NIINA KALLIO-NORDLUND

# VAPAAN TODISTUSTEORIAN MERKITYS OIKEUDENKÄYNNISSÄ ERITYISESTI HYÖDYNTÄMISKIELLON NÄKÖKULMASTA

Acta electronica Universitatis Lapponiensis 394

Acta electronica Universitatis Lapponiensis 394

NIINA KALLIO-NORDLUND

# Vapaan todistusteorian merkitys oikeudenkäynnissä erityisesti hyödyntämiskiellon näkökulmasta

Akateeminen väitöskirja,
joka Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan suostumuksella
esitetään julkisesti tarkastettavaksi Lapin yliopiston luentosalissa B 126
tammikuun 31. päivänä 2025 klo 12.

LAPIN YLIOPISTO
UNIVERSITY OF LAPLAND

Rovaniemi 2024

Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta

**Väitöskirjan ohjaaja:**

Professori Mikko Vuorenpää, Lapin yliopisto

**Väitöskirjan esitarkastajat:**

Professori Tuomas Hupli, Turun yliopisto

OTT Timo Saranpää

**Vastaväittäjät:**

Professori Tuomas Hupli, Turun yliopisto

OTT Timo Saranpää

© Lapin yliopisto, Niina Kallio-Nordlund

Taitto: Minna Komppa, Taittotalo PrintOne
Kannen kuva: Nuuna Nordlund
Kansi: Jani Peltonen

Acta electronica Universitatis Lapponiensis 394

ISBN 978-952-337-461-4
ISSN 1796-6310

Sähköisen väitöskirjan pysyvä osoite:
https://urn.fi/URN:ISBN:978-952-337-461-4

“

**How often have I said to you**
**that when you have**
**eliminated the impossible,**
**whatever remains, however improbable,**
**must be**
**the truth.**

”

**Sherlock Holmes**

# TIIVISTELMÄ

Niina Kallio-Nordlund
Vapaan todistusteorian merkitys oikeudenkäynnissä erityisesti hyödyntämiskiellon näkökulmasta
Lapin yliopisto, Rovaniemi 2024, sivumäärä: XVI + 465
Acta electronica Universitatis Lapponiensis 394
ISBN 978-952-337-461-4
ISSN 1796-6310

Vapaaseen todistusteoriaan perustuvassa oikeusjärjestelmässämme todistelu ja todistusharkinta ovat vapaata. Vapaa todistusteoria kiteytyy oikeuden pintatasolla näitä vapauksia koskeviin normeihin, mutta sen todellisten vaikutusten ymmärtäminen oikeudenkäynnissä vaatii monipuolista oikeudellista tarkastelua. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset asettavat doktriinissa vapaalle todistusteorialle ihmis- ja perusoikeudellisen viitekehyksen, josta vapaa todistusteoria saa lainkäytössä myös rajansa tavoiteltua totuutta tärkeämmäksi arvotettujen intressien vuoksi, joiden perusteella vapaata todistelua välittömästi ja vapaata todistusharkintaa välillisesti rajoitetaan. Vapaa todistusteoria ilmeneekin oikeudenkäynnissä rajoitusten kautta.

Tutkimuksessa pyritään vastaamaan kysymykseen, millainen merkitys vapaalla todistusteorialla on oikeudenkäynnissä erityisesti hyödyntämiskiellon näkökulmasta. Tutkittaviksi rajoituksiksi on valittu hyödyntämiskieltoseuraamukseen johtavat oikeussäännöt, jotka estävät vapaan todistusteorian tavoittelemaa aineellisen totuuden saavuttamista. Tutkimuksen keskiössä on siten kahden oikeudenkäynnin peruselementin, laillisuuden ja totuuden, rajapinta. Tutkimuksen tavoite liittyy vapaan todistusteorian ja hyödyntämiskiellon määrittelyyn, missä kontekstissa tutkimuksen tavoitteena on selkeyttää näiden sisältöä ja keskinäistä yhteyttä.

Hyödyntämiskielto on käsitteenä sekä oikeudellinen ilmiö eli seuraamus että kieltonormi, joka suojaa oikeusjärjestystä ja todisteiden hankkimisen laillisuutta. Oikeudellisena ilmiönä hyödyntämiskielto rajoittaa vapaata todistelua ja vapaata todistusharkintaa ja osin aineellisen totuuden arvoperiaatteen toteutumista. Sillä on vahva yhteys periaatteisiin ja arvoihin, joille sekä kotimainen että oikeusjärjestys ja kansainvälinen oikeus rakentuvat. Hyödyntämiskiellon tavoitteena on palauttaa oikeudenkäynnin menettelyllinen tasapaino ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus sekä suojata jo loukattua oikeutta. Seuraamuksena hyödyntämiskielto toteuttaa myös tehokkaasti todistamiskieltojen suojelutarkoitusta ja tätä kautta vahvistaa

oikeusnormien pysyvyyttä ja parantaa oikeussääntöjen ennustettavuutta. Hyödyntämiskiellon normatiivinen mekanismi liittyy läheisesti laillisuusperiaatteeseen ja perusoikeuksia kunnioittavaan menettelyyn.

Tutkimus edustaa traditionaalista oikeuspositivismia, mikä asettaa tietyt rajat tutkimuksen näkökulmalle. Totuuteen pohjautuvat vapaan todistusteorian osa-alueet ovat osin moraalisia kysymyksiä, mutta tutkimuksen tarkoitus ei ole kritisoida oikeuden rajoja ja legitiimisyyttä. Tutkimus on lainopillinen ja sen tarkoitus on saattaa vapaata todistusteoriaa oikeudenkäynnissä ilmaiseva normisto hallittavaan ja käytännössä soveltamiskelpoiseen muotoon. Tutkimuksen tiedonintressi on lainopin perinteisen määritelmän mukainen eli voimassa olevan oikeuden sääntöjä systematisoiva ja tulkitseva.

Tutkimus jakautuu yleiseen ja erityiseen osaan. Yleisessä osassa, joka taustoittaa teorianmuodostusta ja kiinnittää tutkimuskysymyksen oikeusjärjestykseen, käsitellään vapaan todistusteorian kontekstia pääasiassa oikeuskulttuurin tasolla ja pohjustetaan hyödyntämiskiellon kiinnittymistä siihen. Yleisen osan johtopäätöksenä vapaa todistusteoria systematisoidaan oikeuden syvärakenteelta pintatasolle ja pyritään löytämään erityistä osaa taustoittavasti oikeuslähteiden koherenssi. Muodostetun systeemin, vapaaseen todistusteoriaan kuuluvien oikeuslähteiden rakenteellisen mallin, yksityiskohtainen jäsentely erityisessä osassa kehittyy käytännön tasolle. Erityisen osan tiedonintressinä on osaltaan tuottaa oikeudellisia tulkintalauseita pulmallisissa erityisessä osassa käsiteltävien oikeussääntöjen soveltamistilanteissa.

# ABSTRACT

Our legal system is based on the free theory of evidence, which means that evidence and consideration of evidence are free. At the surface level of justice, the free theory of evidence is crystallised to standards that apply to these freedoms. Understanding its true effects on court proceedings, however, requires a wide-ranging judicial review. The requirements of fair trial set a human and basic rights framework for the free evidence theory within the doctrine, from which the free evidence theory also receives its limitations due to interests valued more important than the sought truth. Free evidence and free evaluation of evidence are indirectly restricted based on said interests. Indeed, the free theory of evidence is manifested in court proceedings through restrictions.

The aim of the study is to answer the question what is the significance of free evidence theory for a trial, especially from the perspective of the prohibition of use as evidence. The restrictions selected for examination are the legal rules which lead to a prohibition of use as evidence, and which prevent the attainment of the material truth sought by the free evidence theory. Thus, the interface between the two basic elements of legal proceedings, legality and truth, is at the core of the study. The objective of the study is related to the definition of the free evidence theory and the prohibition of use as evidence, in which context the aim of the study is to clarify their content and interconnection.

The concept of the prohibition of use as evidence is both a legal phenomenon, i.e. a sanction, and a prohibition rule that protects the legal order and the legality of obtaining evidence. As a legal phenomenon, the prohibition of use as evidence restricts free evidence and free consideration of evidence, as well as, in part, the implementation of the value principle of material truth. It has a strong connection with the principles and values on which both domestic and legal order and international law are built. The aim of the prohibition of use as evidence is to restore the procedural balance of the proceedings as well as the fairness of the proceedings, and to protect the already infringed right. As a sanction, the prohibition of use as evidence also effectively implements the purpose of the prohibition of use as evidence, thus strengthening the permanence of legal standards and improving the predictability of legal rules. The normative mechanism of the prohibition of use as evidence is closely linked to the principle of legality and a procedure that respects basic rights.

The study represents a traditional legal positivism, which sets certain restrictions on the perspective of the study. The parts of free use of evidence that are based on

truth are partly moral issues, but the purpose of the study is not to criticise the boundaries and legitimacy of justice. This study is juridical, and its intention is to bring the standards of expressing the free theory of evidence in court proceedings into a manageable and practically applicable form. The knowledge interest of the study is in line with the traditional definition of law, i.e. systematising and interpreting the rules of existing law.

The study is divided into a general and a particular section. The general section, which provides background for the formation of theory and fixes the research question to the legal order, mainly discusses the context of free theory of evidence at the legal culture level, and lays the foundation for the attachment of the prohibition of use as evidence to said legal culture. As a conclusion of the general part, the free theory of evidence is systematised from the deep justice structure to the surface level, and an attempt is made to find a coherence of legal sources as background for the particular section of the study. The detailed structure of the formed system, the structural model of the legal sources belonging to the free theory of evidence, is in the particular section developed at practical level. The knowledge interest of the particular section is to contribute to the production of judicial interpretation clauses for the problematic cases of applications of rules of law, which are discussed in the particular section.

# ESIPUHE

**Alku.** Usein tarinat alkavat hämyisestä kapakasta. Niin myös tämä väitöskirja. Valmistuttuani oikeustieteen maisteriksi 21-vuotiaana, takaraivossani alkoi kyteä ajatus prosessioikeudellisesta tutkimustyöstä ja tuomarin tehtävistä. Vilkkaan ihmisen aivoissa on kuitenkin paljon muitakin kilpailevia ajatuksia. Siirryttyäni lakimiehen työelämään jatkoin työn ohessa opiskelua laskentatoimessa ja johtamisessa, joista molemmista tein yliopistotutkinnot. Lisäksi suoritin asianajajatutkinnon. Ehkä luonteeni ajoi minut Lapin käräjäoikeudessa vietetyn auskultointivuoden – joka muuten oli yksi elämäni hienoimmista vuosista – jälkeen johtamistehtäviin tuomarin uran sijaan. Ehkä se oli vain sattumaa. Sille polulle jäin. Työ ja kilpaurheilu pitivät minut kiireisenä pitkään.

*Mikko Vuorenpään* kanssa glögin äärellä istuessani vuosia kytenyt ajatus tutkimuksen tekemisestä roihahti liekkiin. Olin pyöritellyt aihetta, jossa inspiraation lähteenä olivat kysymykset totuudesta ja ihmisen kokemusmaailmasta sekä niiden yhteensovittamisen pulmista oikeudenkäyntiin ja prosessitodellisuuteen. Mikon innostuneisuus ja keskusteluun tempautuminen saivat minut sysäämään työni alulle.

**Puoliväli.** Olen tehnyt tutkimustyötä ajoittain vaativienkin johtamistehtävien rinnalla. On ollut tiukkoja jaksoja, jolloin työpäivät ovat venyneet kellon ympäri. Tuolloin olen laittanut tutkimuksen pitkille tauoille. Tein tutkimusta työn ohessa, mutta ennen kaikkea elämän ohessa. Perheeni, johon lasken myös ystäväni, on aina ansainnut aikaresurssia. Väitöskirja syntyy kuitenkin sivu kerrallaan. Pahimmissa paikoissa lause kerrallaan.

Mietin ajoittain tutkimustyön edetessä, mitä väitöskirjan kirjoittaminen minulle antaa sen lisäksi, että se on vastannut tiedonnälkääni. Se antoi mahdollisuuden uppoutua omaan tutkimuskuplaan. Se opetti monia työelämässä tärkeitä taitoja, kuten kirjoittamista ja argumentointia, mutta ennen kaikkea pitkäjänteisyyttä ja kärsivällisyyttä. Se antoi myös mahdollisuuden pitää kiinni oikeudenalojen jaloimmasta kuninkaasta [lue: kuningattaresta] työelämän painottuessa strategioihin, kustannuslaskelmiin, hankkeisiin, yhteistoimintaneuvotteluihin ja tiedotustilaisuuksiin. Henkilöstöjohtamisesta puhumattakaan.

**Kiitos.** Esitarkastajilleni *Tuomas Huplille* ja *Timo Saranpäälle* esitän nöyrät kiitokset työstä, jonka sinnikkäästi teitte. Palaute, erityisesti se kriittinen, oli huomattava apu tutkimuksen viimeistelyvaiheessa. Molemmat ovat lupautuneet myös vastaväittäjikseni, mikä herättää minussa kiitollisuuden ohessa pelonsekaisia tunteita. Mitä parhain esimieheni, Rikosseuraamuslaitoksen pääjohtaja *Anna Arola-Järvi,* on vaikuttanut tutkimuksen valmistumiseen merkittävästi myönteisyydellään tarjoten

väsymättä viisasta ja oivaltavaa keskusteluseuraa elämästä ja työelämästä. Heldtin stipendirahastosäätiötä sekä Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiötä kiitän osoitetusta rahallisesta kannustuksesta.

