka rikosprosessissa lähtökohtaisesti asianosaisten ei siis tarvitse tuoda kaikkia seikkoja ilmi, vaan asioita voidaan ottaa huomioon myös viran puolesta, hovioikeudenlaamanni Robert Liljenfeldt ja hovioikeudenneuvos Petteri Korhonen pitävät kuitenkin erikoisena, ettei lainsäädäntö aseta asianosaisille yksityiskohtaisempaa velvollisuutta huolehtia valituksensa tueksi nimettävän oikeudenkäyntiaineiston kattavasta esittämisestä¹⁴. Kun asianosaisille itselleenkin olisi selvää, mihin asian kannalta relevanttiin aineistoon he vetoavat, ja mitä he todisteillaan aikovat näyttää toteen, valmisteluistunnot ja pääkäsittelyt varmasti kulkisivat joutuisammin. Liljenfeldt ja Korhonen kuitenkin toteavat, että nykyisen aktiivisen prosessinjohdon puitteissa tuomarilla on suhteellisen aktiivinen rooli asian selvittämisessä, mikä auttaa asian myöhempää ratkaisemista ja epärelevantin aineiston tai lakiin perustumattomien väitteiden poissulkemista¹⁵. He näkevät valistusasteen näkökulmasta, että myös tässä suhteessa tuomarin arvioinnin tulisi kuitenkin perustua jo asianosaten ennen valmistelun aloittamista tekemiin esityksiin, mikä ei siis tällä hetkellä ole voimassa oleva käytäntö.¹⁶

Aktiivinen prosessinjohto näkemykseni mukaan helpottaa huomattavasti asianosaisia tuomaan käsittelyssä esille sellaiset seikat, jotka ovat merkityksellisiä asian oikeudenmukaisen ratkaisemisen kannalta, eikä todisteluun tuoda tällöin päämäärättömästi kaikkea mieleen juolahtavaa aineistoa, joka voisi ehkä vaikuttaa asian käsittelyyn. Aktiivinen prosessinjohto jouduttaa itse käsittelyn kulkua ja siksi itse miellän aktiivisen prosessinjohdon tehokkaaksi tavaksi päästä aineellisesti oikeaan ratkaisuun, siitäkin huolimatta, että se teettää enemmän töitä tuomioistuimelle. Erityisesti pidän aktiivisen prosessin johdon merkitystä suurena tapauksissa, joissa asianosaisella ei ole avustajaa.

Seuraavasta oikeustapauksesta voidaan kuitenkin huomata, ettei prosessinjohdolla voida ohjata asianosaisten toimia liian pitkälle menevillä toimilla, vaan prosessinjohdon rajat seuraavat tiukasti lainsäädäntöä. Tämän tapauksen johdosta ymmärrän myös Liljenfeldtin ja Korhosen

¹³ Pölönen – Tapanila 2015, s. 56.

¹⁴ Liljenfeldt – Korhonen 2011, s. 709.

¹⁵ Tuomarin rooli oikeudenkäynnissä korostui 1990-luvun oikeudenkäyntiuudistuksissa, jolloin tuomarin prosessinjohtoa pyrittiin muuttamaan aktiivisemmaksi. HE 15/1990 vp. mukaan ehdotetussa uudessa oikeudenkäyntimenettelyssä tuomioistuimen tulisi heti valmistelun alussa niin nopeasti kuin mahdollista selvittää asianosaisten vaatimukset ja todisteet. Näiden tavoitteiden täyttämiseksi tuomioistuimen tulee harjoittaa aktiivista prosessinjohtoa. (s. 28)

¹⁶ Liljenfeldt – Korhonen 2011, s. 710-711.

kannan siitä, että asianosaisten tulisi pystyä rajaamaan aineistonsa etukäteen niin, että se nimenomaan helpottaa asian joutuisaa käsittelyä. Alla olevassa tapauksessa tuomioistuimen työtaakkaa on lisätty tarpeettomasti mitä ilmeisimmin syyttäjän oman viitseliäisyydettömyyden vuoksi.

Helsingin hovioikeuden 28.5.2012 antamassa ratkaisussa (nro 1439) oli kyse laajasta ja vaativasta huumausainerikoksesta. Syyttäjä ei ollut erotellut kirjallisia todisteitaan esitutkintapöytäkirjasta, jolloin käräjäoikeus on käyttänyt aktiivista prosessinjohtoaan ja velvoittanut syyttäjän erottelemaan kirjalliset todisteet omaksi kansioikseen sillä uhalla, ettei todisteita muuten oteta vastaan. Hovioikeuden näkemyksen mukaan on asianmukaista, että asianosainen järjestää kirjalliset todisteet, joihin vetoaa niin, ettei se viivytä oikeudenkäyntiä. Hovioikeus on kuitenkin todennut, ettei käräjäoikeudella ollut laissa säädettyä perustetta kieltäytyä vastaanottamasta sille rikosasiassa toimitettuja syyttäjän kirjallisia todisteita pelkästään sen vuoksi, ettei syyttäjä ollut erotellut useista käräjäoikeuden pyynnöistä huolimatta kirjallisia todisteita esitutkintapöytäkirjasta.

Oikeudenkäynnin pääkäsittelyssä tapahtuvaa todisteiden esittelyä tuomioistuimelle kutsutaan *todisteluksi*. *Todisteella* pyritään selvittämään *todistusteemaa* eli yksittäistä oikeudellista kysymystä, johon oikeudenkäynti nojautuu joko välittömästi (oikeustosisiikka) tai välillisesti (todistusosiikka) ¹⁷ . Todistusteeman perimmäinen tarkoitus on aina selvittää oikeustosisiikkojen todenmukaisuus, mikä tarkoittaa rikosoikeudenkäynnissä lähinnä rikoksen tunnusmerkistön näyttämistä toteen. Todisteesta voidaan puhua myös termeillä näyttö tai todistusosiikka. Edelleen, jos todisteella nähdään olevan *todistusarvoa*, sitä pidetään oikeudenkäynnin kannalta relevanttina. Todisteella on todistusarvoa, jos se joko näyttää todistusteeman toteen taikka toisaalta puhuu sitä vastaan. Todistusarvo voidaan luokitella vahvaksi tai heikoksi sen mukaan, kuinka suuri merkitys sillä on todistusteeman toteen näyttämisen kannalta. ¹⁸

Konkreettisia työvälineitä ja keinoja, joilla todistelu toteutetaan, kutsutaan useimmiten taas *todistuskeinoiksi*. Vallitsevan käsityksen mukaan todistuskeinot jaetaan kahteen pääluokkaan: henkilöllisiin todistuskeinoihin ja reaalsiin todistuskeinoihin. *Henkilölliset todistuskeinot* voidaan jakaa edelleen kolmeen alaluokkaan: todistajien kuulemiseen, asianosaisten kuulemiseen todistelutarkoituksessa sekä asiantuntijatodisteluun. Laissa puhutaan usein

¹⁷ Oikeustosisiikalla tarkoitetaan seikkoja, joilla on välitöntä vaikutusta tietyn oikeusseuraamuksen toteutumiseksi. Riita-asioissa tämä voisi tarkoittaa esimerkiksi kaupan solmimista. Todistusosiikkaan taas liittyy vain todisteellinen merkitys, esimerkiksi kauppakirja. Tällaisten todistusosiikkojen kautta voidaan todeta vain oikeustosisiikkojen tai toisen todistusosiikan olemassaolo. (Jokela 2012, s. 371-372.)

¹⁸ Jokela 2018, s. 534-535.

pelkästään ”kuultavasta”, jolla tarkoitetaan tuomioistuimessa kuultavaa henkilöä, olipa hän sitten ulkopuolinen todistaja, asianosainen todistelutarkoituksessa tai asiantuntija. Palaan selvittämään tarkemmin henkilöllisiä todistuskeinoja alaluvussa 2.2. *Reaalisia todistuskeinoja* puolestaan ovat asiakirjatodistelu ja katselmus. Henkilöllisten ja reaalisten todistuskeinojen raja tietyiltä osin on kuitenkin häilyvä, sillä nykyisin erityisesti asiantuntijoita kuultaessa voidaan vastaanottaa myös kirjallista todistelua, esimerkiksi asiakirjoja.¹⁹ Tässä työssä keskityn selvittämään tarkemmin ainoastaan henkilötodistelua.

2.2 Pääkäsittelyn suullisuus

Pääkäsittelyssä asian selvittäminen tapahtuu lähtökohtaisesti suullisesti (OK 6:3.1, vastaavasti ROL 6:6.1). Pääkäsittelyssä onkin voimassa *suullisuusperiaate*, jonka mukaan asianosaisten tulee esittää kaikki väitteensä, vaatimuksensa ja todisteensa suullisesti. Sallittua ei ole se, että asianosaisten antama kirjallinen lausuma ainoastaan luetaan ääneen²⁰, sillä tämä on katsottava kirjalliseksi esitykseksi. Kuultava ei myöskään saa viitata kirjalliseen kertomukseen (OK 17:47.1). Säännös ei kuitenkaan koske asiantuntijaa, jota kuullaan pääkäsittelyssä suullisesti, sillä hän on jo antanut lausuntonsa kirjallisesti ja suullinen kuuleminen on lähtökohtaisesti vain tätä lausuntoa täydentävää tai selkeyttävää.²¹

Oikeudenkäymiskaaren esitöiden mukaan asian suullinen käsittely on erityisen tärkeää, jotta käsittelyn välittömyys voidaan taata. Asianosaisten ja tuomioistuinten jäsenten välillä käyty vuoropuhelu toteuttaa asianosaisten oikeusturvaa ja tätä kautta myös oikeudenmukainen lopputulos voidaan saavuttaa.²²

Oikeudenkäymiskaaren 6 luvun 3 §:n toisen momentin mukaan asianosainen saa kuitenkin lukea asiakirjasta suoraan omat vaatimuksensa, suorat viitaukset oikeuskäytäntöön ja oikeuskirjallisuuteen sekä sellaisiin asiakirjoihin, joita pelkästään suullisesti esitettyinä on vaikeaa ymmärtää. Myös kirjallisen muistiinpanon käyttö on sallittua. Vastaavan sisältöinen säännös löytyy lain oikeudenkäynnistä rikosasioissa (ROL, 689/1997) 6 luvun 6 §:stä. Tulkitsen lainkohtaa lain esitöiden avulla niin, että tiukasti suullisuudessa pysyminen estäisi asianosaisia tehokkaasti hyödyntämästä sellaista aineistoa, jota he ovat väitteidensä ja vaatimustensa tueksi ennen pääkäsittelyä löytäneet²³. Tällaisen aineiston hyödynnettävyys

¹⁹ Jokela 2018, s. 535-536.

²⁰ Linna 2019, s. 23.

²¹ HE 46/2014, s. 106.

²² HE 32/2001, s. 62.

²³ HE 32/2001, s. 62.

pääkäsittelyssä kärsisi huomattavasti, jos asianosaisten tulisi esittää se puhtaasti suullisesti. Samalla esimerkiksi oikeuskirjallisuudesta otetut viittaukset voisivat saada toisen muodon, kuin mitä alkuperäisessä tekstissä on tarkoitettu.

Suullinen käsittely etenee riita-asiassa niin, että istunnon alussa tuomioistuin lyhyesti yhteenvedon avulla selostaa, mihin asian valmistelussa on päädytty, sekä tiedustelee, vastaavatko valmistelussa esitetyt vaatimukset edelleen asianosaisten kantaa. Sitten asianosaisten on vuorollaan perusteltava kantaansa ja lausuttava vastapuolen perustelujen johdosta, jonka jälkeen otetaan vastaan todistelu. Lopuksi asianosaisten esittävät loppulausuntonsa (OK 6:2). Vastaavasti rikosprosessin pääkäsittely alkaa sillä, että syyttäjä ja asianomistaja esitettävä vaatimuksensa ja lyhyesti niiden perusteet, joihin vastaaja ilmoittaa lyhyesti kantansa. Seuraavaksi syyttäjä ja asianomistaja perustelevat tarkemmin kantansa, jonka jälkeen vastaajalle varataan tilaisuus lausua vastapuolen perustelujen johdosta. Sitten otetaan vastaan todistelu ja lopuksi asianosaiset esittävät kukin vuorollaan loppulausuntonsa ja siinä tarvittaessa käsityksensä vastaajan syyllisyydestä ja rikoksen seuraamuksesta (ROL 6:7).

Henkilötodistelua koskeva säännöstö sisältyy oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 48-50 §:iin, jotka koskevan niin riita- kuin rikosasioita. Kuultavan kuulustelu jakautuu kolmeen vaiheeseen, pääkuulusteluun, vastakuulusteluun ja uudelleenkuulusteluun. Kuulustelu tapahtuu niin sanottuna vuorokuulusteluna, joka tarkoittaa sitä, että asianosaiset ja tuomioistuin saavat kukin vuorollaan kuulustella kuultavaa. Menettely on aiempaa kontradiktorisempaa, sillä se antaa mahdollisuuden kaikille osapuolille ottaa kantaa kuultavan esittämiin kaikkiin väitteisiin ja näin koetella kertomuksen luotettavuutta.²⁴

Pääsääntöisesti kuultavia kuullaan asianosaisten ja yleisön läsnä ollessa ja yksitellen. Ennen muun henkilötodistelun vastaanottamista, riita-asiassa kuulustellaan asianosaisia ja rikosasiassa asianomistajaa ja vastajaa (OK 17:48.1). Kuultavan pääkuulustelun, jossa kuultavan tulee esittää kertomuksensa oma-aloitteisesti ja tarvittaessa esitettyjen kysymysten avulla yhtäjaksoisesti, toteuttaa kuultavan nimennyt osapuoli. Asianosaisten suorittamaa kuulusteltua on perusteltu muun muassa sillä, että tällöin tuomioistuin voi paremmin keskittyä kuuntelemaan kertomuksia. Lisäksi asianosaisten itsensä toteuttama kuulustelu ei luo asianosaisille mielikuvaa siitä, että tuomioistuin olisi puolueellinen ja pyrkisi tietynlaiseen

²⁴ Jokela 2015, s. 289.

lopputulokseen kysymyksillään.²⁵ Jollei asianosaisella riita-asiassa tai vastaajalla rikosasiassa kuitenkaan ole avustajaa, kuulustelun toimittaa tuomioistuin tai syyttäjä (OK 17:48.2).

Pääkuulustelussa ei ole sallittua esittää johdattelevia kysymyksiä, eli kysymyksiä, jotka johtavat määrätynlaiseen vastaukseen (OK 17:48.6). Vastakuulustelussa ja uudelleenkuulustelussa tällaisten kysymysten esittäminen on sallittua sen puitteissa, kun pyritään selvittämään todistajan kertomuksen luotettavuutta. Riita-asiassa asianosaisilla on niin kutsuttu positiivinen totuusvelvollisuus. Asianomistajalla rikosasiassa on sen sijaan negatiivinen totuusvelvollisuus ja vastaajalla ei ole totuusvelvollisuutta lainkaan. *Positiivinen totuusvelvollisuus* tarkoittaa sitä, että kuultavan on pysyttävä totuudessa ja kerrottava oma-aloitteisestikin ne seikat, jotka vaikuttavat asiaan. *Negatiivinen totuusvelvollisuus* merkitsee taas sitä, että kertomusta ei tarvitse antaa eikä kysymyksiin vastata, mutta jos asianomistaja lausuu asiassa jotakin, hänen on pysyttävä totuudessa.²⁶

Tapauksessa KKO 2017:78 Y Oy:n toimitusjohtaja A:ta oli kuultu rikoksesta epäiltynä velallisen rikoksia koskevassa esitutkinnassa. Näiden toimien johdosta A:n edustamaa yhtiötä ja A:ta vastaan oli vireillä myös kaksi takaisinsaantia konkurssipesään koskevaa oikeudenkäyntiä. Sitten A:ta oli kuultu myös molemmissa takaisinsaanteja koskevissa pääkäsittelyissä vastaajayhtiön edustajana todistelutarkoituksessa ja toisessa vastaajana todistelutarkoituksessa. A oli erehdyttänyt käräjäoikeutta kertomalla todistelutarkoituksessa kuultuna totuudenvastaisia seikkoja. Korkein oikeus katsoi, että A:lla on ollut oikeus käyttää todistelutarkoituksessa kuultavana itsekriminointisuojaan perustuvaa kieltäytymisoikeuttaan. Huomioitavaa kuitenkin on, että asianosaisen on vedottava tähän oikeuteensa. Jos hän ei näin tee ja lausuu todistelutarkoituksessa jotakin asiasta, kuultavalla riita-asian asianosaisella on positiivinen totuusvelvollisuus itsekriminoinisuojusta huolimatta.

Pääkuulustelun jälkeen toimitetaan vastakuulustelu, jossa pääkuulustelun toimittaneen asianosaisen vastapuoli saa esittää kuultavalle kysymyksiä (OK 17:48.3). Vastakuulustelun ja vastakuulusteluoikeuden ollessa toinen tutkimukseni pääteemoista, palaan tarkastelemaan vastakuulustelun merkitystä tarkemmin myöhemmin pääluvussa kolme. Vastakuulustelun jälkeen varataan vielä mahdollisuus uudelleenkuulustelulle, jonka aloittaa pääkuulustelusta huolehtinut osapuoli (OK 17:48.4). Uudelleenkuulustelussa myös tuomioistuimella on mahdollisuus esittää kuultavalle kysymyksiä. Kun asia on riittävällä tavalla selvitetty,

²⁵ Jokela 2015, s. 289.

²⁶ OMML 69/2012, s. 31.

henkilötodistelun vastaanottaminen voidaan päättää ja siirtyä pääkäsittelyssä loppulausuntojen esittämiseen.

Mielestäni suullisuuden periaatteeseen liittyen on syytä vielä mainita eräs muutoksenhakuun liittyvä erityispiirre. Oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 15 §:n 1 momentin mukaan, jos hovioikeudessa toimitetaan pääkäsittely, jossa on kysymys kärjäoikeuden suullisen todistelun uskottavuudesta tekemästä arviosta, kärjäoikeudessa vastaanotettu suullinen todistelu tulee ottaa tarpeellisilta osin uudelleen vastaan, jollei tälle ole estettä. Suullisen todistelun vastaanottaminen ei kuitenkaan saman pykälän mukaan ole pakollista, jos kärjäoikeuden vastaanottamien todisteiden arvioinnin oikeellisuudesta ei voi jäädä 12 §:ssä tarkoitetun oikeudenkäyntiaineiston perusteella kokonaisuutena arvostellen mitään varteenotettavaa epäilystä.

Oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 12 §:ssä säädetään vielä tilanteesta, jossa asia ratkaistaan hovioikeudessa kirjallisen oikeudenkäyntiaineiston perusteella eikä valittajan vastapuoli käytä hovioikeudessa puhevaltaansa. Asiaa ratkaistaessa on tällöin otettava huomioon valittajan vastapuolen aiemmin esittämä oikeudenkäyntiaineisto. Tarvittaessa kärjäoikeudessa vastaanotetun todistelun sisältö voidaan selvittää todistelutallenteelta. Huomionarvoista on, että lähtökohtaisesti voidaan ajatella, että kaikki todisteet on kerrottu kärjäoikeudessa suullisesti, jolloin ne muodostavat sallitun kirjallisen oikeudenkäyntiaineiston, jota hovioikeudessa voidaan hyödyntää. Hovioikeuden pääkäsittelyssä voidaan oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 15 §:n 3 momentin mukaan ottaa vastaan myös uusi suullinen todistelu.

2.3 Todistajat

Rikosprosessissa todistajalla tarkoitetaan henkilöä, jota kuullaan oikeudenkäynnissä asian selvittämiseksi ²⁷. Todistajista säädetään oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 29 §:ssä. Lähtökohtaisesti jokaisella on velvollisuus todistaa oikeudessa ja kertoa oikeudelle, mitä rikoksesta tietää (OK 17:9). Todistajien kuulemisen tarkoituksena on selvittää riidanalaisia kysymyksiä, jolloin kuulemisella on usein huomattavaa merkitystä asian lopputuloksen

²⁷ EIT:n ratkaisukäytännössä todistajan käsite eroaa hieman kansallisesta todistajan käsitteestä. EIT:n mukaan todistajana pidetään myös kaikkia niitä, jotka ovat antaneet esitutkinnassa lausunnon (esim. Mirilashvili v. Venäjä, 11.12.2008, kohdat 158 ja 159) eli myös esimerkiksi asianomistajaa, jota on kuultu esitutkinnassa (Esim. Vladimir Romanov v. Venäjä, 24.7.2008, kohta 97), asiantuntijoita (Esim. Doorson v. Alankomaat, 26.3.1996, kohdat 81 ja 82) sekä kanssasyytettyjä, mikäli heidän toisessa oikeudenkäynnissä antamaansa lausuntoa käytetään todisteena asiassa (Mild & Virtanen v. Suomi, 26.7.2005, kohta 43). (Hirvelä - Heikkilä 2017, s. 561) Tässä tutkimuksessa tarkoitan käsitteellä todistaja kuitenkin lähtökohtaisesti kansallisen lainsäädännön tarkoittamaa todistajaa, ellei asiayhteydestä muuta johdu.

kannalta.²⁸ Kuten edellä on todettu, todistajilla on niin esitutkinnassa kuin tuomioistuimessakin totuudessa pysymisvelvollisuus eli heidän on puhuttava totta. Tämän vuoksi todistajia kuullaan totuusvakuutuksen nojalla (OK 17:63). Väärän tiedon antaminen tai asioiden salaaminen on todistajien osalta sanktioitu, ja hän voi näin toimiessaan syyllistyä perättömän lausuman antamiseen tuomioistuimessa (RL 15 luku). Tästä rikoksesta säädetty rangaistus on törkeänä tehtynä jopa kuusi vuotta vankeutta²⁹.

Tuomioistuimessa voidaan kuulla todistajia, asianosaisia todistelutarkoituksessa sekä asiantuntijoita, jolloin yleisesti voidaan käyttää termiä *kuultava*. Asiantuntijaa kuullaan tapauksissa, joissa asian selvittämiseksi tarvitaan erityisiä tietoja vaativista kokemussäännöistä ja niiden soveltamisesta kyseisessä asiassa ilmenneisiin seikkoihin (OK 17:34). Oman tutkimukseni aihepiiriin nähden asiantuntijoiden kuulemiseen ja heidän antamiensa kirjallisten lausumien käyttöön soveltuu hieman erilaiset säännöt kuin todistajan tai asianosaisen kuulemiseen. Tässä työssä en siksi keskity tarkastelemaan asiantuntijoiden roolia oikeuden istunnossa, vaan keskityn ainoastaan todistajien ja asianomistajan kuulemiseen. Kun työssäni puhun *kuultavasta*, tarkoitan sillä lähtökohtaisesti todistajaa ja todistelutarkoituksessa kuultavaa asianomistajaa.

Sekä syyttäjä ja asianomistaja että vastaaja voivat nimetä omat todistajansa kuultavaksi oikeudenkäyntiin. Todistajaa voidaan kuulustella myös anonyymisti oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 33 §:n mukaan, jolloin hänen henkilötietojaan tai henkilöllisyyttään ei paljasteta tietyin lainkohdassa säädettyin ehdoin. Kuultavan kelpoisuusvaatimuksia sääntelevät lainsäännökset kuitenkin rajoittavat jossain määrin kuultavana toimimista. Ensinnäkin todistajan kelpoisuuteen liittyviä ehtoja (OK 17:29) voidaan kutsua todistajan *erityisiksi kelpoisuusvaatimuksiksi*. Erityiset kelpoisuusvaatimukset kertovat ne seikat, joiden täytyessä henkilö voi toimia tietyssä asiassa todistajana. Todistajan *yleiset kelpoisuusvaatimukset* taas ovat laajemmin henkilöön liittyviä ominaisuuksia, joiden tulee täytyä, jotta henkilö voi ylipäätään toimia todistajana.³⁰

²⁸ Jokela 2018, s. 575.

²⁹ Rikoslain 15 luvussa on säädetty rikoksista oikeudenkäyttöä vastaan. Perättömän lausuman antamista on pidetty hyvinkin moitittavana tekona, sillä ensinnäkin se on säädetty rangaistavaksi niin tuomioistuimissa kuin viranomaismenettelyssäkin. Toiseksi erityistä moitittavuutta osoittaa se, että rikos on rangaistava niin tuottamuksellisenä kuin tahallisenäkin. Jo tuottamuksellisenäkin rangaistus voi olla jopa vankeutta (RL 15:4). Suhteellisen harvinaista rikoslain muihin säännöksiin nähden on myös se, että yritetty yllytys perättömään lausumaan on säädetty rangaistavaksi (RL 15:5). Oikeudenkäyttöä pidetään erityisen tärkeänä myös rikosoikeudellista suojelua tarvitsevana kokonaisuutena (HE 6/1997 vp, s. 19), jolloin RL 15 luvun säännökset ovat perusteltuja.

³⁰ Jokela 2018, s. 579.

Tällaisia yleisiä kelpoisuusvaatimuksia ovat muun muassa henkilön ikä tai henkisen toiminnan tila.

Vaikkei asianosaista voidakaan lähtökohtaisesti oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 29 §:n mukaan kuulustella todistajana, häntä voidaan kuitenkin kuulla todistelutarkoituksessa (OK 17:26). Kuten olen aiemminkin maininnut, tällaisen henkilön on rikosasiassa pysyttävä totuudessa vastatessaan hänelle tehtyihin kysymyksiin ja tehdessään selkoa asiasta³¹. Asianosaista tai todistajaa, joka on alle 15-vuotias, tai jonka henkinen toiminta on häiriintynyt, voidaan kuulustella todistelutarkoituksessa tai todistajana vain, jos tuomioistuin katsoo sen soveliaaksi, ja jos sillä on asian selvittämisessä keskeinen merkitys. Kuuleminen ei myöskään saa todennäköisesti aiheuttaa henkilölle kärsimystä tai muuta haittaa, joka voi vahingoittaa häntä tai hänen kehitystään (OK 17:27 ja OK 17:30). Lähtökohtaisesti mitä nuoremasta lapsesta on kyse, sitä poikkeuksellisempaa hänen kuulemisensa tulisi olla. Alle 10-vuotiasta lasta ei tulisi kuulla ollenkaan tuomioistuimessa.³²

Tapauksessa KKO 1996:28 A oli tuomittu rangaistukseen avunannosta C:n kätkemisrikokseen. A:ta kuultiin todistajana B:n epäiltyyn rikokseen liittyen, joka liittyi samaan tapahtumainkulkuun, josta A oli tuomittu. A:ta ei olisi saanut kuulustella todistajana tässä asiassa. (Ään.)

Tapaus KKO 2008:84 koski lasten seksuaalisia hyväksikäyttöjä, joiden kohteena oli ollut kaksi alle 15-vuotiasta lasta. Toinen lapsista oli asian ollessa käsittelyssä käräjäoikeudessa täyttänyt 15 vuotta. Korkein oikeus katsoi, että 15 vuotta täyttänyttä tuli kuulla oikeudessa henkilökohtaisesti, mutta alle 15-vuotiaan kuulemisesta henkilökohtaisesti voitiin kieltäytyä ja käyttää todisteluna tämän sijasta hänen esitutkinnassa videolle tallennettua kertomustaan.

Lisäksi oikeudenkäymiskaaren mukaan jokaista muuta kuin asianosaista voidaan kuulustella todistajana (OK 17:29.1). Kuitenkin saman lainkohdan 2 momentin mukaan asianomistajaa, jolla ei ole asiassa vaatimuksia, kuulustellaan rikosasiassa todistajana tietyin ehdoin. Tällaiseen henkilöön ei kuitenkaan saa soveltaa OK 17 luvun 44 §:n mukaista todistajanvakuutusta, eikä häneen saa kohdistaa saman luvun 63 §:n mukaisia pakkokeinoja, kuten uhkasakkoa tai painostusvankeutta, vaikka hän kieltäytyisikin todistamasta. Näitä rajoituksia sovelletaan rikosasiassa myös:

³¹ Totuudessa pysymisvelvollisuus koskee myös asianosaista kuulusteltaessa esitutkinnassa (ETL 7:6).

³² HE 190/2002 vp, s. 24.

- 1) siihen, jota on syytetty samasta teosta tai teosta, jolla on välitön yhteys tekoon, jota syyte koskee;
- 2) siihen, jolle on annettu sakkomääräys, rangaistumääräys tai rikesakkomääräys 1 kohdassa tarkoitettusta teosta;
- 3) siihen, jonka teko esitutkintalain 3 luvun 9 §:n nojalla on päätetty jättää saattamatta syyttäjän harkittavaksi taikka jonka teosta syyttäjä on päättänyt jättää oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 1 luvun 7 tai 8 §:n taikka muun vastaavan toimenpiteistä luopumista tarkoittavan lainkohdan nojalla syytteen nostamatta (OK 17:29.3).

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvussa säädetään useista tapauksista, joissa henkilöllä on oikeus kieltäytyä todistamasta (17-22 §) tai jopa velvollisuus kieltäytyä todistamasta (10-16 §)³³. Suhteellisen paljon käytetty kieltäytymisoikeus on asianosaisen nykyisellä tai entisellä aviopuolisolla, nykyisellä avopuolisolla, sisaruksella, sukulaisella suoraan ylenevässä tai alenevässä polvessa tai sellaisella henkilöllä, jolla on vastaavanlainen parisuhteeseen tai sukulaisuuteen rinnastuva läheinen suhde asianosaiseen (OK 17:17.1). Vastaavanlainen parisuhteeseen tai sukulaisuuteen rinnastuva läheinen suhde tarkoittaa muun muassa asianosaisen ja hänen kihlattunsa tai ottolapsen ja hänen biologisten vanhempiensa välistä suhdetta. Tällainen suhde voi myöskin olla asianosaisella ja hänen entisellä avopuolisollaan, joilla on yhteinen lapsi.³⁴ Se, onko kyseisellä suhteella vaikutusta todistamisesta kieltäytymiseen, tulee kuitenkin harkinta tapauskohtaisesti. Jos kyseessä olevanlainen henkilö suostuu todistamaan tuomioistuimessa, suostumusta ei ole myöhemmin mahdollista peruuttaa, ellei samassa luvussa säädetystä salassapitovelvollisuudesta eli velvollisuudesta kieltäytyä todistamasta (10-16 §) tai vaitiolo-oikeudesta eli kieltäytymisoikeudesta (18-22 §) muuta johdu.

Tapauksessa KKO 1995:66 vastaaja A:n poika B oli kieltäytynyt todistamasta oikeudenkäynnissä. Poika oli kuitenkin esitutkinnassa kertonut poliisille seikkoja oikeudenkäynnin kohteena olevasta teosta. Poliisia kuultiin todistajana

³³ Nostan tässä tutkimuksessani esille ainoastaan kaksi yleisintä ja useimmiten käytettyä perustetta oikeuteen kieltäytyä todistamasta eli läheisen suhteen perusteen ja itsekriminointisuoja. Nämä perusteet ovat myöskin keskeisimmät tavallisen kansalaisen näkökulmasta. Muita perusteita oikeuteen kieltäytyä todistamasta ovat liikesalaisuus ja joukkoviestinnässä lähteen paljastaminen eli lähdesuoja. Velvollisuus kieltäytyä todistamasta taas liittyy ensinnäkin seikkoihin, jotka kuuluvat asianajosalaisuuden piiriin. Toiseksi todistaa ei saa tuomioistuimen päätösneuvotteluista, virkasalaisuudesta, eikä valtion turvallisuutta vaarantavasta seikasta. Myös sovittelijalla on velvollisuus olla todistamatta soviteltavasta asiasta ja terveydenhuollon ammattihenkilöllä taas arkaluontoisista tiedoista ja salaisuuksista.

³⁴ HE 46/2014 vp. s. 75-76.

oikeudenkäynnissä näistä seikoista, jonka perusteella A oli tuomittu rikoksesta. Korkein oikeus katsoi, että poliisin kuuleminen siitä, mitä B oli hänelle kertonut, merkitsi tosiasiallisesti lähisukulaisuuden suojan murtumista. Tämä vuoksi todistajakertomukseen ei voitu nojautua näyttönä. (Ään.)