*Mikko*. Kiitos inspiraatiosta, ymmärtävästä ohjauksesta, erinomaisista oikeustieteellisistä keskusteluista ja empatiasta. Olet ollut mitä oivallisin ohjaaja minulle. Erityisesti kiitos ikimuistoisista ja hulvattomista ohjaustapaamisista, jotka ovat tarjonneet minulle perspektiiviä tutkimukseni lisäksi elämään yleensä.

*Juha*. Kiitos ja anteeksi. Sinä olet mahdollistanut sen, että saan toteuttaa itseäni.

**Loppu.** Tyttäreni innostui väitöskirjaprojektistani työn loppumetreillä. Kysyin häneltä, haluaisiko hän piirtää kirjaan kansikuvan. Pienen lapsen itsevarmuudella ja loputtomalla innolla hän tarttui toimeen siltä istumalta. Myöhemmin hän alkoi kysellä minulta, mitä väitöskirja tarkoittaa. Olemme puhuneet lukemisesta, kirjoittamisesta ja tutkimisesta. Ne ovat olleet tärkeitä keskusteluja. Tyttäreni kertoi, että hän haluaa myös väitellä tohtoriksi. Aihekin oli jo valmiina. Hänen tutkimuksensa tulee sijoittumaan eläinlääketieteeseen aiheena marsujen hoitaminen.

Sain tärkeimmän vastauksen kysymykseeni. Väitöskirjan kirjoittaminen antaa minulle mahdollisuuden omalla esimerkilläni rohkaista tytärtäni olemaan utelias, tutkimaan mielenkiintoisia ilmiöitä ja luottamaan itseensä. Hän löytää oman polkunsa – marsuilla tai ilman.

*Nuuna*. Kiitos väitöskirjatyön merkityksellisyyden löytymisestä kuuluu yksin sinulle.

Tyttäreni muuten kuvasi kirjaani valmiiden kansien perusteella *maagiseksi*. Kirjoittaessani esipuhetta melko epäsovinnaiseen kellonaikaan yhdistän magiikan kekrin lisäksi lähinnä siihen, että kirja ylipäänsä valmistui.

Suomen Turussa pyhäinmiestenpäivänä 2.11.2024

*Niina Kallio-Nordlund*

# Sisällysluettelo

**TIIVISTELMÄ** ..... IV

**ABSTRACT** ..... VI

**ESIPUHE** ..... VIII

**SISÄLLYS** ..... X

**LYHENTEET** ..... XIV

## YLEINEN OSA

**1 JOHDANTO** ..... 2

1.1 Tutkimusteema, tutkimuksen tavoite, metodi ja rakenne ..... 2

1.2 Tutkimuksen tarve, suhde aiempaan tutkimukseen ja rajaukset ..... 14

**2 PROSESSIN TARKOITUS JA PROSESSIOIKEUDELLINEN NORMISTO** ..... 23

2.1 Lähtökohtia ..... 23

2.2 Prosessin tarkoitus ..... 24

2.2.1 Rikosprosessin tarkoituksesta ..... 24

2.2.2 Siviiliprosessin tarkoituksesta ..... 27

2.3 Normien tunnistaminen ja soveltaminen ..... 28

2.4 Perus- ja ihmisoikeudet prosessioikeudessa ..... 33

2.4.1 Perus- ja ihmisoikeuksien vaikutusmekanismista ..... 36

2.4.2 Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ..... 39

2.4.3 EIS:n normiluonteesta ja tulkintaperiaatteista ..... 46

2.4.4 Tuomioistuinratkaisujen merkityksestä ..... 49

2.4.4.1 Kannanottoja oikeuslähdestatukseen ..... 53

2.4.4.2 EIT:n ratkaisujen vaikutuksista ..... 55

2.5 Johtopäätöksiä normin luonteen merkityksestä ja oikeussäännön tulkinnasta vapaan todistusteorian kontekstissa ..... 57

**3 TODISTELU OIKEUDENKÄYNNISSÄ** ..... 62

3.1 Lähtökohtia ..... 62

3.2 Todistusoikeuden keskeiset käsitteet ..... 63

3.3 Prosessiperiaatteiden merkityksestä todistusoikeudessa ..... 66

3.4 Todistelun elinkaari ..... 71

3.4.1 Todisteen syntyminen ja hankkiminen ... 72
3.4.2 Todisteen esittäminen ... 73
3.4.3 Todisteen hyödyntäminen ... 75
3.5 Totuus oikeudenkäynnissä ... 81
3.5.1 Totuuden määritelmä totuusteorioiden näkökulmasta ... 85
3.5.2 Aineellisesta ja prosessuaalisesta totuudesta ... 89
3.5.3 Aineellisen totuuden tavoitteesta ... 90
3.5.4 Totuus eri prosessilajeissa ... 94
3.5.5 Kokemussäännöistä ... 98
3.5.6 Johtopäätöksiä totuuskäsityksen ja aineellisen totuuden normiluonteen merkityksestä oikeudenkäynnissä ... 101

**4 TODISTUSTEORIAT ERITYISESTI KOTIMAISEN OIKEUDEN KEHITYKSEN NÄKÖKULMASTA** ... 106
4.1 Lähtökohtia ... 106
4.2 Muodollinen todistusteoria ... 108
4.2.1 Siirtymävaiheen suuntaukset: muodollisesta todistusteoriasta legaaliseen todistusteoriaan ... 112
4.3 Legaalinen todistusteoria ... 116
4.3.1 Legaalisen todistusteorian ilmentyminen vuoden 1734 laissa ... 119
4.3.2 Legaalisen todistusteorian kritiikki ... 123
4.4 Vapaan todistusteorian omaksuminen ... 124
4.4.1 Todistusoikeuden uudistamispyrkimyksistä ... 126
4.4.2 Wredeläinen todistusoikeus ... 129
4.5 Eräitä nostoja todistusteorian kehityksestä ... 132
4.6 Vapaa todistusteoria ... 135
4.6.1 Vapaa todistelu ... 136
4.6.2 Vapaa todistusharkinta ... 137
4.6.3 Johtopäätöksiä vapaan todistusteorian ulottuvuudesta ... 146

## ERITYINEN OSA

**5 ERITYISEN OSAN JOHDANTO** ... 149
5.1 Erityisen osan rakenteelliset valinnat ... 149
5.2 Vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan rajoittaminen ... 150

**6 TODISTEEN TAI TODISTELUTULOKSEN HYLKÄÄVÄ RAJOITTAMINEN** ... 158
6.1 Lähtökohtia ... 158
6.2 Todistelun rajoittaminen tuomioistuimen päätöksellä ... 160
6.3 Prekluusiosäännökset ... 165
6.4 Kieltonormeihin perustuvat rajoitukset ... 170
6.4.1 Hyödyntämiskielto ... 172
6.4.2 Todistamiskielto ... 176

6.4.3 Kirjallisen kertomuksen käyttökielto ... 184
6.4.3.1 Nostoja suhteesta todistamiskieltoihin ... 190
6.4.4 Hyödyntämiskiellon suhteesta käyttökieltoihin ... 194
6.4.5 Hyödyntämiskiellon suhteesta todistamiskieltoihin ... 199
6.5 Todistamis- ja hyödyntämiskieltokäsitteistön uudistamispyrkimyksistä ... 203
6.6 Yhteenveto ... 205

**7 HYÖDYNTÄMISKIELLON ASEMOINTI ... 208**
7.1 Hyödyntämiskiellon tarkoitus ja vaikutus ... 208
7.2 Hyödyntämiskiellon systematisoinnista ... 213
7.2.1 Näkökulmia hyödyntämisrajoitteen käsitteestä ... 219
7.3 Hyödyntämiskiellon ajallisesta ja asiallisesta ulottuvuudesta ... 221
7.4 Hyödyntämiskielto todistamiskiellon rikkomisen seuraamuksena ... 229
7.4.1 Todistamiskieltojen kohde ... 230
7.4.1.1 Todistusteemakiellot ... 231
7.4.1.2 Todistuskeinokiellot ... 232
7.4.1.3 Todistusmetodikiellot ... 233
7.4.2 Todistamiskieltojen ehdollisuudesta ja ehdottomuudesta ... 239
7.5 Menettelystä tuomioistuimessa ... 248
7.6 Hyödyntämiskiellosta tunnustamisoikeudenkäynnissä ... 252
7.6.1 Erityinen hyödyntämiskieltopari ... 257
7.6.2 Hyödyntämiskieltosäännösten välisestä suhteesta ... 260

**8 TODISTAMISKIELTONORMIT HYÖDYNTÄMISKIELTOSEURAAMUKSEN PERUSTEENA ... 264**
8.1 Lähtökohtia ... 264
8.2 Todistusteemaan perustuva salassapitointressi ... 269
8.2.1 Ehdottomat todistamiskiellot ... 270
8.2.2 Ehdolliset todistamiskiellot ... 275
8.3 Virkasalaisuuksia koskevista todistamiskielloista ... 285
8.4 Ammatilliseen luottamussuhteeseen perustuva salassapitointressi ... 290
8.4.1 Ehdolliset todistamiskiellot ... 292
8.4.2 Ehdottomat todistamiskiellot ... 308
8.5 Ehdollisuudesta ja ulottuvuudesta salassapitoperusteisissa todistamiskielloissa ... 312
8.5.1 Murtamisperusteena rikoksen ylitörkeys ... 317
8.5.2 Murtamisperusteena erittäin tärkeät syyt ... 320
8.6 Oletettuun virhelähteeseen perustuvat todistamiskiellot ... 322
8.6.1 Itsekriminointisuojaan perustuva todistamiskielto ... 323
8.6.1.1 Itsekriminointisuojan sisältö ... 323
8.6.1.2 Itsekriminointisuojan ulottuvuudesta ... 329
8.6.2 Läheisen kokonaiskieltäytymisoikeus ja läheiskriminointisuoja ... 343
8.6.3 Asianomistajan vaitiolo-oikeuden ja läheissuhteisten todistamiskieltojen rajapinnoista ... 356
8.7 Todistuskeinoneutraalisuudesta ... 363

**9 HYÖDYNTÄMISKIELTO OIKEUSSÄÄNTÖNÄ** ..... 367
9.1 Lähtökohtia ..... 367
9.2 Elementaariset todistusmetodikiellot hyödyntämiskiellon perusteena ..... 370
9.3 Itsekriminointisuojaan liittyvä hyödyntämiskielto ..... 378
9.3.1 Itsekriminointisuojan laajennoksen luonteesta ..... 379
9.3.2 Soveltuvuuden edellytykset ..... 383
9.3.3 Ajallisesta ja asiallisesta ulottuvuudesta ..... 388
9.4 Hyödyntämiskiellon yleissäännös ..... 393
9.4.1 Lainvastaisuus hankkimistavassa ..... 397
9.4.2 Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumisen arviointi ..... 402
9.4.2.1 Asian laatu ..... 404
9.4.2.2 Todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus ..... 405
9.4.2.3 Hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle ..... 411
9.4.2.4 Todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ..... 412
9.4.2.5 Muut olosuhteet ..... 414
9.5 Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisalaan kuuluvia tyyppitapauksia ..... 416
9.5.1 Rikosprovokaatio ..... 418
9.5.2 Kontradiktorisuuden loukkaaminen ..... 426
9.5.3 Puolustautumisoikeuksien loukkaaminen ..... 428

**10 TUTKIMUKSEN YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSET** ..... 436

**LÄHTEET** ..... 442

# LYHENTEET

| | |
|---|---|
| AAL | laki asianajajista (496/1958) |
| Ammattihenkilöasetus | asetus terveydenhuollon ammattihenkilöistä (564/1994) |
| Ammattihenkilölaki | laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä (559/1994) |
| Avoliittolaki | laki avopuolisoiden yhteistalouden purkamisesta (26/2011) |
| CPT | Euroopan neuvoston kidutuksen vastainen komitea |
| EIS | Euroopan ihmisoikeussopimus |
| EIT | Euroopan ihmisoikeustuomioistuin |
| ETL | esitutkintalaki (805/2011) |
| EU | Euroopan unioni |
| EUT | Euroopan unionin tuomioistuin |
| FBI | Federal Bureau of Investigation, Yhdysvaltojen liittovaltion poliisi |
| HD | högsta domstolen (Ruotsin) |
| HE | hallituksen esitys |
| HelHO | Helsingin hovioikeus |
| HOL | laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa (808/2019) |
| ICC | International Criminal Court |
| ICTR | International Criminal Tribunal for Rwanda |
| ICTY | International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia |
| I-SHO | Itä-Suomen hovioikeus |
| JulkL | laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999) |
| KHO | korkein hallinto-oikeus |
| KKO | korkein oikeus |
| KL | kirkkolaki (652/2023) |
| KonkL | konkurssilaki (120/2004) |

| | |
|---|---|
| Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvausdirektiivi | Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2014/104, annettu 26 päivänä marraskuuta 2014, tietyistä säännöistä, joita sovelletaan jäsenvaltioiden ja Euroopan unionin kilpailuoikeuden säännösten rikkomisen johdosta kansallisen lainsäädännön nojalla nostettuihin vahingonkorvauskanteisiin |
| KvOikapuL | laki kansainvälisestä oikeusavusta rikosasioissa (4/1994) |
| Lapsioikeusdirektiivi | Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/800, annettu 11 päivänä toukokuuta 2016, rikoksesta epäiltyjä tai syytettyjä lapsia koskevista menettelytakeista rikosoikeudellisissa menettelyissä |
| Lupalakimieslaki | laki luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista (715/2011) |
| NJA | Nytt juridisk arkiv |
| Oikeusapudirektiivi | Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/1919, annettu 26 päivänä lokakuuta 2016, oikeusavusta rikosoikeudellisissa menettelyissä epäillyille ja syytetyille henkilöille ja eurooppalaista pidätysmääräystä koskevissa menettelyissä etsityille henkilöille |
| OK | oikeudenkäymiskaari (4/1734) |
| OrtKL | laki ortodoksisesta kirkosta (985/2006) |
| Perusoikeuskirja | Euroopan unionin perusoikeuskirja (2016/C 202/02) |
| KP-sopimus | Yhdistyneiden kansakuntien kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus |
| PeV | perustuslakivaliokunta |
| PKL | pakkokeinolaki (806/2011) |
| PL | suomen perustuslaki (731/1999) |
| PotL | laki potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992) |
| PolL | poliisilaki (872/2011) |
| PRH | Patentti- ja rekisterihallitus |
| RB | rättegångsbalk (1942:740, Ruotsin) |
| RL | rikoslaki (39/1889) |
| ROL | laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (689/1997) |
| Sananvapauslaki | laki sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä (460/2003) |

| | |
|---|---|
| SEU | Euroopan unionista tehty sopimus |
| SEUT | sopimus Euroopan unionin toiminnasta |
| SopS | sopimussarja säädöskokoelmassa |
| Sovittelulaki | laki rikosasioiden ja eräiden riita-asioiden sovittelusta (1015/2005) |
| Syyttömyysolettamadirektiivi | Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/343, annettu 9 päivänä maaliskuuta 2016, eräiden syyttömyysolettamaan liittyvien näkökohtien ja läsnäoloa oikeudenkäynnissä koskevan oikeuden lujittamisesta rikosoikeudellisissa menettelyissä |
| THO | Turun hovioikeus |
| Tuomioistuinsovittelulaki | laki riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa (394/2011) |
| UK | ulosottokaari (705/2007) |
| UVapL | uskonnonvapauslaki (453/2003) |
| VaaHo | Vaasan hovioikeus |
| VanhETL | esitutkintalaki (449/1987, kumottu) |
| VanhKL | kirkkolaki (1054/1993, kumottu) |
| VanhOK | oikeudenkäymiskaari (4/1734) sellaisena, kuin se oli ennen oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta annetun lain (732/2015) voimaantuloa |
| VanhPKL | pakkokeinolaki (450/1987, kumottu) |
| VirkamL | valtion virkamieslaki (750/1994) |
| VML | laki verotusmenettelystä (1558/1995) |
| YK | Yhdistyneet kansakunnat |
| YK:n kidutuksenvastainen yleissopimus | kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus (1984) |
| YTJulkL | laki oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa (370/2007) |

# YLEINEN OSA

# 1 JOHDANTO

## 1.1 Tutkimusteema, tutkimuksen tavoite, metodi ja rakenne

Todistusteoria on oikeusjärjestelmän osa, joka selittää tuomiovallan käyttöä ja luo perustan positiiviselle todistusoikeudelle.[1] Todistusteoria kattaa ahtaassa merkityksessä periaatteet, joiden nojalla todistelun tulos punnitaan. Laajassa merkityksessä todistusteoriaan kuuluvat myös niiden tiedonlähteiden valinta, joille punninta suoritetaan.[2]

Oikeudenkäymiskaaren (OK) 17:1:n mukaan asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö asian tutkivalle tuomioistuimelle sekä lausua jokaisesta tuomioistuimessa esitetystä todisteesta, jollei laissa toisin säädetä. Tuomioistuimen on esitettyjä todisteita ja muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja harkittuaan päätettävä, mitä asiassa on näytetty tai jäänyt näyttämättä. Tuomioistuimen on perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo vapaalla todistusharkinnalla, jollei laissa toisin säädetä. Säännös sisältää todistelua oikeudenkäynnissä koskevan prosessioikeuden osan, todistusoikeuden, keskeiset oikeusperiaatteet: vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan. Oikeusdoktriinissa nämä periaatteet muodostavat vapaan todistusteorian, jonka merkitys täsmentyy oikeudenkäymiskaaressa säädetyissä poikkeuksissa.[3]

Vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan periaatteiden vaikutus merkitsee, että asianosaiset saavat oikeudenkäynnissä esittää vapaasti todisteita, jotka ovat tulleet heidän tietoonsa ja tuomioistuin saa vapaasti harkita, millainen näyttöarvo niille kokonaisuutena annetaan. Vapaa todistusharkinta merkitsee käytännössä sitä, että tuomioistuin ei ole todistusharkinnassa muodollisten sääntöjen sitoma, vaan se on oikeutettu ja jopa velvollinen arvioimaan vapaasti, mikä näyttöarvo oikeudenkäyntiaineistoon kuuluville todisteille kokonaisuutena annetaan.[4] Vapaa todistelu on oikeus esittää näyttöä oikeudenkäynnissä, eikä sitä ole rajoitettu tiettyihin todistuskeinoihin.[5] Se tarkoittaa vapaan näytön esittämisen oikeuden lisäksi

1 Langbeinin (1978, s. 19–21) mukaan todistusteorian uskotaan valvovan ja selittävän tuomiovallan käyttöä, minkä vuoksi se on keskeisessä asemassa koko oikeusjärjestelmän legitimiteetin kannalta.

2 Todistusteorian käsitteestä ahtaassa ja suppeassa merkityksessä ks. tarkemmin Halila 1950, s. 17–18.

3 Termistöstä ja sen historiallisesta kehityksestä tarkemmin esim. Jokela 2015, s. 191.

4 Merkityksestä vallitsee yksimielisyys oikeustieteellisessä tutkimuksessa vuosikymmenien ajalta. Ks. Tirkkonen 1949, s. 23; Lappalainen 2001, s. 138; Pölönen – Tapanila 2015, s. 35 ja Fredman ym. 2020, s. 490.

5 Esim. Virolainen ja Pölönen (2003, s. 425) ovat esittäneet, että vapaata todistelua ei ole rajoitettu todistuskeinojen tai näytön luotettavuuskriteerien nojalla.

vastavuoroisesti tuomioistuimen rajoittamatonta oikeutta arvioida todisteena mitä tahansa laillisesti tietoonsa saamaa tosiseikkaa.[6] Vapaa todistelu asettaa ensinnäkin osapuolille oikeuden valita todisteet, joihin he vetoavat, ja toiseksi tuomioistuimelle oikeuden käyttää kaikkea oikeudenkäynnissä ilmennyttä, eli myös todisteiden ulkopuolisia havaintoja, näyttönä.

Periaatteiden keskinäistä suhdetta voi kuvata Lappalaista siteeraten siten, että vapaa todistusharkinta sallii vapaan todistelun ja toisaalta vapaa todistelu vaatii jatkokseen vapaan todistusharkinnan. Todisteen luotettavuuteen vaikuttavat tekijät otetaan lähtökohtaisesti todistusharkinnassa huomioon näyttöarvon punninnassa, jolloin Lappalaisen mukaan vapaan todistusharkinnan asema on itsenäisempi suhteessa siihen, noudatetaanko ja missä laajuudessa vapaata todistelua.[7] Vapaata todistusharkintaa noudatetaan lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon kuuluvien todisteiden osalta, vaikka oikeutta näytön esittämiseen on rajoitettu.[8] Vapaan todistusteorian periaatteet eivät ole myöskään rajoituksettomia.

Vapaan todistelun tiettyjä rajoituksia nimitetään lainsäädännössä hankkimis- ja esittämiskielloiksi ja oikeustieteessä yleisesti todistamiskielloiksi. Vapaan todistusharkinnan rajoituksia ovat viime kädessä hyödyntämiskiellot, joiden suhde vapaata todistelua rajoittaviin hankkimis- ja esittämiskieltoihin ilmenee niin sanottuina epäitsenäisinä hyödyntämiskieltoina.[9] Oikeustieteessä on lisäksi muodostettu vakiintuneesti käytetty mutta ristiriitainen käsite niin sanotusta itsenäisestä hyödyntämiskiellosta, jonka peruste on johdettu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta, perustuslaista (PL) ja Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksesta (EIS)[10] sekä tätä tulkitsevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) oikeuskäytännöstä. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset asettavat doktriinissa vapaalle todistusteorialle ihmis- ja perusoikeudellisen viitekehyksen.[11]

---

6 Fredman ym. 2020, s. 490.

7 Lappalainen 1988, s. 25.

8 Virolainen – Pölönen 2003, s. 425.

9 Todistamiskielto-termiä käytetään myös hallituksen esityksessä (HE 46/2014 vp), mutta tarkemmassa tarkastelussa sitä ei voi suoraan rinnastaa kattamaan kaikkia vapaan todistelun rajoituksia. Vapaata todistusharkintaa rajoittavan hyödyntämiskiellon ymmärtäminen vaatii todisteiden hankkimis- ja esittämiskieltojen määrittelemistä, jolloin todistamiskielto terminä on epämääräinen: sillä viitataan sekä yleisesti todistelun kieltämiseen että henkilön oikeuteen kieltäytyä todistamasta. Epäitsenäiseksi hyödyntämiskielloksi voidaan kutsua ainakin OK 17 luvussa säädettyjen kieltonormien seuraamuksia. Todisteiden hyödyntämiskielto ei siksi ole synonyymi todistamiskiellolle. Molemmat tarkoittavat kuitenkin käytännön oikeuselämässä poikkeusta OK 17:1:ssä säädetyistä vapaan todistelun ja toisaalta myös vapaan todistusharkinnan periaatteista. Vapauksien rajoitukset ovat tulkintatavasta riippuen laajempia kuin ainoastaan mainitut hankkimis-, esittämis- ja hyödyntämiskiellot. Esimerkiksi tuomioistuimen oikeus estää tarpeeton todistelu rajoittaa vapaata todistelua ilman, että se olisi todistamiskielto samassa merkityksessä kuin vaitiolovelvollisuuteen ja -oikeuteen perustuvat todistamiskiellot ovat.

10 Suomi on saattanut EIS:n laintasoisena voimaan vuonna 1990 (SopS 19/1990). Ks. tarkemmin Pellonpää ym. 2018, s. 60–64.

11 PL 6.1 §:n mukainen yhdenvertaisuus lain edessä sekä EIS 6 artiklan asettama oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

Vapaa todistusteoria kiteytyy oikeuden pintatasolla edellä selostettuihin normeihin, mutta sen todellisten vaikutusten ymmärtäminen oikeudenkäynnissä vaatii monipuolista oikeudellista tarkastelua. Tutkimuksen tavoite liittyy vapaan todistusteorian ja hyödyntämiskiellon määrittelyyn, missä kontekstissa tutkimuksen tavoitteena on selkeyttää näiden sisältöä ja keskinäistä yhteyttä. Tutkimuksessa pyritään vastaamaan kysymykseen, millainen merkitys vapaalla todistusteorialla on oikeudenkäynnissä erityisesti hyödyntämiskiellon näkökulmasta. Tähän kysymykseen vastaaminen edellyttää vapaan todistusteorian ja sitä ilmentävien normien määrittelyä ja systematisointia sekä erityisesti rajoitussäännösten tulkintaa ja säännösten taustalla vaikuttavien periaatteiden tai oikeushyvien tutkimista ja keskinäistä punnitsemista. Tutkimuskysymykseen vastaamista taustoittaa seuraavien kysymysten käsittely:

1) Mitä vapaa todistusteoria merkitsee ja mitkä ovat olleet vaihtoehtoiset todistusteoriat kotimaisessa oikeudessa?
2) Millainen on totuuden käsite vapaassa todistusteoriassa?
3) Mitkä oikeuslähteet ovat vapaan todistusteorian konstruoinnissa merkitseviä ja miten normien luonne vaikuttaa niiden soveltamisessa?
4) Miten määritellään todisteen hyödyntäminen ja miten hyödyntämiskiellon asettaminen suhteutuu näytönarviointiin?
5) Miten todistamiskiellot ja hyödyntämiskiellot systematisoidaan suhteessa toisiinsa ja muihin kieltonormeihin?

Näihin kysymyksiin vastaamisen jälkeen tarkastelen hyödyntämiskieltoon johtavia säännöksiä. Tutkimustyyliäni[12] taustoittavasti totean, että asemoidun tutkijana ja oikeuslähteiden tulkitsijana lainkäytön ulkopuolella urani tehneenä sinänsä objektiiviseen tarkastelijajoukkoon, mutta subjektiivisuus ilmenee oikeuspositivistisesta tutkimusasenteesta. Toisaalta se ilmenee väistämättä myös teorianmuodostuksessa ja systematisoinnissa, joiden taustalla on subjektiivinen tutkimusnäkökulman valinta.[13]

Tutkimus edustaa traditionaalista oikeuspositivismia, mikä asettaa tietyt rajat tutkimuksen näkökulmalle.[14] Traditionaalinen oikeuspositivismi tunnustaa modernin oikeuden perustavan positiivisuuden eli sen, että modernin oikeuden oloissa oikeus perustuu inhimillisiin päätöksiin ja että oikeus on asetettua oikeutta.[15] Näin

12 Hyttisen (2015, s. 24–25) mukaan oikeustieteessä on metodisia ongelmia, joten on perustellumpaa puhua tutkimustyylistä, joka heijastaa tutkijan metodisia valintoja ja sitoumuksia rehellisemmin kuin viittaukset tutkimusmetodiin.