Sen sijaan, tapauksessa KKO 2017:65 syyttäjä oli nimennyt vastaaja A:n äidin B:n todistajaksi, mutta äiti kieltäytyi lähisuhteen perusteella todistamasta. Syyttäjä on nimennyt kirjallisiksi todisteiksi litteroinnit kolmesta keskustelusta, joissa temana on ollut vastaaja A:n rikosepäilyitä koskevat seikat, ja joissa toisena osapuolena on ollut B. Keskusteluja oli käyty myös A:n ja B:n välillä. Korkein oikeus katsoi, että litteroinnit voitiin sallia käytettäväksi todisteena, sillä toisin kuin tapauksessa KKO 1995:66, litteroinneilla ei pyritty toista todistuskeinoa käyttämällä esittämään näyttöä läheisen esitutkinnassa kertomasta, vaan todisteeksi oli nimetty B:n muiden kuin esitutkintaviranomaisen kanssa käymiä yksityisluonteisia keskusteluja.

Koska tämän tutkimuksen kohteena ovat lähinnä vastaajan oikeudet, relevantein oikeus kieltäytyä todistamisesta tutkimuksen kannalta liittyy oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 18 §:n 1 momentin mukaiseen kieltäytymisoikeuteen. Sen mukaan ”jokaisella on oikeus kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi hänet tai häneen 17 §:n 1 momentissa tarkoitettussa suhteessa olevan henkilön syytteen vaaraan tai myötävaikuttaisi hänen tai häneen mainitussa suhteessa olevan henkilön syyllisyyden selvittämiseen”. Syytetyn oikeutta olla myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen kutsutaan *itsekriminointisuoja*ksi. Tämä merkitsee niin ikään sitä, ettei syytetyllä ole totuudessa pysymisvelvollisuutta.

Tapauksessa KKO 2015:6 A:ta ja B:tä oli kuultu käräjäoikeudessa todistajina riita-asiassa, johon liittyvien seikkojen johdosta heitä vastaan oli samanaikaisesti vireillä rikossyyte. A ja B olivat kumpikin riita-asiassa kuultuna kertoneet totuudenvastaisia seikkoja vedoten jälkeinpäin itsekriminointisuojaansa. Korkein oikeus on todennut, että todistajan valan vannominen ja lupaus pysyä totuudessa ei silti tarkoita, että todistajan olisi todistettava itseään vastaan. Todistajalla on kuitenkin positiivinen totuusvelvollisuus, jollei hän vetoa syytteen vaaraan perustuvaan vaitiolo-oikeuteen. A ja B olivat kumpikin syyllistyneet perättömään lausumaan tuomioistuimessa.³⁵

³⁵ Vrt. KKO 2017:78.

3. Vastakuulustelu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeena

3.1 Lainsäädännöllinen viitekehys

Vastakuulustelulla tarkoitetaan vastapuolelle annettua mahdollisuutta kuulustella asianosaisen ja syyttäjän nimeämiä todistajia ja tätä kautta saada selville se, missä määrin todistajan kertomus, jonka hän on pääkuulustelussa antanut, vastaa todellisuutta.³⁶ Vastaajan puolustuksen suorittaessa vastakuulustelua, vastaaja käytännössä suorittaa vastatodistelua, jolla hän pyrkii heikentämään tai poistamaan kokonaan päätodistelun näyttöarvoa. Kyse onkin itse asiassa vastaajan oikeusturvan toteutumisesta.³⁷ Vastakuulustelu oikeus kuuluu tärkeisiin syytetyn vähimmäisoikeuksiin, ja siitä säädetään niin kansallisella kuin kansainväliselläkin tasolla.³⁸

Kansallisessa lainsäädännössä voidaan katsoa, että vastakuulustelu oikeus on suojattu jopa perustuslain tasolla. Perustuslain (PL, 731/1999) 21 § mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsiteltyksi asianmukaisesti sekä saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Näin syytetyllä on siis oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, johon kuuluu myös vastakuulustelu oikeuden toteutumisen varmistaminen.

Nimenomainen vastakuulustelu oikeus turvataan kuitenkin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa. Suomessa EIS tuli voimaan vuonna 1990, minkä seurauksena sitä on sovellettava suoraan. EIS 1 artiklan mukaan sopimusvaltion tulee taata jokaiselle lainkäyttövaltaansa kuuluvalla EIS:n mukaiset ihmisoikeudet ja vapaudet. EIS 6 artikla taas turvaa jokaiselle oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja kuuluu seuraavasti:

1. Jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan tai häntä vastaan nostetusta rikossyytteestä. Päätös on annettava julkisesti, mutta lehdistöltä ja yleisöltä voidaan kieltää pääsy koko oikeudenkäyntiin tai osaan siitä demokraattisen yhteiskunnan moraalien, yleisen järjestyksen tai kansallisen

³⁶ Jokela 2018, s. 628-629.

³⁷ Pölönen 2003, s. 512.

³⁸ Säädöshierarkian mukaan lain tulkinnessa alemman tasoisen säädös ei saa olla ristiriidassa ylemmän tasoisen kanssa. Euroopan unionin oikeus on ensisijainen sen kanssa ristiriidassa olevaan kansalliseen lainsäädäntöön nähden. Kansallisesta lainsäädännöstä taas perustuslaki on ylimpänä, jonka jälkeen tulevat tavalliset lait, asetukset ja muut alemman tasoiset säädökset. (www.eduskunta.fi)

- turvallisuuden vuoksi nuorten henkilöiden etujen tai osapuolten yksityiselämän suojaamisen niin vaatiessa, tai siinä määrin kuin tuomioistuin harkitsee ehdottoman välttämättömäksi erityisolosuhteissa, joissa julkisuus loukkaisi oikeudenmukaisuutta.
2. Jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen.
 3. Jokaisella rikoksesta syytetyllä on seuraavat vähimmäisoikeudet:
 - a) oikeus saada viipymättä yksityiskohtainen tieto häneen kohdistettujen syytteiden sisällöstä ja perusteista hänen ymmärtämällään kielellä;
 - b) oikeus saada riittävästi aikaa ja edellytykset valmistella puolustustaan;
 - c) oikeus puolustautua henkilökohtaisesti tai itse valitsemansa oikeudenkäyntiavustajan välityksellä, ja jos hän ei pysty itse maksamaan saamastaan oikeusavusta, hänen on saatava se korvauksetta oikeudenmukaisuuden niin vaatiessa;
 - d) oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan, ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samoissa olosuhteissa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat;
 - e) oikeus saada maksutta tulkin apua, jos hän ei ymmärrä tai puhu tuomioistuimessa käytettyä kieltä.

Artikla 6 § 3 säättää syytetyn vähimmäisoikeuksista ja koskeekin näin vain rikosprosessia. Tämän tutkimuksen kannalta keskeisin on artiklan 6 § 3(d) mukainen syytetyn vastakuulustelu-oikeus. Säännöksen sanamuodon mukaan syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulusteluttaa *todistajia*, jolloin se ei kuitenkaan takaa ehdottomasti jokaisen todistajan vastakuulustelu-oikeutta. Tuomioistuin voi säännöksen sanamuodon mukaan oman harkintavaltansa puitteissa päättää evätä tarpeettomien todistajien kuulemisen ja kuulustelemisen tai päättää muista vastakuulustelu-oikeuteen tehtävistä rajoituksista.³⁹ Kuten myöhemmin tulen tässä työssä esittämään, tällaisia rajoituksia on sovellettu suhteellisen paljon. Koska artiklan 6 § 1 ja 6 § 3 vaatimukset ovat hyvinkin kiinteässä yhteydessä toisiinsa, artiklan 6 § 3 turvaamisessa ilmennyt puute tarkoittaa useimmiten myös artiklan 6 § 1 loukkausta⁴⁰.

Vastakuulustelu-oikeus turvataan myös Kansalaisyhteiskunta-oikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa kansainvälisessä yleissopimuksessa (KP-sopimus, 8/1976). KP-sopimuksen 14 § 3(e) artiklassa

³⁹ Pellonpää ym. 2012, s. 640.

⁴⁰ Hirvelä - Heikkilä 2017, s. 515.

vastaa lähes täysin EIS 6 § 3(d) artiklaa. KP-sopimuksen artiklan 14 § 3(e) mukaan jokaisella on oikeus täysin yhdenvertaisena häneen kohdistuvaa rikossyytettä tutkittaessa ”kuulustella tai antaa kuulustuttaa niitä todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samojen olosuhteiden vallitessa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat”. Vastakuulustelu-oikeuden voidaan siis katsoa kuuluvat erittäin tärkeisiin syytetyn oikeuksiin, joka on turvattu suhteellisen kattavasti kansainvälistä tasoa myöden.

3.2 Vastakuulustelu-oikeuden toteuttaminen käytännössä

Vastakuulustelu etenee tuomioistuimessa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 48 §:n osoittamalla tavalla. Ennen pääkäsittelyä syytetyn on kuitenkin saatava tieto syyttäjän ja vastapuolen nimeämisistä todistajista, ja mitä he kullakin todisteella aikovat näyttää toteen (todistusteemat). EIS artiklan 6 § 3(a) mukaan syytetyllä on oikeus saada riittävän aikaisin tieto häntä vastaan esitettävien syytteiden laadusta ja perusteista. Kyse on siis syytetyn tiedonsaantioikeudesta. Syytetyn tiedonsaantioikeus toimii eräänlaisena syytetyn vastakuulustelu-oikeutta turvaavana järjestelynä, sillä sen avulla syytetyn on helpompaa tai ylipäätään mahdollista valmistautua vastakuulustelun suorittamiseen etukäteen.⁴¹

EIT:n ratkaisukäytännön mukaan syytetyn vastakuulustelu-oikeuden takaaminen soveltuu vasta tuomioistuinkäsittelyyn, toisin sanoen käräjäoikeuden ja valitusasteen eli hovioikeuden oikeuskäsittelyihin. Esitutkintavaiheessa vastakuulustelu-oikeutta ei siis tarvitse turvata. Edellytyksenä kuitenkin on, että syytetylle tosiasiallisesti varataan mahdollisuus kuulustella todistajaa prosessin myöhemmässä vaiheessa.⁴² Tosiasiallisen mahdollisuuden on katsottu tarkoittavan jopa sitä, että syytetylle on määrättävä oikeudellista apua ja puolustaja vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseksi⁴³.

Jos asianomistajana on sen sijaan lapsi, lapsen suojaamiseksi vastakuulustelu toteutetaan jo useimmiten esitutkintavaiheessa, eikä lasta kuulla enää pääkäsittelyssä. Tällöin lapsen etu vaatii pääkäsittelyn todistelun välittömyydestä luopumista. Myös EIT on ollut ratkaisukäytännössään samoilla linjoilla (muun muassa A.S. v. Suomi 28.9.2010). Joka tapauksessa myös tällaisessa tilanteessa syytetylle tulee antaa mahdollisuus esittää lapselle kysymyksiä, joilla syytetty voi kyseenalaistaa lapsen esitutkintakertomuksen.⁴⁴

⁴¹ Tapanila 2004, s. 54-55.

⁴² Esimerkiksi Can v. Itävalta, 30.9.1985, kohta 47 ja X v. Saksa, 4.7.1979.

⁴³ HE 190/2002 vp, s. 23.

⁴⁴ Fredman 2013, s. 370-371.

EIT:n oikeuskäytännön mukaan EIS:n artiklan 6 mukainen oikeudenmukainen oikeudenkäynti ei kuitenkaan edellytä sitä, että prosessin ensimmäinen, eli käräjäoikeusvaihe, vastaisi täysin muutoksenhakuvaihetta eli hovioikeusvaihetta. Tästä voidaan päätellä vastakuulustelu-oikeuden osalta riittäväksi se, että syytetyille varataan vastakuulustelumahdollisuus tuomioistuinprosessissa ainoastaan käräjäoikeusvaiheessa.⁴⁵ Luonnollisesti, jos hovioikeuteen kuitenkin nimetään asianomistajan tai syyttäjän toimesta uusia kuultavia, syytetyille tulee varata mahdollisuus kuulustella heitä tässä vaiheessa.

Lähtökohtaisesti vastakuulustelun toimittaa pääkuulustelun toimittaneen asianosaisen vastapuoli, joka saa kuulustella kaikkia vastapuolen nimeämiä todistajia, olivatpa he sitten asianosaisia, ulkopuolisia todistajia tai asiantuntijoita. Syyttäjän vastapuoli toimittaa kuitenkin vastakuulustelun tilanteissa, joissa asianomistajalla ei ole asiassa vaatimuksia. Jos vastapuoli ei ole paikalla, vastakuulustelun toimittaa tuomioistuin tai syyttäjä (OK 17:48.3). Tuomioistuimen tehtävänä on myös kuulustella kuultavaa, joka on alle 15-vuotias tai henkisesti toiminnaltaan häiriintynyt, jollei tuomioistuin katso erityisestä syystä, että asianosainen voi kuulustella tällaista henkilöä. Joka tapauksessa asianosaisille on annettava mahdollisuus esittää tällaisellekin henkilölle kysymyksiä joko tuomioistuimen välityksellä tai soveliaassa tilanteessa suoraan kuultavalle (OK 17:48.5).

Monessa muussakin lainkohdassa varmistetaan se, että vastakuulustelu on toteutunut. Tämä ilmenee sanamuodoltaan laista niin, että syytetyille ja/tai asianosaisille on ”varattava asianmukainen mahdollisuus esittää kuultavalle kysymyksiä”. Näin on muun muassa, kun kyse on esitutkimateriaalin kuva- ja äänitallenteen käytöstä todistelussa (OK 17:24.4), kuultavan kuulemisesta näkösuojan takaa tai jonkun läsnä olematta (OK 17:51.2), kuultavan kuulemisesta käyttäen videoneuvottelua tai muuta teknistä tiedonvälitystapaa (OK 17:52.3) tai anonyymien todistajan kuulemisesta (OK 17:53.2). Myös tällaisissa erityistapauksissa vastakuulustelu-oikeuden toteutumisesta on huolehdittava.

Syytetyn vastakuulustelu-oikeus on lähtökohtaisesti toteutettava asian ratkaisevan tuomarin läsnä ollessa. Periaatteessa siis, esimerkiksi tuomarin vaihtuminen kesken oikeudenkäynnin tarkoittaa sitä, että todistelu tulee vastaanottaa uudelleen (välittömyysperiaate). Kaikissa tapauksissa näin ei kuitenkaan ole, vaan EIT on muun muassa tapauksessa P.K. v. Suomi (9.7.2002) katsonut, että vaikka tuomari oli vaihtunut kesken oikeudenkäynnin, syytetyn oikeuksia ei ollut loukattu, sillä syytetyille oli taattu mahdollisuus vastakuulustella oikeudessa

⁴⁵ OMMML 2019, s. 29.

kuultuja todistajia, eikä näin todistajien uskottavuutta ollut todisteiden valossa syytä epäillä. Lisäksi muut jäsenet olivat puheenjohtajaa lukuun ottamatta pysyneet samoina.

Pääkuulustelussa kuultavalle ei saa esittää kysymyksiä, jotka johtavat tietynlaiseen vastaukseen, ottaen huomioon kysymyksen sisältö, muoto ja esittämistapa. Vastakuulustelussa tällaisten kysymysten esittäminen on sallittua, koska pyrkimyksenä on selvittää se, missä määrin todistajan kertomus vastaa tapahtumainkulkua (OK 17:48.6).⁴⁶ Totuuden selvittäminen ei saa kuitenkaan tapahtua keinolla millä hyvänsä, vaan vastakuulustelua toteutettaessa voimassa ovat myös yleiset vastakuulustelijaa sitovat ammattieettiset normit. Niiden mukaan kuulustelija ei saa esimerkiksi asiattomasti painostaa kuultavaa tai esittää tahallisesti sellaisia viekkaita kysymyksiä, jotka eivät palvele asian oikeudenmukaista lopputulosta tai voivat vahingoittaa kuultavan mainetta.⁴⁷

Vielä vastakuulustelun jälkeenkin tuomioistuimella tai asianosaisilla on oikeus tehdä kuultavalle kysymyksiä, jolloin pääkuulustelun suorittaneelle osapuolelle on annettava ensimmäiseksi tilaisuus kysymysten esittämiseen (OK 17:48.4). Tällöin kyse on uudelleen kuulustelusta, jonka tarkoitus on selventää epäselviksi jääneitä yksityiskohtia⁴⁸.

3.3 Vastakuulustelu-oikeuden ilmentämät oikeusperiaatteet

3.3.1 Kontradiktorinen periaate ja equality of arms -periaate

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 § 3 artiklan tarkoituksena on taata monia oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin kuuluvia prosessiperiaatteita. Koska syytetty on usein oikeudenkäynnissä heikoimmassa asemassa kuin syyttäjä tai asianomistaja, on erityisen tärkeää taata hänen oikeuksiensa toteutuminen, jotta oikeudenkäynnissä päästään mahdollisimman

⁴⁶ Ks. tarkemmin vastakuulustelustrategioista ja -taktiikoista sekä vastakuulustelumetodeista esim. Pölönen 2003, s. 519-558.

⁴⁷ Pölönen 2003, s. 512. Kuitenkin Tapanila 2004, s. 20 vaikka tuomioistuimen tulisi varmistua siitä, ettei epäasiallista menettelyä kuulustelun yhteydessä käytetä, tuomioistuimet eivät juurikaan puutu tällaiseen menettelyyn kieltämällä epäasiallisen kuulustelumetodin käyttämisen. Jotta vastakuulustelu-oikeus toimisi tarkoituksenmukaisella ja tehokkaalla tavalla, olisi tärkeää, että tuomioistuimet rohkeammin puuttuisivat sellaiseen käytökseen, jolla pystytään vääristämään kuulustelukertomusta. Toisaalta mielenkiintoinen ruotsalainen oikeustapaus NJA 2006 s. 520 käsitteli tuomiovirhettä, jossa hovioikeus oli hylännyt osan todistajalle vastakuulustelussa esitetyistä kysymyksistä. Koska vastakuulustelussa kysymyksiä on sallittua esittää suhteellisen laajasti, tällainen hovioikeuden päätös voidaan kyseenalaistaa. HD on todennut, että kysymykset, jotka poikkeavat pääkuulustelussa määritellystä todistusaineistosta ja todistusteemoista, voidaan sallia, jos niiden tarkoituksena on kumota pääkuulustelussa ilmenneet seikat, esimerkiksi luomalla epävarmuutta todistajan kertomuksen uskottavuuteen. Kysymyksiä taas, joiden tarkoitus on osoittaa oma oikeudellinen tosiasia todeksi tai saada tietoja, jotka ovat selvästi pääkuulustelussa asetettujen puitteiden ulkopuolella, on pidettävä kuulustelujen luvattomana laajentamisena. Tässä tapauksessa kiellettyjen kysymysten ei katsottu vaikuttaneen lopputulokseen, ja ne laajensivat luvattomasti kuulustelua.

⁴⁸ Jokela 2015, s. 292.

oikeudenmukaiseen ja aineellisesti oikeaan ratkaisuun.⁴⁹ Vastakuulustelu-oikeus siis suoranaisesti vähentää väärin tuomioiden riskiä, kun syytetty voi kyseenalaistaa todistajien luotettavuuden ja näin puolustautua tällaisia häntä vastaan asetettuja väitteitä vastaan⁵⁰. Tämän vuoksi voidaan sanoa, että vastakuulustelu-oikeuden yksi tärkeimmistä tavoitteista on aineellisen totuuden selvittäminen⁵¹.

Prosessioikeudellisista peruseriaateista vastakuulustelu-oikeus varmistaa ensinnäkin kontradiktorisen periaatteen toteutumista, jota on pidetty yhtenä tärkeimmistä prosessioikeudellisista periaateista⁵². Sillä tavoitellaan keskeisimpien prosessioikeudellisten tavoitteiden eli aineellisen totuuden, syytetyn ja yksilön oikeussuojan sekä oikeudenhoitoa kohtaan tunnettavan luottamuksen toteutumista.⁵³ Kontradiktorisella periaatteella voidaan siis katsoa olevan niin yksilöön kuin yhteiskuntaankin kohdistuva funktio.

A.L. v. Suomi (27.1.2009) oli kyse lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä. Vastaajavalittajalle ei ollut annettu missään oikeudenkäynnin tai esitutkinnan vaiheessa mahdollisuutta esittää asianomistajalle kysymyksiä. Asianomistajan haastattelut oli videoitu ja niitä käytettiin todisteena oikeudenkäynnissä. Haastattelu oli ainoa, ratkaiseva ja välitön näyttö valittajaa vastaan. EIT:n mukaan oli sallittua käyttää videoituja haastatteluja todistelussa, mutta edelleen silloin on varmistettava valittajan kontradiktoristen oikeuksien toteutuminen. Tätä ei ollut tapahtunut, jolloin EIS 6 § 1 ja 6 § 3(d) oli rikottu.

Kontradiktorisuudesta säädetään epäsuorasti EIS 6 § 1 artiklassa. Kontradiktorisella periaatteella tarkoitetaan vastapuolen kuulemisen periaatetta (*audiatur et altera pars* –sääntö). Kuulemisvelvollisuus koskee kaikkea aineistoa, jota oikeudenkäynnissä käsitellään, myös sitä, jonka tuomioistuin on hankkinut viran puolesta. Väliä ei ole sillä, onko aineisto kirjallista vai suullista, vaan sääntö pätee molempiin. Tuomioistuimelta on kiellettyä perustaa tuomiotaan sellaiseen aineistoon, johon asianosaisella ei ole ollut mahdollisuutta vastata tai tulla kuulluksi. Kummallekin rikosoikeudenkäynnin osapuolelle tulee varata mahdollisuus esittää

⁴⁹ Jämsä, 2016, s. 831.

⁵⁰ Brial, 2014, s. 333.

⁵¹ Jämsä, 2016, s. 825 ja Diesen 1993, s. 465. Näin myös Tapanila 2004, s. 19-20 vastakuulustelu-oikeus turvaa aineellisen totuuden tavoitetta erityisesti siinä suhteessa, että sen avulla pystytään tuomaan esiin tehokkaasti kaikki asiaan vaikuttavat seikat. Ilman vastakuulustelu-oikeutta lisäinformaation hankkiminen ei onnistu.

⁵² Ervo 2005, s. 57.

⁵³ Hormia 1978, s. 128.

vaatimuksensa, väitteensä ja todisteensa, jotka täytyy saattaa myös vastapuolen tietoon.⁵⁴ Tätä kautta vastapuolelle annetaan mahdollisuus puolustautua.⁵⁵

Vastakuulustelu oikeus toteuttaa erittäin hyvin kontradiktorista periaatetta, sillä vastakuulustelun johdosta vastapuolella on mahdollista kyseenalaistaa häntä vastaan esitetyt todisteet. Toisaalta vastakuulustelu oikeudella pystytään täydentämään ja selventämään jo esitettyä todistelua kysymyksillä, jotka on esitetty monipuolisesti useasta eri näkökulmasta.⁵⁶ Vastakuulustelu on osapuolten kommunikaatiota parhaimmillaan. Nykyisin vastakuulustelu oikeus ilmentää yhä paremmin kontradiktorista periaatetta, sillä periaate on laajentunut EIT:n oikeuskäytännön myötä tarkoittamaan yleisesti asianosaisen oikeutta osallistua oikeudenkäyntiin.⁵⁷ Kontradiktorinen oikeudenkäynti on osapuolten keskustelua keskenään, mikä edellyttää molemmin puolista osallistumista. Käytännössä keskustelu rakentuu informaatiosta ja siihen annetusta palautteesta.⁵⁸

Tämä laajempi kontradiktorisen periaatteen tulkinta ilmentää myös tavoitetta taata osapuolten prosessuaalinen tasa-arvoisuus.⁵⁹ Angloamerikkalaista *equality of arms* -periaatetta on oikeuskirjallisuudessa pidetty jossain määrin kontradiktoriselle periaatteelle rinnasteisena periaatteena⁶⁰. Sen ydinsisältönä on turvata syytetyille yhtäläiset mahdollisuudet toimia prosessissa kuin syyttäjälläkin. Tasa-arvoisuuden periaatteesta säädetään epäsuorasti EIS 6 § 1 ja 6 § 3(d) artikloissa, mutta erityisesti eurooppalainen *equality of arms* -periaate voidaan katsoa syntyneen EIT:n neljän 1960-luvun alkupuolella antaman ratkaisun myötä⁶¹. Kaikissa näissä tapauksissa oli kyse siitä, että valittajalle ei ollut annettu tilaisuutta tulla kuulluksi, vaikka vastapuolelle oli tällainen mahdollisuus tarjottu.⁶² *Equality of arms* -periaatteen sisällöllisessä tulkinnassa apuna käytetäänkin merkittävimmin EIT:n ratkaisukäytäntöä⁶³.

⁵⁴ Jokela, 2016, s. 77-78.

⁵⁵ Myös korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2004:79 todennut, että asianmukainen tuomioistuinkäsittely edellyttää sitä, että ratkaisu perustuu vain sellaiseen aineistoon, joka on asianosaisten tiedossa, ja johon asianosaisilla on ollut tilaisuus perehtyä (kohta 7).

⁵⁶ Tapanila 2019, s. 139.

⁵⁷ Jokela 2016, s. 79-80.

⁵⁸ Ervo 2005, s. 60-61.

⁵⁹ Jokela 2016, s. 79-80.

⁶⁰ Tapanila 2004, s. 31.

⁶¹ Ks. Ofner & Hopfinger v. Itävalta (1963), Pataki & Dunshirn v. Itävalta (1963), joissa mainittiin ensimmäisen kerran käsite *equality of arms*. Kuitenkin käsitteen konsepti oli jo määritelty aiemmin tapauksessa X v. Ruotsi (1959).

⁶² Summers 2007, s. 104.

⁶³ Tapanila 2004, s. 32. Nykyisin EIT on käyttänyt *equality of arms* -käsitettä jopa kontradiktorisen käsitteen sijasta.

Tasa-arvoisuus voidaan turvata nimenomaan antamalla syytetylle tasavertaiset puolustautumismahdollisuudet syyttäjän tai asianomistajan kanssa, jolloin vastakuulustelu oikeudella on erityinen symbolinen merkitys. Se asettaa syytetyn samalle viivalle syyttäjän ja asianomistajan kanssa ja estää osaltaan sen, että syytettyä kohdeltaisiin oikeudenkäynnissä ainoastaan rikoslain soveltamisen objektina.⁶⁴ Tuomioistuimen käsitys asiaan liittyvistä seikoista jäisi varsin yksipuoliseksi ilman molempien mahdollisuutta ottaa kantaa toisen esittämiin väitteisiin. Lisäksi rikoksen uhreilla saattaa useissa tapauksissa olla taipumus vääristellä ja liioitella tapahtumia helpottaakseen omaa kärsimystään ja varmistaakseen syytetyn tuomitsemisen, jolloin vastaajan kannan ilmi tuonti on erityisen tärkeää.⁶⁵

Tällaista epätasa-arvoista asetelmaan tasapainotetaan lisäksi ainakin *favor defensionis* -periaatteella eli puolustuksen suosimisen periaatteella. Epätasa-arvoista lähtötilannetta on tasapainotettava syytetylle taatuin oikeuksin ja lainsäädännöllisin keinoin. EIS 6 § 3 artiklaan on koottu syytetyn minimioikeudet, joilla pyritään antamaan syytetyllä riittävät työkalut osallistua muiden oikeudenkäynnin osapuolten kanssa tasa-arvoiseen keskusteluun.⁶⁶ Vastakuulustelu oikeus on yksi syytetyn vähimmäisoikeuksista, mikä osaltaan osoittaa sen, että vastakuulustelu oikeudella on myös osapuolten epätasa-arvoisuutta tasapainottava merkitys.

3.3.2 Suullisuuden ja välittömyyden periaatteet

Kontradiktorinen periaate ja vastakuulustelu oikeus toteutuvat edelleen suullisessa ja välittömässä oikeudenkäynnissä. Olen jo aiemmin jaksossa 2.2 hiukan avannut suullisuutta pääkäsittelyssä, mutta nähdäkseni sitä on vielä tässä yhteydessä hyvä käsitellä tarkemmin.

Käsittelyn suullisuus ja todistelun välittömyys ovat olleet merkityksellisiä prosessioikeudellisia periaatteita jo 1800-luvulla Euroopassa. Erityisesti saksalaiset lainoppineet alkoivat tuolloin keskittyä prosessin välittömyyteen, joka nähtiin kiistattomana oikeudenmukaisuuden vaatimuksena. Suullinen käsittely taas otettiin ranskalaiseen rikosoikeudelliseen lainsäädäntöön (*Code d'Instruction Criminelle*) jo vuonna 1808, jolloin suullinen todistajien kuulustelu välittömästi päätöksen tekevän tuomarin edessä oli perustavanlaatuinen rikosprosessioikeudellinen periaate Ranskassa. Tämä perustui erityisesti siihen, että tuomarin tuli ottaa henkilökohtainen vastuu tuomion virheettömyydestä, jolloin todisteiden esittäminen

⁶⁴ Brial 2014, s. 333.

⁶⁵ Diesen 1993, s. 465.

⁶⁶ Ervo 2005, s. 142.

suoraan tuomarille katsottiin palvelevan myös tätä periaatetta. Vuonna 1877 suullisuus ja välittömyys otettiin osaksi myös saksalaista rikoslakia (*Strafprozeßordnung*).⁶⁷ Vähitellen suullisuuden ja välittömyyden periaatteet kulkeutuivat myös Pohjoismaihin, tosin uudistuksia alkoi tapahtua vasta 1940-luvulla⁶⁸.

Suullinen käsittely on niin ikään EIS:n mukaan yksi tärkeimmistä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöistä ja se liitetään useimmiten nimenomaan todistelun uskottavuuden arviointiin.⁶⁹ Suullisuusperiaate tarkoittaa konkreettisesti rikosprosessissa esimerkiksi laissa oikeudenkäynnistä rikosasioissa (ROL, 689/1997) säädetyn valmisteluistunnon ja pääkäsittelyn suullisuutta (ROL 5:10.3 ja 6:6.1) sekä kirjallisen todisteen hyödyntämiskieltoa (OK 17:24). Todistelu on vastaanotettava suullisesti (suullinen todistelu) ja asianosaisia on kuultava oikeudenkäynnissä (asianosaissuullisuus).

Todistelun välittömyydellä tarkoitetaan taas lähinnä sitä, että kaikki oikeudenkäyntiaineisto on esitettävä suoraan sille tuomioistuimelle, joka myös ratkaisee asian. Tällöin tuomioistuin saa käyttöönsä alkuperäisen ja luotettavimman oikeudenkäyntiaineiston, jonka perusteella se voi ratkaista asian aineellisesti oikein.⁷⁰ Jos puheenjohtaja asiassa vaihtuu kesken prosessin, todistelu on lähtökohtaisesti vastaanotettava uudelleen juurikin prosessin välittömyyden säilyttämiseksi. Tästä seuraa myös, että tuomioistuin perustaa ratkaisunsa vain siihen aineistoon, joka on esitetty välittömästi oikeudenkäyntimenettelyssä.⁷¹

Suullisuus ja välittömyys lähtökohtaisesti edistävät toistensa toteutumista, ja siksi kulkevatkin usein käsi kädessä. Nämä kaksi periaatetta ilmentävät samalla parhaan todistusaineiston periaatetta, jolla tarkoitetaan sitä, että todistelussa käytetään parasta mahdollista todistetta, jolla pystytään näyttämään väite toteen. Useimmiten asianosaiset ja todistajat ovat juuri niitä, jotka tietävät asian faktat ja tapahtumainkulun parhaiten tai ovat jopa ainoita, jotka asiasta tietävät mitään. Tällöin voidaankin katsoa, että asianosaisten ja todistajien kuuleminen pääkäsittelyssä noudattavat useimmissa tapauksissa tehokkaasti parhaan todistelun periaatetta.⁷²

Suullisuudella turvataan myös tuomioistuimen kyselyoikeus ja samalla varmistetaan se, että tuomioistuin varmasti on ymmärtänyt asiat kuultavan tarkoittamalla tavalla.⁷³ Suullisuudella ja

⁶⁷ Summers 2007, s. 48-51.