13 Lainopillisen tutkimuksen objektiivisuuden paradoksi on tunnustettava. Tulkinta on väistämättä subjektiivista toimintaa, eivätkä edes oikeustieteessä yleisesti hyväksytyt oikeuslähdeopin ja tulkintaopin mukaiset metodit voi taata tutkimuksen objektiivisuutta. Ks. oikeudellisen tulkinnan objektiivisuudesta laajemmin Aalto-Heinilä 2020, erityisesti s. 920–923.

14 Oikeuspositivismi on oikeusfilosofian suuntaus, joka korostaa lainsäädännön merkitystä oikeusjärjestyksen perustana, eikä se ole synonyymi lakipositivismille. Ks. käsitteestä tarkemmin esim. Tolonen 2000, s. 512–513; Tala 2006, s. 63–83 ja periaatteiden asemasta Kolehmainen 2021, s. 6 av. 20.

15 Ks. modernista oikeudesta tarkemmin esim. Tuori 2000, s. 163 ja oikeuspositivismin merkityksestä säädännäisessä oikeudessa Dworkin 2005, s. 17.

ollen tutkimuksen lähtökohtana on todellisuuden kahden osa-alueen, olemisen ja pitämisen maailman, eli yhteiskunnallisten tosiasioiden ja normatiivisten jäsennysten, ero siten, että oikeuden asettaminen kuuluu yhteiskunnallisen todellisuuden eli olemisen maailmaan, mutta oikeusnormit yhteiskunnallisesta todellisuudesta riippumattomaan pitämisen maailmaan.[16] Tutkimuksen tarkoitus ei ole kritisoida oikeuden rajoja ja legitiimisyyttä, vaikka selvää on, että totuuteen pohjautuvat vapaan todistusteorian osa-alueet ovat jokseenkin moraalisia kysymyksiä.[17] Tutkimus on lainopillinen,[18] joten sen tarkoitus on saattaa vapaata todistusteoriaa oikeudenkäynnissä ilmaiseva normisto hallittavaan ja käytännössä soveltamiskelpoiseen muotoon.[19] Tiedonintressinä on lopulta tuottaa voimassa olevan oikeuden tulkinnallista merkityssisältöä eli oikeudellisia tulkintalauseita, jotka on johdettu pääosin institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin metodein.[20] Tutkimus on de lege lata -tutkimus, eikä se sisällä de lege ferenda -osuutta.

Vapaan todistusteorian taustalla on joukko sitä vaativia tai sen mahdollistavia yleisiä prosessioikeudellisia ja erityisesti todistusoikeudellisia periaatteita ja tavoitteita, kuten oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus ja aineellisen totuuden tavoite. Niiden määrittely ja luonne normina on välttämätöntä tutkimuksen argumentaatioteoreettisen viitekehyksen muodostamiseksi. Ihmis- ja perusoikeusvaikutus sekä oikeuslähdeoppiin, oikeudelliseen argumentointiin että lopulta käytännössä tulkintametodeihin sekä pohjimmiltaan koko systeemin muodostaminen erityisesti oikeuskulttuurin ja oikeuden pintatason läpileikkaavien normien osalta

16 Habermasin (1996, s. 82–193) diskurssiteorian sovellukset oikeudellisiin kysymyksiin erityisesti luvuissa 3 ja 4 korostaa lisäksi, että myös käytännön ratkaisutoiminnassa tuomioistuimessa, johon tutkimuksen praktinen sovellettavuus kohdistuu, jako faktaperusteluihin ja oikeudellisiin perusteluihin liittyy olemisen (seinin) ja pitämisen (sollenin) maailmojen eroihin. Olemisesta eli yhteiskunnallisesta todellisuudesta irrotetussa pitämisen maailmassa vedetään raja oikeudellisten normien ja muiden normijärjestysten välille. Ks. olemisen ja pitämisen maailman eroista Honneth 1995, s. 3–63 ja Huovila 2005, s. 15.

17 Tuori 2000, s. 7–8. Analyyttinen oikeuspositivismi vaikuttaa tutkimuksen todistusteoriaa systematisoivassa osiossa, jossa käsitteistö ja systeemin tausta analysoidaan. Ks. oikeuspositivismin mainituista suuntauksista esim. Siltala 2004, s. 347.

18 Lainoppi eli oikeusdogmatiikka on dogmaattista oikeustiedettä, jolla tarkoitetaan oikeussäännösten systematisointia ja tulkintaa. Tutkimusasetelma ja motiivi kohdistuvat oikeusongelmaan, jonka ratkaiseminen edellyttää sekä teoreettista että käytännöllistä lainoppia. Ks. Aarnio 1982, s. 104–109 ja Aarnio 1997, s. 40–53.

19 Systematisoinnin tarkoitus on järjestää edelleen laissa ilmaistua järjestelmää mahdollisesti toisin käsittein tai järjestyksin. Näin systematisoinnilla pystytään jatkamaan lainsäätäjän työtä ja saavuttamaan uusia kokonaisuuksia. Systematisoinnin perustana ovat oikeusnormit, koska kaikki käsitteet palautuvat joihinkin normeihin. Aarnio 1978, s. 52 ja 81; Aarnio 1982, s. 22 ja Aarnio 1989, s. 288–302.

20 Huomattava on, että lainoppi ei ole sidottu laintulkintaperiaatteisiin, mutta moniselitteisten lakitekstien tulkinnassa voidaan hyödyntää oikeudellisia tulkintaperiaatteita. Ks. Aarnio 1982, s. 104–109 ja Aarnio 1997, s. 40–53. Tutkimuksessa tukeudutaan vallitseviin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin hyväksyen lainsäädäntöideologia sekä prejudikaattiperustainen että tietyin varauksin tavanomainen oikeus, joskin tarpeellisilta osin vallitseviin tulkintoihin pureudutaan kriittiseen sävyyn. Tulkintaideologia, jota tutkimus noudattaa, on siten pääosin sitoutunutta. Ks. tavanomaisen oikeuden merkityksestä Tuori 2000, s. 175 ja Siltala 2003, s. 273.

tekisi käsitelainopillisen tutkimuksen mahdottomaksi.[21] Systematisointi muodostaa oikeustieteen yleisiä oppeja eli teoreettista lainoppia, jonka kohdealueena on oikeuskulttuuri.[22] Systematisoinnin jälkeen säännösten normiluonne ja sisältö selvitetään, mikä tarkoittaa muodostetun systeemin formulointia, jossa tukeudutaan oikeuslähdeopin asettamaan hierarkiaan, eli tulkinnassa käytetään argumentoinnin pohjana hyödyksi oikeuslähdeopin mukaisia oikeuslähteitä.[23] Näin tutkimuksessa päädytään lainopin avulla käytännön oikeudellisten ongelmien ratkaisusuosituksiin.

Tuorin monitasomallissa oikeus jakautuu kolmeen tasoon: oikeuden syvätasoon, oikeuskulttuurin tasoon ja pintatasoon sekä näiden tasojen välisiin suhteisiin.[24] Pintataso, joka käsittää lait, muut säännökset ja tulkintakannanottoja antavat tuomioistuinratkaisut, kattaa kaikki vahvasti velvoittavat oikeuslähteet niiden tyypistä riippumatta eli sekä auktoriteetti-, asia- että synkronointilähteet, mutta se

21 Käsitelainopin yksipuolisuudesta ks. Aarnion (1978, s. 52 ja 81; 1982, s. 22 ja 1989, s. 288–302) perustellut kannanotot.

22 Sama kohdealue on myös oikeusteorialla, joka keskittyy menetelmiin, kuten oikeuslähdeoppiin ja oikeusnormien tulkinnassa ja ristiriidoissa vallitseviin tulkintastandardeihin sekä argumentaatioon. Esim. Aarnio 1978, s. 74–76; Aarnio 1989, s. 288–302 ja Tuori 2000, s. 303.

23 Ks. oikeuslähdeopin määritelmästä Siltala 2004, s. 687. Teorianmuodostukseen oikeuden syvätasolta pintatasolle edettäessä olen omaksunut perinteisen aarniolaisen tai eksaktimmin peczenikiläis-aarniolaisen oikeuslähdeopin (esim. Aarnio 1989, s. 220–221) huomioiden kuitenkin siihen liittyvän modernisaation, kuten perus- ja ihmisoikeuksien vahvan vaikutuksen (perusoikeusvärittyneestä erityisestä oikeuslähdeopista esim. Karhu 2003, s. 798–807). Ks. oikeuslähdeopista ja jaottelusta vahvoihin, heikkoihin sekä sallittuihin oikeuslähteisiin tarkemmin esim. Aarnio 1982, s. 87–96 ja 220–221 sekä Aarnio 2011, s. 68–69. Ks. toisaalta Siltalan (2003, s. 300–311) jaottelu velvoittaviin, ohjeellisiin ja mahdollisiin oikeuslähteisiin.

24 Ks. Tuori 2000, s. 202–212. Alun perin Tuorin monitasomalli perustui marxilaiseen yhteiskuntateoriaan, jossa hän erotti oikeuden pintatason, välitason oikeusideologian ja syvätason oikeusmuodon. Nämä tasot liittyivät erilaisiin subjektimuotoihin ja tietoisuusmuotoihin. Myöhemmin Tuori on päivittänyt malliaan, korvaten oikeusideologian oikeuskulttuurilla, joka yhdistää asiantuntija- ja maallikkonäkökulmat, ja määritellyt oikeuden syvätason uudelleen vähemmän marxilaisittain. Siltalan malli (Ks. Siltala 1998 ja Siltala 1999, s. 689–691) käsittelee oikeuden monitasoista analyysia, jossa operationaalinen pintataso vastaa Tuorin määrittämää oikeuden pintatasoa ja oikeuden ideologinen syvätaso on oikeuskulttuurin muunnos. Argumentaatioteoreettinen syvätaso selittää, miten lainkäyttäjän sisäistämä prejudikaatti-ideologia on mahdollinen perustuen kahteen oikeudellisen argumentaation periaatteeseen: ratioon ja auctoritakseen. Nämä kaksi elementtiä, oikeudellinen velvoittavuus ja perusteltavuus, muodostavat syvätason aksiomaattisen perustan. Lisäksi neljäs taso, infrastruktuuritaso, jota Tuorin monitasomallissa ei ole erillisenä, vaan se sisältyy syvätasoon, käsittelee oikeuden perimmäisiä periaatteita, erityisesti oikeudellisen velvoittavuuden ja perusteltavuuden viimekätisiä perusteita oikeuspositivistisessa tulkinnassa. Tässä tutkimuksessa oikeuden tasot toimivat rakenteen ja systematiikan kehikkona, joten pysyn yksinkertaistetummassa mallissa, eikä Tuorin monitasomallin syvärakenteen jakamista kahteen Siltalan tavoin ole tarpeen tehdä. Tuorin monitasomallin mukaiset oikeuden tasojen väliset suhteet ovat sedimentaatiosuhde (modernin oikeuden positiivisuus), rajoitussuhde (oikeuden rajat positiivisessa oikeudessa), justifikaatiosuhde (oikeuden legitimiteetti) ja kritiikkisuhde (kriittinen positivismi). Näistä sedimentaatiosuhde ja rajoitussuhde näyttäytyvät selkeimmin hyödyntämiskieltoa vapaata todistusteoriaa vasten tarkasteltaessa: oikeuskulttuurin ja pintatason välillä sedimentaatiota on tapahtunut molempiin suuntiin ja toisaalta on tunnustettava pintatason normien rajoittavan kulttuurin ja syvärakenteen oikeutta.

sisältää lisäksi auktoriteettilähteistä heikosti velvoittavia ja sallittuja.[25] Sen sijaan oikeuskulttuurin taso, joka käsittää oikeudenalan yleiset opit, oikeusperiaatteet ja käsitteet, sekä oikeuslähdeopin ja lainopilliset argumentaatiomallit että normien tulkintamallit, sisältää ainoastaan heikosti velvoittavia ja sallittuja oikeuslähteitä, joista ensiksi mainittuihin asia- ja synkronointilähteisiin kuuluvat muun muassa oikeusperiaatteet.[26] Oikeuden syvärakenne, joka koostuu oikeusteoriasta, ei sisällä perinteisen oikeuslähdeopin mukaisia oikeuslähteitä. Yksi havainto hyödynnettävästä oikeuslähteistöstä onkin, että tutkimuksessa ratkaisuperusteena sovellettavat oikeuslähteet kuuluvat monitasomallissa joko pintatasolle tai sekä oikeuden pinta- että kulttuuritasolle. Tutkimuksessa hyödynnetään monitasomallissa kuvattua oikeuden eri tasojen ideaa vapaan todistusteorian ja hyödyntämiskieltoilmiön systematisoinnissa ja tutkimuksen rakenteessa. Siinä ei kuitenkaan käytetä niin kutsuttua vaihtoehtoista lainoppia metodina,[27] koska tutkimuksen tarkoitus on ymmärtää voimassa olevaa oikeutta, ei muovata sitä. Tutkimuksen tiedonintressi on lainopin perinteisen määritelmän mukainen eli voimassa olevan oikeuden sääntöjä tulkitseva

25 Vahvasti velvoittavat oikeuslähteet, toisin kuin ainoastaan heikosti velvoittavat, sitovat tuomaria rikosoikeudellisen virkavastuun uhalla. Tuomarilla on kuitenkin katsottu olevan velvollisuus perustella, miksi hän on toiminut toisin kuin heikosti velvoittava oikeuslähde osoittaisi. Sallittu oikeuslähde on mahdollista sivuuttaa sekä ilman virkavastuuta että perusteluvaatimusta. Ks. Launiala 2017, s. 7. Aarnion (2006, s. 293–294) mukaan vahvasti velvoittavat oikeuslähteet voidaan luokitella lisäksi ankaran sitovuuden ja kumottavissa olevan sitovuuden alaisiksi. Ankara sitovuus edellyttää, että tiettyjä normeja, kuten kansainvälisiä määräyksiä ja perustuslakia, on aina noudatettava ilman poikkeuksia. Kumottavissa olevan sitovuuden alaiset oikeuslähteet, kuten lait ja asetukset, voidaan tietyissä tilanteissa ohittaa vakuuttavin perustein.

26 Kuvattu oikeuslähteiden jaottelu pääasiassa edellä av. 23 viitatun mukaisesti. Tarkastelussa oikeuslähteet jaetaan kolmeen kategoriaan: vahvasti ja heikosti velvoittaviin sekä sallittuihin oikeuslähteisiin. Vahvasti velvoittavat oikeuslähteet ovat: 1) kansallisen oikeuden ulkopuoliset normistot (Eurooppaoikeuden sitovat osat, EIS:n normit, tiettyjen oikeusohjeiden osalta EY-tuomioistuimen (nyk. Euroopan unionin tuomioistuin, EUT) tietyt prejudikaatit ja EIT:n tietyt prejudikaatit ks. esim. Huovila 2005, s. 32 ja 34 sekä Karhu 2020, s. 1024–1025); 2) kansallisen oikeuden normistot (perustuslaki ja eduskuntalaki sekä niiden nojalla annetut alemman asteiset normit, kansainväliset sopimukset ja systeemiperusteet); 3) maan tapa. Heikosti velvoittavat oikeuslähteet ovat: 1) lainsäätäjän tarkoitus, joka ilmenee lainvalmistelutöistä ja; 2) ennakkoratkaisut. Sallitut oikeuslähteet, joita voidaan käyttää, kun velvoittavista oikeuslähteistä saatavan tiedon avulla ei voida päätyä tulkintaratkaisuun, ovat: 1) käytännölliset argumentit; 2) eettiset ja moraaliset perusteet, kuten arvot; 3) yleiset oikeusperiaatteet; 4) oikeustiede eli ns. vallitseva mielipide; 5) vertailevat argumentit; 6) muut, joihin kuuluu ulkomainen oikeus – käytännössä oikeusjärjestelmäämme lähellä olevat oikeusjärjestykset. Maan tapa on tavanomaista oikeutta, joskin sen oikeuslähdeluonne on kyseenalaistettu viime vuosina tavanomaisen oikeuden merkityksen kaventuessa oikeuslähteenä prosessilainsäädännön kehittymisen vuoksi. Kuitenkin esimerkiksi tuomion oikeusvoima ja muutoksenhakua koskeva reformatio in peius -kielto sekä jutun palauttaminen ovat edelleen vailla lainsäädännön tukea. Karhusta ja Huovilasta poiketen EUT:n sekä EIT:n tiettyjen prejudikaattien lähdestatuksesta on kirjoittanut Tolonen (2003, s. 126), jonka mukaan "*niillä on sama painoarvo kuin korkeimpien tuomioistuinten perusteluilla. Siten niillä on huomattava tosiasiallinen arvo, mutta suoranaisesta velvoittavasta vaikutuksesta ei voida puhua*."

27 Vaihtoehtoinen lainoppi voi olla kriittistä tai jopa politisoitunutta lainoppia. Ks. esimerkit varsinaisen vaihtoehtoisen lainopin väitöskirjoista Eriksson 1980 ja Tuorin väitöskirjan osat 1 ja 2 (Tuori 1983 ja 1983a).

ja systematisoiva. Tällöin monitasoinen analyysi tarjoaa mahdollisuuden tarkastella oikeutta sen eri ilmentymien kautta, lainsäädännöstä oikeuskäytäntöön ja periaatteisiin, sekä tunnistaa niiden väliset yhteydet ja jännitteet. Sedimentaatiosuhteen tai historiallisten ja kulttuuristen seikkojen vaikutus on taustoittava eikä yksittäisen oikeusongelman ratkaisemisen tulkintalähde.[28] Olennaista tutkimuksessa on kuitenkin kuvata oikeusteorian ja oikeuskulttuurin taso tutkittavan aiheen osalta, jotta niiden pintatason kanssa tapahtunut sedimentaatio voidaan tunnistaa.[29]

Vapaan todistusteorian kokonaisuuteen kuuluvien sääntöjen tulkintaideologia on tutkimuksessa sitoutunut voimassa olevaan lainsäädäntöön, jonka tulkintametodina käytetään – yhden argumentin perustelutavan ollessa mahdollinen – sanamuodon mukaista tulkintaa.[30] Kumulatiivisten argumenttien perustelutapa puolestaan soveltuu konfliktinratkaisuargumentointia paremmin tutkimuksessa säännösten tulkitsemiseen, koska tutkimuskohteen oikeuslähteistö on ihmisoikeusnormiston vuoksi osin kumuloitunutta.[31] Ensisijaisena tulkintametodina soveltuvan sanamuodon mukaisen tulkinnan jättäessä ratkaisusuositukselle useita vaihtoehtoja tulkintaa ohjaavat systemaattiset tulkintatavat ja vasta tämän jälkeen teleologinen tai perus- ja ihmisoikeusmyönteinen tulkinta taikka lainsäätäjän tarkoituksen mukainen tulkinta.[32]

---

28 Tuorin monitasomalli on selkiyttävä koska se keskittyy oikeuden analysointiin useammalla tasolla, mikä mahdollistaa oikeuden tarkastelun laajemmassa yhteiskunnallisessa ja historiallisessa kontekstissa. Sedimentaatio- ja kritiikkisuhteen käyttäminen tulkintaperusteena voi kuitenkin vaarantaa praktisen lainopin perusteita, minkä vuoksi tässä tutkimuksessa mallia käytettään tutkimuksen rakenteellisia valintoja selkiyttävänä ideana ja systematisoinnin apuvälineenä. Mikäli kulttuurin ja teorian tasoja käytetään tulkintalähteenä, eikä ainoastaan systeemin kuvauksena, tulkinta ei tavoita lainsäätäjän tarkoitusta. Ks. vaihtoehtoisen lainopin kritiikkiä Siltala 2004, s. 564. Tuorin (1983, s. 24) mukaan monitasomalli pitäytyy "*totunnaisten lainopillisten diskurssisääntöjen rajoittamalla alueella.*"

29 Tällä on merkitystä myös normien tulkintatavoissa (kielellisen merkityksen selvittämisessä), koska varsin merkittävä osa tutkimusaiheen syvärakenteen tai kulttuurin tasolle kuuluvista oikeuden osista on myös pintatasolla kuvattu. Toisaalta Tuorin (2000, s. 220) mukaan sedimentaatiosuhteen avulla oikeuden pintatasolta suodattuu kerrostumia myös oikeuden alemmille tasoille, oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen, eli oikeuden kehittymistä tapahtuu myös toiseen suuntaan.

30 Lainopista tieteellisenä tutkimuksena ks. Helin 1988, s. 1 ja luonteesta auktoriteettiargumentoinnin sekä sanamuodonmukaisen tulkinnan näkökulmasta Kaisto 2001, s. 1056–1057. Lain sanamuodon mukainen tulkinta on ensisijainen tulkintametodi. Erityisesti näin on rikosoikeudessa PL 8 §:n sisältämän laillisuus- eli legaliteettiperiaatteen vuoksi ja siten myös rikosprosessuaalisia oikeuskysymyksiä ratkaistaessa. Lainsäätäjän tarkoituksen tulisi ilmetä säännöksen sanamuodosta. Toisaalta sanamuodon sisältämän termistön määrittely edellyttää tyypillisesti muihin oikeuslähteisiin tukeutumista. Samaan johtopäätökseen esitöiden ja lainsäätäjän tarkoituksen etsimisen liiallisesta painottamisesta päädytään myös oikeuslähdehierarkiaa tarkastelemalla. Ks. sanamuodon mukaisen tulkinnan asemasta ja tyypillisestä problematiikasta Huovila 2005, s. 59–60; Koponen 2004, s. 18 ja MacCormick – Summers 2002, s. 541.

31 Ks. erilaisista praktisista tulkintamalleista esim. kansainvälinen Bielefelder Kreis -tutkimus ja sen johtopäätökset MacCormick – Summers 2002, s. 511–544.

32 Systemaattisia tulkintametodeja on tunnistettu useita. Praktisen lainopin alalla perustelluimmin hyväksyttävät ovat Huovilan (2005, s. 63–66) mukaan kontekstuaalis-harmonisoiva tulkinta, ennakkoratkaisujen mukainen tulkinta, analoginen tulkinta, käsitteellis-looginen tulkinta, oikeusperiaatteiden

Perustelen kumulatiivista tulkintatapaa tutkimuksen tematiikalla erityisesti siitä näkökulmasta, että itsenäisenä tulkintametodina sekä lainsäätäjän tarkoitus että ihmis- ja perusoikeusmyönteinen tulkinta, joka tässä kontekstissa käytännössä toimii teleologisena metodina,[33] sisältyvät systemaattisen tulkintaan ja kumuloituvat erityisesti ennakkoratkaisujen ja oikeusperiaatteiden mukaisen tulkinnan kanssa. Tämän vuoksi näitä oikeusaukkojen paikkaamiseen ja yksittäisratkaisua yleisempiin tulkintasuosituksiin heikosti soveltuvia metodeja ei tarvitse käyttää päästäkseen arvoperustaltaan samaan lopputulokseen.[34] Konfliktinratkaisuargumentointi soveltuu paremmin punnintatyyppiseen normin soveltamisratkaisuun, eli kun sovelletaan oikeusperiaatteita. Tällöin ei ole kyse säännön tulkinnasta, mutta perus- ja ihmisoikeusvaikutuksen sekä todistusoikeuden keskeisimpien periaatteiden vaikutuksen vuoksi periaatteiden keskinäinen punninta konfliktinratkaisuna saattaa kiperässä tulkintatilanteessa toimia ainakin oikeusaukon ratkaisemisen tukena, varsinkin, jos periaatteet ovat sillä tavoin rakenteistuneet, että ne vaikuttavat osaltaan myös systemaattisen tulkinnan välineenä.[35]

---

mukainen tulkinta ja historiallinen tulkinta. Systemaattisesta tulkinnasta käytän tässä tutkimuksessa pääosin käsitteellis-loogista tulkintaa, ennakkoratkaisujen mukaista tulkintaa, oikeusperiaatteiden mukaista tulkintaa ja historiallista tulkintaa. Todettakoon, että näistä systemaattisen tulkintametodin keinoista kolme viimeksi mainittua käytännössä osoittavat samaan suuntaan niiden kiinnittyessä historian ja periaatteiden osalta oikeuskulttuurin tasolle ja ennakkoratkaisujen kiinnittyessä niin ikään samaan kontekstiin korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön osalta.

33 Oikeustieteessä melko yleisesti hyväksytty teleologinen tulkinta vaatii säännöksen sanamuodon mahdollisten merkitysten mukaista tulkintaa. Puhtaassa muodossa teleologinen tulkinta on kuitenkin viimesijainen keino käytännön ratkaisutoiminnassa. Tältä osin esim. PeVM 25/1994 vp, s. 4: ”[tuomioistuimen] *tulee valita perusteltavissa olevista lain tulkintavaihtoehdoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista.*” Samoin on perustellut Saraviita (1999, s. 892–893) ja rikosoikeuden osalta Huovila 2005, s. 78 sekä Koponen (2004, s. 29–30 ja av. 88), jonka mukaan ensisijainen tulkintalähde on lain tarkoitus, ja tavoitteena on pyrkiä toteuttamaan sitä mahdollisimman tarkasti. Haasteena kuitenkin on, että tulkinnan sallitut rajat ovat vaikeasti määriteltävissä yleisin kriteerein. Käytännössä perus- ja ihmisoikeusmyönteinen tulkinta auttaa valitsemaan tulkintatuloksen muiden tulkintametodien osoittamista keskenään yhtä perustelluista vaihtoehdoista, eikä se silloin sovellu suoraan tulkintaperusteeksi. Tämän tutkimuksen tematiikassa teleologinen tulkinta yhdistyy sanamuodon mukaiseen tulkintaan ja toisaalta perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen ja systemaattiseenkin tulkintaan, koska KKO ja EIT väistämättä tekevät perus- ja ihmisoikeusmyönteistä laintulkintaa, jotka puolestaan taustaltaan ovat systemaattisia ja muodostavat taas itse ennakkoratkaisuperusteisen tulkintamahdollisuuden myöhemmin. Teleologinen metodi käytännössä lähenee sekä systemaattista että lainsäätäjän tarkoituksen mukaista tulkintaa, jolloin ei oikeastaan voida puhua puhtaasti teleologisesta tulkinnasta. Toisaalta teleologinen metodi voi olla myös konstruointia. Ks. Teleologisesta metodista tarkemmin Huovila 2005, s. 68–70 ja sen eri merkityksistä Ekelöf – Boman 1990, s. 74–77.