⁶⁸ Hormia 1978, s. 122-123.

⁶⁹ Ervo 2005, s. 152, 160.

⁷⁰ OMML 2019, s. 12.

⁷¹ Jokela 2016, s. 148.

⁷² Jokela 2015, s. 305-306.

⁷³ OMML 2019, s. 12.

välittömyydellä taataan lisäksi vastakuulustelun tavoin osapuolten mahdollisuus koetella todistajan kertomuksen luotettavuutta ja riitauttaa todiste⁷⁴. Suullisuudella toteutetaankin aito vuoropuhelu niin osapuolten kesken kuin osapuolten ja tuomioistuimenkin välillä, jolloin myös oikeudellisesti oikeaan lopputulokseen päätyminen on luotettavasti mahdollista. Lisäksi, kun vastakuulustelu toteutetaan tuomioistuimen pääkäsittelyssä, siinä ilmenevät seikat ja todisteet voidaan suoraan ottaa tuomion pohjaksi.

3.4 Vastakuulustelu-oikeudesta luopuminen

Vastakuulustelu-oikeudesta luopumisella voidaan tarkoittaa syytetyn omaa luopumista vastakuulustelu-oikeudestaan tai tuomioistuimen päätöksellä vastakuulustelu-oikeudesta luopumista. Tuomioistuin voi käyttää harkintavaltaansa niin, että se hylkää vastakuulusteluvaatimuksen, jos se koskee merkityksetöntä todistetta. Menettely ei sikälikään loukkaa vastaajan oikeuksia, sillä tällainen merkityksetön todiste ei tule oikeudenkäyntiaineistoksi, eikä näin ollen näyttöarvioinnin kohteeksi. Kuitenkaan syyttäjän tai asianomistajan nimeämien kuultavien osalta, joidenka kertomus on ratkaisevassa asiassa syytteen toteen näyttämässä, vastakuulustelu-oikeudesta ei voida tuomioistuimen toimesta luopua.⁷⁵ Myöhemmin tässä työssä tulen käsittelemään tarkemmin sitä, milloin vastakuulustelu-oikeudesta on voitu katsoa luovuttavan ilman, että EIS 6 artiklassa säädettyjä vastaajan vähimmäisoikeuksia olisi kuitenkaan loukattu.

Tapauksessa Laukkanen & Manninen v. Suomi (3.2.2004) oli kyse ajoneuvon luvattomasta käyttöönotosta, jossa todistajana oli kuultu tapahtumasta näköhavaintoja tehnyttä poliisimiestä. Todistajan kertomuksesta kävi ilmi, että tapahtumalla oli myös kaksi muuta poliisia silminnäkijöinä, joidenka henkilöllisyyden paljastamista valittajat olivat vaatineet, jotta he olisivat voineet kutsua heidät kuulusteltavaksi todistajinaan. Valittajat olivat uudistaneet kuulusteluvaatimuksensa hovioikeudessa. Syyttäjä oli tuolloin kuitenkin selvittänyt, etteivät kaksi muuta poliisimiestä olleet tehneet näköhavaintoja tapahtumasta. EIT katsoi, että menettely ei ollut rikkonut EIS 6 § 3(d) kohtaa, sillä valittajat eivät olleet pystyneet osoittamaan, mitä he aikoivat todistajien kuulemisella ja kuulustelemisella näyttää toteen, ja miten näiden todistajien kertomukset olivat relevantteja asian lopputuloksen kannalta.

EIS eikä kansallinen lainsäädäntö suoranaisesti salli tai kiellä vastaajan itse luopua vastakuulustelu-oikeudestaan. Luopuminen voi tapahtua nimenomaisesti tai hiljaisesti.

⁷⁴ Ervo 2005, s. 151.

⁷⁵ Tapanila 2004, s. 101-103.

Tapauksessa Peltonen v. Suomi (28.9.2000) EIT on katsonut, että luopuminen on tapahtunut hiljaisesti, kun vastaajavalittaja ei ollut avustajansa kanssa edes yrittänyt vastakuulustella kuultavaa, joka oli aiemmin ilmoittanut, ettei lausu mitään asiassa. Luopumisen sallittavuutta eri tilanteissa onkin pitänyt harkita Euroopan ihmisoikeustuomioistuinta myöden, joka on luonut ratkaisukäytännössään jonkinlaiset suuntaviivat sille, milloin luopuminen voidaan katsoa olevan tehokasta ja milloin ei.

Yksiselitteinen ja tosiasiallinen luopuminen on noussut keskiöön lähes jokaisessa EIT:n vastakuulustelu-oikeudesta luopumista koskevassa ratkaisussa. Lähtökohtaisesti yksiselitteisyydellä voidaan tarkoittaa sitä, että vastaaja on ainakin ollut tietoinen siitä, että hänellä on oikeus vastakuulustella todistajia⁷⁶. Lisäksi esimerkiksi tapauksissa A.S. v. Suomi (28.9.2010) ja Hermi v. Italia (18.10.2006) EIT on huomauttanut, että vastakuulustelu-oikeudesta luopuminen ei saa olla vastoin julkista etua ja on pidettävä huoli siitä, että muut lainsäädännön asettamat oikeudet ja velvollisuudet vastakuulustelun merkityksen kannalta täyttyvät.

EIT:n on katsonut lisäksi nimenomaisesti muun muassa tapauksessa B. v. Suomi (24.4.2007), että syytetty voi niin vapaasti halutessaan luopua 6 artiklassa taatuista oikeuksistaan, myös vastakuulustelu-oikeudestaan. Tässä tapauksessa valittajalle oli näytetty asianomistajan kertomuksesta taltioituja videoita ja hänelle oli annettu tilaisuus kysymysten esittämiseen. Valittaja ei kuitenkaan ollut käyttänyt tilaisuutta hyväksi, jolloin vastakuulustelu-oikeutta tai oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei katsottu rikotun. Lisäksi EIT on kiinnittänyt huomiota siihen, että valittajan avustaja oli ollut läsnä luopumishetkellä. EIT:n mukaan siis se, että syytetylle on annettu mahdollisuus esittää kuultavalle kysymyksiä, mutta hän ei ole tätä tilaisuutta käyttänyt avustajansa läsnä ollessa, on katsottu riittäväksi vastakuulustelu-oikeudesta luopumiseksi. Myös seuraavissa tapauksissa on EIT tulkinnut asiaa saman suuntaisesti.

Tapauksessa Khametshin v. Venäjä (4.3.2010) valittajaa syytettiin poliisien pahoinpitelystä. Valittaja ei ollut halunnut puolustajaa ja oli ilmoittanut, ettei halua kuulustella asianomistajana olleita poliiseja. EIT katsoi, ettei mikään osoittanut sitä, etteikö valittaja olisi itse pystynyt harkitsemaan päätöstään ja sen seurauksia, jolloin luopuminen vastakuulustelu-oikeudesta oli tehokasta, eikä EIS 6 artiklaa ollut rikottu.

Tapauksessa Chmura v. Puola (3.4.2012) todistaja NA:ta oli kuultu jo ennakoon järjestetyssä istunnossa alioikeudessa, koska oli perusteltua aihetta olettaa, ettei tämä

⁷⁶ Tapanila 2004, s. 143-145.

saapuisi oikeudenkäyntiin. Istunnosta oli ilmoitettu myös vastaajalle ja tämän asiamiehelle, joille annettiin mahdollisuus tutustua esitutkinta-aineistoon istunnon jälkeen. Vastaajavalittaja vetosi EIT:ssa siihen, ettei hänelle ollut annettu mahdollisuutta esittää kysymyksiä todistajalle, jolloin hänen vähimmäisoikeuttaan vastakuulustella todistajaa olisi rikottu. EIT kuitenkin totesi, ettei oikeutta ollut rikottu, sillä valittajalle olisi annettu mahdollisuus kuulustella todistajaa, jos hän olisi ollut istunnossa loppuun asti.

Tapauksessa Gani v. Espanja (19.2.2013) valittaja vetosi siihen, ettei hänellä ollut mahdollisuutta esittää kuultavalle kysymyksiä pääkäsittelyssä, jolloin hänen vähimmäisoikeuksiaan oli loukattu. Asianomistajan kertomus luettiin pääkäsittelyssä suurimmaksi osaksi esitutkintapöytäkirjasta, joka muodosti tietyiltä osin ratkaisevan näytön syytetyyn syyllisyyden tueksi. EIT kuitenkin katsoi, ettei vastakuulustelu-oikeutta ja oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ollut loukattu, kun syytetylle oli annettu mahdollisuus esittää kysymyksensä tutkintatuomarin kautta, mutta hänen avustajansa ei tuolloin ollut ollut paikalla ja vastakuulustelu ei ollut siitä syystä toteutunut.

EIT on kuitenkin myös katsonut, että luopumisen tulee todella tapahtua vapaasta tahdosta. Tapauksessa A.S. v. Suomi (28.9.2010) oli kyse lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä, jossa valittaja väitti, että hänen vähimmäisoikeuksiaan oli rikottu, kun todisteena käytettiin lapsen videoitua esitutkintakertomusta, eikä hänelle ollut annettu mahdollisuutta kuulustella lasta. Valittaja ei ollut aiemmassa prosessinvaiheessa vastustanut lapsen kertomuksen käyttämistä, mutta oli huomauttanut, ettei hänelle ole annettu mahdollisuutta esittää lapselle kysymyksiä. Sen sijaan, että hän olisi vaatinut mahdollisuutta kysymysten esittämiseen, valittaja nimesi videotallenteen myös omaksi todisteekseen. Oikeudenkäynnin alkaessa valittaja oli kuitenkin vastustanut videotallenteen käyttämistä, mutta tuomioistuin ei ollut tähän suostunut. Valittaja oli tuomittu asiassa vankeusrangaistukseen. Valittajan ei katsottu halunneen luopua vastakuulustelu-oikeudestaan, vaikka hän oli suostunut videotallenteen käyttämiseen ja vedonnut siihen itsekin, jolloin EIS 6 artiklaa oli loukattu.

Huomionarvoista on siis, ettei asianosaisen suostumuskaan pelkästään luo lainmukaisia puitteita käyttää esitutkintapöytäkirjaa todistelussa niin, ettei vastakuulustelu-oikeus toteudu. Näin on katsottu myös kansallisessa korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2018:54, jossa todistelutarkoituksessa kuultava asianomistaja B oli jäänyt pois hovioikeuden pääkäsittelystä. Hovioikeus käytti kuulemisen sijasta näyttönä B:n esitutkintakertomusta, sillä hovioikeus oli katsonut, että B oli asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamatta, eikä asiaa tullut enää viivyttaa (OK 17:24.2). Vastaaja A oli hyväksynyt sen, ettei B:tä kuulla ja tämän

esitutkintakertomusta käytetään todistelussa. Korkeimman oikeuden mukaan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 momentti tulee kuitenkin sovellettavaksi viran puolesta, jolloin asianosaisen suostumus ei muodosta perustetta esitutkintapöytäkirjan käyttämiseksi todistelussa. Korkein oikeus on todennut kuitenkin, että asianosaisen suostumukselle voidaan antaa jonkinasteinen merkitys harkittaessa sitä, onko esitutkintapöytäkirjan kertomuksen käyttö sallittua. Erityisesti asianosaisen käsitys oikeudenkäynnin viivästymisen haitoista asianosaisille itselleen on merkityksellinen.

Tärkeä huomio tapauksia vertaillaessa on se, että vastakuulustelu-oikeudesta luopuminen on käytännössä ollut mahdollista useimmiten silloin, kun syytetyn avustaja on ollut läsnä vastakuulustelu-oikeudesta luovuttaessa, tai kun syytetty on ensin tietoisesti luopunut oikeudestaan käyttäen avustajaa⁷⁷. Jälkimmäisessä tilanteessa merkitystä tulee kuitenkin antaa sille, onko syytetty varmasti tiennyt oikeuksistaan ja niistä luopumisen seurauksista. Se, ettei vastaaja ole nimenomaisesti vaatinut tilaisuutta vastakuulustelu-oikeuteen, ei niinkään ole vaikuttanut harkintaan siitä, onko syytetyn katsottu luopuneen oikeudestaan vastakuulustella. Päinvastoin, tämä on usein katsottu olevan yksiselitteisyyttä heikentävä tekijä. Loppujen lopuksi kynnys tehokkaaseen vastakuulustelu-oikeudesta luopumiseen on asetettu suhteellisen korkealle.⁷⁸

4. Esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa

4.1 Esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskielto

Tämän tutkimuksen toisena pääteemana vastakuulustelu-oikeuden ohella on esitutkintapöytäkirjan hyödyntämisen sallittavuus pääkäsittelyssä todisteena. Esitutkinnan suorittaa poliisi tai muu esitutkintaviranomainen ja sen merkitys rikosprosessissa on keskeinen. Esitutkinta suoritetaan ennen syytteen nostamista ja siinä kerätään suurin osa siitä näytöstä, joka tukee epäillyn syyllisyyttä. Esitutkintalain (ETL, 805/2011) 2 §:n mukaan esitutkinnassa on selvitettävä muun muassa epäilty rikos, teko-olosuhteet, vahinko, rikoshyöty ja muut syyteharkintaan ja rikosseuraamuksen määräämisen kannalta tarvittavat seikat. Esitutkinta-

⁷⁷ Tapanila 2019, s. 147, jotta syytetyn katsotaan luopuneen vastakuulustelu-oikeudestaan tehokkaasti tilanteessa, jossa luopuminen on tapahtunut ilman avustajaa, syytetyn tietoisuus vastakuulustelu-oikeudesta useimmiten edellyttää, että tuomioistuin on siitä hänelle kertonut. Kuitenkin, jos syytetyllä on avustaja, lähtökohtaisesti voidaan olettaa, että tämä tuntee prosessilainsäädännön niin, että pystyy tarvittaessa varmistamaan ja vaatimaan vastakuulustelu-oikeuden toteuttamista pääkäsittelyssä.

⁷⁸ Pellonpää ym. 2012, s. 636-637.

aineiston perusteella syyttäjä harkitsee, nostaako hän ylipäätään asiassa syytteen. Esitutkinnassa kootaan kirjallisesti esitutkintapöytäkirjaan asianosaisten ja todistajien kertomukset. Kertomukset pyritään kirjaamaan mahdollisimman laajasti ja yksityiskohtaisesti sekä mahdollisimman pian rikoksen tapahtumisen jälkeen.

Todisteen hyödyntämiskiellolla taas tarkoitetaan yleisesti kieltoa hyödyntää jotakin todistetta todistelussa. Hyödyntämiskielloista ei ole juurikaan Suomessa säädetty laissa, vaan useimmiten –joskaan ei aina– todisteen hyödyntämiskiello on ollut seurausta todistamiskiellon rikkomisesta.⁷⁹ Kyse on useimmiten siitä, ettei sellaista todistetta, joka johtaa perusoikeuksien rajoittamiseen, voida hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoksi. Näin ollen hyödyntämiskiellolla tarkoitetaan perinteisesti sitä, ettei todistetta voida ottaa lainkaan huomioon todistus- eikä ratkaisuharkinnassa. Hyödyntämiskiellon alaiset todisteet eivät siis liity periaatteellisesti edes vapaan todistusteorian mukaiseen näyttöarviointiin, koska näyttöarviointia ei voida suorittaa, jos todiste on suljettu pois oikeudenkäyntiaineistosta.⁸⁰

Nimenomainen säännös esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellosta otettiin Suomen oikeudenkäymiskaareen (690/1997) vuonna 1997. Esitutkintapöytäkirjaan lausutun kertomuksen hyödyntämiskielloa on kuitenkin noudatettu oikeuskäytännössä jo pidempään (muun muassa KKO 1991:84). Sen vuoksi lakiin olikin tarpeellista määritellä aiemman oikeuden sisältö⁸¹. Lisäksi lain esitöiden mukaan ”rikosasiassakin pääkäsittelyn suullisuus ja välittömyys todistelun osalta tarkoittaa sitä, että ainoastaan sellainen todiste, joka on esitetty suullisesti pääkäsittelyssä, voidaan ottaa huomioon asiaa ratkaistaessa”. Ruotsin lainsäädännössä (rättegångsbalken 1942:740, RB) on voimassa samalainen käytäntö, eikä esitutkintapöytäkirjaa saa hyödyntää todistelussa, vaan todistelu on otettava vastaan suullisesti (RB 36:16).

Esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskielloa koskeva säännös on tarpeellinen muun muassa sen vuoksi, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukainen vastaajan oikeus kuulustella sellaista todistajaa, jonka avulla syyttäjä pyrkii näyttämään toteen rikosasian vastaajalle epäedullisen seikan (vastakuulustelu-oikeus), voidaan yleensä toteuttaa.⁸² Myös korkein oikeus on suoraan

⁷⁹ Pölönen 2003, s. 205. Hyödyntämiskiellot lainsäädännössä ovat ennemminkin ominaisia *common law* -järjestelmälle, sillä Yhdistyneen kuningaskunnan *common law* -perinteelle ominaista on ollut asianosaisten vahva rooli ja käsittelyn asianosaisvetoisuus, esitutkintatoimien kontrolloiminen vasta tuomioistuimessa ja perustelemattomat valamiehistötuomiot. Tällöin järjestelmää on ollut tarpeellista vahvistaa tarkkarajaisemmillä todistelusäännöksillä kuin mannermaisessa oikeusjärjestelmässä, jossa viranomaisilla on huomattavasti keskeisempi rooli prosessin vetäjinä. (Pölönen – Tapanila 2015, s. 245.)

⁸⁰ Pölönen 2003, s. 205.

⁸¹ Rautio-Frände 2016, s. 164.

⁸² HE 82/1995 vp, s. 143.

ratkaisukäytännössään todennut muun muassa, että esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellolla todisteena turvataan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa taattu syytetyn oikeus kuulustella ja kuulusteluttaa häntä vastaan todistavia henkilöitä⁸³. Näenkin, ettei esitutkintapöytäkirjaan kirjattujen lausumien hyödyntämistä todistelussa itsessään voida katsoa kovinkaan epäoikeudenmukaiseksi, vaan esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellolla pyritään nimenomaisesti turvaamaan muita tärkeitä prosessioikeudellisia periaatteita, kuten prosessin suullisuutta, välittömyyttä ja vastakuulustelu-oikeuden toteutumista, jolloin sen merkitys tätä kautta on keskeinen ja tärkeä.

Vastakuulustelu-oikeus ja esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa linkittyvät siis vahvasti toisiinsa. Nykyisin kirjallisen kertomuksen käyttökiellosta ja todisteen hyödyntämiskiellosta säädetään voimassa olevan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:ssä. Lähtökohtaisesti tuomioistuimessa ei saada käyttää todisteena kirjallista yksityisluontoista kertomusta, joka on annettu vireillä olevan tai alkavan oikeudenkäynnin varalta (OK 17:24.1). Säännöksessä mainitaan myös nimenomaisesti, ettei tuomioistuin saa käyttää todisteena esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa, ellei laissa toisin säädetä (OK 17:24.2).

Koska säännös on muotoiltu niin, että esitutkintapöytäkirjaan merkittyjen lausumien käyttäminen todisteena on kiellettyä, hyödyntämiskiello voidaan katsoa tarkoittavan sekä tällaisen todisteen esittämiskielloa että sulkemista pois todistusharkinnasta.⁸⁴ Säännöksen mukaan velvollisuus noudattaa aktiivisesti hyödyntämiskielloa on siis niin asianosaisilla kuin tuomioistuimellakin. Esitutkintapöytäkirjaan lausuttuun kertomukseen vetoamisesta hyödyntämiskiellon vastaisesti ei ole kuitenkaan säädetty seuraamuksia⁸⁵. Tällöin hyödyntämisen sallittavuuden arviointi jää käytännössä ainoastaan tuomioistuimelle, joka voi päättää, että todiste on hyödyntämiskiellon vastainen ja jättää sen joko kokonaan tai osaksi pois todistusharkinnastaan.

Tapauksessa KKO 1996:50 A oli asianomistajana taulujen väärennystä koskevassa asiassa. A:ta oli kuultu vain esitutkinnassa, jossa hän oli lausunut, ettei hänen nimellään signeeratut taulut ole aitoja. A oli kuollut ennen pääkäsittelyä. Alemmat oikeudet ovat töiden aitouden osalta antaneet ratkaisevan merkityksen A:n antamalle lausunnolle esitutkinnassa. Korkein oikeus on katsonut, ettei A:n lausumille olisi saanut antaa

⁸³ KKO 2018:54, kohta 17.

⁸⁴ Riekkinen 2014, s. 144.

⁸⁵ Riekkinen 2014 s. 144.

merkitystä todistelussa erityisesti sen vuoksi, ettei A:ta ole voitu kuulla alioikeudessa tai myöhemmin hovioikeudessa, eikä vastaaja B:llä ole ollut mahdollisuutta esittää A:lle kysymyksiä.

Tapauksessa KKO 2012:45 A oli epäiltynä törkeästä huumausainerikoksesta. Kuulustelu käytiin englanniksi, mutta esitutkintapöytäkirja oli laadittu suomeksi. A ei osannut suomea. A:lle oli kerrottu hänen oikeudestaan käyttää avustajaa, muttei itsekriminointisuojausta. A ei ollut käyttänyt avustajaa kuulusteluissa. Syyttäjällä oli vedonnut A:n esitutkintapöytäkirjaan merkittyihin lausumiin hovioikeudessa, joihin tuomio myös perustettiin. Korkeimman oikeuden mukaan tämä ei kuitenkaan ollut sallittua, sillä A ei ollut tietoisesti luopunut avustajan käytöstä esitutkinnassa, eikä tiennyt sen seurauksista.

Apulaisvaltakunnansyyttäjä on vuonna 2013 katsonut, että syyttäjän tulee voida vedota myös sellaiseen näyttöön, joka saattaa olla hyödyntämiskieltojen osalta ongelmallista, ja antaa tuomioistuimen ratkaista, voidaanko tällaista todistetta hyödyntää ratkaistaessa asiaa. Tilanne saattaa apulaisvaltakunnansyyttäjän mukaan olla myöhemmin toinen, jos oikeuskäytäntö vakiintuu hyödyntämiskieltojen osalta.⁸⁶ Nykyisin kuitenkin itse näen, kuten myöhemmin tässä työssä tulen esittämään, että niin Suomen korkein oikeus kuin Euroopan ihmisoikeus tuomioistuinkin on luonut suhteellisen yleispäteviä periaatteita sille, milloin aiempaa kertomusta ei ole katsottu voivan hyödyntää todistelussa ja millä perusteilla. Vaikka esitutkintakertomuksen lausuntoihin vetoamisesta hyödyntämiskiellon vastaisesti ei olekaan säädetty seuraamusta, jo todisteen esittäminen on joka tapauksessa lainvastaista. Ehkä siis olisi aika myös asianosaisten alkaa pohtia tarkemmin sitä, milloin heidän on lainmukaista vedota esitutkintakertomukseen todistelussaan, eikä ainoastaan säilyttää vastuuta tuomioistuimelle.

4.2 Esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellon poikkeukset

4.2.1 Poikkeukset lainsäädännössä

Lainsäätäjällä on kuitenkin katsonut, että esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellon ei voida katsoa olevan täysin ehdoton. Erityisesti asianosaisille aiheutuvien rasitusten vähentäminen ja oikeudenkäynnin joutuisuuden varmistaminen on katsottu olevan sellaisia seikkoja, joilla voidaan puoltaa sitä, että esitutkinnassa annettua lausumaa voidaan hyödyntää tietyissä tapauksissa todistelussa.⁸⁷ Selvyyden vuoksi on hyvä tässä vaiheessa todeta, että esitutkintapöytäkirjaan vetoaminen on mahdollista niin asianomistajan, syyttäjän kuin

⁸⁶ Fredman 2013, s. 629.

⁸⁷ HE 46/2014, s. 83.

vastaajankin taholta. Kyse ei siis ole ainoastaan vastaajan vahingoksi käytettävästä menettelystä, vaan esitutkintapöytäkirjaan vetoamisella voidaan pyrkiä yhtä lailla osoittamaan esimerkiksi asianomistajan kertomuksen epäluotettavuutta. Käsittelen tässä työssäni aihetta kuitenkin lähinnä siitä näkökulmasta, miten esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen vaikuttaa nimenomaan vastaajan vastakuulustelu-oikeuteen, jolloin luonnollisesti puheena useimmiten on tilanne, jossa asianomistajan tai joko hänen tai syyttäjän nimeämän todistajan esitutkintakertomusta hyödynnetään todistelussa vastaajaa vastaan.

Asianosaisten ja todistajien esitutkintakertomuksilla on keskeinen rooli nykypäivän rikosprosessissa. Rikosprosessissa voidaan hyödyntää ainakin kahta prosessitapaa, joissa esitutkintapöytäkirjan kertomuksilla on erityisen keskeinen merkitys. Ensinnäkin, jos vastaaja ei tule paikalle pääkäsittelyyn, ja jos asia voidaan hänen poissaolostaan huolimatta ratkaista ja hänet on sen uhalla käsittelyyn kutsuttu, asia voidaan ratkaista tuomiolla niin sanotussa poissaolokäsittelyssä (ROL 8:11).⁸⁸ Tällöin perusta vastaajan kannalle asiassa selvitetään suurelta osin esitutkinta-aineiston pohjalta. Toiseksi asia voidaan ratkaista kirjallisessa menettelyssä, jolloin ei pidetä pääkäsittelyä lainkaan (ROL 5a luku). Samoin tällaisessa käsittelyssä asianosaisten lausumat esitutkinnassa ovat suuressa roolissa, sillä suullista todistelua ei oteta vastaan enemmälti, vaan asia ratkaistaan kirjallisen aineiston pohjalta. Tietysti tällaisissa menettelyissä jo menettelyiden luonne huomioon ottaen on perusteltua hyödyntää esitutkinnassa annettua kirjallista kertomusta oikeudenkäyntiaineistona, kun suullista kertomusta ei oteta vastaan.

Lisäksi oikeudenkäymiskaassa on lueteltu nimenomaisesti ne poikkeukset, jolloin esitutkintapöytäkirjaa voidaan hyödyntää todistelussa pääkäsittelyssä. Tällaisia ovat ensinnäkin tilanteet, joissa kuultavan kuuleminen todistelussa on mahdotonta tai häntä ei tavoiteta eikä asian ratkaisua tule enää viivyttää (OK 17:24.2). Suomalainen lainsäädäntö on suhteellisen samanlainen ruotsalaisen esitutkintapöytäkirjan käyttöä koskevan lainsäädännön kanssa. Rättegångsbalkenin mukaan kirjallista kertomusta, joka on annettu aloitetun tai vireillä olevan

⁸⁸ Syytetyllä on ehdoton oikeus osallistua häntä koskevan rikosasian käsittelyyn (EIS 6 § 3(c)). EIT ei sinänsä ole kieltänyt poissaolokäsittelyiden käyttämistä, mutta edellytyksenä on ollut, että syytetty on ensinnäkin henkilökohtaisesti haastettu oikeudenkäyntiin ja toiseksi hänelle on varattu tilaisuus osallistua asiansa käsittelyyn. Poissaolokäsittely nimittäin vaarantaa muun muassa syytetyn vastakuulustelu-oikeuden toteutumisen, jolloin tällaisiin käsittelyihin on suhtauduttava erityisellä tarkkuudella kaikkien syytetyn vähimmäisoikeuksien asianmukaiseksi varmistamiseksi. (Tapanila 2004, s. 69) Lisäksi Diesen 1994, s. 50 poissaolokäsittelyssä tyypillistä on, että olennainen osa todistelusta koostuu esitutkintapöytäkirjamateriaalista. Sen vuoksi todisteiden luotettavuuden arvioiminen on perustavanlaatuisen kysymys poissaolokäsittelyissä. Lisäksi ongelmana voi olla todistajien ja asianomistajan uudet kertomukset pääkäsittelyssä, joihin vastaajalla ei ole ollut mahdollisuutta vastata. Kysymys kuuluu, luoko vastaajan poissaolo jo itsessään negatiivisen todistusvaikutuksen hänelle prosessissa.

oikeudenkäynnin perusteella, ja joka on annettu syyttäjälle, tuomioistuimelle tai poliisiviranomaiselle, voidaan käyttää todisteena oikeudenkäynnissä, jos kuultavaa ei voida enää kuulla pääkäsittelyssä tai sen ulkopuolella tai kuultavan kuuleminen pääkäsittelyssä aiheuttaisi kohtuuttomia kustannuksia tai haittaa todisteen merkitykseen tai muihin olosuhteisiin nähden (RB 35:14).

Viimeisin poikkeusperuste eroaa siinä suhteessa suomalaisesta lainsäädännöstä, sillä oikeudenkäymiskaari ei mahdollista esitutkintapöytäkirjaan vetoamista kohtuuttomiin kustannuksiin tai haittaan vedoten. Näkisin kuitenkin, että vuoden 2016 todistelureformin yhteydessä uutena säännöksenä luotu poikkeusperuste esitutkintapöytäkirjaan vetoamisesta tilanteissa, joissa kuultavaa ei tavoiteta, eikä asian ratkaisua tule enää viivyttää, seuraa ainakin jossain määrin ruotsalaista lainsäädäntöä liittyen siihen, ettei kuultavan kuulemisella tule aiheuttaa kohtuuttomia kustannuksia tai haittaa. Tällaisissa tilanteissa on tarkoituksenmukaisempaa vedota esitutkinnassa annettuun kertomukseen. Molemmissa taustalla vaikuttaa varmastikin prosessiekonomia. Tosin Ruotsissa poikkeusperustetta on sovellettu muun muassa vähäisiin rikosasioihin, joissa esimerkiksi silminnäkijänä toimineen poliisin kirjallista kertomusta voidaan käyttää oikeudenkäynnissä todisteena sen sijaan, että hänet kutsuttaisiin todistamaan pääkäsittelyyn⁸⁹, mikä Suomessa taas ei ole mahdollista.

Toiseksi esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellosta poikkeuksen luovat tilanteet, joissa kuultava poikkeaa aiemmin lausumastaan tai ei anna kertomusta lainkaan (OK 17:47.2). Vastaava säännös löytyy myös ruotsalaisesta lainsäädännöstä, nimittäin rättegångsbalkenin 36 luvun 16 §:n mukaan siihen, mitä todistaja on aiemmin kertonut tuomioistuimelle, syyttäjälle tai poliisivirastolle, voidaan vedota vain silloin, kun todistajan kertomus kuulemistilaisuudessa eroaa siitä, mitä hän on aiemmin kertonut, tai kun todistaja kuulemistilaisuudessa ilmoittaa, ettei hän voi tai halua antaa lausuntoa (RB 36:16). Suomen ja Ruotsin käytäntö eroaa jossain määrin keskieurooppalaisten oikeusjärjestelmien todisteluperinteestä, sillä esimerkiksi saksalaisessa rikosprosessissa aiemmin annettua kirjallista kertomusta ei taas saa hyödyntää todistelussa, jos kuultava kieltäytyy todistamasta. Ainoastaan tilanteissa, joissa kuultava on

⁸⁹ Diesen 1994, s. 46. Tästä esimerkiksi NJA 2007 s. 1032, jossa oli kyse ylinopeusrikoksesta. Käräjäoikeuden tuomio on perustunut poliisin raporttiin ja nopeusmittarilla tehtyyn nopeusvalvontaan. Mittaustulosta nopeusmittarilla voidaan yleensä pitää erittäin luotettavana. Poliisin raportti rutiininomaisesta nopeusvalvonnasta, joka tehdään nopeusmittarilla, on yleisesti hyväksytty todisteeksi RB 35 luvun 14 §:n 3 kohdan (kohtuuttomat kustannukset tai haitta) nojalla. Edellytyksenä kuitenkin on, ettei mikään seikka anna aiheutta epällä tietojen oikeellisuutta.

unohtanut osan kertomuksestaan, on sallittua aiempaa kertomusta lukemalla auttaa kuultavaa muistamaan kertomuksensa paremmin.⁹⁰

Poikkeusten soveltaminen käytännössä ei ole kaikissa tapauksissa aivan yksiselitteistä, vaan esitutkintapöytäkirjan lausuman hyödyntämistä arvioitaessa tulee ottaa huomioon tiukasti muiden oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeiden turvaaminen. Oikeuskäytännössä on erityisesti kiinnitetty huomiota siihen, millainen asema lausumalla on todisteena asian ratkaisun kannalta ja toisaalta siihen, onko vastapuolella ollut mahdollisuus esittää kysymyksiä jossakin prosessin vaiheessa kuultavalle, jonka esitutkintapöytäkirjan lausumaa hyödynnetään.

4.2.2 Mahdottomuus kuulla kuultavaa pääkäsittelyssä

Poikkeuksen esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskieltoon tuovat siis ensinnäkin tilanteet, joissa lausuman antajaa ei voida muuten kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella (OK 17:24.2). Tällaisia tilanteita ovat muun muassa kuultavan vakava sairastuminen tai kuolema tai se, ettei kuultavaa tavoiteta, eikä asiaa tule enää viivyttää.⁹¹ Tällaisissa tapauksissa esitutkintakertomus on itsenäinen todiste, jolloin siinä esitetyt seikat ovat itsessään asian todistustositseikkoja.⁹²

Turun hovioikeuden 7.2.2018 antamassaan tuomiossa 18/10587 asianosainen oli kuollut pian esitutkinnassa kuulemisensa jälkeen. Hovioikeus katsoi, että tällöin oli hyväksyttävää käyttää hänen esitutkinnassa antamaansa lausuntoa todistelussa, kun samalla asianosaisen lausuma ei ollut ainoa tai ratkaiseva näyttö asiassa.

Nykyisin laki mahdollistaa kuitenkin suhteellisen monipuoliset tavat kuultavan kuulemiseksi, eikä kuultavan joka tapauksessa tarvitse edes tulla henkilökohtaisesti paikalle pääkäsittelyyn. Kynnys esitutkintakertomuksen hyödyntämiselle sairastapauksissa voidaan siis katsoa asetetun suhteellisen korkealle. Erityisesti teknisiä tiedonvälitystapoja hyödynnetään melko paljon ja lainmukaiset mahdollisuudet näiden hyödyntämiseen ovat nykyisin laajat (OK 17:52). Videokuulemista käytetään yhä enemmän, jolloin muun muassa kuultavan matkakustannukset ja vaiva vähenevät huomattavasti.⁹³

⁹⁰ Summers 2007, s. 54.

⁹¹ Ennen pääkäsittelyä annetun kirjallisen kertomuksen hyödyntämiskielloilla on pitkät perinteet eurooppalaisessa prosessioikeudessa. Esimerkiksi saksalaisen rikosprosessilain (*Strafprozeßordnung*), jo vuodelta 1877, mukaan todisteiden suullista esittämistä ei saa korvata ennen pääkäsittelyä annettujen lausumien lukemisella ääneen tai kirjallisella selittämällä. Poikkeuksina tähän pääsääntöön on kuitenkin myös saksalaisessa lainsäädännössä, monien muiden maiden oikeusjärjestelmien tavoin, otettu tapaukset, joissa kuultava on kuollut, tullut mielisairaaksi tai häntä ei voida enää tavoittaa. (Summers 2007, s. 53)

⁹² Pölönen 2003, s. 254.

⁹³ OM 10/2013, s. 14.

Myös lainsäädäntöä muovataan yhä enemmän teknisten tiedonvälitystapojen hyödyntämisen suuntaan. Esimerkiksi oikeudenkäymiskaarta muutettiin vuonna 2019 voimaan tulleella lainsäädännöllä niin, että koko valmisteluistunto voidaan käydä puhelimitse tai hyödyntäen teknistä tiedonvälitystapaa (OK 5:15 d). Koska kuultavan kuuleminen niin, että hän esimerkiksi makaa kotisohvalla, on myös mahdollista, esitutkintapöytäkirjaan merkittyä lausumaa voidaan hyödyntää vasta, kun kuultavan sairaus on niin vakava, ettei kuultavaa kerta kaikkiaan pystytä lainkaan kuulemaan.

Oikeudenkäymiskaaren todistelua koskeva 17 luku uudistettiin 1.1.2016 voimaan tulleella lailla oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta (732/2015). Uudistettuun lakiin otettiin säännös, kirjallisen kertomuksen käyttämisestä tilanteissa, joissa lausuman antaja on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, ja jos asian ratkaisua ei tulisi enää viivyttaa (OK 17:24.2). Tällainen tavoittamatta jääneen henkilön lausuman hyödyntäminen asian käsittelyn joutuisuuden vuoksi oli uutta aiempaan oikeudenkäymiskaareen nähden.

Käsiteltävä poikkeusperuste tulee käytännössä sovellettavaksi luonnollisesti silloin, kun kuultavaa ei voida tavoittaa, mutta käytettävissä on hänen aiemmin lausumansa esitutkintakertomus. Säännöksen soveltamisen edellytyksenä on, että kumpikin säännöksessä mainittu kriteeri täyttyy. Kuultavaa on siis pitänyt tavoitella ensin aktiivisesti, ja toiseksi asiaa ei tule enää viivyttaa. Oikeuskäytännön mukaan näitä kriteerejä arvioitaessa on otettava huomioon muun muassa ne toimenpiteet, joilla kuultavaa on tavoitettu, millaista viivästyä kuultavan tavoittelun jatkaminen aiheuttaa ja toisaalta, kuinka todennäköisesti tavoittaminen ylipäättään onnistuisi. Myös se, millainen merkitys kuultavan kuulemisella on asialle, voidaan ottaa harkinnassa huomioon.⁹⁴

Tapauksessa KKO 2017:93 oli kyse törkeästä huumausainerikoksesta, jossa syyttäjät käytti todistelussa aiempaa vastaajien X ja Y saamaa tuomiota, joka oli perustunut heidän esitutkinnassa kertomaan tunnustukseen huumausainerikoksia koskien. Tunnustus ilmeni myös tuomiosta. Tuomiolla pyrittiin näyttämään toteen vastaaja A:n syyllisyys huumausainerikokseen. Vastaajia X ja Y ei ollut kutsuttu kuultavaksi pääkäsittelyyn, eikä näin ollen OK 17:24.2 säännös soveltunut. Tällöin heidän esitutkintapöytäkirjoitustensa ei saanut hyödyntää todistelussa. Korkeimmassa oikeudessa oli toimitettu suullinen käsittely, johon vastaaja A taas ei ollut saapunut. Hän oli ilmoittanut, ettei halua tulla asiassa kuulluksi. Asianosaiset pyysivät tällöin lupaa saada käyttää todisteena A:n esitutkintakertomusta. Korkein oikeus salli A:n esitutkintakertomuksen käyttämisen

⁹⁴ KKO 2018:54, kohta 18.

todistelussa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 momentin nojalla, sillä A ei ollut saapunut pääkäsittelyyn ja hän oli ilmoittanut, ettei halua tulla kuulluksi.

Lisäksi käsiteltävänä olevalle poikkeusperusteelle antaa oikeudellista pohjaa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 8 §:n 5 kohdan mukainen tuomioistuimen velvollisuus evätä näyttö, joka on asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamattomiin, eikä asian ratkaisemista tule enää viivyttää. Vastaava säännös löytyy myös Ruotsin lainsäädännöstä, jonka mukaan tuomioistuimen on evättävä näyttö, jota ei kohtuullisista ponnisteluista huolimatta voida esittää tuomioistuimessa eikä asian ratkaisua pitäisi enää viivyttää (RB 35:7). Kyseinen säännös on otettu nykyisen sisältöisenä ruotsalaiseen lainsäädäntöön jo vuonna 2005⁹⁵, kun taas Suomessa vastaava säännös tuli oikeudenkäymiskaaren vasta vuoden 2016 todistelureformin yhteydessä⁹⁶. Seuraamme siis jälleen Ruotsin mallia hitaasti, mutta varmasti.

OK 17 luvun 8 §:n 5 kohtaa voidaan soveltaa luonnollisesti myös henkilötodisteluun. Lain esitöiden mukaan lainkohtaa sovelletaan erityisesti tilanteisiin, joissa rikosasiassa kuultavaa ei tavoiteta. Harkinnassa tulee tällöin pohtia sitä, voidaanko tavoittamattomiin jäänyt todiste korvata toisella todisteella ja vedota siihen.⁹⁷ Korvaavana todisteena käytetään useimmiten kuultavan esitutkinnassa antamaa kertomusta. Myös Ruotsissa on katsottu, että esitutkintakertomuksen hyödyntäminen on parempi vaihtoehto kuin luopuminen todisteesta kokonaan, vaikka esitutkintakertomuksen hyödyntäminen onkin pääsääntöisesti kiellettyä myös Ruotsin lainsäädännön mukaan⁹⁸.

Kyseinen lainsäädännös muodostaa myös ajallisen rajan sille, milloin voidaan katsoa, ettei kuultavaa ole tavoitettu. Kun asiaa ei tule enää viivyttää, voidaan todeta, ettei kuultavaa tarvitse enää asianmukaisin toimenpitein tavoittaa. Tässä arvioinnissa huomioon tulisi ottaa käsittelyn ajallisen keston ja arvioidun kokonaiskeston lisäksi kyseessä olevan todisteen luonne ja mahdollinen vaikutus asian lopputulokseen. Yleensä ei ole yhtä hyväksyttävää viivyttää oikeudenkäyntiä sellaisen oheis- tai lisätodisteen saamiseksi, jolla ei voida katsoa olevan suurta merkitystä asian lopputulokseen. Huomioitavaksi myös tulee mahdollinen pääkäsittelyn peruuttaminen todisteen hankkimiseksi, ja sen aiheuttamat seuraukset asialle. Osapuolten,

⁹⁵ OMSO 65/2012, s. 23.

⁹⁶ HE 46/2014 vp, s. 56.

⁹⁷ HE 46/2014, s. 56. Kuitenkin Virolainen 2008, s. 226 saattaa olla, että todistajia, joita käräjäoikeusvaiheessa ei tavoiteta, tulisi tavoittaa hovioikeudessa uudelleen ja selvittää, voidaanko heitä kuulla silloin. Tapauksessa KKO 2007:101 tämän mahdollisuuden selvittäminen oli kuitenkin kuitattu vain toteamuksella, että todistajien saaminen kuultavaksi oli epätodennäköistä. Kuitenkin yksi epäonnistunut yritys tavoittaa todistajia, jotka oleilivat vieraassa valtiossa, tuskin riittää osoittamaan, että todistajat olivat pysyvästi kadonneet.

⁹⁸ Nordh 2009, s. 28.

todistajien ja muiden asiaan osallisten ei pitäisi joutua toistuvasti ja tarpeettomasti osallistumaan pääkäsittelyihin, jotka todisteen hankkimiseksi sitten perutaan.⁹⁹

Tapauksessa KKO 2018:54 korkein oikeus on todennut, että pois jäänyttä kuultavaa on yritettävä tavoittaa aktiivisesti ennen kuin esitutkintapöytäkirjakertomusta voidaan käyttää todisteena. Tavoittaminen on tapahduttava muun muassa poliisin tai muiden viranomaisten avulla. Asianmukaisina toimenpiteinä voidaan korkeimman oikeuden mukaan pitää muun muassa henkilön määräämistä tuotavaksi myöhempään istuntoon poliisin avulla. Käytännössä rajanveto ei kuitenkaan ole yksinkertaista ja viimekätinen arviointi siitä, onko tavoittaminen ollut riittävää, on jokaisella tuomioistuimella itsellään¹⁰⁰.

Tapauksessa KKO 2007:101 oli kyse kolmesta ulkomaalaisesta henkilöstä, joita ei voitu kuulla käräjäoikeuden pääkäsittelystä siitä syystä, ettei heitä ollut saatu kutsuttua, eikä kuuleminen ollut onnistunut myöskään oikeusaputeitse. Korkein oikeus on katsonut, että koska henkilöitä oli yritetty aktiivisesti tavoittaa, eikä syyksi lukeva tuomio ratkaiseviltä osin perustunut näihin kertomuksiin, esitutkintapöytäkirjan kertomuksia saatiin hyödyntää todistelussa ja asian ratkaisussa.

Tapauksessa Taal v. Viro (22.11.2005) EIT on taas katsonut, ettei hyväksyttävänä ole katsottava sitä, että tuomioistuin oli tuominnut valittajan kiristyksestä oikeudenkäyntiä pakoilleiden todistajien esitutkintakertomusten perusteella. Alioikeuden käsittelyä oli jo lykätty kaksi kertaa, mutta todistajat eivät kolmannellakaan kerralla saapuneet istuntoon. Kaksi todistajista oli ilmoittanut esteestä saapua ja kolmannen olinpaikkaa ei tiedetty. EIT katsoi, ettei kaikkia käytettävissä olleita toimenpiteitä todistajien saamiseksi istuntoon ollut kuitenkaan käytetty.

4.2.3 Kuultavan lausuman poikkeaminen aiemmasta tai vaikeneminen pääkäsittelystä

Kuten aiemmin olen todennut, oikeuskirjallisuudessa on painotettu esitutkintapöytäkirjaan merkityn lausuman hyödyntämisen keskeistä roolia käytännön oikeuselämässä¹⁰¹. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 47 §:n 2 momentin mukaan poikkeuksen esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellosta luovat toiseksi tilanteet, joissa kuultava suullisessa kertomuksessaan poikkeaa siitä, mitä hän on tuomioistuimelle, syyttäjälle tai

⁹⁹ Nordh 2009, s. 28.

¹⁰⁰ Rautio-Frände 2016, s. 168.

¹⁰¹ Rautio-Frände 2016, s. 278. Olen myös itse käynyt seuraamassa oikeudenkäyntejä suhteellisen paljon, sekä työni puolesta lukenut lukuisia tuomioita. Lähes jokaisessa seuraamassani oikeudenkäynnissä on ainakin joltain osin viitattu esitutkintapöytäkirjaan kuultavan kuulustelussa. Esitutkintapöytäkirjaan kirjattuja lausumia käytetään siis todistelussa havaintojeni mukaan hyvin usein.

esitutkintaviranomaiselle kertonut aiemmin tai ei anna kertomusta, jolloin kuultavan aiempaa lausumaa saadaan käyttää todisteena pääkäsittelyssä siltä osin kuin suullinen kertomus poikkeaa aikaisemmasta tai kuultava ei ole antanut kertomusta. Aiempaan oikeudenkäymiskaareen nähden säännös laajennettiin koskemaan myös todistelutarkoituksessa kuultavaa asianosaista¹⁰².

Säännös koskee erityisesti esitutkintapöytäkirjaan merkittyjä lausumia. Kun kuultava poikkeaa pääkäsittelyssä aiemmasta kertomuksestaan, voidaan viitata hänen esitutkinnassa kertomaansa, jolloin esitutkintakertomus toimii niin sanottuna vertailuaineistona, eikä itsenäisenä todisteena. Vertailuaineiston käyttämisen funktiona ei ole itsenäisen todisteen tavoin näyttää jotakin seikkaa toteen vaan enemmänkin horjuttaa pääkäsittelyssä annetun todistelun luotettavuutta. Tällöin esitutkintapöytäkirjakertomuksesta ilmenevät seikat toimivat apufaktoina todistustositseikkojen sijaan.¹⁰³

Lisäksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 54 § säädetään, että 24 §:ssä ja 47 §:n 2 momentissa tarkoitettu kertomus tai lausuma esitetään pääkäsittelyssä tarpeellisilta osin. Jos kuultava on poikennut aiemmasta lausumastaan tai ei anna asiassa kertomusta, aiempaa lausumaa saadaan siis käytännössä käyttää vain siltä osin kuin pääkäsittelyssä toimitettu suullinen kertomus siitä poikkeaa tai lausumaa ei ole annettu. Kertomusten ei kuitenkaan tarvitse olla täysin samanlaisia, vaan kertomusten poikkeamisen tulee olla asian kannalta merkityksellinen ja koskea relevantteja tosiseikkoja, jotta poikkeusta voidaan hyödyntää¹⁰⁴.

Tapauksessa KKO 2000:71 A:lle vaadittiin rangaistusta B:n pahoinpitelystä. Asianomistaja B kertoi pääkäsittelyssä, ettei hän halunnut lausua mitään. B:n esitutkinnassa antamaa kertomusta saatiin käyttää todisteena asiassa.

Tapauksessa KKO 2013:97 syyttäjä vaati rangaistusta X:lle törkeästä lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä ja pahoinpitelystä. Asianomistaja A oli vaiennut asiassa korkeimman oikeuden pääkäsittelyssä. Kun vastakuulustelumahdollisuus oli toteutunut prosessin aiemmassa vaiheessa, A:n kirjallinen esitutkintapöytäkirjakertomus voitiin ottaa todisteena vastaan.

Joka tapauksessa, kuten tutkimuksessani olen tuonut esiin, pääkäsittelyssä lausuttu kertomus on ensisijainen esitutkintapöytäkirjan kertomukseen nähden, sillä henkilötodistelu pääkäsittelyssä ilmentää käsittelyn suullisuuden, kontradiktorisuuden ja välittömyyden

¹⁰² HE 46/2014 s. 106.

¹⁰³ Pölonen 2003, s. 254.

¹⁰⁴ Rautio-Frände 2016, s. 279.

periaatteita, joita esitutkintapöytäkirjan käyttö todistelussa taas suorastaan loukkaa. Näin on myös lausunut EIT ratkaisussaan *Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (15.12.2011), jossa se totesi yleisesti, että kirjallisen todistajakertomuksen käyttäminen tulee olla aina viimesijainen vaihtoehto ja sellaista tulee hyödyntää ainoastaan silloin, kun kuultavan kuuleminen pääkäsittelyssä ei ole mahdollista (kohta 125). Kirjallinen kertomus on ennemminkin referaatti kuultavan kertomuksesta, jolloin sen todistusarvoa voidaan lähtökohtaisesti pitää alhaisena vuoropuhelun seurauksena saatuun kertomukseen verrattuna¹⁰⁵.

Erikoista tästä näkökulmasta on kuitenkin se, että havaintojeni mukaan tuomioistuimet ovat pitäneet useimmiten toissijaista todistetta eli esitutkintapöytäkirjan kirjallista lausumaa uskottavampana kuin suullisesti pääkäsittelyssä lausuttua. Käytännön ja teorian välillä on näin ollen ainakin jonkinasteinen kuilu siinä, kumpaa kertomusta tulisi lähtökohtaisesti pitää luotettavampana ja tuomion pohjana. Tähän teemaan on syytä paneutua tarkemmin, ja palaankin käsittelemään tuomioistuimen todistelua koskevaa uskottavuus- ja luotettavuusharkintaa jaksossa 5.2.3.

Asianomistajalla on oikeus halutessaan vaieta rikosasiassa oikeudenkäynnissä. Asianosaisella, mukaan lukien asianomistajalla, voi myös olla oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 10-22 §:ssä tarkoitettu oikeus tai velvollisuus kieltäytyä todistamasta. Tilanteissa, joissa asianomistaja vaikenee pääkäsittelyssä asianomistajalle kuuluvan yleisen vaikenemisoikeuden nojalla, hänen esitutkinnassa kertomaansa voidaan hyödyntää todistelussa pääkäsittelyssä. Päinvastoin tilanteissa, joissa kuultava ei anna lausumaa, mutta hänellä on siihen oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 10-22 §:n mukainen oikeus tai velvollisuus, esitutkintakertomusta ei saa hyödyntää (katso esimerkiksi KKO 1995:66, alaluku 2.3). Sääntö pätee edelleen oikeudenkäymiskaaren vuoden 2016 todistelureformin jälkeenkin¹⁰⁶. Käytäntö on looginen, sillä muussa tapauksessa vaitiolo-oikeus tai -velvollisuus menettäisi käytännössä merkityksensä.

Lopuksi huomionarvoista on vielä oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 47 §:n poikkeusten osalta se, että asianosaisen on nimenomaisesti vedottava esitutkintakertomukseen, jotta se voitaisiin missään muodossa ottaa huomioon asiaa ratkaistaessa. Tuomioistuin ei siis saa oma-aloitteisesti hyödyntää esitutkintapöytäkirjan aineistoa, vaikka asianosainen kuinka poikkeaisi tai vaikenisi pääkäsittelyssä, jos asianosaiset eivät itse esitutkintapöytäkirjaan vetoa.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Nordh 2009, s. 32-33.

¹⁰⁶ HE 46/2014 vp s. 107.

¹⁰⁷ Rautio-Frände 2016, s. 279.

4.3 Esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman hyödyntämisen vaikutus vastakuulusteluoikeyteen

Vastakuulusteluoikeyden ja esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman hyödyntäminen todistelussa kulkevat lähes poikkeuksetta käsi kädessä. Yleisintä on, että nimenomaan vastakuulustelun yhteydessä viitataan henkilön aiemmin antamaan esitutkintakertomukseen, jolloin esitutkintapöytäkirja onkin keskeisin vastakuulusteluaineisto. Lisäksi esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen kertomuksen käyttämisen taustalla usein on, ettei todistajaa voida pääkäsittelyssä kuulla, jolloin se merkitsee suoraan poikkeusta vastakuulusteluoikeyden toteutumiseen¹⁰⁸.

EIT on katsonut ratkaisukäytännössään, ettei ehdotonta kieltoa esitutkintapöytäkirjan käytölle todistelussa ole. Merkille pantavaa kuitenkin on, ettei muiden asiassa kuultujen kuin itse kuultavan esitutkintakertomukseen viittaaminen ole sallittua, ellei esitutkintakertomus ole tullut osaksi oikeudenkäyntiaineistoa sen johdosta, että siihen on aiemmin viitattu sen henkilön kohdalla, jonka kertomuksesta on kyse. Näin ollen todistajien ja asianosaisten kuulemisjärjestyksellä voi myös olla merkitystä.¹⁰⁹

Esitutkintapöytäkirjan käyttö muun muassa tilanteissa, joissa kuultava poikkeaa aiemmin lausumastaan pääkäsittelyssä ei yleensä aiheuta vastakuulusteluoikeyden puutetta, sillä kuultava on paikalla oikeudenkäynnissä, jossa vastaaja voi esittää suoraa hänelle kysymyksiä. Oikeuden loukkaukseksi lähtökohtaisesti katsotaan kuitenkin se, että syytetylle ei ole varattu mahdollisuutta kuulustella tai kuulusteluttaa syyttäjän tai asianomistajan nimeämiä todistajia niin, ettei heitä kuulla myöskään oikeudenkäynnissä ja silti heidän esitutkinnassa antamansa kirjallinen lausuma hyväksytään todisteeksi.¹¹⁰ Koska EIS 6 § 3(d) artiklaa arvioidaan useimmiten yhdessä 6 § 1 artiklan kanssa, 6 § 3(d) artiklan loukkaamista harkitaan sen mukaan, onko vastakuulusteluoikeyden loukkaus aiheuttanut oikeudenkäynnistä kokonaisuutena arvostellen epäoikeudenmukaisen¹¹¹.

EIT on kuitenkin katsonut voitavan poiketa vastakuulusteluoikeyden toteuttamisesta käyttämällä esitutkintakertomusta, jos vastakuulusteluoikeyden toteutuminen on ollut oikeudellisesti tai tosiasiallisesti mahdotonta, ja asian ratkaisussa hyödynnetyt

¹⁰⁸ Tapanila 2004, s. 128.

¹⁰⁹ Fredman 2013, s. 665.

¹¹⁰ Hirvelä - Heikkilä 2017, s. 565.

¹¹¹ Hirvelä - Heikkilä 2017 s. 595.

esitutkintapöytäkirjakertomukset eivät ole asiassa ratkaisevassa asemassa.¹¹² Tällöin lähtökohtaisesti oikeudenloukkausta ei ole tapahtunut. Näin on tulkittu muun muassa tapauksessa *Artner v. Itävalta* (28.8.1992), johon EIT on perustanut useita myöhemmin ratkaisemiaan tapauksia. Tapauksessa asianomistajaa ei ollut kuultu pääkäsittelyssä, koska häntä ei ollut saatu haastettua oikeuteen olinpaikan muutosten johdosta, jolloin hänen aiemmat kertomuksensa oli luettu oikeudenkäynnissä. Käsittelyä oli aiemmin myös lykätty samasta syystä. EIT piti hyväksyttävänä aiempaan kertomukseen vetoamista ja siihen nojautumista, kun sitä tuki myös muu oikeudenkäyntiaineisto. Näin ollen valittajan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei ollut loukattu, vaikka hänelle ei ollutkaan annettu mahdollisuutta kuulustella asianomistajaa, jonka aiempaa kertomusta käytettiin näyttönä häntä vastaan.

Toisaalta, vaikka todistelu olisikin tuomioistuimeen nähden ollut suullista ja välitöntä, EIT ei ole aina pitänyt hyväksyttävänä aiemman kertomuksen hyödyntämistä todistelussa, jos syytetyn vastakuulustelu-oikeutta ei ollut toteutettu. Tapauksessa *Demski v. Puola* (4.11.2008) vastaajavalittaja oli ollut kateissa, eikä häntä ollut saatu haastettua valmisteluistuntoon, jossa asianomistaja A:ta oli kuultu. Valittajalla ei ollut ollut missään vaiheessa tilaisuutta esittää kysymyksiä asianomistajalle. A:n lausunnolla, johon viitattiin myöhemmin, oli keskeinen merkitys asian ratkaisussa. Valittajan oikeusturvan kannalta riittäviä toimenpiteitä ei EIT:n mukaan ollut tehty, jotta valittajan oikeudet olisivat toteutuneet. Todistelun vastaanottaminen sinänsä suullisesti ja välittömästi eivät siis olleet riittäviä luomaan oikeudenkäynnistä oikeudenmukaista, kun vastakuulustelu-oikeus ei ollut toteutunut.

Tapauksista on nähtävissä, että esitutkintapöytäkirjan käyttö todistelussa ei siis joka tapauksessa synnytä vastakuulustelu-oikeuden puuttumista. Toisaalta vaara vastakuulustelu-oikeuden loukkaukselle on ilmeinen käytettäessä esitutkintapöytäkirjaa erityisesti tilanteissa, joissa kuultava ei ole lainkaan paikalla pääkäsittelyssä. Christian Diesen on mielestäni osuvasti kysynyt että, jos ehdotonta oikeudenmukaisuutta asian kannalta ei voida saavuttaa, mikä on sitten se virhemarginaali, jonka puitteissa luottamus oikeudenmukaisuutta kohtaan vielä säilyy.¹¹³ Miten tuomioistuin pystyy konkreettisesti arvioimaan sen, milloin esitutkintapöytäkirjan käyttö todistelussa loukkaa vastaajan vastakuulustelu-oikeutta siinä määrin, että sillä rikotaan EIS:n säännöksiä? Siirryn seuraavaksi tutkimaan eritoten EIT:n ja

¹¹² Pellonpää ym. 2012, s. 623.

¹¹³ Diesen 1994, s. 17.

kotimaisen ratkaisukäytännön avulla sitä, millaisia suuntaviivoja ja apuvälineitä tuomioistuimet ovat luoneet näiden kysymysten ratkaisemiseksi.

5. Oikeuskäytännön synnyttämät ohjenuorat esitutkintakertomuksen hyödyntämiseen todistelussa

5.1 Muutosprosessi

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun todistelusäännökset ovat pitkään tukeutuneet suureksi osaksi Ruotsin lainsäädäntöön (Rättegångsbalken 1942:740). Ruotsissa 1940-luvulla tapahtuvan todisteluakin koskevan muutosprosessin yhteydessä oikeudenkäyntimenettelyä pyrittiin muuttamaan enemmän suullisuuden, välittömyyden ja keskitysperiaatteiden suuntaan.¹¹⁴ Tällaisessa uudentyypisessä pohjoismaisessa prosessijärjestelmässä nimenomaisesti kiellettiin käyttämästä hyväksi aineistoa, jonka tuomioistuin oli saanut tietoonsa pääkäsittelyn ulkopuolella. Tuomion tuli vahvasti välittömyysperiaatteen mukaan perustua tuomioistuimen tekemiin havaintoihin, eikä kirjallisiin pöytäkirjoihin. Suomessa sen sijaan vielä tuolloin hyödynnettiin, kuten myös Ruotsissa ennen edellä mainittua uudistusta, niin sanottua suullis-pöytäkirjallista menettelyä, jossa asianosaiset käytännössä esiintyivät suullisesti ja tästä asiaan vaikuttavat kohdat merkittiin oikeuden pöytäkirjaan.¹¹⁵

Ruotsin mallia seurattiin jälleen Suomessa, joskin suomalaisessa lainsäädännössä ja oikeusprosessissa Ruotsia vastaava muutos tapahtui huomattavasti myöhemmin. Alioikeuksien menettelyä rikosasioissa koskenut uudistus, joka tuli voimaan 1.1.1997, muutti pääkäsittelyä huomattavasti suullisempaan suuntaan. Riitaprosessin osalta tällainen uudistus tapahtui jo muutama vuosi aiemmin vuonna 1993.¹¹⁶ Ennen rikosprosessia koskevaa uudistusta esitutkintapöytäkirja oli automaattisesti oikeudenkäyntiaineistoa¹¹⁷. Nykyisin kuitenkin esitutkintapöytäkirjan kirjallinen lausuma voidaan ottaa vastaan ainoastaan lain sallimissa poikkeustilanteissa, jotka olen käynyt läpi luvussa 4.2.

Toisaalta vuonna 2016 voimaan tullut todistelu-uudistus ja esitutkintapöytäkirjan hyödyntämisen laajentaminen myös tapauksiin, joissa kuultavaa ei voida kuulla pääkäsittelyssä, eikä asiaa tule enää viivyttää, vie nähdäkseni käsittelyä ainakin jossain määrin

¹¹⁴ OMMML 69/2012, s. 37.

¹¹⁵ Hormia 1978, s. 122-123.

¹¹⁶ OMMML 69/2012, s. 37.

¹¹⁷ Ervo 2005, s. 156.

takaisin vanhaan. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on kuitenkin katsottu, ettei tätä uutta poikkeusperustetta tule tai ole aiheellista soveltaa laajentavasti. Kannanottonsa korkein oikeus perustaa esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellon tarkoituksiin edelleen turvata käsittelyn välittömyys, näytön arvioinnin luotettavuus ja vastakuulustelu-oikeuden toteutuminen.¹¹⁸ Tosiasiallisesti kuitenkin näen, että lainkohdan jokseenkin epämääräinen sanamuoto ja tulkinnanvaraisuus aiheuttavat sen, että esitutkintapöytäkirjaa voidaan tosiasiallisesti hyödyntää todistelussa nyt laajemmin, mikä edelleen vie käsittelyä pois suullisuudesta ja todistelun välittömyydestä.

Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittyminen vuonna 1990 on johtanut siihen, että kansallista lainsäädäntöä, myöskään todistelua koskevan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun osalta, ei ole enää voitu tulkita ainoastaan sen sanamuodon mukaisesti¹¹⁹. Vaikka lähtökohtaisesti todistelua koskeva lainsäädäntö on edelleen pyritty pitämään jäsenvaltioiden vastuulla, EIT:n ratkaisukäytäntö on vaikuttanut väistämättä myös välittömästi suomalaiseen oikeuskäytäntöön ja johtanut jopa lainsäädännön uudistuksiin. Erityisesti vastakuulustelu-oikeuden osalta vastakuulustelu-oikeuden puuttuminen on kotimaisessa ratkaisukäytännössä arvioitu pitkälti EIT:n ratkaisukäytäntöön nojaten¹²⁰.