34 Oikeusaukkojen ratkaiseminen yksin tekstuaalisin, systemaattisin ja teleologisin keinoin ei ole mahdollista, jolloin on pyrittävä löytämään ratkaisuvaihtoehto, joka parhaiten soveltuu periaatelatautuneeseen systeemiin. Oikeusaukon käsitteestä ja sen ratkaisemisen mahdottomuudesta oikeuslähdeopin keinoin ks. Hirvonen 2020, s. 968–970. Oikeusaukkojen ratkaisemisesta muutoin ks. Klami 1981, s. 104–123 ja Koponen 2004, s. 9–10.

35 Eri tulkintasääntöjen termistöstä tarkemmin esim. Aalto-Heinilä 2000, s. 911–914 ja Huovila 2005,

Tutkimus jakautuu kahteen pääosaan. Näistä ensimmäisessä, niin sanotussa yleisessä osassa (jaksot 1–4) käsitellään vapaan todistusteorian kontekstia pääasiassa oikeuskulttuurin tasolla, mihin liittyy tutkimuksen yleisen osan kaksi keskeistä teemaa: todistusoikeudellisten periaatteiden sisältö, normiluonne ja suhde muihin prosessiperiaatteisiin sekä todistelun tarkoitus erityisesti totuuden näkökulmasta. Lisäksi yleisessä osassa kuvataan vapaan todistusteorian tarkoitusta verrattuna vaihtoehtoisiin todistusteorioihin kotimaisen todistusteorian historian kautta.

Yleinen osa taustoittaa teorianmuodostusta ja kiinnittää tutkimuskysymyksen oikeusjärjestykseen. Muodostetun systeemin, vapaaseen todistusteoriaan kuuluvien oikeuslähteiden rakenteellisen mallin, yksityiskohtainen jäsentely erityisessä osassa kehittyy oikeudellisen tulkinnan metodien käytännöllisiin linjavetoihin ja ratkaisusuosituksiin. Tutkimuksen yleisessä osassa on piirteitä teoreettisesta lainopista ja erityinen osa on enemmälti käytännöllistä lainoppia. Vapaan todistusteorian systematisointi oikeuden syvärakenteelta pintatasolle on tutkimuksen yleisen osan johtopäätös, jossa pyrin löytämään oikeuslähteiden koherenssin. Yleisessä osassa vastataan siten kysymykseen, mikä on vapaa todistusteoria, ja pohjustetaan hyödyntämiskiellon kiinnittymistä siihen.

Todistusoikeutta käsittelevässä jaksossa tarkastellaan myös vapaalle todistusteorialle vaihtoehtoisen teorian, legaalisen todistusteorian, sisältöä. Tältä osin kysymyksessä on samalla myös historiallinen katsaus.[36] Legaalisen todistusteorian vaikutus ilmeni jo Olaus Petrin tuomarinohjeissa vuonna 1552. Tuomioistuinkäytännössä erityisesti 1800-luvun puolivälistä alkaen etäännyttiin vähitellen legaalisen todistusteorian mukaisesta järjestelmästä kohti vapaan todistusteorian mukaista järjestelmää. Yleisen prosessilainsäädännön tasolla legaalinen todistusoikeus siirtyi historiaan vuoden 1948 todistusoikeusuudistuksella. Tällöin myös kirjoitettuun lakiin sisällytettiin vapaa todistelu ja todistusharkinta, jotka on edelleen säilytetty OK 17 luvun 1.1.2016 voimaan tulleessa uudistuksessa (todistelu-uudistus) ja lisäksi sisällytetty lakitekstiin. Vapaata todistusteoriaa voidaan pitää lähtökohdaltaan realistisempana verrattuna legaaliseen todistusteoriaan, ja todistusharkinnan merkitys modernissa oikeudenkäynnissä on huomattavasti suurempi kuin aikaisemmin. Vapaa todistusharkinta palvelee legaalista todisteiden harkintaa paremmin aineellisen

s. 59–74. Vrt. toisaalta myös Aarnion varhaisempiin tulkintaperiaatteisiin, jotka eivät tässä tutkimuksessa ole riittäviä osin niiden käsitelainopillisen suuntautuneisuuden vuoksi. Aarnio (1982, s. 104–109 ja 1997, s. 40–53) tunnisti sanamuodon mukaisen tulkinnan lisäksi mm. analogiaperiaatteen, vastakohtaisjohtopäätöksen, laventavan ja supistavan tulkinnan sekä argumentum a fortiorin. Ks. myös tulkintasääntöjen taustateorioista Soininen 2019, s. 113–119.

36 Oikeushistorialla on tutkimuksessa todistusteorioiden erojen esittelyn lisäksi jonkinasteinen argumentatiivinen rooli. Erityisesti siirtymä legaalisesta vapaaseen todistusteoriaan keskeisimpine sääntelyvaiheineen on vapaan todistusteorian alaan kuuluvan sääntelyn tarkoituksen kannalta merkityksellistä taustoittavaa tulkinta-aineistoa.

totuuden tavoitetta, koska näytön arvioinnissa voidaan joustavammin mukautua todellisuuden monimuotoisuuteen.[37]

Totuuden käsite oikeudenkäynnissä on tärkeä ymmärtää vapaan todistusteorian päämäärien ja sisältöjen avaamiseksi. Tutkimuksessa totuutta todistelun päämääränä tarkastellaan käsitteenmäärittelyn ja poikkitieteellisesti filosofisen ja oikeustieteellisen teoreettisen tutkimuksen osalta todistelun tavoitteena.[38] Totuuden tavoittelun ei kuitenkaan käytännössä voida katsoa olevan jakamatonta edes oikeusperiaatteiden nojalla, sillä näytön hankkimista ja esittämistä säännellään oikeuden pintatasolla pakottavin oikeusnormein. Osa rajoituksista perustuu siihen, että niin pyritään estämään epäluotettavan todistelun esittäminen, eli rajoitus itsessään perustuu totuuden tavoitteeseen.[39] Tietoa relevanteista tosiseikoista tuomioistuin saa asianosaisten vaatimuksista ja niistä selkoa tekevistä seikoista, joihin osapuolet vetoavat. Totuus oikeudenkäynnissä puolestaan on todellinen historiallinen tapahtumien kulku, josta todistelua pyritään esittämään, ja on siten keskeisin arvo todistelussa. Vaikka totuuden merkityksen voidaan todeta olevan varsin selkeä, on aineellisen totuuden tavoittelusta käyty debattia oikeusoppineiden kesken. Todistelun tavoitteen kannalta keskeiseen totuuden käsitteeseen ja sen heijastumiseen todisteluun liittyy huomattavia näkemyseroja.[40] Tällaiset teoreettiset ja osin poikkitieteelliset aihepiirit voivat heikentää edellytyksiä toteuttaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin keskeisiä tavoitteita, perusoikeussäännöksiä sekä totuuden selvittämistä lainkäytössä. Osaltaan tutkimuksen tavoitteena on parantaa oikeudenkäynnissä toimivien oikeusoppineiden mahdollisuuksia toteuttaa vapaan todistusteorian perusteella

37 Suomalaisen todistusteorian kehityksestä esim. Virolainen – Martikainen 2010, s. 274; Pölönen – Tapanila 2015, s. 39 ja Rasilainen 2023, s. 53–57 sekä legaalisen todistusteorian sisällöstä Lainpelto 2012, s. 29–53.

38 Totuuden tavoittelussa on kysymys myös näytön arvioinnista ja näyttökynnyksen asettamisesta. Käyttäytymistieteet ovat arvioinnissa kokemussääntöjen muodostamisen kautta melko keskeisessä roolissa totuuden kriteereissä.

39 Huomattava kuitenkin on, että rajoituksilla on myös muita päämääriä, kuten turvata oikeudenkäynnin osapuolten tasavertaista asemaa sekä menettelyn oikeudenmukaisuutta. Ks. Pölönen – Tapanila 2015, s. 29. Nähdäkseni todisteen luotettavuusaspekti on otettu huomioon säädettäessä hankkimis- ja esittämiskieltoja, eikä luotettavuuden arvioinnille tule antaa korostunutta asemaa tuomioistuimen harkitessa hyödyntämiskiellon asettamista.

40 Pölönen – Tapanila 2015, s. 26. Päinvastoin kuin ennen todistelu-uudistusta, OK 17:1:ssä ei mainita totuutta. Uudistuksen esitöissä (HE 46/2014 vp, s. 45–46) todetaan, että totuuden käsite viittaa enemmän näytön vahvuuteen, mistä säädellään OK 17:2:ssä riita-asioiden ja OK 17:3:ssä rikosasioiden osalta. Silti on selvää, että tuomioistuin pyrkii näytön arvioinnissa lähestymään mahdollisimman suuressa määrin aineellista totuutta. Ks. tästä Rautio – Frände 2016, s. 34. Ks. todistelun määrittelystä Pölönen – Tapanila 2015, s. 25–26. Eroavuudesta näytön arviointiin oikeudellisena ongelmana ks. Lappalainen ja Rautio (2021, s. 591), joiden mukaan näytön arviointi on ajatusprosessi, jota on vaikeaa ja tarpeetonta yksityiskohtaisesti säädellä. Vastaavasti Pölösen ja Tapanilan (2015, s. 39) mukaan todistelussa ja näytön arvioinnissa on kysymys inhimillisen toiminnan jälkikäteistä rekonstruktiosta ja päätelmien tekemisestä, mikä ei ole mitattavissa matemaattisilla käsitteillä tai verrattavissa yleisesti luonnehdittavaan mittapuuhun.

annettuja säännöksiä todistelun vapauden ja totuuspyrkimyksen hengen mukaisesti. Virhetulkinnat oikeudellisessa keskustelussa lisäävät tarvetta vapaata todistusteoriaa koskevalle tutkimukselle.[41]

Tutkimuksen toisessa, niin sanotussa erityisessä osassa (jaksot 5–9) vapaan todistusteorian tietyt rajoitukset systematisoidaan, jonka jälkeen alakäsitteitä tarkastellaan tulkitsemalla niiden sisältöä voimassa olevan oikeuden nojalla. Tarkemmin tutkittaviksi rajoituksiksi on valittu oikeudenkäynnissä hyödyntämiskieltoseuraamukseen johtavat rajoitukset, koska tällaiset oikeuden pintatasolla olevat rajoitussäännökset estävät vapaan todistusteorian tavoittelemaa aineellisen totuuden saavuttamista. Tutkimuksen keskiössä on siten kahden oikeudenkäynnin peruselementin, laillisuuden ja totuuden, rajapinta. Erityinen osa jakautuu kahteen osa-alueeseen: hyödyntämiskiellon käsittelemiseen oikeudellisena ilmiönä ja sen asemointiin niin käsitteellisesti kuin systemaattisesti sekä oikeussääntöjen tulkintaa koskeviin osioihin. Ensimmäinen osa-alue jakautuu useampaan jaksoon, joiden keskeisinä kysymyksinä säännösten systematisoinnin ja tulkinnan ohella ovat kysymykset vapauden tavoitteista ja tarkoituksesta peilaten vapauksien rajoittamista prosessin ihanteisiin. Eräs punnintatyyppinen ongelma on myös se, missä määrin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus mahdollistaa vapaan todistusteorian alaan kuuluvien periaatteiden rajoittamisen. Tutkimuksessa on keskeistä pohtia myös sitä, ovatko todistamiskieltoja ja hyödyntämiskieltoja asettavat normit rajoituksia vai rajoja vapaalle todistusteorialle tai sen keskeiselle sisällölle.[42]

Edelleen erityisessä osassa tarkastellaan kysymystä siitä, millaisin perustein vapaasta todistelusta tai vapaasta todistusharkinnasta voidaan poiketa. Kysymys on teoreettinen ja periaatteellinen ja kulminoituu vahvasti oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja perusoikeuksien toteuttamiseen. Toisaalta ihanne totuuteen pyrkimisestä johtaa rajoittamisen ulottuvuudessa paradoksiin: totuuden tavoittelun nojalla on sekä perusteltu todistelun vapautta että rajoitettu vapaata todistelua.[43] Pyrkimystä totuuteen pidetään kuitenkin vapaan todistelun perusteena, jolloin on suljettava pois todisteet, jotka ovat selvästi luotettavuudeltaan puutteellisia, eikä todistelu olekaan täysin vapaata.[44]

Valittua esitystapaa tukee myös se systemaattinen seikka, että vapaa todistusteoria ei keskeisenä prosessioikeudellisena ja todistusoikeudellisena ilmiönä ole

41 Ks. tarkemmin virheellisistä tulkinnoista todistelu-uudistuksesta annetun hallituksen esityksen (HE 46/2014 vp) lausuntokierroksella Pölönen – Tapanila 2015, s. 36.