Osittain esitutkintapöytäkirjan laajemman hyödynnettävyyden sallimista voidaan katsoa kompensoivan niin ikään 1.1.2016 voimaan tullut lakia oikeudenkäynnistä rikosasioissa koskeva uudistus, jolla määrättiin tuomioistuimelle erityinen perusteluvollisuus tilanteissa, joissa kuultavan esitutkintapöytäkirjaan merkittävä kirjallista lausumaa on hyödynnetty todistelussa hänen henkilökohtaisen kuulemisensa sijasta (ROL 11:4.3). Tämän lainkohdan syntyyn on vaikuttanut erityisesti EIT:n ratkaisu *Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* (15.12.2011)¹²¹, jossa EIT loi kolmekohtaisen säännön hahmottamaan sitä, milloin esitutkintakertomusta voidaan käyttää laillisesti todistelussa, vaikka vastakuulustelu-oikeus ei olisi toteutunut.¹²²

Lainsäädännön ohella suurimmat muutokset asian tulkintaan ovatkin tapahtuneet oikeuskäytännössä. Syytetyn vastakuulustelu-oikeus on turvattu ihmisoikeutena jo suhteellisen

¹¹⁸ KKO 2018:54, kohdat 17 ja 18.

¹¹⁹ OMML 69/2012, s. 38.

¹²⁰ OMML 69/2012, s. 38.

¹²¹ HE 46/2014 vp, s. 141.

¹²² Vaikka lainsäädäntöä uudistettaessa onkin huomioitava EIT:n ratkaisukäytännön myötä syntyneet tulkinnat, on muistettava, että tulkinnat perustuvat pitkälti yksittäisiin tapauksiin. Lisäksi EIT:n linjaukset ovat muutosalttiita, –kuten myöhemmin tässä työssä vastakuulustelu-oikeuden loukkauksenkin osalta tullemme huomaamaan– jolloin linjausten sisällyttämiseen lainsäädäntöön tulisi suhtautua varoen. (OMML 69/2012, s. 38)

kauan. EIS:n säännökset ovat kuitenkin ainoastaan oikeudellinen kehys, joidenka tarkempi sisältö tarkentuu vasta EIT:n ratkaisukäytännössä. Sen vuoksi EIT:llä on erityisen keskeinen rooli EIS:n säännösten täsmentäjänä ja tulkitsijana. Näin on myös artiklan 6 kohdalla, joka on osoittautunut yhdeksi eniten tulkintavaikeuksia aiheuttaneeksi EIS:n artiklaksi¹²³. Asiaa on tästä syystä syytä tutkia erityisesti EIT:n ratkaisukäytännön valossa, ja samalla tarkastella sitä, miten EIT:n oikeuskäytäntöä on implementoitu kotimaiseen oikeuskäytäntöön.

Tapaus *Al-Khawaja & Tahery* on ollut käänne- ja muutoskohta EIT:n linjauksessa sellaisen kuultavan, jota syytetyllä ei ole ollut mahdollisuutta kuulustella, antaman lausuman hyödyntämisessä. Tapausta ratkaistessaan EIT loi kolmekohtaisen testin (*eng. sole or decisive -rule*), jonka avulla se arvioi sitä, täyttikö kansallinen oikeudenkäynti oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytykset. Jos oikeudenkäynti olisi vastakuulustelu-oikeuden puutteesta huolimatta katsottava olevan oikeudenmukainen, todistetta saisi menettelyllisestä virheestä huolimatta hyödyntää.¹²⁴

Tapaus muutti EIT:n aiempaa linjausta radikaalisti ja samalla se kyseenalaisti ennen tätä ratkaisua annetut EIT:n ja korkeimman oikeuden ratkaisut. EIT on jo aiemmin vuosikymmenien ajan lukuisissa tapauksissa harkinnut näytön ratkaisuvoimaa ja ainuutta asian lopputuloksen kannalta. Muun muassa tapauksissa *Unterpertinger v. Itävalta* (24.11.1986), *Kostovski v. Alankomaat* (20.11.1989) ja *Luca v. Italia* (27.2.2001) oli kyse siitä, että syytetty oli tuomittu rangaistukseen kuultavan aiemman esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen kertomuksen perusteella, eikä syytetyllä ollut ollut mahdollista vastakuulustella kuultavaa. Tapauksissa EIT on katsonut, että kertomukset olivat ainoa tai ratkaiseva näyttö syytteen tueksi, jolloin niitä ei voinut hyödyntää. Aiemman linjauksen mukaan edes hyväksyttävä syy kuultavan poissaololle ei ole antanut oikeutta hyödyntää hänen esitutkinnassa antamaansa kertomusta ratkaisevana tai ainoana näyttönä asiassa¹²⁵.

Myös kotimaisissa tapauksissa, esimerkiksi KKO 2011:91, on todettu, että mikäli todiste on hankittu virheellisellä menettelyllä, tämä voi heikentää todisteen näyttöarvoa, eikä tuomiota voi perustaa pääasiallisesti tällaiseen todistusaineistoon.¹²⁶ *Al-Khawaja & Tahery* -ratkaisussaan EIT lievensi omaa kantaansa ja sallikin tällaisen todisteen käytön myös ainoana tai ratkaisevana

¹²³ Jämsä 2016, s 823.

¹²⁴ *Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* (15.12.2011).

¹²⁵ Ks. esim. *Doorson v. Alankomaat*, 23.3.1996, jossa oli kyse anonyymista todistelusta, jossa esitetyn kannan mukaan anonyymi todistelu ei saa olla ainoa ja ratkaiseva näyttö syytetyn tuomitsemiseksi. Anonyymien todistajan kertomusta ei pidetty ainoana eikä ratkaisevana, jolloin se voitiin ottaa huomioon oikeudenkäyntiaineistona.

¹²⁶ Fredman 2013, s. 630-634.

todisteena tietyin edellytyksin. Linjanmuutos ei tosin kohdistunut siihen, mitä on pidettävä ratkaisevana tai ainoaan näyttönä, vaan nimenomaan tällaisen todisteen hyödyntämisestä johtuvien menettelyllisten puutteisen sallimiseen ja niiden kompensointiin.

Myöhemmin tapauksessa *Schatschaschwili v. Saksa* (15.12.2015) EIT vielä selvensi kantaansa vastakuulustelu-oikeuden puuttumisen merkityksestä oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja niistä edellytyksistä, jotka asiassa tulee täyttää, jotta todistetta voitaisiin hyödyntää täysimääräisesti tuomion tukena. Kolmekohtaista testiä on hyödynnetty lukuisissa niin EIT:n kuin kotimaisissakin ratkaisuisissa tapauksien jälkeen¹²⁷, jolloin voidaan katsoa, että kolmekohtainen testi ja EIT:n linjanmuutos ovat jokseenkin vakiintuneita nykyiseen oikeuskäytäntöömme.

Testiä voidaan toisaalta kuvata myös oikeuskirjallisuudessa syntyneellä termillä *hyödyntämisrajoitus*, joka on selvyyden vuoksi tässä yhteydessä syytä käsitellä lyhyesti. Jurkka Jämsä on tutkimuksessaan ”Hyödyntämisrajoituksen vaikutus näyttöharkinnassa” (2015) käyttänyt tätä termiä, jolla kuvataan kuitenkin enemmänkin kolmekohtaisen testin toimintatapaa näyttöosuuden kannalta laajemmin.¹²⁸ Toisin sanoen, sellaisen todisteen näyttöarvoa, jonka osalta jokin menettelyvirhe ole toteutunut, harkitaan puutteen vakavuus ja toisaalta asiassa esitetty muu näyttö huomioon ottaen.¹²⁹ Itse pyrin taas tässä tutkimuksessani arvioimaan testin soveltamistilanteita nimenomaan yhden oikeudenkäynnin menettelyvirheen, eli vastakuulustelu-oikeuden puutteen, kannalta. Myös Tapanila on todennut hyödyntämisrajoituksen osalta, että ”käytännön tuomioistuiminnassa ollaan harvoin tilanteessa, jossa teoretisointiin perustuva malli merkittävästi auttaisi ratkaisua tekevää tuomaria.”¹³⁰ Näiden seikkojen vuoksi en käsittele hyödyntämisrajoituksen teoreettista viitekehystä sen enempää ja pyrin tässä työssäni käyttämään termiä ”kolmekohtainen sääntö”, joka mielestäni kuvaa tutkimuskohdettani paremmin.

Viimeisin lainsäädännöllinen uudistus kohdistui vielä syytetyn henkilökohtaisen läsnäolovelvollisuuden lieventämiseen pääkäsittelyssä. Tammikuun 1. päivänä 2019 voimaan tulleella lailla oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta (422/2018) muutettiin aiempaa lakia siten, että muun kuin alaikäisen vastaajan tuomitseminen vankeuteen ei edellytä enää vastaajan

¹²⁷ Ks. muun muassa *Chumura v. Puola* 3.4.2012, *Tseber v. Tšekki* 22.11.2012 ja *Sarkizov ym. v. Bulgaria* 17.4.2012 sekä KKO 2015:86, KKO 2017:93, KKO 2018:54 ja KKO 2019:14.

¹²⁸ Riekkinen 2014, s. 170 viitataan taas etenkin ainoa tai ratkaiseva -säännön osalta *liukuvan hyödyntämisen* käsitteeseen, joka on käytännössä sisällöltään samanlainen kuin Jämsän käyttämä hyödyntämisrajoitus.

¹²⁹ Jämsä 2015, s. 92-102.

¹³⁰ Tapanila 2019, s. 236.

kuulemista pääkäsittelyssä henkilökohtaisesti. Vastaajan olisi oltava läsnä, jos tuomioistuin pitää hänen läsnäoloaan tarpeellisena.¹³¹ Toisin sanoen niiden asioiden määrää, jotka tuomioistuin voi ratkaista vastaajan poissaolosta huolimatta, laajennettiin. Tämä vaikuttaa tietysti myös siihen, millainen mahdollisuus vastaajalla on vastakuulustella pääkäsittelyssä kuultavia. Käsittelyn kontradiktorisuus ei täysin voi tällaisissa tilanteissa missään nimessä toteutua. Vastaajan poissaolo pääkäsittelystä aiheuttaa sen, että vastakuulustelu on lähtökohtaisesti tullut toteuttaa jo aiemmassa prosessin vaiheessa, ja yleisiä esitutkintapöytäkirjan käyttöön ja vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseen liittyviä periaatteita tulee näissäkin tapauksissa noudattaa.

5.2 Kolmekohtainen testi

5.2.1 Toimintamekanismi

Vastakuulustelu-oikeus ei ole EIT:n mukaan oikeudenkäynnin ehdoton oikeus, vaan kuten edellä olen todennut, oikeudenkäyntiä tarkastellaan aina kokonaisuutena. Vastakuulustelua voidaan rajoittaa tai jättää se kokonaan toteuttamatta muun muassa esitutkintapöytäkirjaa hyödynnettäessä todisteena.¹³² Kotimaisessa oikeuskäytännössä tätä problematiikkaa on pidetty suhteellisen hankalana ja siihen liittyen on annettu monta ennakkoratkaisua. Vaikka ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan todistelua ja todisteiden sallittavuutta koskevat kysymykset määräytyvätkin kansallisen oikeuden nojalla¹³³, suurin merkitys asiaa tulkittaessa on kuitenkin ollut EIT:n ratkaisukäytännöllä. Ratkaisussa KKO 2019:14 korkein oikeuskin toteaa: ”ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä on saatavissa johtoa sille, milloin rikosasian syyksilukeminen voidaan hyväksyttävällä tavalla perustaa henkilön esitutkinnassa antamaan kertomukseen” (kohta 19).

Tapauksessa KKO 2019:14 viitataan nimenomaan EIT:n ratkaisuun *Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (15.12.2011), jossa EIT loi kolmekohtaisen *sole or decisive – säännön*. Ratkaisu koski kahta eri tapausta, joista *Al-Khawajan* tapauksessa oli kyse hyväksikäyttötapauksesta, joissa lääkäri toimitti kahdelle asianomistajalle hoitotoimenpiteitä näiden ollessa hypnoosissa. Toinen asianomistaja kuoli ennen pääkäsittelyä. *Tahery*-tapauksessa taas oli kyse törkeästä pahoinpitelystä, jossa todistaja pelkäsi niin paljon, ettei hän

¹³¹ HE 200/2017 vp, s. 46.

¹³² Jämsä 2016, s. 825-826.

¹³³ *Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta*, kohta 118.

tullut pääkäsittelyyn, jolloin hänen esitutkintakertomuksensa otettiin näyttönä vastaan. Kummassakaan tapauksessa vastaajan vastakuulustelu-oikeus ei toteutunut.

Kolmekohtainen testi määrittelee sen, milloin oikeudenkäynnin voidaan katsoa olevan kokonaisuutena arvioiden edelleen oikeiden mukainen, vaikka syytetyn vastakuulustelu-oikeus ei ole toteutunut. Jos todiste siis ”läpäisee” testin niin, että lopputuloksena arvioinnissa päädytään toteamaan, että oikeudenkäynti on esitutkintapöytäkirjaan merkityn lausuman käytöstä ja vastakuulustelu-oikeuden puutteesta huolimatta oikeiden mukainen, esitutkintapöytäkirjaan merkitty lausuma otetaan osaksi laillista näyttöä¹³⁴.

Säännön mukaan silloin, kun tuomio perustuu yksinomaan (eng. *sole*) tai ratkaisevasti (eng. *decisive*) sellaisen henkilön todisteluun, jota syytetyllä ei ole ollut mahdollista vastakuulustella tai kuulusteluttaa, puolustuksen oikeuksia on saatettu rajoittaa siinä määrin, että se rikkoo artiklan 6 turvaamaa oikeutta oikeiden mukaiseen oikeudenkäyntiin. EIT:n Al-Khawaja & Tahery –ratkaisussa tuomioistuimien asetti seuraavat kolme edellytystä tai kysymystä, joiden avulla esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman käyttämisen sallittavuutta todistelussa voidaan harkita. Testi soveltuu lähtökohtaisesti myös muiden menettelyllisten virheiden arvioimiseen todistelun laillisuutta ja painoarvoa harkittaessa.¹³⁵

1. Perustellun syyn edellytys: Onko todistajalla ollut perusteltu syy olla pois oikeudenkäynnistä?
2. Näyttöosuuspunninta: Onko lausuttu todiste yksinomainen tai ratkaiseva peruste syytetyn tuomioon ja syytteen tueksi?
3. Kompensointiedellytys: Onko olemassa riittäviä tasapainottavia tekijöitä, joilla vastakuulustelu-oikeuden rajoittaminen voidaan kompensoida ja oikeudenkäynnin oikeiden mukaisuus turvata? (kohta 152)

Perustellun syyn edellytyksellä tarkoitetaan yksinkertaisuudessaan sitä, että kuultavalla tulee olla perusteltu syy olla pois oikeudenkäynnistä. Toisin sanoen, onko todistajan kirjallisen kertomuksen käyttö todistelussa välttämätöntä. Samalla perusteltu syy tulee olla sille, ettei vastaajan vastakuulustelu-oikeus ole toteutunut. Perusteltu syy voi olla joko oikeudellinen tai tosiasiallinen. Ensimmäisellä tarkoitetaan sitä, että kuultavalla on oikeus tai velvollisuus vaieta oikeudenkäynnissä ja johon hän vetoaa, jolloin hän ei lausu asiassa mitään. Jälkimmäisellä taas tarkoitetaan konkreettista poissaoloa oikeudenkäynnistä esimerkiksi vakavan sairauden tai

¹³⁴ Jämsä 2015, s. 107.

¹³⁵ Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta (15.12.2011).

kuoleman johdosta. Jos kyseessä on tosiasiallinen este, sen olemassa olosta tulee viranomaisten toimesta varmistua. Yleinen artiklan 6 loukkaus onkin se, ettei tosiasiallisen esteen olemassaolosta ole varmistuttu ja näin perustellun syyn edellytyksen ei voida katsoa täyttyvän.¹³⁶

Lisäksi tapauksessa tuotiin selkeästi esille näytön luotettavuuden arviointi ja toisaalta tasapainottavien tekijöiden merkitys näytön arvioinnissa eli vastakuulustelu oikeuden puutteen kompensointi. Tuomioistuimet sääntöä soveltaessaan joutuvat siis punnitsemaan monia eri tekijöitä ja niiden summaa¹³⁷. Todistelun luotettavuus ei saa vaarantua siitä huolimatta, että sitä ei ole vastakuulustelun avulla haastettu. Sen vuoksi luotettavuuden arviointiin liittyy erityisiä näkökohtia, jotka arvioinnissa tulee ottaa huomioon.

Kuten korkein oikeuskin on ratkaisussaan KKO 2007:101 huomauttanut, lähtökohtaisesti vastakuulustelu oikeuden toteutumatta jääminen heikentää kertomuksen luotettavuutta ja se on muutenkin lähtökohtaisesti epäluotettavampi kuin suullisesti ja välittömästi tuomioistuimessa kerrottu kertomus (kohta 22). Tämän vuoksi käsiteltävää todistelua on myös arvioitava erityisesti siitä näkökulmasta, minkälainen näyttöosuus sillä on asiassa kokonaisuuteen nähden. EIT:n uuden linjauksen mukaan tällaisen todisteen luotettavuudesta tulee varmistua ennen sen hyödyntämistä, ja sen ollessa ainoa tai ratkaiseva, vastakuulustelu oikeuden puute tulee kompensoida.

EIT on huomauttanut Al-Khawaja & Tahery -tapauksen perusteluissa, että mitä suurempi näyttöarvo menettelyvirheen rasittamalla näytöllä on, sitä korkeammat vaatimukset kohdistuvat toisaalta myös kompensointiin. Tämä johtuu siitä, että EIT katsoo, että mitä keskeisempi todiste asian kannalta on kysymyksessä, sitä suurempi riski menettelyn epäoikeudenmukaisuuteen on vastaajan näkökulmasta. Tällöin myös tuomioistuimen on turvattava suuremmassa määrin todistelun luotettavuus ja arvioitava sitä tarkemmin.¹³⁸

Kolmekohtaisen säännön tulkintaa EIT tarkensi vielä ratkaisussaan Schatschaschwili v. Saksa (17.4.2015), jossa oli lyhyesti kyse kahdesta ryöstöstä Saksassa, joissa uhreina olivat latvialaisia ja liettualaisia prostituoitua. Asianomistajat olivat palanneet kotimaahansa, eikä heitä ollut saatu haastettua edes Latviaan tehdyn oikeusapupyynnön avulla. Asianomistajien esitutkintakertomukset luettiin pääkäsittelyssä, ja otettiin näyttönä vastaan, vaikka vastaajan

¹³⁶ Jämsä 2016, s. 826.

¹³⁷ Jämsä 2016, s. 824.

¹³⁸ Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta, kohdat 139-142.

vastakuulustelu-oikeus ei ollut toteutunut. Tapaus on ollut siinä määrin merkittävä, että sen vaikutus on ollut havaittavissa edelleen uudemmassa EIT:n ratkaisukäytännössä. Näissä vastakuulustelu-oikeuden toteutumista koskevissa tapauksissa on nimittäin päädytty lopputuloksiin, jotka olisivat varmasti olleet ainoastaan Al-Khawaja & Tahery -tapausta sovellettaessa erilaisia.¹³⁹

Scatschaschwili-tapauksessa EIT täsmensi ensinnäkin sitä, missä järjestyksessä kolmea edellytystä tulee arvioida ja toisaalta sitä, tulevatko kaikki edellytykset joka tapauksessa sovellettaviksi. Tapauksen perusteluista ilmenee, että kriteereitä voidaan tarkastella eri järjestyksessä, etenkin silloin, jos jokin kriteeri on erityisen keskeinen oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden arvioinnin kannalta. Se, onko kuultavan poissaololle ollut hyväksyttävä syy, on kuitenkin esikysymys, jonka jälkeen tuomioistuin voi siirtyä harkitsemaan kertomuksen näyttöosuutta ja merkitystä ratkaisulle.¹⁴⁰

EIT on edelleen Schatschaschwili-ratkaisussaan katsonut, että vaikka esitutkintakertomuksen merkitys näyttönä ei olisikaan ratkaiseva, mutta sillä on silti ollut merkittävää painoarvoa, eikä vastakuulustelu-oikeus ole toteutunut, on syytä joka tapauksessa tarkastella myös toteutettujen tasapainottavien tekijöiden roolia. Oikeuskäytäntö on ollut tältä osin kuitenkin epäyhtenäistä, kuten EIT ratkaisusta Horncastle ym. v. Yhdistynyt Kuningaskunta (16.12.2014) ilmenee. Tässä tapauksessa EIT ei taas ollut arvioinut tasapainottavien tekijöiden osuutta lainkaan, sillä se oli katsonut, että todistajan kertomuksen merkitys oli niin vähäinen, ettei tälle ollut tarvetta (kohta 151).¹⁴¹ Se, missä todisteen merkittävän painoarvon ja vähäisen merkityksen raja sitten menee, on taas selvitettävä ainoastaan tapauskohtaisesti¹⁴². EIT:n ratkaisuja on hankala soveltaa näyttöosuusharkinnan osalta yksittäiseen tapaukseen, sillä tapausten tapahtumainkulku ja esitetty näyttö eroavat pakostikin jonkin verran toisistaan.

Edelleen Al-Khawaja & Tahery -ratkaisun perusteluissa EIT on todennut, että perustellun syyn edellytys on ehdoton, toisin kuin kaksi muuta edellytystä. Tapauksessa Schatschaschwili EIT taas on lausunut, että ehdottomuus sotii kolmekohtaisen säännön joustavuustarkoitusta vastaan, eikä ole tarkoituksenmukaista luoda enempää ehdottomia sääntöjä EIS 6 artiklan tulkintaan.

¹³⁹ Kemppinen 2017, s. 390.

¹⁴⁰ Kemppinen 2017, s. 393.

¹⁴¹ Kemppinen 2017, s. 394

¹⁴² Tapanila 2019, s. 150 EIT on selkeästi pyrkinyt selkeyttämään kolmekohtaista sääntöä Schatschaschwili-tapauksellaan, mutta tässä tavoitteessa ei ole onnistuttu. Tapauksen myötä luotu uusi ”merkityksellisen näytön kynnyksen” näyttöarvoa punnittaessa on aiheuttanut entistä enemmän hämmennystä näytön arviointiin. Tapausta tulee tulkita niin, että kolmekohtaisen säännön kriteereitä tulee soveltaa, ei pelkästään ainoaan tai ratkaisevaan näyttöön, vaan myös muihin todisteisiin laajemmin.

Perustellun syyn edellytyksenkään ei voida näin ollen katsoa olevan poikkeukseton. Erityisesti, jos sellaisen todistelun merkitys, jota syytetyllä ei ole ollut mahdollisuutta vastakuulustella, merkitys jää pieneksi, myöskään perustellun syyn edellytykselle ei ole annettava ratkaisevaa merkitystä.¹⁴³

Joka tapauksessa prosessiekonomian tavoite luo ainakin jonkinasteiset rajat sille, milloin perustellun syyn edellytyksen ehdotonta noudattamista voidaan pitää kohtuuttomana. Jos prosessiekonomisista syistä vastakuulustelu-oikeudenkin puute sallitaan, ei ole tarkoituksenmukaista mennä miten pitkälle tahansa kuultavan läsnäolon varmistamiseksi pääkäsitelyssä.¹⁴⁴

Tapauksessa *Efendiyev v. Azerbaidzan* 18.12.2014 EIT niin ikään lausui, että ensin on ratkaistava se, onko olemassa perusteltu syy kuultavan poissaololle. Sen jälkeen vasta voidaan harkita, onko todiste ainoa tai ratkaiseva. Toisaalta, vaikka poissaolevan kuultavan kertomus ei ole ollut asiassa ainoa tai ratkaiseva näyttö, EIT on katsonut, että EIS 6 § 1 jaa 3(d) kohtaa oli rikottu, kun kuultavan poissaololle ei ollut esitetty hyvää syytä ja vastakuulustelu-oikeutta oli loukattu. (kohta 41)

5.2.2 Ainoa tai ratkaiseva todiste – *sole or decisive* -sääntö

Käsittelen seuraavaksi kahta seuraavaa kolmekohtaisen säännön edellytystä laajemmin. *Sole or decisive* -sääntö on erityisen merkityksellinen, sillä se käytännössä luo rajat sille, missä määrin poikkeuksia vastakuulustelu-oikeuteen ja kirjallisen kertomuksen hyödyntämiskieltoon voidaan hyväksyä¹⁴⁵. Oikeudenkäymiskaassa tai laissa oikeudenkäynnistä rikosasioista ei ole säännelty sitä, minkälainen merkitys esitutkintapöytäkirjakertomukselle tulisi antaa todisteena. ROL:n esitöissä ainoastaan todetaan lyhyesti, että tällaisella aineistolla voi olla joissain tapauksissa todistelua jossain määrin täydentävä vaikutus.¹⁴⁶ Tulkitsenkin tätä EIT:n linjauksen avulla niin, että tällainen todiste ei saa olla pääasiallinen näyttö syyllisyyden tueksi. Hallituksen esityksen perusteella kuitenkin katson, että lainsäätäjällä on tarkoittanut esitutkintakertomuksen olevan joka tapauksessa ainoastaan lisänäyttöä muun todistelun ohella. Myös EIT on katsonut asian olevan näinkin ehdoton vuonna 2001 antamassaan ratkaisusta *Luca v. Italia*, jolloin se nimenomaisesti puhui ensimmäisen kerran *sole or decisive* -säännöstä.¹⁴⁷

¹⁴³ *Schatschaschwili v. Saksa* (17.4.2015).

¹⁴⁴ Jämsä 2016, s. 828-829.

¹⁴⁵ Biral 2014, s. 336.

¹⁴⁶ HE 82/1995 vp, s. 144.

¹⁴⁷ Paruch 2018, s. 149.

Kuten jo aiemmin olen todennut, EIT on kuitenkin muuttanut tällaista ehdotonta linjausta, jolloin tuomioistuinten on tullut entistä enemmän keskittyä siihen, milloin näyttö voidaan katsoa olevan ratkaiseva, jolloin myös tiettyjä toimenpiteitä tämän kompensoimiseksi tulee suorittaa. EIT:n uudella linjauksella ei niinkään muutettu aiempia tulkintoja siitä, mitä oli pidettävä ratkaisevana tai ainoana näyttönä langettavan tuomion kannalta. Uusi linjaus sen sijaan muutti *sole or decisive* -säännön funktion täysin päinvastaiseksi.

Aiemmin säännöllä pyrittiin turvaamaan syytetyn asemaa tekemällä mahdottomaksi sellaiset tuomiot, jotka perustuivat ainoastaan tai ratkaisevasti sellaiseen todistajan lausuntoon, jota syytetyllä ei ole ollut mahdollisuutta riitauttaa¹⁴⁸. Säännöllä rajoitettiin lisäksi tuomioistuinten huomattavaa harkintavaltaa ja vapaata todistusharkintaa niin, että syytetyn vähimmäisoikeudet olivat varmasti taatut¹⁴⁹. Al-Khawaja & Tahery -ratkaisun jälkeen suunta on ollut joustavampi ja *sole or decisive* -säännön hyödyntämisen funktio muuttui päinvastoin niin, että sen avulla pyritään selvittämään se, milloin syytetyn oikeuksista voidaan poiketa kuitenkin ihmisoikeuksia loukkaamatta. Näin ollen EIS artikkelissa 6 § 3(d) turvattu vähimmäisoikeus ei olekaan enää absoluuttinen.¹⁵⁰

Koska säännön soveltaminen käytännössä on suhteellisen haastavaa ja epäselvää, helpompaa on käsitellä kahta säännön osaa erikseen. Ensimmäinen edellytys on suhteellisen helppotulkintainen. Se viittaa yksittäiseen ja ainoaan todisteeseen, joka tukee vastaajan syyllisyyttä. ”Ratkaiseva” sen sijaan on tuottanut enemmän tulkintahaasteita oikeuskäytännössä. Toisinaan tuomioistuimet ovat ottaneet asiaan tiukan lähestymistavan ja katsoneet, että todiste on aina ratkaiseva, paitsi jos se on hyödytön¹⁵¹. Ne taas, jotka ovat kannattaneet *sole or decisive* -säännön merkityksen supistamista EIT:n uuden linjauksen mukaisesti, ovat katsoneet, että sanaa ”ratkaiseva” olisi tulkittava niin, että se sisältäisi ainoastaan niin merkittävät todisteet, jotka todennäköisesti ratkaisevat asian.¹⁵² Seuraavat tapausesimerkit hahmottavat sitä, miten todisteen roolia asiassa tulee EIT:n mukaan arvioida, kun tuomioistuin haluaa selvittää, onko todiste katsottava ratkaisevaksi.

Al-Khawaja & Tahery -ratkaisussa on todettu, että todisteen ratkaisevuutta tulee tulkita suppeasti ja tarkoittaen todistelua, joka on siinä määrin merkittävää, että asian lopputulos todennäköisesti määräytyy sen perusteella (kohta 131). Tämä tarkoittaa luonnollisesti sitä, että

¹⁴⁸ Widder 2014, s. 1085-1086.

¹⁴⁹ Biral 2014, s. 336.

¹⁵⁰ Widder 2014, s. 1085-1086.

¹⁵¹ Biral 2014, s. 337.

¹⁵² Paruch 2018, s. 148.

sellaisen kertomuksen, jota syytetyllä ei ole ollut mahdollista haastaa vastakuulustelulla, painoarvoa tulee verrata suhteessa muuhun esitettyyn näyttöön. Asetelmat erityyppisissä rikosasioissa voivat olla hyvinkin erilaisia, jolloin pelkästään kuultavan rooli oikeudenkäynnissä ei automaattisesti määrittele kertomuksen merkitystä. Esimerkiksi seksuaalirikoksissa asianomistajan kertomus on usein ainoa välittömiä havaintoja sisältävä kertomus tapahtuneesta, kun taas esimerkiksi huumausainerikoksissa yleensä suuremman painoarvon saa muun muassa puhelu- ja paikkatiedot, sekä takavarioidut huumausaine-erät.¹⁵³

Al-Khawaja & Tahery -tapauksessa tuomioistuimien vertasi todistajan esitutkintakertomuksen suhdetta muuhun esitettyyn näyttöön, jota olivat muun muassa todistajien kanssa tapahtumista keskustelleiden kahden muun todistajan kertomukset, vastaajan myöntämät seikat tietyiltä osin, GPS-tiedot ja vastaavanlaiseen rikokseen liittyvät todisteet. EIT kuitenkin totesi, että kyseisen muun näytön painoarvo ja luotettavuus asiassa ei ollut suuri, sillä kyseessä oli lähinnä kuulopuhetta ja aihetodistelua, jolloin todistajan kertomusta voitiin pitää ratkaisevana syyllisyyden kannalta.¹⁵⁴ Ainoaksi tai ratkaisevaksi todisteeksi EIT onkin useimmiten katsonut syyttäjän nimeämän keskeisen henkilötodistajan, kuten silminnäkijän, kanssasyytetyn, asiantuntijan tai epäillyn kertomuksen, josta ilmenee välittömiä havaintoja rikoksesta¹⁵⁵.

EIT on niin ikään tapauksessa Hornscastle v. Yhdistynyt Kuningaskunta (16.12.2014), jossa oli kyse asianomistaja H.M:n kidnappauksesta, arvioinut sitä, onko asianomistajan kertomus ollut ratkaiseva tai ainoa todiste vastaajan syyllisyydestä. H.M:ää ei ollut voitu kuulla, eikä kuulustella pääkäsittelyssä. Tapauksessa oli esitetty kertomuksen lisäksi näyttönä videokuvaa ennen ja jälkeen itse kidnappauksen, sekä puhelutietoja, jotka molemmat osoittivat riidattomasti vastaajan syyllisyyttä. Lisäksi tapauksessa kuultiin todistajina H.M:n isää ja poliisivirkamiestä, jotka molemmat olivat kuulleet puhelut, joissa vaadittiin lunnaita. Isän ja poliisin kertomuksilla oli suuri merkitys vastaajan syyllisyyden puolesta. Lisäksi EIT piti merkittävänä sitä, ettei H.M:n kertomuksesta käynyt ilmi minkäänlaisia viitteitä hänen kidnappajiensa henkilöllisyydestä, vaan ainoa asia, joka H.M:n kertomuksesta selvisi, oli se, että hänet oli kidnapattu. Kidnappajien henkilöllisyys selvisi muilla todisteilla, jotka olivat täysin riippumattomia H.M:n kertomuksesta. Siksi EIT katsoi, ettei H.M:n kertomus ollut ainoa eikä ratkaiseva vastaajan syyllisyyden tueksi.¹⁵⁶

¹⁵³ Tapanila 2019, s. 144.

¹⁵⁴ Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta, kohdat 141-144.

¹⁵⁵ Tapanila 2019, s. 144.

¹⁵⁶ Hornscastle v. Yhdistynyt Kuningaskunta (16.12.2014), kohta 150-151.

Vielä EIT on muun muassa tapauksessa Vidgen v. Alankomaat (10.7.2012) arvioinut juurikin todistajakertomuksen ratkaisevuutta. Tapauksessa oli kyse huumausaineiden salakuljetuksesta, jossa valittajan tuomio perustui pitkälti kanssasyytetyn aiemmin antamaan tunnustukseen. Kanssasyytetty ei kuitenkaan suostunut enää lausumaan mitään myöhemmin, jolloin vastakuulustelu ei ollut toteutunut. Valittajan syyllisyydestä ei ollut näytetty juurikaan muuta näyttöä, kuin kanssasyytetyn lausunto, ja kansallinen tuomioistuin oli nojannut tuomionsa pitkälti tähän. EIT huomautti, että jotta kertomusta olisi voitu täysimääräisesti hyödyntää, vaikka vastakuulustelu-oikeus ei ollut toteutunut, lausuntoa on tuettava tällöin muilla vahvoilla todisteilla. Todisteiden tulisi liittyä riitautettuihin seikkoihin ja erityisesti niihin asioihin, joista vastaaja olisi halunnut todistajalta kysyä. Kun muita vahvoja todisteita kertomuksen rinnalle ei tapauksessa ollut, kanssasyytetyn kertomusta oli pidettävä ainoana ja ratkaisevana todisteena. Tällaisessa tapauksessa todistetta ei voida ottaa lainkaan vastaan¹⁵⁷.

Tapausten pohjalta voin todeta, että EIT on kiinnittänyt huomiota etenkin siihen, millaista muuta todistelua on kertomuksen rinnalla esitetty. Se, että kertomus liittyy riitaisiin seikkoihin, tekee siitä luonnollisesti merkittävämmän asian ratkaisun kannalta. Yksittäistapauksessa kirjallisen kertomuksen merkitystä voidaan arvioida muun muassa niin päin, että suljetaan tarkastelun kohteena oleva kirjallinen kertomus pois näytöstä ja katsotaan, onko näyttönä esitetty muu todistusaineisto riittävää langettavan tuomion antamiseksi¹⁵⁸. Riitauttamattomien lausuntojen käyttö voidaan katsoa oikeudenmukaiseksi ainoastaan siis tapauksissa, joissa muu todistusaineisto, joka eroaa tällaisista kertomuksista, voidaan katsoa tukevan langettavaa tuomiota myös yksinään¹⁵⁹.

Joka tapauksessa esitutkintapöytäkirjaa ratkaisussa hyödynnettäessä tuomioistuimella on vielä erityinen perusteluvollisuus oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 11 luvun 4 §:n 3 momentin nojalla. Lainkohdan mukaan tuomioistuimen tulee erityisesti perustella tuomiossaan, mikä merkitys sellaisen kuultavan, jota ei ole pääkäsittelyssä kuultu, vaan sen sijaan on käytetty hänen esitutkintapöytäkirjaan merkittyä lausumaansa, kertomukselle on näyttönä annettu. Tuomioistuimen on myös perusteltava, millaisiin toimenpiteisiin on tällaisessa tilanteessa ryhdytty puolustuksen oikeuksien turvaamiseksi, ja miksi kuultavaa ei ole kuultu henkilökohtaisesti oikeudenkäynnissä. Erityinen perusteluvollisuus ulottuu siis kaikkiin kolmekohtaisen säännön edellytyksiin. Jos kansallinen tuomioistuin ei ole tehnyt kantaansa

¹⁵⁷ Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta, kohdat 118-119.

¹⁵⁸ Tapanila 2004, s. 131.

¹⁵⁹ Biral 2014, s. 337.

selväksi sen osalta, onko näyttöä pidettävä ainoana tai ratkaisevana, EIT joutuu itse arvioimaan tämän seikan¹⁶⁰, minkä jälkeen se voi harkita, onko esitutkintapöytäkirjan käyttö katsottava sallituksi todistelussa. Perusteluun ja näytön harkintaan on siis syytä kiinnittää erityistä huolellisuutta jo heti käräjäoikeudessa.

5.2.3 Todistelun luotettavuuden arviointi

Lähtökohtaisesti, jotta kolmekohtaista sääntöä voitaisiin laisinkaan soveltaa, tulee varmistaa prosessuaalisten takeiden olemassaolo. Yksi tällaisista takeista on todistajakertomuksen luotettavuuden arviointi. Normaalisti todistelun luotettavuutta arvioidaan vastakuulustelulla pääkäsittelyssä, jossa vastaaja voi riitauttaa ja haastaa todistajan kertomuksen heti ja tuoda esiin seikkoja, jotka horjuttavat kertomuksen luotettavuutta. Vastajan menettelyllisten oikeuksien toteutuminen parantaa siis suoraan myös todistelun luotettavuutta¹⁶¹. Lisäksi tuomioistuin pystyy kuultavaa pääkäsittelyssä kuulusteltaessa tekemään havaintoja suoraan kuultavasta. Kirjallisten kertomusten hyödyntäminen estää tällaisten havaintojen tekemisen ja samalla vaarantaa tältä osin totuuden selvittämisen. Lauri Hormia onkin väitöskirjassaan osuvasti todennut ”Paperi ei punastele”, joka tarkoittaa juurikin sitä, että kertomuksen lukeminen esitutkintapöytäkirjasta vie tuomarilta mahdollisuuden arvioida kuultavan luotettavuutta omien havaintojensa pohjalta.¹⁶²

Kuten jo tiedämme, vastakuulustelu-oikeutta ei kuitenkaan tarvitse joka tapauksessa toteuttaa. Tällaisissa tapauksissakin todistelun luotettavuudesta täytyy kuitenkin jollain tapaa varmistua. Tapauksessa KKO 2001:91 korkein oikeus on todennut, ettei virheellinen menettely (esimerkiksi siis vastakuulustelu-oikeudesta poikkeaminen) vielä välttämättä merkitse, ettei todistetta saisi hyödyntää todistelussa. Korkein oikeus on kuitenkin nostanut esiin sen, että tuomioistuimen on tällaisissa tapauksissa arvioitava sitä, onko virheellinen menettely vaikuttanut todistelun luotettavuuteen.¹⁶³ Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2013:97 on edelleen todettu, että kuultavan poissaolo tai vaikeneminen siinä oikeudenkäynnissä, jossa kertomuksen luotettavuutta arvioidaan ja näyttöratkaisu tehdään, heikentää vastaajan

¹⁶⁰ Kemppinen 2017, s. 394.

¹⁶¹ Jämsä 2015, s. 102.

¹⁶² Hormia 1979, s. 129. Myös Tapanila 2004, s. 131 todistajan havaintojen luotettavuus sekä todistajan luotettavuus henkilönä vaikuttavat luonnollisesti myös todisteen luotettavuuteen ja sitä kautta sen merkittävyyteen asian ratkaisun kannalta. EIT ei kuitenkaan suorita varsinaista todistusharkintaa, vaan se on jätetty kansallisten tuomioistuinten tehtäväksi, jolloin tämän tyyppinen todisteen luotettavuuden arviointi jää EIT:n suorittaman tarkastelun ulkopuolelle.

¹⁶³ KKO 2011:91, kohta 17.

puolustautumismahdollisuuksia. Tällaisissa tapauksissa tuomioistuimen on arvioitava kertomus erityisen huolellisesti ja varovaisesti.¹⁶⁴

Samoin Al-Khawaja & Tahery -ratkaisussaan EIT katsoi, että kirjallista kertomusta hyödynnettäessä tuomio voidaan perustaa kirjalliseen kertomukseen ainoastaan, jos tällainen kertomus on merkitykseensä nähden riittävän luotettava.¹⁶⁵ Kuten aiemmin olen todennut, laissa ei ole säännelty sitä, millainen merkitys tuomioistuimen tulee antaa esitutkintapöytäkirjan kertomukseen siihen vedottaessa, vaan tuomioistuimen on vapaata todistusharkintaa hyödyntäen punnittava esitutkintapöytäkirjan relevanssi asian ratkaisun kannalta.

Samalla, kun todisteen merkitystä asian ratkaisun kannalta arvioidaan (*sole or decisive* -sääntö), on punnittava sitä, kuinka luotettavana todistetta ylipäätään voidaan pitää. Lähtökohtaisesti, jos todisteen näyttöarvo on pieni, myöskään todistelun luotettavuuden arviointiin ei tarvitse käyttää niin paljon resursseja kuin tilanteessa, jossa todiste osoittautuu ratkaisevaksi tai ainoaksi syytettä tukevaksi näytöksi. Luotettavuuden punninta liittyy lisäksi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kokonaisharkintaan. Harkittaessa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kokonaisuudessaan, merkitystä on sillä, ovatko todisteen hankintaan ja käyttämiseen liittyvät olosuhteet vaarantaneet todisteen luotettavuutta.¹⁶⁶

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä luotettavuuden arviointiin on katsottu vaikuttavan useita erilaisia seikkoja. Selkeitä suuntaviivoja sille, milloin kertomus on luotettava ja milloin ei, ei kuitenkaan ole, vaan jokainen asia on ratkaistava tapauskohtaisesti siihen liittyvät tosiseikat huomioon ottaen. Yksittäisessä tapauksessa todisteen kriittinen arviointi voi johtaa huomattavaan todisteen näyttöarvon alenemiseen¹⁶⁷ tai jopa hyödyntämiskieltoon. Ruotsissa Rättegångsbalkenin esitöissä on myös todettu, että kirjallisella kertomuksella on useimmissa tapauksissa alhaisempi todistusarvo kuin suoralla suullisella kertomuksella, eikä tuomioistuimen pidä tyytyä ainoastaan kirjalliseen kertomukseen, jos suullista kuulemistä voidaan pitää tarpeellisenä todistajan yleisen uskottavuuden arvioimiseksi¹⁶⁸.

Tapauksessa KKO 2013:97, jossa oli kyse lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä, korkein oikeus on lapsen esitutkintapöytäkirjakertomusta arvioidessaan kiinnittänyt huomiota

¹⁶⁴ KKO 2013:97, kohta 11.

¹⁶⁵ Fredman 2013, s. 636-637.

¹⁶⁶ Lutsenko v. Ukraina 18.12.2008, kohta 48.

¹⁶⁷ Jämsä 2015, s. 108.

¹⁶⁸ Prop. 1986/87:89, s. 172 ja 174.

ensinnäkin siihen, kuinka yksityiskohtainen ja johdonmukainen kertomus esitutkinnassa on ollut. Toisaalta korkein oikeus on antanut painoarvoa myös teon laadulle ja asianomistajan iälle. Koska asianomistaja oli seksuaalirikoksen tapahtuma-aikaan 14-15-vuotias, ja asia on ollut hänelle erityisen epämiellyttävä, korkein oikeus on katsonut, ettei asianomistajan kertomuksen olennainen muuttuminen tai siinä ilmenneet ristiriitaisuudet anna sinänsä aihetta päätellä, että hänen kertomuksensa olisi epäluotettava.¹⁶⁹

Seksuaalisen hyväksikäytön tapauksissa asianomistajan ja vastaajan kertomukset ovat useimmiten ainoita välittömiä todisteita tapahtumista. Jos vastakuulustelu-oikeus ei ole toteutunut, kertomuksen luotettavuutta ei ole pystytty lähtökohtaisesti millään tavalla varmistamaan.¹⁷⁰ Mielestäni siksi korkeimman oikeuden tulkinta siitä, ettei olennaisetkaan muutokset asianomistajan kertomuksessa ole tapauksessa KKO 2013:97 tehneet kertomusta lähtökohtaisesti epäluotettavaksi, on kyseenalainen. Näen, että näin tulkittaessa vastaajan puolustautumismahdollisuudet kyseistä kertomusta vastaan ovat entistäkin heikommat, jollei mahdollisuuksia.¹⁷¹

Luonnollisesti myös yhdenmukaisen todistelun määrä lisää yksittäisen todisteen luotettavuutta. Toisin sanoen, mitä kattavampaa todistelu on, sitä luotettavampana sitä voidaan pitää.¹⁷² Näin erilaiset todisteet luovat keskenään myös luotettavuutta toisilleen.¹⁷³ Tapauksessa Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta, asianomistajan esitutkintakertomuksen luotettavuutta lisäsi se, että hän oli kertonut asiasta kahdelle ystävälleen, joita kuultiin myös pääkäsittelyssä. Asianomistaja oli myös antanut poliisille näiden kertomusten kanssa yhdenmukaisen lausuman ja toisen asianomistajan kertomus oli niin ikään yhdenmukainen asianomistajan kertomuksen kanssa.¹⁷⁴ Tällöin EIT katsoi, että kertomusta voitiin pitää luotettavana.

¹⁶⁹ KKO 2013:97, kohdat 34-36.

¹⁷⁰ Pellonpää ym. 2012, s. 635-636.

¹⁷¹ Myös Tapanila 2004, s. 132-133 muun muassa lähisuhdeväkivalta tapauksissa asianomistajan kertomus on usein ratkaiseva syytettyä tukeva näyttö, jolloin sen hyödyntämättömyys tuomion perustana voi aiheuttaa syytteiden hylkäämisen, mikä edelleen on asianomistajan kannalta epätoivottavaa. Rikosprosessissa peruserätyydenä oikeudenmukaisuuden toteutumiseksi on kuitenkin, että epäselvissä tapauksissa syyte tulee hylätä. Asianomistajan intressien turvaaminen (syytetyn tuomitseminen) ei saa johtaa siihen, että tiettyjen rikostyyppien kohdalla sovellettaisiin normaalia alhaisempaa näyttökynnystä tai hyväksyttäisiin jopa todisteita, joihin muussa tapauksessa kohdistuisi hyödyntämiskielto.

¹⁷² Jämsä 2015, s. 48.

¹⁷³ Kuitenkin Diesen 1993, s. 430-431 arvioidessaan todisteita tuomarin on pyrittävä vastustamaan useita psykologisia mekanismeja, jotka vaikuttavat tiedostamatta kaiken tyyppisissä monimutkaisissa oikeudellisissa arvioinnissa. Tällaisista mekanismeista (mm. subjektiivinen arviointi) välttäminen alentaa riskiä siitä, että epäolennaiset tekijät vaikuttaisivat asian lopputulokseen. Vaarana nimittäin on, että kokonaisuus peittää asian pienemmät osat. Päätöksen ei pitäisi perustua käsillä olevan materiaalin kokonaisvaikutelmaan, vaan jokaisen todisteen näyttöarvo on arvioitava erikseen.

¹⁷⁴ Al-Khawaja & Tahery v. Yhdistynyt Kuningaskunta, kohdat 153-158.

Tilanteissa, joissa kuultava vaikenee pääkäsittelyssä, huomioon on otettava korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2013:97 mukaan ainakin vaikenemisen syyt sekä todisteen luotettavuuden arvioimiseksi se, miten esitutkintakertomus on annettu ja miten kuultavan kertomus on syntynyt.¹⁷⁵ Niissä tilanteissa taas, joissa kuultava poikkeaa pääkäsittelyssä esitutkintakertomuksestaan, haasteeksi nousee se, kumpaa kertomusta on pidettävä uskottavampana. Lähtökohtaisesti prosessioikeudellisia periaatteita noudattaen pääkäsittelyssä annettu lausuma tulisi laittaa tuomion pohjaksi. Koska esitutkintakertomukseen vetoaminen on kuitenkin laissa säädetty sallittaviksi, täytyy esitutkintakertomuksellakin olla joissakin tilanteissa jonkinlainen arvo. Muutenhan vetoaminen esitutkintakertomukseen olisi joka tapauksessa hyödytöntä.

Lauri Hormia on oikeudellisessa tutkimuksessaan ”Todistamiskielloista rikosprosessissa I” (1978) koonnut oikeuskirjailijoiden kantoja siitä, kumpaa hetkeä, esitutkintaa vai oikeudenkäyntiä, on pidettävä ”totuuden hetkenä”. Esitutkinta osoittautui yleisemmin vaiheeksi, jossa lähtökohtaisesti totuuden selvittämiseksi katsottiin olevan parhaat mahdolliset puitteet. Kantaa perustellaan muun muassa sillä, että esitutkintalaitoksen ei tarvitse noudattaa oikeudenkäynnille tyypillisiä jäykkiä normistoja, vaan esitutkintalaitoksen on toimittava mukautumiskykyisesti ja tehokkaasti¹⁷⁶. Lisäksi totuuden selvittämisen painopiste välttämättömästi kohdistuu jo esitutkintaan, sillä esitutkinnassa suoritetaan kuulustelut, etsinnät ja tiedustelut, joiden perusteella syyte nostetaan. Joidenkin oikeuskirjailijoiden näkemys on, että pääkäsittelystä on vaarana tulla jopa esitutkinnan mekaaninen toisinto.¹⁷⁷

Oikeuskirjallisuudessa on myös todettu, että oikeudenkäynnissä on vaikeaa korjata esitutkinnassa tehtyjä virheitä, jolloin oikeudenkäyntiä ei senkään kannalta voida pitää vaiheena, jossa esitutkinnassa tehdyt virheet oikaistaan ja totuus selvitetään. Toisaalta esiin on

¹⁷⁵ Myös ruotsalaisessa oikeuskäytännössä on kiinnitetty huomiota muun muassa vaikenemisen syihin. Tapauksessa RH 2002:65, jossa oli kyse lähisuhdeväkivallasta, asianomistaja oli kieltäytynyt jossain määrin syyttäjän esittämiin kysymyksiin vastaamisesta, ja hänen aiemmin kertomaansa oli käytetty hyödyksi todistelussa. Vastaajalla ei ollut mahdollisuutta ollenkaan vastakuulustella asianomistajaa, sillä tämä poistui istunnosta. Tuomioistuimien kiinnitti huomiota siihen, miksi asianomistaja oli kieltäytynyt vastaamasta kysymyksiin. Asianomistaja ei pystynyt antamaan mitään tosiasiallista syytä sille, miksi hän ei vastannut. Hänen avustajansa oli kertonut asianomistajan pelkäävän vastaajaa ja hänelle olevan vaikeaa ilmaista suullisesti tapahtumia. Tuomioistuimien on huomauttanut EIS 6 artiklan tarkoituksesta antaa vastaajalle puolustautumismahdollisuudet häntä esitettyjä väitteitä vastaan. Kun asianomistajan kertomusta ei voitu kyseenalaistaa vastakuulustelulla, eikä muut syyttäjän esittämän todisteet olleet tarpeeksi vahvoja, tapauksessa esiintyneissä olosuhteissa vastaajaa ei voitu tuomita teosta.

¹⁷⁶ Toisin kuin Summers 2007, s. 141-142 lähtökohtaisesti huono vaihtoehto on se, että vastakuulustelumahdollisuus annetaan jo esitutkinnassa, sillä tämä menettely ei ole julkinen eikä esitutkintaan liity sellaisia vastaajan puolustuksen oikeudellisia takeita, jotka taas oikeudenkäynnissä taataan.

¹⁷⁷ Hormia 1978, s. 258-259.

nostettu myös ajan kulumisen.¹⁷⁸ Esitutkinta on useimmiten suoritettu lähellä rikoksen tapahtumista ja pitkän ajan päästä pidettävässä oikeudenkäynnissä muistikuvat taas voivat olla hataria ja asia on kuultavan mielessä voinut kuukausien tai jopa vuosien saatossa muuttua. Tällöin loogisesti voidaan ajatella, että esitutkintakertomus vastaa todennäköisesti paremmin todellisuutta.¹⁷⁹

Myös asianomistajan näkökulmasta selvää on, että esitutkinnassa annettua lausumaa voidaan pitää lähtökohtaisesti luotettavampi, sillä asianomistajalla on esitutkinnassa esitutkintalain mukaan positiivinen totuusvelvollisuus ja lisäksi totuusvelvollisuus esitutkinnassa on sanktioitu. Pääkäsittelyssä taas asianomistajalla on negatiivinen totuusvelvollisuus, hän ei anna totuusvakuutusta, eikä totuusvelvollisuutta ole nimenomaisesti sanktioitu¹⁸⁰, jolloin oikeudellisesti tarkasteltuna tätä lausumaa ei lähtökohtaisesti voida pitää yhtä luotettavana.¹⁸¹ En kuitenkaan usko, että monikaan asianomistajan roolissa oleva arvioi totuusvelvollisuuttaan tältä kannalta ja hyödyntää tietoisesti esitutkinnan ja pääkäsittelyn totuusvelvollisuuteen liittyviä eroja, joten tällaisella teoretisoinnilla ei välttämättä ole käytännön oikeuselämässä suurta merkitystä.

Niin ikään tuomioistuimen osalta tilanne voi olla samanlainen. Kuultavan esitutkintakertomuksen ja pääkäsittelykertomuksen uskottavuuden punninnassa voi vaikuttaa ennemminkin yleiset kokemussäännöt ihmisen muistin ja ajatusmaailman toiminnasta kuin se, kummalle kertomukselle tulisi oikeudellisten periaatteiden mukaisesti tai lainsäädännöllisestä näkökulmasta antaa enemmän painoarvoa. Punninta kallistuu usein esitutkintapöytäkirjan kirjattuun lausumaan, johon tuomioistuin usein katsoo, ettei ole vielä niin suuresti vaikuttanut kuultavan normaali muistikuvien heikentyminen ajan saatossa tai tapahtuman jälkeinen keskustelu toisten henkilöiden kanssa. Selvää toki onkin, että muun muassa muilta kuullut kertomukset samasta tapahtumasta helposti vaikuttavat kuultavan omiin mielikuviin tapahtumista.

Seuraavassa tapauksessa käräjäoikeus ei ole tainnut itsekään tietää selvää syytä sille, miksi se piti todistajan esitutkintakertomusta uskottavampana kuin pääkäsittelyssä kerrottua. Tämä

¹⁷⁸ Hormia 1978, s. 258-259.

¹⁷⁹ Olen itse tehnyt samanlaisen havainnon käydessäni seuraamassa lukuisia oikeudenkäyntejä, joissa lähes poikkeuksetta viitataan joltain osin kuultavan esitutkintakertomukseen. Monessa asiassa esitutkintapöytäkirjaan kirjattua kertomusta tuomioistuin pitää uskottavampana kuin tuomioistuimessa lausuttua esitutkintakertomuksesta poikkeavaa kertomusta.

¹⁸⁰ Muistutan kuitenkin vielä, että jos henkilöä kuullaan todistajana, hänen on pysyttävä totuudessa ja lisäksi omaloitteisesti ilmaistava, mitä hän asiasta tietää (positiivinen totuusvelvollisuus). Jos todistaja antaa virheellistä tietoa tai jättää jotakin kertomatta, häntä voidaan rangaista perättömästä lausumasta rikoslain 15 luvun mukaisesti.

¹⁸¹ Järvinen 2011, s. 28.

viittaa juuri siihen, että taustalla vaikuttaa enemmänkin tuomarin yleiskäsitys kertomuksen uskottavuudesta kuin puhdas oikeudellinen punninta.

Varsinais-Suomen kärjäoikeuden tuomiossa 19/122937 21.5.2019, jossa oli kyse tappelusta A:n ja B:n välillä. Kärjäoikeus on pitänyt todistaja X:n esitutkinnassa kertomia seikkoja uskottavampana kuin pääkäsittelyssä kertomia, jotka poikkeavat olennaisesti todistajan esitutkintakertomuksesta. Kärjäoikeus on tuomion perusteluissa ainoastaan selostanut eroavaisuudet kertomusten välillä, jonka jälkeen se on suoraan todennut: ”Kärjäoikeus on tämän vuoksi näyttöä arvioidessaan antanut todistaja X:n esitutkintakertomukselle suuremman merkityksen kuin hänen kärjäoikeudessa antamalleen kertomukselle”.

5.2.4 Kokonaisharkinta ja tasapainottavat tekijät

EIT painotti kaiken muun lisäksi Al-Khawaja & Tahery -ratkaisussaan oikeudenmukaisuuden kokonaisharkintaa ja tasapainottavien tekijöiden merkitystä tilanteissa, joissa vastakuulustelu-oikeutta on loukattu ja esitutkintapöytäkirjakertomusta on hyödynnetty todistelussa¹⁸². Keskeisimpänä tasapainottavien tekijöiden tarkoituksena on se, ettei kontradiktorisen periaatteen rajoittaminen muodostu kohtuuttomaksi vastaajan näkökulmasta. Tasapainottavia tekijöitä ovat käytännössä prosessuaalisten takeiden olemassa, joihin voidaan, kuten edellä olen esittänyt, lukea yhtenä luotettavuuden arviointi.¹⁸³ Tasapainottavilla tekijöillä pyritään siis saattamaan oikeusprosessi kuitenkin kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukaiseksi, vaikka jokin yksittäinen menettelyllinen virhe prosessissa tapahtuisikin.

Valittaja Al-Khawajan tapauksessa tasapainottavina tekijöinä katsottiin ensinnäkin se, että tuomari oli ennen ratkaisua huomauttanut lautamiehille, että todiste on lausuttu esitutkintapöytäkirjan pohjalta, jolloin heillä ei ole mahdollisuutta arvioida todistajan uskottavuutta (kohdat 153-158). Toisin sanoen, tuomioistuin on muistuttanut siitä, ettei todisteelle voida antaa samanlaista painoarvoa todistusharkinnassa kuin sellaiselle henkilötodistelulle, jota vastaan syytetty on voinut toimittaa vastakuulustelun.

Oikeudenkäynnissä tulee varmistaa lisäksi se, että lausutun todisteen luotettavuus on pystytty varmistamaan muulla tavalla ja joka tapauksessa on tultu siihen lopputulokseen, että se on tarpeeksi luotettava sen merkitykseen nähden¹⁸⁴. Jälleen arvioinnissa kiinnitetään huomiota riitauttamattomaan lausumaan ja sitä tukeviin muihin todisteisiin¹⁸⁵. Vahvistavia muita

¹⁸² Samoin Pölönen 2003, s. 323 rikosprosessia tulee tarkastella kokonaisuutena. Esimerkiksi todistamiskieltojen vastainen menettely tai muu menettelyvirhe niin esitutkinnassa kuin pääkäsittelyssäkin voi vaikuttaa koko oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen.

¹⁸³ Al-Khawaja & Tahery v. Yhdsitynyt Kuningaskunta, kohdat 146-147.

¹⁸⁴ Al-Khawaja & Tahery v. Yhdsitynyt Kuningaskunta, kohta 147.

¹⁸⁵ Widder 2014, s. 1087-1088.

todisteita voidaan jopa pitää avainasemassa sen varmistamisessa, että riitauttamattomia esitutkintapöytäkirjakertomuksia käytetään todistelussa oikeudenmukaisesti¹⁸⁶. EIT katsoikin Al-Khawajan tapauksessa, että vastakuulustelu-oikeuden puutteen kompensoinnista oli huolehdittu ja oikeudenkäynti oli kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukainen, eikä artiklaa 6 § 3(d) ollut rikottu.

Tapauksessa Schatschaschwili v. Saksa, EIT on arvioinut tasapainottavina tekijöinä kansallisen tuomioistuimen huolellisen harkinnan ja perustelun, kuulustelujen videoimisen, todistajien kertomusta tukevan muun todistelun ja annetun mahdollisuuden esittää kuultavalle kysymyksiä epäsuorasti (muun muassa kirjallisesti ja esitutkintavaiheessa). Vastajalle ei kuitenkaan ollut määrätty puolustajaa silloin, kun tuomari oli kuulustellut todistajia. EIT katsoi, että viranomaisten olisi tullut mahdollistaa vastaajan ja hänen puolustajansa läsnäolo tällaisessa kuulemisessa. Lisäksi, koska kuultavien kertomukset olivat merkittäviä asian lopputuloksen kannalta, EIT katsoi, ettei riittäviä tasapainottavia tekijöitä vastakuulustelu-oikeudesta poikkeamiselle ilmennyt.¹⁸⁷

Vastakuulustelu-oikeus voidaan siis EIT:n ratkaisukäytännönkin perusteella joissain tapauksissa toteuttaa jo ennen pääkäsittelyä, useimmiten esitutkinnassa, jolloin vastakuulustelu ilmenee usein esitutkinnan tallenteelta¹⁸⁸. Ennen pääkäsittelyä toteutettu vastakuulustelu ei kuitenkaan automaattisesti tarkoita sitä, että vastakuulustelu-oikeuden toteutumisesta olisi huolehdittu oikeudenmukaisella tavalla.¹⁸⁹ Esitutkinnassa annettu mahdollisuus vastakuulustella sopii myös jokseenkin huonosti suomalaiseen rikosprosessiin. Monessa muussa Euroopan valtiossa, kuten Itävallassa, Saksassa, Ranskassa, Englannissa ja Espanjassa¹⁹⁰, esitutkinta suoritetaan niin sanotun tutkintatuomarin valvonnassa, joka kuuluu tuomioistuinorganisaatioon. Suomessa tällainen järjestelmä ei ole käytössä, vaan esitutkinnasta huolehtii esitutkintaviranomainen, useimmiten poliisi, jolloin vastaajan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyvien oikeuksien toteuttamiseen jo esitutkintavaiheessa tulisi suhtautua varovaisuudella.¹⁹¹

¹⁸⁶ Biral 2014, s. 344.

¹⁸⁷ Schatschaschwili v. Saksa, kohdat 119-131 ja 152-160.

¹⁸⁸ Myös Tapanila 2019, s. 141 kertomuksen tallentaminen esitutkinnassa ja tuolloin vastakuulustelumahdollisuuden antaminen voi sinänsä olla hyväksyttävää kontradiktorisen periaatteen mukaisesti. Todistelun välittömyyden kannalta taas menettely johtaa väistämättä todistelun välittömyyden puutteeseen, millä voi olla sen sijaan merkitystä todisteen näyttöarvoharkinnassa. Kun taas Virolainen 2008, s. 226 tehokkain keino estää vastakuulustelu-oikeuden loukkauksien syntyminen tilanteissa, joissa voidaan epäillä, ettei todistajaa tulisi saamaan vaikeuksista pääkäsittelyyn, on vastakuulustelu-oikeuden toteuttaminen jo esitutkintavaiheessa.

¹⁸⁹ Lisäksi Jämsä 2016, s. 826-827 suotavaa ei ole, että vastaajan oikeuksia pyrittäisiin lähtökohtaisesti toteuttamaan etupainotteisesti.

¹⁹⁰ <https://e-justice.europa.eu>

¹⁹¹ Tapanila 2019, s. 156.

Kuitenkin etenkin asioissa, joissa asianomistajana on lapsi, ei lapsen kuulemista pääkäsitelyssä voida lähtökohtaisesti pitää suotavana. Tällöin vastakuulustelu-oikeuden puute voidaan kompensoida osaltaan videoimalla lapsen esitutkintakertomus, jota voidaan lähtökohtaisesti pitää aina tasapainottavana tekijänä tällaisissa tapauksissa.¹⁹² Yksinään tällainen tekijä ei kuitenkaan tee oikeudenkäynnistä kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukaista.