42 Tällä tarkoitan sitä perustavanlaatuista seikkaa, onko jokin kieltonormi luonnostaan raja sille, mitä voidaan pitää asianmukaisena todisteena vai onko se rajoitus vapaalle todistelulle ja todistusharkinnalle. Tällä erottelulla on jatkovaikutus, koska poikkeuksen muodostavia rajoitussääntöjä tulkitaan suppeasti, mutta rajoja asettavia normeja normaalisti.

43 Kannanotto rajoittamisen oikeutukseen vaatii oikeuskulttuurin tason ja oikeuden pintatason välisten suhteiden määrittelyä ja säännösten systematisointia oikeuslähdeopin välinein.

44 Rautio – Frände 2016, s. 30.

irrotettavissa kontekstistaan eli oikeusjärjestyksestä, jonka normeja tulkitaan ja punnitaan niiden muodostamassa kokonaisuudessa, eikä irrallisina elementteinä. Lopulta vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan keskinäiset riippuvuudet, moninaiset normiluonteet, periaatteiden punnintamallit, sääntöjen poikkeukset ja poikkeusten poikkeukset perusteineen muodostavat melko monimutkaisen sääntelykokonaisuuden.

Tutkimus ei ole oikeusvertaileva,[45] enkä ole hyväksynyt vertailevia näkökohtia dogmaattisen tutkimusotteeni vuoksi myöskään auktoriteettiargumenteiksi, mutta tunnistan, että pohjoismaiset sääntelyratkaisut voivat toimia mahdollisten oikeusaukkojen ratkaisemisessa suuntaavina apuvälineinä.[46] Esimerkiksi Koponen on hyödyntänyt merkittävästi ruotsalaista oikeutta, osin oikeusvertailevasti, mutta nähdäkseni myös oikeusaukkoja paikaten siltä osin kuin kysymys on ollut aineellisesta rikosoikeudesta eli rikostunnusmerkistöjen aukoista.[47] Myös kotimaisesta poikkeavan todistusteorian piiriin kuuluva oikeusjärjestys olisi oivallinen reflektointipohja vapaan todistusteorian tietyille piirteille, mutta tällaiset ulkomaiset sääntelyratkaisut voisivat toimia tutkimuksessa faktan, eivät oikeuden, asemassa, eikä niillä ole oikeuslähdeopillista asemaa.[48] Sinänsä, vaikka angloamerikkalaisessa oikeusjärjestelmässä kehitetyillä lähestymistavoilla ei ole merkitystä kotimaisessa tulkitsemistoiminnassa, ne voisivat oikeusvertailevassa katsauksessa tarjota uusia näkökulmia todistusoikeuden kehittämisessä.[49] Tanskassa ja Norjassa tulkinta on

45 Oikeusvertailevan jakson sijaan valitsin tutkimukseen mahdollisesti tavanomaista laajemman oikeushistorian sävyttämän katsauksen vaihtoehtoisiin todistusteorioihin jaksossa 4, mikä palvelee tutkimuksen tavoitetta ja tarkoitusta paremmin. Jaksossa esitellään sekä vaihtoehtoisia todistusteorioita ja niiden oikeusteoreettista taustaa, kiinnitetään teorioiden soveltaminen kotimaisen oikeuden kehittymisen vaiheisiin ja toisaalta tehdään teoreettista vertailua näiden välillä.

46 Tutkimuksessa tukeudutaan sääntelyn samankaltaisuuden perusteella ruotsalaiseen tulkinta-aineistoon siltä osin, kuin siitä on saatavissa lisähyötyä verrattuna kotimaiseen.

47 Ks. Koponen 2004, s. 9–10. Ulkomainen oikeus, kuten vertailevat argumentitkin, kuuluu sallittuihin oikeuslähteisiin siltä osin kuin se on oikeusjärjestystämme vastaavasta oikeusjärjestyksestä. Ks. muutoin vieraan valtion lain selvittämisen ongelmista Koulu 2002, s. 383–387.

48 Ks. tarkemmin vertailevan oikeustieteen ja oikeusdogmatiikan suhteesta Klami 1981, s. 104–123 ja oikeusvertailun erilaisista metodeista Husa 2017, s. 1090–1093 ja 1098–1100. Tutkimus ei ole kansainvälisesti oikeusvertaileva, koska oikeusvertaileva näkökulma ei palvele tutkimuksen tavoitteita. Perustan tämän rajauksen siihen, että esimerkiksi common law -oikeusjärjestelmät ovat perustavanlaatuisesti erilaisia verrattuna kotimaiseen järjestykseen niin oikeudenkäytön kuin todistelun osalta, ettei vertailu olisi mielekästä, koska se vaatisi koko järjestelmän ja teorian avaamista totuuskäsityksestä lähtien. Pohjoismaiset järjestelmät puolestaan ovat hyvin samankaltaisia keskenään.

49 Amerikkalaisessa todistelulaissa on omat erityispiirteensä, jotka kumpuavat sen common law -perinteestä ja perustuslaillisista vaatimuksista. Tässä systeemissä todistelusta alun perin vuonna 1975 annettu kodifikaatio Federal Rules of Evidence tarjoaa tietyt säännöt, mutta pääosin todisteiden käytön rajoitukset määräytyvät tuomioistuinten oikeuskäytännössä kehittämien sääntöjen perusteella. Järjestelmä painottaa todistelumetodiikan tärkeyttä, mikä voi kotimaisen järjestelmän näkökulmasta näyttää sille, että menetelmät ovat totuuden tavoittelua tärkeämpiä. Kysymys siitä, onko näin tosiasiassa, ei kuulu tutkimuksen piiriin ja vaatisi varsin laaja-alaista oikeusvertailevaa tutkimusta, joten jätän asian vain maininnan asteelle.

hieman laajempaa kuin Ruotsissa ja Suomessa. Lisäksi saksalaisessa oikeustieteessä korostetaan perusoikeusnäkökulman ohessa, ettei tuomioistuin saa täyttää lain aukkoja analogialla syytetyn vahingoksi, sillä se asettaisi tuomioistuimen lainsäätäjän asemaan.[50]

> Teoreettisesti puhdasoppisesta oikeusvertailevasta tutkimuksesta nostan esimerkkinä Anna Nylundin hovioikeusmenettelyä siviiliasioissa koskevan väitöskirjan Tillgången till den andra instansen i tvistemål, jonka tutkimusote on oikeusvertaileva. Tutkimuksessa Nylund tarkastelee oikeusvertailun johtopäätösten valossa, miten suomalaista hovioikeusprosessia koskevien säännösten ongelmia voitaisiin ratkoa lainsäädäntöä kehittämällä ottaen huomioon analyysin valittujen maiden vastaavasta sääntelystä.[51]

Tutkimuksessa on tarkoitus tuottaa tulkintalauseita, eikä vertailu common law -maiden oikeuteen palvele tutkimuksen tarkoitusta erilaisen oikeuslähdehierarkian ja tulkintametodiikan vuoksi. Tapaoikeudessa annetaan prejudikaateille jopa etusija argumentaatiossa tai ainakin suurempi painoarvo kuin muille systemaattisen tulkintametodin argumenteille.[52] Toisaalta myöskään suora vertailu toisiin mannereurooppalaisen säädännäisen oikeuden maihin ei ole tarkoituksenmukaista sitoutuneen tulkintaideologian ja kotimaiseen oikeuskäytäntöön annettavien ratkaisusuositusten vuoksi. Kansainvälisen vertailun vivahteen tutkimukselle tuo tutkittavan oikeusongelman voimakas ihmisoikeudellinen liityntä ja siten EIS:n periaateluonteisuus sekä EIT:n runsas ratkaisukäytäntö oikeuslähteenä ja toisaalta perus- ja ihmisoikeusmyönteisyys tulkintametodina.[53]

## 1.2 Tutkimuksen tarve, suhde aiempaan tutkimukseen ja rajaukset

Todistusoikeus on prosessioikeuden keskeisimpiä aloja, eikä sen merkitystä voi vähätellä myöskään käytännön tuomioistuintyössä. Todistusoikeudellinen osaaminen on tuomareiden lisäksi merkityksellisessä roolissa kaikkien yleisissä tuomioistuimissa toimivien lakimiesten ammattitaidossa. Käytännön todistusoikeudellisten säännösten tulkinta tuomitsemistoiminnassa ja soveltaminen prosessissa hyötyy lainopillisesta tutkimuksesta. Todistusoikeudesta on julkaistu oppikirjoja ja kommentaariteoksia sekä ennen että jälkeen todistelu-uudistuksen, samoin väitöskirjatutkimus on ollut aktiivista ja sille on ollut tarvetta erityisesti lainopillisen tutkimuksen osalta.

50 Koponen 2004, s. 29–30 ja av. 88.

51 Ks. Metodiikasta Nylund 2006, s. 27–34.

52 MacCormick – Summers 2002, s. 536.

53 Pellonpään ym. (2018, s. 340–343) mukaan EIT:n oikeuskäytäntö on tulkintatavan osalta oikeusvertailevaa, koska tulkintakannanotot ovat kansallisen oikeusjärjestelmän muodosta riippumattomia.

Uudistuneen sääntelyn analysointi ja tulkinta on ajankohtaista, mutta tutkimukselle on tarvetta myös akateemisessa oikeustieteellisessä yhteisössä teoreettisen todistusoikeuden osalta. Vapaan todistusteorian merkityksen ymmärtäminen todistelussa ja todistusharkinnassa lisää myös todistelujärjestelmän kokonaisuuden ymmärtämistä. Tutkimuksen näkökulma menettelyllisen ja aineellisen sääntelyn yhteydestä vapaan todistusteorian tavoitteiden toteuttamiseen ja rajoittamiseen on lisäksi asetelma, josta ei ole tehty hyödyntämiskieltoon painottuvaa tutkimusta.

Todistusoikeudellisista väitöskirjatutkimuksista keskeisimmät ovat eri aikakausilta, ja vanhimmista tämän tutkimusaiheen kannalta keskeisin on Tauno Tirkkosen väitöskirja Oikeusvoimasta – sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siviiliprosessioikeudessa vuodelta 1933, jossa erityisesti totuuskäsitykseen on otettu kantaa. Tirkkosen tutkimus on näiltä osin edelleen ajankohtainen. Sama koskee Jouko Halilan siviiliprosessioikeudellista väitöskirjaa Tunnustamisesta vuodelta 1950, jonka lähtökohtiin sisältyy vapaan todistusteorian määrittely. Jaakko Jonkka on jatkanut todistusoikeudellisten periaatteiden analysointia sekä väitöskirjassaan Syytekynnys – Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista vuodelta 1991 että kaksi vuotta myöhemmin julkaistussa teoksessa Todistusharkinnasta. Rikosprosessin osalta keskeinen tämän tutkimuksen kannalta on Lauri Hormian vuonna 1978 ilmestynyt väitöskirja Todistamiskielloista rikosprosessissa I sekä sen jatkoksi vuonna 1979 julkaistu II-osa. Tutkimusaiheen kannalta hyödyllinen ruotsalainen väitöskirjatutkimus on Ulf Lundqvistin Bevisförbud vuodelta 1998. Rikosoikeuden osalta todistelua on tutkinut myös Pasi Pölönen, jonka merkittävä väitöskirja Henkilötodistelu rikosprosessissa julkaistiin vuonna 2003. Katrin Lainpellon väitöskirja Stödbevisning i brottmål vuodelta 2012 ansaitsee niin ikään todistusoikeudellisessa tutkimuksessa huomionsa. Juhana Riekkisen väitöskirjatutkimus Sähköiset todisteet rikosprosessissa vuodelta 2019 käsittelee digitaalisten todisteiden ja todistelumenettelyn ohessa todistusharkinnan oikeudellisia kysymyksiä.