Tapauksessa A.S v. Suomi 5-vuotiaan asianomistajan kertomus oli videoitu ja vastaajalle oli annettu mahdollisuus tutustua tallenteeseen ja kommentoida sitä. Riittävänä tasapainottavana tekijänä ei kuitenkaan pidetty ainoastaan tällaisen mahdollisuuden tarjoamista, kun vastaajalle ei ollut järjestetty tilaisuutta esittää asianomistajalle kysymyksiä. Riittäväksi tasapainottavaksi tekijäksi ei edes katsottu sitä, että tuomioistuimien oli lisäksi perustellut näyttöratkaisunsa varsin hyvin ja huolella. EIT katsoi, että EIS 6 § 3(d) oli rikottu.

EIT:n ratkaisemassa tapauksessa Batek v. Tšekki (12.1.2017) oli taas kyse lahjusrikoksesta. Kahta kuorma-auton kuljettajaa, jotka olivat todistajina asiassa ei ollut kutsuttu pääkäsitelyyn, sillä he asuivat ulkomailla ja heidän kertomuksensa oli otettu esitutkintapöytäkirjojen pohjalta vastaan käsittelyssä. EIT totesi, ettei tuomioistuimien ollut suhtautunut tällaiseen näyttöön erityisellä varovaisuudella tai huomauttanut niiden näyttöarvosta. Itse näytön arviointi oli kuitenkin suoritettu huolellisesti ja lisäksi kertomusten tueksi oli esitettävissä muuta näyttöä. Vastaajat olivat voineet riitauttaa kertomukset. EIT katsoi, että tasapainottavia tekijöitä oli ollut riittävästi, eikä EIS 6 artiklan 1 ja 3(d) kohtia ei ollut loukattu (Ään. 5-2).¹⁹³

Itse asettuisin kuitenkin tässä tapauksessa vähemmistöön jääneiden tuomareiden puolelle, jotka katsoivat, että todistajia olisi pitänyt tavoittaa kansainväliseen oikeusapuun nojaten. Käytännössä todistajia ei ollut tavoiteltu ollenkaan, kun heitä ei ollut kutsuttu koko pääkäsitelyyn. Tällöin heillä ei voinut myöskään olla perusteltua syytä olla poissa pääkäsitelystä. Ratkaisu tekee käytännössä kolmekohtaisen säännön ensimmäisestä edellytyksestä, eli perustellun syyn edellytyksestä, hyödyttömän¹⁹⁴. Myös Tapanila on pitänyt ratkaisun lopputulosta ja tapauksessa tehtyä Schatschaschwili-tapauksen tulkintaa yllättävänä juurikin siitä syystä, ettei todistajakertomusten hyödyntämisen sallimiselle ole ollut erityistä perustetta, mutta silti todistajakertomusten hyödyntäminen on sallittu¹⁹⁵. Muun tässäkin työssä

¹⁹² Pellonpää 2012, s. 631.

¹⁹³ Batek v. Tšekki, 12.1.2017, kohdat 52-54.

¹⁹⁴ Kemppinen 2017, s. 397.

¹⁹⁵ Tapanila 2019, s. 152.

esitetyn oikeuskäytännön valossa näkisin, etteivät mainitut tasapainottavat tekijät ole olleet riittäviä oikeudenmukaiseksi kompensatioksi vastaajan vähimmäisoikeuden rikkomisesta.

Joka tapauksessa, kuten todistelun luotettavuuden arvioinninkin kohdalla, EIT:n ratkaisua yksittäisissä tapauksissa on hankalaa arvioida ennakolta. Oikeudenkäynnin kokonaisarvostelu on johtanut siihen, että EIT laajentaa tapaus tapaukselta näkökulmiaan sen suhteen, mitkä tekijät voidaan katsoa lisäävän oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta ja todistelun luotettavuutta, ja mitkä eivät.¹⁹⁶ Tällaisten tekijöiden kombinaatioita on yhtä monta kuin itse tapauksiakin. Tapauskohtainen arviointi saa yhä suuremman roolin EIT:n suhteellisen yleisen ja laajan lähestymistavan johdosta, jolloin ratkaisujen ennustettavuus väistämättä heikkenee. Käytännössä siis yleispäteviä ja tarkkoja määritelmiä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöille ei voida tässä yhteydessä luoda.

6. Syytetyn oikeusturvakeinot vastakuulustelu-oikeutta loukattaessa

6.1 Kotimaiset oikeussuojakeinot

Jollei vastaajalle ole varattu tilasuutta esittää kuultavalle kysymyksiä, kyseessä on prosessuaalinen menettelyvirhe. Koska vastakuulustelu-oikeus on myös vastaajan EIS:n mukainen vähimmäisoikeus, vastakuulustelu-oikeuden turvaamisen laiminlyönti rikkoo niin ikään syytetyn oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Kyseessä on siis suhteellisen vakava rikkomus, jolloin syytetyllä täytyy olla käytössään oikeusturvakeinoja mahdollisen virheen korjaamiseksi.

Jos vastaaja katsoo, ettei käräjäoikeudessa hänen oikeutensa ole toteutuneet ja hänet on tästä syystä tuomittu väärin perustein, hän voi hakea muutosta valittamalla hovioikeuteen, jos hovioikeus myöntää jatkokäsittelyluvan. Jatkokäsittely lupa tulee oikeudenkäymiskaaren 25a luvun 11 §:n mukaan myöntää, jos ”ilmenee aihetta epäillä käräjäoikeuden lopputuloksen oikeellisuutta, käräjäoikeuden ratkaisun lopputuloksen oikeellisuutta ei ole mahdollista arvioida jatkokäsittelylupaa myöntämättä, lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa asioissa on tärkeä myöntää asiassa jatkokäsittelylupa tai luvan myöntämiseen on muu painava syy.” Jatkokäsittelylupaa ei kuitenkaan saman lainkohdan mukaan tarvitse myöntää

¹⁹⁶ Biral 2014, s. 344.

yksinomaan näytön uudelleen arvioimista varten, ellei käräjäoikeuden lopputuloksen oikeellisuutta ole samalla aiheita epäillä.

Suullisuusperiaate ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus koskevat EIT:n ratkaisukäytännön mukaan myös muutoksenhakuvaihetta ja asian käsittelyä yleisessä oikeusasteessa. Suomi liittyi EIS:een vuonna 1990, mitä ennen hovioikeusmenettely Suomessa oli lähinnä kirjallista. Tämän vuoksi Suomi EIS:een liittyessään teki varauman, ettei se voinut toistaiseksi taata oikeutta hovioikeusmenettelyn ja korkeimman oikeuden menettelyn suullisuuteen. Vuonna 1998 hovioikeusmenettelyä kuitenkin uudistettiin, jolloin lakiin otettiin myös EIS:n mukaiset säännökset hovioikeusmenettelyn suullisuudesta¹⁹⁷.

Merkitystä ei ole sillä, vaikka suullinen käsittely olisi toteutettu jo käräjäoikeudessa. Erityisesti näyttökysymyksistä ja tätä kautta vastaajan syyllisyydestä valitettaessa hovioikeuteen, erityisen tärkeää on toimittaa suullinen käsittely näytön arviointia varten myös valitusasteessa.¹⁹⁸ Asianosainen voi myös vaatia suullisen käsittelyn järjestämistä, jolloin pääkäsittely on järjestettävä, ellei sitä katsota ilmeisen tarpeettomaksi¹⁹⁹.

Tapauksessa KKO 2017:19 A oli tuomittu käräjäoikeudessa ehdolliseen vankeuteen alentuneesti syyntakeisena nuorena henkilönä muun muassa pakottamisesta seksuaaliseen tekoon. A valitti tuomiosta ja vaati pääkäsittelyn järjestämistä hovioikeudessa näytön uudelleen arvioimiseksi. Hovioikeus ei pitänyt asiassa pääkäsittelyä ja pysytti käräjäoikeuden tuomion. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, että asiassa olisi tullut toimittaa pääkäsittely, sillä asianomistajan ja vastaajan kertomukset olivat vastakkaisia, eikä kertomusten uskottavuuden arvioimista voitu suorittaa pääkäsittelyä järjestämättä. Asiaa ei myöskään voida pitää vähämerkityksellisenä A:lle hänen nuori ikänsä, alentunut syyntakeisuutensa, ensikertalaisuutensa ja huomattava vahingonkorvauksen määrä huomioon ottaen, jolloin pääkäsittely olisi tullut järjestää. (Ään.)

¹⁹⁷ Suullinen käsittely järjestettiin keskimäärin kaikista hovioikeuden käsittelemistä valitusasioista vuonna 2003 noin 25 %:ssa (Virolainen-Pölonen 2003, s. 369) ja vuonna 2009 33 %:ssa (Tapanila 2010, s. 727) tapauksista. Vuonna 2013 suullisten käsittelyiden määrä oli 30 % (Tilastokeskuksen oikeustilastoja 2014: Hovioikeuksien ratkaisut vuonna 2013). Kirjallinen menettely hovioikeusprosessissa on siis edelleen merkittävässä asemassa ja suorastaan pääsääntö suulliseen menettelyyn nähden.

¹⁹⁸ Virolainen-Pölonen 2003, s. 368-369.

¹⁹⁹ Oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 14 §:n mukaan pääkäsittelyä ei tarvitse hovioikeudessa järjestää asianosaisten pyynnöstä huolimatta, jos hovioikeudessa ei tarvitse ottaa vastaan suullista todistelua sen vuoksi, että näytön arvioinnin oikeellisuudesta ei voi jäädä varteenotettavaa epäilystä, ja pääkäsittelyn toimittaminen on muutoinkin selvästi tarpeetonta huomioon ottaen erityisesti asian laatu ja merkitys asianosaiselle.

Myös välittömyysperiaate pätee lähtökohtaisesti muutoksenhakuvaiheessa. Ylemmällä tuomioistuimella tulisi olla yhtä hyvät mahdollisuudet arvioida asiassa esitettyä näyttöä ja etenkin suullista todistelua kuin alemmalla on ollut, jotta se voisi asianmukaisesti harkita käräjäoikeuden lopputuloksen oikeellisuutta.²⁰⁰ Siksi oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 15 §:n mukaan suullinen todistelu on otettava uudelleen vastaan hovioikeudessa, jos kyse on käräjäoikeuden näytön uskottavuudesta tekemästä arviosta. Tämä säännös on keskeinen erityisesti oman tutkimuskysymyksen kannalta, sillä kuten olen jo useasti esittänyt, harkittaessa, voidaanko vastakuulusteluoikeudesta oikeudenmukaisesti poiketa, kyse on pitkälti tuomioistuimen tekemästä näyttöarvioinnista.

Jos hovioikeus myöntää asiassa jatkokäsittelyluvan, mutta asia ratkaistaan niin, ettei se edelleenkään vastaa valittajan kantaa, hän voi edelleen valittaa korkeimpaan oikeuteen, jos korkein oikeus myöntää valitusluvan. Valituslupa voidaan myöntää oikeudenkäymiskaaren 30 luvun 3 §:n mukaan, ”jos lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeätä saattaa asia korkeimman oikeuden ratkaistavaksi taikka jos siihen on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen sellaisen oikeudenkäynti- tai muun virheen takia, jonka perusteella ratkaisu olisi purettava tai poistettava, tahi jos valitusluvan myöntämiseen on muu painava syy.” Käytännössä valitusluvan myöntämisellä voidaan ehkäistä ylimääräisen muutoksenhaun, eli tuomion purun tai kantelun käyttäminen tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen.

Viimeinen kotimainen muutoksenhaku keino vastaajan oikeuksien toteuttamiseksi onkin siis ylimääräinen muutoksenhaku. Ylimääräisiä muutoksenhakeinoja ovat kantelu, lainvoimaisen tuomion purku ja menetetyn määräajan palauttaminen, joista oman tutkimusaiheeni kohdalla kyseeseen tulee ensinnäkin kantelu. Oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 1 §:ssä on lueteltu ne perusteet, joilla tuomio voidaan poistaa kantelun seurauksena tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen. Oman tutkimusaiheeni kannalta keskeisin peruste kantelulle on kohta neljä: ”jos oikeudenkäynnissä on tapahtunut muu oikeudenkäyntivirhe, joka havaitaan tai voidaan otaksua olennaisesti vaikuttaneen jutun lopputulokseen”. Tässä tapauksessa kantelu on tehtävä kuuden kuukauden kuluessa tuomion lainvoimaiseksi tulosta (OK 31:2.2) korkeimmalle oikeudelle. Muun muassa vakavat kontradiktorisuuden loukkaukset voivat johtaa tuomion poistamiseen ylimääräisen muutoksenhaun kautta.

²⁰⁰ Virolainen – Pölönen 2003, s. 378.

Tapauksessa KKO 2007:36 hovioikeus oli tuominnut A:n törkeästä varkaudesta ja B:n avunannosta törkeään varkauteen. Syyksi lukemiset perustuivat ratkaisevasti teosta aiemmin tuomittujen M:n ja R:n esitutkintakertomuksiin. A:lle ja B:lle ei ollut missään prosessin vaiheessa annettu tilaisuutta vastakuulustella M:ää tai R:ää. A ja B tekivät EIT:een valituksen Suomen valtiota vastaan vedoten EIS 6 artiklan oikeuksiensa loukkaukseen²⁰¹. EIT katsoi loukkauksen tapahtuneen, kun vastakuulustelu-oikeutta ei ollut toteutettu. A ja B tekivät tämän jälkeen kantelun korkeimpaan oikeuteen. Korkein oikeus katsoi, että kysymys oli syytetyille kuuluvasta keskeisestä oikeudesta, jota ei ollut toteutettu ja lisäksi oikeudenkäyntivirheen luonne oli sellainen, että se voitiin katsoa kuuluvan OK 31 luvun 1 §:n 4 kohdan piiriin, jolloin hovioikeuden tuomio poistettiin.²⁰²

Ylimääräisessä muutoksenhaussa on hyvin usein käsitelty tilanteita, joissa on ollut kyse lapsen esitutkintatallenteen käyttämisestä todistelussa, mutta syytetyille ei ole varattu tilaisuutta esittää lapselle kysymyksiä. Korkeimman oikeuden arvioitavaksi on tällöin tullut, olisiko kertomusta saanut käyttää lainkaan todisteena. Jos vastakuulustelu-oikeuden puute on katsottu menettelyvirheeksi, korkein oikeus on lähes poikkeuksetta katsonut tällöin olevan kyseessä niin keskeinen oikeudenkäyntivirhe, että OK 31 luvun 1 §:n 4 kohta ilman muuta täyttyy ja tuomio poistetaan ja asia palautetaan alempaan tuomioistuimeen uudelleen käsittelyä varten²⁰³. Jos kuitenkin hyväksyttävänä on pidetty sitä, että kertomus otetaan osaksi oikeudenkäyntiaineistoa niin, että sen näyttöarvoa alennetaan, itse näyttöarviointia eli näytön merkitystä koskevaa harkintaa, ei yleensä ole pidetty laissa tarkoitettuna kanteluperusteena.²⁰⁴

Oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 8 §:n 4 kohdan mukaan taas lainvoiman saanut tuomio voidaan rikosasiassa purkaa, jos tuomio muun muassa perustuu ilmeisesti lain väärään soveltamiseen. Esimerkiksi EIT:n antama langettava tuomio Suomea vastaan voi toimia Suomessa tuomion purkuperusteena. Koska EIS on Suomessa sovellettava laki, EIT:n antama langettava tuomio sopimuksen rikkomisesta voi osoittaa myös jonkun myöhemmän ratkaisun kohdalla lain virheellistä soveltamista. Ratkaisussaan KKO 1998:33 korkein oikeus vahvisti, että EIT:n ratkaisu voi toimia purkuperusteena. Jos EIT on katsonut jossakin tapauksessa

²⁰¹ Ks. Mild & Virtanen v. Suomi 26.7.2005.

²⁰² Huomioon tulee kuitenkin ottaa se, että korkeimman oikeuden on aina yksittäistapauksittain arvioitava, milloin kontradiktorisuuden tai vastakuulustelu-oikeuden rikkominen edellyttää tuomion poistamista, vaikka EIT:n langettava ratkaisu vahvasti korreloikin kantelun menestymisen mahdollisuuksista ylimääräisessä muutoksenhaussa (Tapanila 2019, s. 245).

²⁰³ Tapanila 2019, s. 244-245 seksuaalisen hyväksikäytön tilanteissa asianomistajan kertomus on useimmiten ainoa ja keskeinen näyttö rikoksen täyttymisestä, jos syytetty kiistää teon. Siksi sen voidaan katsoa olennaisesti vaikuttavan jutun lopputulokseen. On myös mahdollista, että asianomistajan kuulustelukertomus on niin keskeinen osa koko näyttöä, että siihen voidaan kohdistaa hyödyntämiskielto, jolloin syytteeltä häviää käytännössä kokonaan näytöllinen pohja.

²⁰⁴ Koponen 2017, s. 354-356.

menettelyn loukkaavan EIS:n säännöksiä, korkein oikeus on voinut viitaten tähän EIT:n tapaukseen poistaa tuomion, jossa on käytetty samankaltaista menettelyä lain virheellisenä soveltamisena. Purkuperusteen olemassaolo on kuitenkin aina harkittava tapauskohtaisesti, eikä EIT antama myöhempi langettava tuomio automaattisesti tarkoita kotimaisen tuomion purkamista tällä perusteella.²⁰⁵

6.2 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT)

EIS 1 artiklan mukaan valtion tulee turvata jokaisen ihmisoikeudet ja -vapaudet omalla lainkäyttövallallaan. Tämän vuoksi valtio on siis vastuussa teoista, jotka loukkaavat EIS:ta. EIS:n noudattamista valvotaan tehokkaalla valvontajärjestelmällä, johon kuuluvat yksilön valitusoikeus (EIS 34 artikla), tuomioistuinkontrolli (EIS 19 artikla) ja tuomioiden täytäntöönpanon valvonta (EIS 46 artikla). EIS:n velvoitteiden takeeksi perustettiin Ranskan Strasbourgissa vuonna 1959 EIT, jonka toimivaltaan kuuluu EIS:n velvoitteiden toteutumisen valvominen erityisesti yksilöiden valitusten perusteella.²⁰⁶ Yksilövalituksen voidaankin katsoa olevan keskeisin oikeusturvakeino EIS:n takaamien ihmisoikeuksien toteuttamiseksi²⁰⁷.

EIS 34 artiklan mukaan ”[t]uomioistuin voi ottaa vastaan valituksia, joissa yksityishenkilö, kansalaisjärjestö tai ryhmä väittää jonkun korkeista sopimuspuolista loukanteen heidän yleissopimuksessa tai sen pöytäkirjoissa tunnustettuja oikeuksiaan. Korkeat sopimuspuolet eivät saa millään tavoin estää tämän oikeuden tehokasta käyttöä.” Korkeilla sopimuspuolilla tarkoitetaan kansallisia tuomioistuimia, hallintoviranomaisia ja muita julkista valtaa käyttäviä tahoja. Valittajan vastapuolena on kuitenkin aina valtio loukkauksen aiheuttaneesta tahosta riippumatta.²⁰⁸

Valituksen tekemisen edellytyksenä ensinnäkin on valittajan väite siitä, että julkista valtaa käyttävä taho on loukannut valittajan jotakin EIS:ssa turvattua oikeutta (EIS 34 artikla). Toiseksi kaikki valittajan kotimaassa tarjolla olevat oikeussuojakeinot on tullut ensin käyttää (EIS 35 § 1). Asiaa ei siis oteta tutkittavaksi ennen kuin kaikki kansalliset oikeussuojakeinot on käytetty, jotta valtiolla on ensin mahdollisuus korjata mahdollinen oikeudenloukkaus omalla prosessillaan. Sääntö ei kuitenkaan koske ylimääräistä muutoksenhakua (menetetyn määräajan

²⁰⁵ Koponen 2017, s. 309-311. Ks. myös Tapanila 2019, s. 245.

²⁰⁶ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 17-18.

²⁰⁷ Oikeus yksilövalituksen tekemiseen on nykyisin yli 820 miljoonalla ihmisellä. Valituksia 2010-luvulla on EIT:een tullut vuosittain noin 40 000-60 000. Valituksia, jotka koskevat Ukrainaa, Turkia, Unkaria, Romaniaa ja Venäjää tulee EIT:een eniten. (Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 19-20) Suomea vastaan vuonna 2018 tuli vireille 174 valitusta, joista 170 jätettiin tutkimatta tai poistettiin. Vuonna 2018 vireillä oli Suomea vastaan vielä 20 valitusta. (European Court of Human Rights, Annual Report 2018)

²⁰⁸ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 26-27.

palauttamista lukuun ottamatta), vaan valitus voidaan tehdä, vaikka ylimääräiseen muutoksenhakuun ei ole turvaututtukaan. Kotimaisia oikeussuojakeinoja käytettäessä on tullut lisäksi vedota juuri niihin loukkauksiin, joihin EIT:ssakin vedotaan.²⁰⁹ Kolmanneksi valitus on tullut tehdä kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun korkein kansallinen oikeusaste tai viranomainen on antanut lopullisen päätöksensä asiassa (EIS 35 § 1). Huomioitava kuitenkin on, ettei EIT anna ratkaisua asiassa, joka on asiasisällöltään olennaisesti samanlainen kuin EIT:n jo aiemmin tutkima asia (EIS 35 § 2(b)). Myös tällä perusteella EIT voi jättää valituksen enemmälti tutkimatta.

Yksilövalituksen tekeminen tapahtuu erityisellä valituslomakkeella, joka ladataan internetistä ja lähetetään suoraan EIT:lle Ranskaan²¹⁰. Valituslomakkeeseen on täytettävä tarvittavat tiedot ja liitettävä käsittelyyn liittyvät asiakirjat, jotta valitus voidaan ylipäätään ottaa tutkittavaksi. Valituksen tekeminen on maksutonta, eikä siihen välttämättä käsittelyn alkuvaiheessa tarvita oikeudellista avustajaa²¹¹. Itse valituksen käsittelyprosessi EIT:ssa on suhteellisen monimutkainen ja -vaiheinen, eikä sitä ole tarkoituksenmukaista käsitellä tässä työssä yksityiskohtaisemmin.

EIS 6 artikla on näyttäytynyt keskeisenä myös yksilövalitusten osalta, sillä vuonna 2018 suurin osa, jopa 24 %, kaikista EIT:n tuomitsemista EIS:n rikkomuksista koski oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin²¹². Suomi ei ole tässä suhteessa poikkeus. Erityisesti tapauksia, joissa nimenomaan syytetyn oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyviä oikeuksia on loukattu, on useita. EIT on antanut Suomea vastaan tuomioita vuosina 1990-2018 yhteensä 188 kappaletta, joista ainoastaan 35:ssä tapauksessa EIT ei katsonut rikkomusta tapahtuneen. Tuomioista suurin osa on koskenut oikeudenkäynnin kestoa ja oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.²¹³ Osassa kaikki kotimaiset valitusasteet läpi käyneistä tapauksista vasta EIT on katsonut oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaiseksi ja näin EIS:n 6 artiklaa loukatun.

EIT:n ratkaisemat valitusasiat koskien vastakuulustelu-oikeuden toteutumista ja esitutkintapöytäkirjan käyttöä todistelussa ovat kuitenkin osoittaneet EIT:n linjaamat rajat sille, mikä kuuluu sen ratkaisutoimivaltaan ja mikä ei. EIT:n lähestymistapa näyttöä koskeviin

²⁰⁹ Pellonpää ym. 2018, s. 206-209, 216.

²¹⁰ Tarkemmat ohjeet valituslomakkeen jättämiseen ja täyttämiseen löytyvät Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen internetsivuilta <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms/fin&c=>.

²¹¹ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 26-27.

²¹² European Court of Human Rights, Annual Report 2018.

²¹³ <https://www.ihmisoikeuskeskus.fi>

kysymyksiin voidaan kuvata vähintäänkin varovaiseksi. EIT toistuvasti painottaa, että todisteen näytön arviointi kuuluu jäsenvaltion tuomioistuimelle, eikä EIT:lle. EIT ei siis arvioi, onko jäsenvaltio arvioinut näyttöä oikein. Se ainoastaan kiinnittää huomiota siihen, onko jäsenvaltion tuomioistuimen arvioinnin kohteena olevat todisteet esitetty niin, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeet toteutuvat ja toisaalta, onko tapauksessa tullut esille muita prosessiin liittyviä seikkoja, jotka tekevät oikeudenkäynnistä oikeudenmukaisen.²¹⁴ Käsiteltävänä EIT:ssa on siis prosessi, eikä todisteiden näyttöarvo itsessään²¹⁵.

7. Nykyisen oikeustilan arviointia

7.1 Hyödyt

Nykyisin vastakuulustelu-oikeudesta voidaan siis tietyissä tilanteissa poiketa ja käyttää esitutkintapöytäkirjaan merkittyä kirjallista lausumaa todistelussa. Tällainen oikeustila luo omat haasteensa yksilön oikeuksien toteutumisen varmistamiseksi, mutta toisaalta sen taustalla vaikuttaa monia sellaisia seikkoja, jotka puhuvat sen puolesta.

Kuten aiemmin ole todennut, esitutkintakertomuksilla nykypäivänä on keskeinen rooli rikosprosessi. Myös Helsingin hovioikeudenneuvos Jaakko Rautio ja Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan professori Dan Frände ovat todenneet, että OK 47 §:n 2 momentti on ”mitä keskeisin säännös käytännön oikeuselämässä”²¹⁶. Esitutkintapöytäkirjalausumaan vetoaminen ristiriitaisilta osin auttaa ensinnäkin selvittämään sen, missä määrin kuultavan kertomusta pääkäsitelyssä voidaan pitää uskottavana ja totena. Toisaalta tuomioistuimen on tärkeää selvittää se, kummalla kerralla kuultavan kertomus on totuudenmukaisempi. Poikkeus onkin mielestäni erittäin tärkeä ja hyödyllinen silloin, kun asiassa pyritään selvittämään ilmenneitä ristiriitoja ja tällöin aineellisesti oikeudenmukaiseen lopputulokseen pääseminen on todennäköisempää.

²¹⁴ Summers 2007, s. 133.

²¹⁵ Tapanila 2019, s. 144 tätä kantaa voidaan kritisoida siitä syystä, että ainoa tai ratkaiseva -sääntö perustuu pitkälti laadulliseen ja määrälliseen arviointiin siitä, onko kuultavan kirjallinen kertomus ainoa tai ratkaiseva näyttö syyllisyydestä. Tämä aiheuttaa epäjohtamukaisuutta ja epäloogisuutta EIT:n linjaukseen, ettei sen tule arvioida näyttökysymyksiä vaan jättää se kansallisten tuomioistuinten tehtäväksi. Myös Summers 2007, s. 141 syyttäjän vedotessa kirjalliseen kertomukseen, tämä on silloin tehnyt oman kantansa selväksi siitä, että todiste on tärkeä syyllisyyden toteen näyttämiseksi. Pelkästään syyttäjän kirjalliseen kertomukseen vetoaminen siis tarkoittaa todisteen näyttöarvon punnintaa, muutenhan tällaisen todisteen tulisi jo se esitettäessä riittää vakuuttamaan kaikki asiaan osalliset siitä, että todiste on tärkeä syyllisyyden tueksi.

²¹⁶ Rautio – Frände 2016, s. 278.

Asianomistajalla on oikeus olla lausumatta mitään asiassa. Tästä näkökulmasta, kun esitutkintapöytäkirjaan merkittyä lausumaa saadaan hyödyntää todistelussa tilanteessa, jossa asianomistaja vaikenee pääkäsittelyssä, periaatteessa rikotaan asianomistajan oikeutta olla lausumatta mitään omassa asiassaan ja olla näin vaikuttamatta asian ratkaisuun. Asianomistajan kertomuksella on kuitenkin useimmiten keskeisin rooli syytteiden toteennäyttämässä, jolloin asianomistajan vaikeneminen voi johtaa jopa syytteiden hylkäämiseen näyttämättöminä. Sen vuoksi asianomistajan esitutkintakertomukseen vetoaminen tilanteissa, joissa asianomistaja käyttää vaikenemisoikeuttaan on oltava mahdollista, sillä rikosasioissa painaa asianomistajan oikeuksien ja etujen rinnalla vähintään yhtä paljon laajempi yhteiskunnallinen funktio. Syytetyn oikeudenmukaisella tuomitsemisella on laaja yleisestävä vaikutus ja rikosvastuun toteuttaminen kuuluu syyttäjälle yhteiskunnan edustajana. Sen vuoksi onkin perusteltua, ettei rikosprosessissa asianomistajan oikeuksille anneta liikaa valtaa rikosvastuun toteutumisen kustannuksella.²¹⁷

Korkein oikeus on tapauksessa KKO 2006:107 lausunut, että jos asianomistaja A:n, jota ei nuoren ikänsä puolesta voitu kuulla tuomioistuimessa, kertomusta ei sallittaisi käytettäväksi todistelussa, asianomistajan kertomus ei olisi käytettävissä korkeimmassa oikeudessa missään muodossa, mikä edelleen vaikeuttaisi muun näytön arviointia.

Toiseksi, lain esitöissä on perusteltu esitutkintapöytäkirjakertomuksen hyödyntämisen laajentamista koskemaan sellaisia tilanteita, joissa henkilö on jäänyt tavoittamatta, eikä asiaa tulisi enää viivyttää. Käsittelyn joutuisuuden varmistamisen taustalla vaikuttaa yleinen intressi saada asia ratkaistuksi kohtuullisessa ajassa.²¹⁸ Näen, että säännös on myös yksilöiden intressien mukainen, sillä olisi kohtuutonta, jos prosessi lykkääntyisi ainoastaan sen vuoksi, ettei yhtä henkilöä, joka useimmissa tapauksissa vielä nimenomaisesti pakoilee oikeudenkäyntiä, pystytä tavoittamaan, mutta silti vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseksi olisi ehdotonta saattaa hänet pääkäsittelyyn. Erityisesti tapauksissa, joissa on kyse järjestäytyneestä rikollisuudesta, syytetyn nimenomaisena intressinä voi olla todistajien uhkaileminen niin, etteivät he uskalla vapaaehtoisesti tulla pääkäsittelyyn, jolloin syytetty voisi välttää asiassa langettavan tuomion, jos todistajan kertomusta ei voitaisi missään muodossa ottaa osaksi oikeudenkäyntiaineistoa²¹⁹. Toisaalta kohtuuttoman pitkä prosessi aiheuttaa

²¹⁷ Järvinen 2011, s. 34.

²¹⁸ HE 46/2014, s. 56.

²¹⁹ Virolainen 2008, s. 225.

erityisesti syytetylle ikävän ja piinallisen tilanteen myös sosiaalisesti, sillä rikoksesta epäillyn rooli aiheuttaa väistämättä negatiivisia seurauksia syytetyn maineelle ja ihmissuhteille²²⁰.

Esitutkintapöytäkirjan käytön taustalla vaikuttaa suuresti siis myös prosessiekonomia. Prosessiekonomialla tarkoitetaan sitä, että yhteiskunnan ylläpitämä tuomioistuinlaitos toimii mahdollisimman kustannustehokkaasti. Tähän kuuluvat keskeisinä osa-alueina prosessin nopeus ja halpuus. Oikeussuojatavoite käytännössä vesittyy, jos prosessi kestää vuosikautia.²²¹ Esitutkintapöytäkirjan käyttö ja poikkeaminen vastakuulustelu-oikeudesta nopeuttavat huomattavasti prosessia, kun esimerkiksi poissa olevan kuultavan kertomus voidaan lukea esitutkintapöytäkirjasta. Toisaalta tällä on myös kustannuksellisista syistä merkittävä rooli. Jos jokaisessa tapauksessa, joissa kuultava ei ole saapunut pääkäsittelyyn, jouduttaisiin lykkäämään prosessia tai noutamaan kuultava virka-apua käyttäen, muodostuisi se kohtuuttoman kalliiksi valtiolle. Prosessiekonomia ei kuitenkaan saa olla määräävässä suhteessa, että sillä poljettaisiin samalla asianomistajan tai vastaajan oikeuksia, jolloin jälleen vastakuulustelu-oikeudesta tai sen kompensoinnista tulee näissäkkin tapauksessa huolehtia.

Vastakuulustelu-oikeuden rajoittamisen taustalla voi olla myös muita julkisia intressejä prosessiekonomian lisäksi. EIT on muun muassa katsonut hyväksyttäväksi rajoittaa vastakuulustelu-oikeutta poliisin tutkintamenetelmien salassa pitämiseksi²²², todistajien suojelemiseksi tai tarkoituksenmukaisuuden toteuttamiseksi. Tarkoituksenmukaisuuden toteuttamisella tarkoitetaan käytännössä esimerkiksi merkityksettömien todistajien kuulustelun kieltämistä tai juurikin tavoittamattomaksi jääneen todistajan kuulustelu-oikeuden rajoittamista. Todistajien suojelussa kyse on taas useimmiten anonyymien todistelun käytöstä.²²³ Tällaisissa tapauksissa vastakuulustelu-oikeuden rajoittaminen on vähintäänkin perusteltua.

Lisäksi Pirkanmaan käräjäoikeuden käräjätuomari ja oikeuskirjailija Antti Tapanila huomauttaa, että esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskielto ikään kuin sanktiona jokaisessa sellaisessa tapauksessa, jossa vastakuulustelu-oikeus ei ole toteutunut on suhteeton ja tarpeeton. Sanktion eli hyödyntämiskiellon tulisikin kohdistua ainoastaan kaikkein vakavimpiin oikeudenloukkauksiin eli olla todistus-oikeuden *ultima ratio*²²⁴. Tämän vuoksi on myös

²²⁰ Virolainen – Pölönen 2003, s. 177.

²²¹ Linna 2019, s. 21.

²²² Ks. muun muassa Lüdi v. Sveitsi, 15.6.1992, jossa oli kyse rikostutkinnassa käytetyn peitepoliisin laatimien raporttien ja nauhoitteiden käyttämisestä todistelussa niin, ettei syytetyllä ollut mahdollisuutta kuulustella poliisia.

²²³ Tapanila 2004, s. 137-138.

²²⁴ *Ultima ratio* -periaatteella tarkoitetaan kriminalisointiperiaatetta, jonka mukaan kriminalisointi on perusoikeuksiin puuttuvan luonteensa takia viimesijainen keino ja sitä tulisi käyttää viimeisenä mahdollisena vaihtoehtona. (mm. Linna 2019, s. 13)

perusteltua käyttää lievemmissä tapauksissa apuna näyttöarviointia, jossa todistetta, johon vastakuulustelu-oikeuden puute kohdistuu, tuetaan muulla näytöllä. Tällöin puute ei vaikuta niinkään tämän yhden todisteen näyttöarvoon, vaan ennemminkin kohdistuu todistelun kattavuuden vaatimukseen. Muulla todistelulla pystytään puutteellisuudesta huolimatta tarkastelemaan todisteen luotettavuutta ja kelvollisuutta tuomion perustana.²²⁵ Näkökulma on mielestäni ansiokas, sillä se perustelee samalla EIT:n ratkaisukäytännöstäkin ilmenevän kokonaisharkinnan ja tasapainottavien tekijöiden huomioimisen oikeellisuutta esitutkintapöytäkirjan hyödyntämisen sallittavuutta harkittaessa.

Eniten esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa tuo prosessiin kuitenkin joustavuutta. Malli, jossa esitutkintakertomusta ei missään tilanteissa tai olosuhteissa saisi ottaa todistelussa vastaa, jos vastakuulustelu ei ole toteutunut, olisi hyvinkin ongelmallinen erityisesti aineellisen totuuden tavoitteen ja rikosvastuun toteuttamisen kannalta²²⁶. EIT on pyrkinyt luomaan kolmekohtaisella testillään joustavan prosessin, joka kuitenkin varmistaa vastaajan puolustautumismahdollisuudet mahdollisimman tehokkaalla tavalla.

Esitutkintapöytäkirjan käytöllä todistelussa ei olekaan pyritty vähentämään vastaajan puolustautumismahdollisuuksia. Koska esitutkintapöytäkirjaa todistelussa hyödynnettäessä vastaajan vastakuulustelu-oikeus väkisin kuitenkin vaarantuu, lainsäädännöllä on pyritty varmistamaan, se ettei tilanne muodostu kohtuuttomaksi. EIT:n ratkaisukäytännön myötä myös kansallista lainsäädäntöä on muutettu niin, että vastaajan oikeuksia ei loukata liikaa, vaikka vastakuulustelusta poikettaisiinkin.

EIT:n linjaus vastakuulustelu-oikeutta ja esitutkintapöytäkirjan hyödyntämisen sallittavuutta koskien on nykypäivänä sisällöltään jokseenkin selvärajainen ja sen taustalla on suhteellisen vakiintunut tulkintakäytäntö. Sen vuoksi linjauksen sisällyttämistä kansalliseen lainsäädäntöön voidaan pitää perusteltuna.²²⁷ EIT:n linjauksen myötä syntynyt tuomioistuimen erityinen perusteluvollisuus toimii suhteellisen hyvänä työkaluna varmistamaan sen, että tuomioistuimen on pohdittava ja harkittava esitutkintakertomuksen luotettavuutta erityisellä huolellisuudella, jolloin vastaajan asema on ainakin jossain määrin turvallisempi oikeudetonta kirjallisen lausuman hyödyntämistä vastaan.

²²⁵ Tapanila 2019, s. 237-238.

²²⁶ Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta, kohta 60.

²²⁷ OMMML 69/2012, s. 38.

7.2 Kritiikki

Perustuslakivaliokunnan mukaan sellaiseen sääntelyyn, jolla rajoitetaan pääkäsitellyssä kuulustelu-oikeutta, tulee suhtautua erittäin pidättyvästi.²²⁸ Esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa ei täytä lähtökohtaisesti mitään vastakuulustelu-oikeuden ilmentämistä oikeusperiaatteista, eikä itse vastakuulustelu-oikeuttakaan. Tärkeimpiä kirjallisen kertomuksen hyödyntämiskiellon funktiota on turvata ensi sijaisesti käsittelyn suullisuus, tasapuolisuus, kontradiktorisuus ja välittömyys²²⁹.

Niin EIT:n kuin kotimaisessakin ratkaisukäytännössä on todettu, että esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellolla varmistetaan nimenomaan vastakuulustelu-oikeuden toteutuminen, joka on turvattu myös Euroopan ihmisoikeussopimuksessa²³⁰ ja perustuslaissa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin määrittämisen yhteydessä. EIT:n ratkaisukäytännön seuraaminen johtaa haasteisiin niin ikään kansallisen lainsäädännön kanssa. Koska EIT:n ratkaisussaan Al-Khawaja & Tahery luoma uusi linjaus lähtökohtaisesti heikentää vastaajan vähimmäisoikeuksia, asianajaja, varatuomari ja oikeustieteen tohtori Markku Fredman on katsonut, että perustuslain 21 §:n tulkinta voi asettaa rajoituksia sille, millä tavalla EIT:n linjausta voidaan käytännössä seurata. Koska yleisenä oikeudellisena periaatteena tunnustetaan perusoikeuksien heikentämisen kielto, kysymys kuuluu, miten linjauksen soveltaminen käytännössä onnistuu kotimaisessa ratkaisukäytännössä perustuslakia rikkomatta.²³¹ Onko perustuslainmukaista heikentää tiettyä vastaajalle kuuluvaa oikeutta eli vastakuulustelu-oikeutta, ja korvata sen puute toisilla tavoilla, jotka eivät kuitenkaan suoranaisesti toteuta täysimääräisesti vastakuulustelu-oikeuden tavoitetta?²³²

Kuten edellä tässä työssäni olen esittänyt, vastakuulustelu-oikeuden merkitys on suuri syytetyn oikeuksien toteutumisessa. Jos esitutkintapöytäkirjan lausunnot luetaan todisteina oikeudenkäynnissä, vastapuolella ei ole mahdollisuutta kyseenalaistaa tällaisia lausumia, jolloin hän ei myöskään pysty puolustautumaan niitä vastaan, eikä kontradiktorinen periaate toteudu. Myös Lapin yliopiston prosessioikeuden emeritusprofessori Jyrki Virolainen on todennut kolmekohtaisen säännön soveltamisen osalta seuraavaa: ”Sanottu kriteeri [ainoa tai

²²⁸ PeVL 39/2014 vp, s.

²²⁹ Rautio – Frände 2016, s. 164.

²³⁰ Esimerkiksi KKO 2018:54, kohta 17 ja Schatschaschwili v. Saksa (15.12.2015), kohdat 120-122.

²³¹ Fredman 2013, s. 640.

²³² Pasi Pölonen on niin ikään painottanut todisteiden hyödyntämiskielloja punnitessaan perusoikeusmyönteistä tulkintaan ja perustuslain 21 §:n merkitystä. Hän puhuu perusoikeusmyönteisestä punnintamallista, jonka mukaan menettelyiden, joilla rajoitetaan tai loukataan suhteettomasti perus- tai ihmisoikeuksia, tulkinta tulisi aina olla perusoikeusmyönteinen. (Pölonen 2003, s. 326)

ratkaiseva näyttö] on ongelmallinen myös siksi, että tuomioistuimet voivat suhteellisen helposti hyväksyä todisteiksi varsin laajalti kirjallisia esitutkintakertomuksia, kunhan ne vain muistavat perusteluissaan korostaa asiassa esitetyn muun näytön merkitystä.”²³³ Tämä haastaa myös tuomioistuinten erityisen perusteluvollisuuden todellisen hyödyn ja toimivuuden vastaajan oikeuksien turvaajana. Kriteeri antaa mahdollisuuden ikään kuin kiertää perusongelman eli syytetyn vähimmäisoikeuksien toteutumattomuuden²³⁴. Nämä seikat huomioon ottaen näen, ettei syytetty saa vastakuulustelu-oikeudesta poikettaessa tasapuolisia puolustautumismahdollisuuksia ja hänen asemansa heikkenee entisestään. Vastaajan oikeuksiensa kompensoinnin todellinen tehokkuus voidaan siis kyseenalaistaa.

Esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen ei toteuta myöskään suullisuusperiaatetta eikä välittömyysperiaatetta. Oikeuskäytännössä on katsottu, että esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiskiellon tavoitteena on turvata todistelun välittömyys ja tätä kautta näytön luotettava arviointi. Lauri Hormia onkin oikeudellisessa tutkimuksessaan vahvasti katsonut, että yksityisluontoiset kirjalliset todistajakertomukset ovat epäluotettavia. Hän on todennut painokkaasti, että ”[v]aarantamalla totuuden selville saamisen ne uhkaavat riistää oikeudenkäynniltä koko sen mielekkyyden.”²³⁵ Yleisesti tuomioistuimella katsotaankin olevan paremmat mahdollisuudet arvioida kuultavien kertomusten luotettavuus ja päästä aineellisesti oikeaan lopputulokseen, jos kertomus on annettu välittömästi tuomioistuimelle²³⁶.

Käsittelyn välittömyys on siis yksi tärkeimmistä periaatteista erityisesti henkilötodistelua vastaanotettaessa. Jos kertomus on välitetty tuomioistuimelle kirjallisen esitutkintakertomuksen kautta, tuomioistuin ei voi havainnoida kertomuksen antajaa tai olla tämän kanssa vuorovaikutuksessa. Tällöin kertomusta ei ole pidettävä niin luotettavana.²³⁷ Kuultava ei kerro esitutkintapöytäkirjaan merkittyjä lausumiaan suoraan asian ratkaisevalle tuomioistuimelle suullisesti, eikä välittömästi. Esitutkinnan aikana järjestetyt kuulemiset ovat lisäksi kaukana samoista oikeusvarmuuden vaatimuksista tuomioistuimessa pidettäviin kuulemisiin nähden. Poliisin toimittamat kuulustelut tapahtuvat periaatteessa täysin ilman julkisuutta, ja tilanne kuulusteluissa on monta kertaa täysin tuomioistuimelle tuntematon.²³⁸

²³³ Virolainen 2008, s. 225.

²³⁴ Virolainen 2008, s. 226.

²³⁵ Hormia 1979, s. 129.

²³⁶ KKO 2018:54, kohta 17.

²³⁷ OMMML 2019, s. 26.

²³⁸ Nordh 2009, s. 32

Käytännössä esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa rikkoo useissa tapauksissa siis kaikkia keskeisimpiä prosessiperiaatteita, joilla on turvattu etenkin vastaajan oikeuksia.

Apulaisoikeusasiamies ja oikeustieteen tohtori, dosentti Pasi Pölönen on myös huomauttanut, että perusoikeusjärjestelmämme mukaista ei ole se, että rikosentekijän tulisi rikosta tehdessään varautua siihen, että hänen perus- ja ihmisoikeutensa jäisivät prosessissa vain rajoitetusti voimaan²³⁹. Lähtökohtaisesti esitutkintapöytäkirjaan merkityn kirjallisen lausuman hyödyntäminen ja siitä seuraava vastakuulustelu-oikeuden puute ei johdu vastaajan, vaan kuultavan menettelystä. Argumentointia siitä, että muun muassa asianomistajan kertomus seksuaalirikoksissa on useimmiten keskeisessä roolissa rikosprosessissa ja sen vuoksi asianomistajan esitutkintakertomukseen vetoaminen tilanteissa, joissa asianomistaja käyttää vaikenemisoikeuttaan on oltava mahdollista, jotta laajempi yhteiskunnallinen funktio eli rikoksesta tuomitseminen voidaan toteuttaa, on siis tietyiltä osiltaan kyseenalainen. Pölösenkin näkemyksen mukaan oikeudenkäynti tulee olla oikeudenmukainen siitä huolimatta, että yleinen intressi olisikin saattaa tekijä rikosoikeudelliseen vastuuseen ja vastaajan oikeudet tulee toteuttaa hänen tekonsa epäoikeudenmukaisuudesta riippumatta.²⁴⁰

Vaikka nykyisin EIT on saanut vahvistettua linjaustaan uudemmallalla oikeuskäytännöllä, EIT:n ratkaisut hakevat silti vielä muotoaan ja linjaukset ovat jokseenkin vaikeasti ennakoitavissa. Kansallisten tuomioistuinten on näin vaikeaa seurata EIT:sta annettua linjaa ja erityisesti oikeudenmukaisuuden arvioiminen oikeudenkäynnissä kokonaisharkinnalla luo tietynlaista ennalta-arvaamattomuutta EIT:n ratkaisukäytäntöön²⁴¹. Lisäksi erityisesti ainoa tai ratkaiseva -säännön myötä kansalliset tuomioistuimet joutuvat analysoimaan seikkaperäisesti EIT:n monimuotoista ja laajaa oikeuskäytäntöä. Tämä johtuu siitä, että EIT on katsonut näyttöarvioinnin kuuluvan ainoastaan jäsenvaltioiden tuomioistuimille, eikä se siten kiinnitä siihen huomiota omassa ratkaisukäytännössään. Tällöin jäsenvaltioiden tuomioistuinten on yritettävä saada johtoa ainoan tai ratkaisevan näytön määrittelylle laajasta EIT:n oikeuskäytännöstä vertailemalla tapauksia käsiteltävänä olevaan asiaan.²⁴²

Sen sijaan, että EIT yrittäisi muotoilla säännöstöä (esimerkiksi kolmekohtaisen säännön osalta) siitä, miten todisteen merkityksellisyys tietyssä tilanteessa tulee arvioida, sen tulisikin vaatia, että kansallisten tuomioistuinten tuomareilla on mahdollisuudet arvioida todistusaineistoa, sekä

²³⁹ Pölönen 2003, s. 227.

²⁴⁰ Pölönen 2003, s. 227.

²⁴¹ Biral 2014, s. 344. Myös Pölönen 2003, s. 227 hyödyntämiskielto kysymysten punninta tulisi tapahtua niin systemaattisesti, ettei oikeusvarmuus heikkene yllättävien tai ennalta-arvaamattomien ratkaisujen takia.

²⁴² Tapanila 2019, s. 144.

että oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyviä säännöksiä sovelletaan yhdessä yleisen oikeudenmukaisuuskäsitteen kanssa²⁴³. Olenkin huolissani siitä, että EIT:n ratkaisuja saatetaan soveltaa kansallisesti liiankin kirjaimellisesti tai tapauksessa ilmenneitä yksittäisiä faktoja huomioimatta, jolloin keskittyminen itse tapauksessa ilmi tulleen aineiston selvittämiseksi vaarantuu. Kansallista lainsäädäntöä ryhdytään niin ikään helposti soveltamaan löyhemmin, kun ”lakia unohdetaan lukea” ja keskitytään ainoastaan EIT:sta tulevien linjausten tarkkaan soveltamiseen.

Myös oikeustieteen tohtori Juhana Riekkinen pitää kolmikohtaista testiä ongelmallisena, sillä se rajaa tuomioistuimen vapaata todistusharkintaa. Selkeämpää hänen mukaansa olisi tehdä esitutkintapöytäkirjan kertomuksen sallittavuutta arvioitaessa selkeä hyödynnettävyysratkaisu, eikä ”naamioida” todisteen hyödynnettävyys kolmekohtaisen testin avulla hyödyntämiskiellon korvikkeeksi. Riekkisen näkökulmasta tilanteissa, joissa todiste voidaan sallia hyödynnettäväksi osaksi oikeudenkäyntiaineistoa, sen näyttöarvo pitäisikin suorittaa täysin vapaan todistusharkinnan puitteissa. Tällöin näyttöarviointi tapahtuisi selvemmin yksittäistapauksessa ilmenneiden todisteen luotettavuuteen vaikuttavien seikkojen pohjalta ilman, että arviointiin ”sotketaan” sääntöjä, joilla pyritään turvaamaan syytetyn oikeudet. Syytetyn oikeudet tulisivat turvatuiksi jo hyödyntämisoratkaisua harkittaessa.²⁴⁴

Kuten tapauksessa Al-Khawaja & Tahery, vähemmistöön jääneet tuomarit ovat huomauttaneet, ”oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kokonaisarvioinnin painottaminen voi tosiasiallisesti heikentää puolustuksen oikeuksia etenkin tilanteissa, joissa todistajan poissaololle ei ole ollut hyväksyttävää syytä.” Tuomarit lisäsivät, että ainakin perustellun syyn edellytyksestä tuleekin pitää vahvemmin kiinni. Huolestuttavana ilmiönä näen sen, että uusien oikeuskäytännössä syntyneiden linjausten rajat ovat hyvinkin häilyviä ja samalla jäsenvaltiot soveltavat ratkaisukäytäntöä erittäin tiuhaan. ”Prosessin joustavuuden” nojalla vastaajan vähimmäisoikeuksista voidaan näinkin radikaalilla tavalla poiketa.

Eryteisesti todistelureformin yhteydessä vuonna 2016 todistelutoimikunta on keskittynyt myös Aigner v. Itävalta tapaukseen (10.3.2012), jossa oli kyse seksuaalirikoksesta. Asianomistajana oli aikuinen, jonka esitutkintapöytäkirjaa saatiin käyttää todisteena sen nojalla, ettei asianomistaja uskaltanut tulla pääkäsittelyyn. Itävallassa on kuitenkin käytössä erityinen menettely, jossa asianomistajaa oli tutkintatuomarin luona pystytty vastakuulustelemaan.

²⁴³ Summers 2007, s. 142.

²⁴⁴ Riekkinen 2014, s. 170-171.

Suomalainen esitutkinta ei vastaa tällaista itävaltalaista tutkintatuomarin johtamaa prosessia, jolloin myös tapauksen soveltaminen ja hyödyntäminen on käytännössä hankalaa suomalaisessa oikeuskäytännössä.²⁴⁵ Haasteita EIT:n linjausten ja ratkaisukäytännön soveltamiseen tuokin kaiken muun lisäksi juuri se, että EIT:n tapaukset koskevat jäsenvaltioiden keskenään hyvinkin erilaisia oikeusjärjestyksiä, jolloin myös tapausten soveltaminen suomalaiseen oikeuskäytäntöön ei välttämättä ole aina edes mahdollista²⁴⁶.

8. Johtopäätökseni

Jotta vastakuulustelu-oikeuden käsitteen ja toimintamekanismin, sekä todisteiden hyödynnettävyyden pääkäsitelyssä voisi paremmin ymmärtää, on hyvä ensin selvittää se, miten todistelumenettely pääkäsitelyssä ylipäättään etenee, ja mitä todisteluun liittyvillä käsitteillä tarkoitetaan. Vastakuulustelu-oikeus näyttelee erittäin tärkeää roolia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisessa ja vastaajan oikeuksien takaamisessa. Vastakuulustelu-oikeus toteuttaa jopa merkittävimpiä prosessioikeudellisia peruseriaatteita, kuten kontradiktorista periaatetta, osapuolten tasa-arvoisuutta sekä suullisuus- ja välittömyysperiaatteita. Nämä periaatteet ovat myös keskeisimpiä lähtökohtia oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille.

Merkittävän poikkeuksen vastakuulustelu-oikeuteen luo tietyissä tapauksissa kuitenkin säännökset esitutkintapöytäkirjan käyttämisestä todistelussa. Esitutkintapöytäkirjaan merkittyä lausumaa voidaan hyödyntää todistelussa, jos kuultavan kuuleminen ei ole enää mahdollista tai kuultava poikkeaa aiemmin kertomastaan tai ei anna lausumaa, ja asiaa ei tule enää viivyttää. Esitutkintapöytäkirjan käyttö on yllättäen EIT:n mukaan tietyin ehdoin sallittua, vaikka vastakuulustelu-oikeus olisikin laiminlyöty.

Esitutkintapöytäkirjan käyttäminen todistelussa on katsottu olevan niin tärkeää, että tällainen huomattava poikkeus merkittävistä lainsäännöksistä ja prosessiperiaatteista voidaan sallia. Prosessiekonomisista syistä esitutkintapöytäkirjan käyttö on myös omasta mielestäni tiettyyn pisteeseen asti perusteltua, sillä tältä kannalta huomioon tulee otetuksi niin yhteiskunnalliset kuin yksilönkin intressit. Mielestäni tarkoituksenmukaista on, että esitutkintapöytäkirjaa voidaan hyödyntää muun muassa tapauksissa, joissa toisena vaihtoehtona olisi esimerkiksi käsittelyn peruuttaminen, kun kuultavaa ei ole tavoitettu tai kuultavan kertomuksen täysi

²⁴⁵ Fredman 2013, s. 640.

²⁴⁶ Tapanila 2019, s. 144.

hyödyntämiskielto, jos hän ei lausu pääkäsitelyssä mitään. Yhteiskunnallisestikin on kuitenkin tärkeää saada syytetty tuomituksi, jos näyttö syyllisyyttä osoittaa.

Tilanne, jossa syytetty voisi todistajia uhkaamalla saada syytteet hylätyksi samoin kuin tilanne, jossa esimerkiksi lähisuhdeväkivallasta kärsinyt asianomistaja vaikenee pääkäsitelyssä, eikä hänen aiempaa kertomustaan voitaisi millään tasolla hyödyntää, ovat absurdeja. Esitutkintapöytäkirjaan merkitty lausuma on usein tällaisissa tilanteissa ainoa vaihtoehto löytää todistelua syytteiden tueksi. Tärkeää on kuitenkin huomioida se, ettei vastaajaa tule kohdella oikeudenkäynnissä ainoastaan rikoslain soveltamisen objektina. Oikeudenkäynnin tulee aina olla oikeudenmukainen, olipa vastaaja tehnyt kuinka epäoikeudenmukaisen teon tahansa tai yleisenä intressinä olisikin saattaa tekijä rikosoikeudelliseen vastuuseen.

Esitutkintapöytäkirja toimii myös tehokkaana vastakuulustelu- ja vertailuaineistona kuultavan kertomuksen luotettavuuden arvioimiseksi. Esitutkintapöytäkirjan hyödyntäminen todistelussa on siis myös vastaajan kannalta monessa tilanteessa kannattavaa. Esitutkintapöytäkirjaan merkityn lausuman hyödyntäminen on erittäin tärkeä todistelullinen keino käytännön oikeuselämässä, mikä kiistattomasti auttaa myös oikeudenmukaisen lopputuloksen saavuttamista.

Useissa tilanteissa esitutkintapöytäkirjan käyttö todistelussa merkitsee kuitenkin suoraan vastakuulustelu-oikeuden laiminlyöntiä (tosin ei joka tapauksessa). Seuraamuksina vastakuulustelu-oikeuden puutteesta ovat todisteen hyödyntämiskielto tai todisteen näyttöarvon alentaminen. Näyttöarvon alentaminen on osoittautunut yleisemmäksi ja tarkoituksenmukaisemmaksi vaihtoehdoksi useimmissa tapauksissa.

EIT on luonut ratkaisukäytännössään ohjenuoria sen tulkitsemiseksi, millainen menettely on katsottu loukanneen EIS 6 artiklan vaatimuksia. Huomiota tulee kiinnittää perustellun syyn edellytykseen, näyttöosuuspunnintaan ja kokonaisuuskäytännön tarkastamiseen. Vaikka esitutkintapöytäkirjan kertomusta saataisiin hyödyntää jopa ratkaisevana tai ainoana näyttönä vastakuulustelu-oikeuden puutteesta huolimatta, erityistä huomiota tulee kuitenkin kiinnittää siihen, ettei se tee oikeudenkäynnistä kokonaisuutena arvostellen epäoikeudenmukaista. Toisin sanoen, vastakuulustelu-oikeuden puutetta tulee pystyä tasapainottamaan muilla tekijöillä, jotka vahvistavat oikeudenmukaisuutta prosessissa.

Esitutkintapöytäkirjaan merkityn kertomuksen hyödyntämiseen todistelussa, jos vastakuulustelu-oikeus ei ole toteutunut ja kertomus on ratkaiseva tai ainoa näyttö syytteen tueksi, suhtaudun edelleen skeptisesti. Ihmettelen, miten oikeudenkäynti voi missään

tilanteessa olla kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukainen, jos vastakuulustelu-oikeus ei ole toteutunut, kun sen seurauksena niin EIS:ta, KP-sopimusta, Suomen perustuslakia ja perustavanlaatuisia prosessiperiaatteita on rikottu.

EIT:n uusi linjaus Al-Khawaja & Tahery -tapauksen myötä on varmasti pyrkinyt joustavoittamaan käsittelyä, mutta mielestäni linjaus aiheuttaa silti tinkimisen väärästä asiasta. Vastakuulustelu-oikeus on kuitenkin merkittävimpiä vastaajan oikeuksia, jolla toteutetaan lukuisia oikeusperiaatteita. Näenkin, ettei siitä poikkeamiselle tilanteissa, joissa kertomus osoittautuu ratkaisevaksi tai ainoaksi, ole oikeudellisesti kantavia perusteita. Muun muassa prosessiekonomian tavoitteella poljetaan tällaisessa tapauksessa ihmisoikeutena tunnettua vastaajan vastakuulustelu-oikeutta, mikä ei mielestäni ole oikeusjärjestelmän luotettavuuden kannalta missään muodossa kestävä. Vastaaja ei tekoa tehdessään voi olettaa, että asiaa tuomioistuimessa käsiteltäessä, hänen oikeuksiaan tullaan rajoittamaan. Oikeudenmukaisuus tulisi olla aina määräävä taloudellisiin intresseihin nähden.

Myöskään tasapainottavat tekijät eivät mielestäni takaa sitä, että vastaajan oikeuksien voidaan katsoa tarpeeksi toteutuneen. Oikeudelliseen ajattelumaailmaani ei täysin käy se, että tietyn vastaajalle kuuluvan oikeuden heikentäminen korvataan toisilla oikeudenmukaisuutta luovilla tekijöillä, jotka eivät kuitenkaan suoranaisesti toteuta täysimääräisesti vastakuulustelu-oikeuden tavoitteita. Sillä, että vastakuulustelu-oikeudesta on jopa erikseen säädetty EIS 6 § 3(d) artiklassa, on omat funktionsa oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä, eikä niitä voida toteuttaa korvaavilla toimenpiteillä. Tasapainottavat tekijät toimivatkin mielestäni ainoastaan näennäisesti ja luovat illusion, jolla oikeudenkäyntiä voidaan *kokonaisuutena arvostellen* pitää oikeudenmukaisena. Tällöin unohdetaan helposti pohtia oikeudenkäynnin pienempiä osatekijöitä, joilla kaikilla on omat vaikutuksensa oikeudenkäyntiin. Muun muassa tuomioistuimen erityinen perusteluvelvollisuus, jonka tehtävänä on vähentää vastakuulustelu-oikeuden puutteen tuomaa epäoikeudenmukaisuuden riskiä, on osoittautunut ongelmalliseksi, sillä tällöin tuomioistuimet voivat suhteellisen helposti hyväksyä todisteiksi varsin laajalti kirjallisia esitutkintakertomuksia, kunhan he muistavat perusteluissaan korostaa asiassa esitetyn muun näytön merkitystä.

Tapauksissa, joissa vastakuulustelu-oikeutta ei voida toteuttaa, olen tutkimukseni myötä tullut siihen lopputulokseen, ettei säännöstöä pitäisi ainakaan enää lieventää. Ainakin perustellun syyn edellytyksestä tulee pitää vahvemmin kiinni, sillä muuten esitutkintapöytäkirjaan merkittyjen lausumien käyttö väistämättä lisääntyy, kun kuultavalla ei tarvitse enää edes olla perusteltua syytä olla poissa oikeudenkäynnistä. Nykyisen pohjoismaisen oikeusjärjestelmän,

joka perustuu pitkälti suullisuuden, välittömyyden ja kontradiktorisuuden periaatteille, luominen on vienyt vuosikymmeniä, ellei jopa vuosisatoja. Prosessin vieminen pois näistä periaatteista on mielestäni huolestuttavaa ja tuo mukanaan takaisin ne ongelmat, joista uudistuksilla on nimenomaisesti pyritty pääsemään eroon. Tällaisia ongelmia on muun muassa se, ettei esitutkintapöytäkirjaan merkittyä lausumaa hyödynnettäessä tuomioistuin pysty välittömästi arvioimaan todistajan kertomuksen luotettavuutta omien havaintojensa kautta, jolloin aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääseminen vaarantuu.

Uskon, että tapauskohtainen arviointi tulee saamaan yhä suuremman roolin EIT:n asiaan kohdistaman suhteellisen yleisen ja laajan lähestymistavan johdosta, jolloin ratkaisujen ennustettavuus väistämättä heikkenee. Käytännössä siis yleispäteviä ja tarkkoja määritelmiä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöille ei voida ehkä koskaan luoda. Tästä huolimatta näen, että on edelleen tärkeää luoda oikeuskäytäntöä, jolla pyritään saamaan sääntöjen rajoja tarkemmiksi, vaikkakin oikeuskäytännön ongelmana on sen herkkyys jatkuvalle muuttumiselle. Niin kuin Al-Khawaja & Tahery -tapauskin osoitti, tuomioistuimen luomat tulkintaohjeet ovat muuttuvia ja seuraavat nopeammin yhteiskunnallisia muutoksia, kuin esimerkiksi lainsäädäntö. Tämä johtaa silloin tällöin yllättäviin tulkintaratkaisuihin, jotka saattavat tehdä aiemman oikeuskäytännön merkityksettömäksi. Onkin mielenkiintoista seurata, miten EIT jatkaa asian tulkintaa jatkossa. Lisäksi toivon näkeväni uusia syväluotaavia analyysejä siitä, onko vastakuulustelu-oikeuden puute sittenkään kompensoitavissa.