Lundqvistin rikosprosessioikeudellinen tutkimus todisteiden hylkäämiseen liittyvistä kysymyksistä ruotsalaisen lainsäädännön kontekstissa ansaitsee maininnan erityisesti tutkimusmenetelmän vuoksi. Tutkimuksen pääkysymys on, miten tuomioistuimien tulisi toimia, jos viranomainen rikkoo todisteiden hankinnassa oikeussääntöjä tai todistaja salassapitovelvollisuuttaan. Lundqvist on arvioinut ruotsalaista perinnettä hyväksyä rikosoikeudenkäynneissä myös epäasianmukaisesti hankittu todistusaineisto. Hän on kyseenalaistanut käytännön ja ehdottanut, että tällaiset todisteet tulisi hylätä.[54] Lundqvist on päätynyt ehdotukseen tutkimalla

54 Tutkimus käsittelee laajasti myös kriminalisointia, rikollisuuden kansainvälistymistä, rikostutkinnan ja lainvalvonnan rajojen epäselvyyksiä, teknologian vaikutusta rikollisuuteen, ihmisoikeuksien merkitystä sekä taloudellisia vaikutuksia rikosprosesseihin sekä eri maiden välisen todistusaineiston käsittelyn ongelmia ja rikostutkinnan sekä -torjunnan eroavaisuuksia, erityisesti ennaltaehkäisevien toimien ja konkreettisen rikostutkinnan välillä. Ks. tarkemmin Lundqvist 1998, s. 15–17.

todisteiden käytön kieltämisen teoreettista ja oikeudellista perustaa erityisesti suojeluintressien ja todistusaineiston hankinnan välisessä suhteessa. Menetelmänä Lundqvist on käyttänyt vertailevaa ja oikeusjärjestelmäsuuntautunutta lähestymistapaa tarkastellen Ruotsin, Englannin ja Saksan oikeuskäytäntöjä.[55] Runar Torgersen on Lundqvistin tutkimuksen kanssa pääosin samasta tutkimuskysymyksestä, mutta erilaisin lähestymistavoin, julkaissut vuonna 2009 norjalaista oikeusjärjestystä koskevan väitöstutkimuksen Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker, jonka teemana on laittomasti hankitun tiedon käyttämisen rajoittaminen todisteena. Torgersen on käsitellyt tutkimuksessa todisteen laittoman hankkimisen vaikutuksia rikosoikeudenkäynnin tuomiovaiheessa, erityisesti siinä määrin, kuinka laiton hankintatapa voi johtaa todisteen esittämiskieltoon.[56]

Muita todistusoikeudellisia teoksia ovat Pasi Pölösen ja Antti Tapanilan teos Todistelu oikeudenkäynnissä vuodelta 2015 ja Jaakko Rautio sekä Dan Frände kommentaariteos Todistelu: oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari vuodelta 2016. Molemmat ovat keskeisiä teoksia todistusoikeuden kokonaisuuden määrittelyssä, ja vapaata todistusteoriaakin on niissä käsitelty. Lisäksi on mainittava erityisesti hyödyntämiskieltosääntelyn osalta Mikko Vuorenpään teos Valittuja kysymyksiä todistusoikeudesta vuodelta 2020 sekä ruotsalaisesta todistusoikeudesta Lundqvistin teokset Bevisförbud i rättspraxis vuodelta 2013 ja Laga och rättvis rättegång: om bevisförbud i rättspraxis vuodelta 2015.[57] Niissä Lundqvist on käsitellyt rikosasiassa epäillyn tai vastaajan oikeuksia aktiivisten ja passiivisten oikeuksien käsitteiden kautta, mikä jaottelu perustuu sekä sääntelystä että erityisesti EIT:n ja Ruotsin korkeimman oikeuden (HD) oikeuskäytännöstä Lundqvistin johtamiin oikeusryhmiin.

> Tiivistettynä Lundqvist on katsonut, että passiiviset oikeudet suojaavat epäiltyjä ja syytettyjä oikeudenkäynnin aikana mahdollisesti tapahtuvilta oikeuksien loukkauksilta, kuten rikosprovokaatioilta, kohtuuttoman pitkiltä oikeudenkäyntiprosesseilta tai menettelyiltä, jotka estävät heitä tutustumasta

55 Tutkimuksen tavoitteena on tarjota kattava ja vertaileva näkemys todistusaineiston hankkimisen ja käyttämisen kieltämisen oikeudellisista perusteista ja käytännöistä kolmessa eri oikeusjärjestelmässä. Ks. Lundqvist 1998, s. 31–36. Tutkimusasetelma onkin mielenkiintoinen näin pidemmän ajan kuluttua arvioituna, sillä tutkimuksella lienee ollut aiottua enemmän de lege ferenda -merkitystä.

56 Tutkimuksessa pohditaan, voidaanko todisteiden käyttämisen kieltämiselle asettaa tiettyjä perusedellytyksiä ja kuinka laajasti, sekä analysoidaan syvällisesti todisteiden käyttämisen kieltämisen arviointiprosessin keskeisiä elementtejä. Tutkimuksessa todetaan, että oikeusjärjestelmän on tasapainoiltava totuuden tavoittelun ja oikeudenmukaisen menettelyn välillä, mitä EIS:n tulkintavaikutus kansalliseen sääntelyyn ei helpota. Huomautan sekä mainitusta ruotsalaisesta että norjalaisesta tutkimuksesta, että käsitteiden epäyhtenäisyyden ja syvällisemmän käsitelainopillisen tutkimuksen välttämisen vuoksi viittaan ulkomaiseen tutkimukseen praktisin ilmaisuin, enkä analysoi ulkomaista käsiteperinnettä enemmälti.

57 Tässä yhteydessä on mainittava saman teoksen toinen painos Laga och rättvis rättegång i praxis vuodelta 2017, jonka toinen painos julkaistiin vuonna 2018.

todisteisiin. Passiiviset oikeudet korostavat syyttömyysolettamaa ja oikeutta oikeudenmukaiseen ja tasapuoliseen oikeudenkäyntiin, ja niiden tarkoituksena on varmistaa, ettei epäiltyjen tai syytettyjen tarvitse osallistua omaa syyllisyyttään koskevaan tutkintaan.[58] Aktiiviset oikeudet puolestaan viittaavat rikosasioissa epäiltyjen ja syytettyjen oikeuksiin osallistua aktiivisesti omaan puolustukseensa oikeudenkäynnissä.[59]

Tuoreimmat todistusoikeudelliset väitöskirjatutkimukset on julkaistu vuosina 2020–2022. Nämä ovat Jurkka Jämsän väitöskirja Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa, Jorma Rudangon väitöskirja Näkökohtia todistusharkinnasta, Anu Mantilan väitöskirja Hallinto- ja siviiliprosessuaalisten ratkaisujen merkitys rikosprosessissa, Henna Marjosolan väitöskirja Todistajankertomuksen luotettavuus ja Mikko Laapaksen väitöskirja Itsekriminiointisuoja vero-oikeudessa – erityisesti tehokkaan verotusmenettelyn sekä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Jämsän tutkimus käsittelee pääosin samaa sääntelykokonaisuutta kuin tämä tutkimus, mutta metodiikka, rajaus on lähtökohdat ovat erityyppiset.[60] Rudangon tutkimuksessa

58 Lundqvist on tunnistanut, että oikeuskäytännössä passiivisten oikeuksien loukkaukset liittyvät tilanteisiin, joissa epäiltyjen tai muiden oikeudenkäynnin osapuolten perusoikeuksia on rikottu. Esimerkiksi rikosprovokaatio loukkaa epäillyn oikeutta pysyä passiivisena ja käyttää vaikenemisoikeuttaan vastaavasti kuin epävirallinen tai peitelty kuulustelu. Samoin passiivisia oikeuksia loukkaa se, että epäillyllä ei ole ollut mahdollisuutta käyttää avustajaa kuulustelussa tai hänellä ei ole ollut pääsyä kaikkiin todisteisiin tai muihin oikeudenkäynnin materiaaleihin tai se, että yksityishenkilö tai viranomainen on tehnyt toimen, joka loukkaa epäillyn oikeutta oikeudenmukaiseen ja tasapuoliseen oikeudenkäyntiin. Myös epäillyn, asianomistajan tai todistajan painostaminen tai manipulointi vahingoittamaan kertomuksensa uskottavuutta lukeutuu passiivisten oikeuksien loukkauksiin. Lundqvistin mukaan myös oikeudenkäyntiin liittyvän menettelyn kohtuuton kesto erityisesti vapaudenmenetyksen tilanteissa ja menettelylliset sopimukset, jotka voivat vaikuttaa oikeudenkäynnin tasapuolisuuteen samoin kuin todisteiden hankkiminen loukkaamalla oikeussääntöjä tai muutoin oikeudenmukaisuusperiaatteita, kuuluvat tarkastelun piiriin. Yhtä kaikki, passiivisten oikeuksien loukkaamisen tilanteiden tunnistamisessa on keskeistä, että oikeudenkäynti ja siihen liittyvät menettelyt noudattavat oikeudenmukaisuuden ja tasapuolisuuden periaatteita, jotta kaikkien osapuolten oikeudet turvataan. Ks. Lundqvist 2013, s. 20–77; Lundqvist 2015, s. 65–157 ja Lundqvist 2018, s. 188–334.

59 Aktiivisten oikeuksien peruste on se, että epäillyillä on oikeus aktiivisesti osallistua oman asiansa käsittelyyn ja puolustukseen oikeudenkäynnissä. Ne takaavat osaltaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisten kontradiktorisuuden ja prosessuaalinen yhdenvertaisuuden avulla. Aktiivisiin oikeuksiin kuuluvat myös epäillyn oikeus avustajaan ja vapaaseen viestintään hänen kanssa sekä oikeus oman asiansa aktiiviseen edistämiseen esimerkiksi todisteiden hankinnassa. Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja oikeus tutustua oikeudenkäyntiaineistoon kiteytyy aktiivisten oikeuksien osalta myös kontradiktorisuuden näkökulmasta siihen, miten esitutkinnassa suoritettu kuulustelu otetaan huomioon oikeudenkäynnissä tai miten teknisiä todisteita käsitellään ja miten niiden hankkimistapaa säännellään. Ks. Lundqvist 2013, s. 78–108; Lundqvist 2015, s. 158–195 ja Lundqvist 2018, s. 335–436. Tämän enempää en jatka oikeuksien jaottelua aktiivisiin ja passiivisiin, koska tutkimusintressi on hieman toisenlainen kuin Lundqvistin todistusmetodipainotteisessa tutkimuksessa, eikä jaottelulla ole tässä tutkimuksessa relevanssia kuin taustakäsitteenä.

60 Keskeisimmät erot sisällöllisesti verrattuna tutkimukseeni, ovat ne, että Jämsän tutkimuksessa tarkastellaan kaikkia erilaisia todistelua rajoittavia normeja painottaen EIT:n ratkaisukäytännön merkitystä.

puolestaan on käsitelty todistusharkinnan sekä oikeudellinen että empiirinen osio, joista ensiksi mainittu käsittää osin samoja teemoja kuin tämä tutkimus. Jämsän tutkimuksessa on tarkennettu todistusoikeuden yleisiä oppeja jäsentämällä EIT:n ratkaisukäytännössä kehittyneitä periaatteita todistelunrajoitteista ja todisteen hyödyntämiskielloista suhteessa kansallisiin todistelua rajoittaviin säännöksiin. Jämsän tutkimuksen keskeinen väite on, että todistamiskieltoja ja todisteiden hyödyntämiskieltoja ei ole enää kuvaavaa erottaa todistelun vapaudesta. Teoreettisesti tämän tutkimuksen asetelma on saman suuntainen, mutta keskeiset johtopäätökset käsitteiden ja normien systematisoinnin merkityksellisyyden suhteen poikkeavat Jämsän tutkimuksen väitteistä, mikä selittynee tiedonintressin lisäksi tutkimusten erilaisilla rajauksilla.

Mantila on tutkinut hallinto- ja siviiliprosessuaalisten ratkaisujen merkitystä rikosprosessissa nostaen erityisesti esiin problematiikan aineellisen totuuden tavoittelun ja toisaalta hyödyntämiskieltojen osalta.[61] Samasta aihepiiristä on kirjoittanut myös Tarkka painottuen itsekriminointisuojaan, hyödyntämiskieltoihin ja ne bis in idem -sääntöön eli kaksoisrangaistuksen kieltoon rikos- ja hallintoprosesseissa.[62] Mantilan johtopäätökset itsekriminointisuojan ulottuvuudesta sekä rikosasian näyttökysymyksistä koskien hallinto- tai siviiliprosessissa annetun ratkaisun todistusvoimaa ovat mielenkiintoisia avauksia prosessilajien välisille riippuvuuksille, kun käsitellään samaan tosiseikastoon liittyvää asiaa useammassa eri prosessilajissa. Mantilan analyysi erityisesti todistusarvometodin vaihtoehdoista olisi hedelmällinen fundamentti näytönarviointia koskevalle jatkotutkimukselle. Tämän tutkimuksen kannalta olennaista Mantilan tutkimuksessa on kuitenkin johtopäätös siitä, että rikosprosessissa hallintotuomioistuimen ratkaisun merkitys arvioidaan pelkästään tuomioperustelujen avulla, eikä ratkaisu sinänsä saa kaavamaista oikeusvoimavaikutusta.[63]

Marjosolan oikeuspsykologiaa ja todistusoikeutta yhdistävä tutkimus keskittyy prosessin käytäntöihin, jotka vaikuttavat todistajankertomuksen tai sen arvioinnin luotettavuuteen. Tutkimuksessa todetaan, että todistajankertomuksen luotettavuuteen vaikuttavat tekijät jakautuvat kahteen kategoriaan: todistajatekijöihin ja järjestelmämuuttujiin. Marjosolan tutkimuksen keskeinen kysymys on, mitä kriteerejä tarvitaan, jotta psykologinen tutkimustieto voi tulla hyväksytyksi normatiiviseksi faktaksi oikeudessa.[64] Marjosolan tutkimus korostaa oikeuspsykologian merkitystä oikeudenkäynnissä, erityisesti todistajankertomusten luotettavuuden

---

Tutkimuksessa esitetään monia EIT:n ratkaisukäytäntöön perustuvia tulkintakannanottoja ja uudistetaan todistusoikeudellista käsitteistöä. Jämsän käynnistämä keskustelu käsitteistön uudistamisesta on myös aiheellinen.

61 Ks. Mantila 2020.

62 Ks. Tarkka 2016.

63 Mantila 2020, s. 328–341. Tällä johtopäätöksellä on merkitystä myös todistelun rajoittamisen ja itsekriminointisuojan ulottuvuuden näkökulmasta.

64 Marjosola 2021, s. 8.

varmistamisessa, mikä voi auttaa välttämään virheitä ja edistää luotettavaa arviointia, mutta sen käytössä tulee olla tietoinen sen rajoituksista ja soveltuvuudesta yksittäistapauksiin.[65]

Mikko Laapaksen tutkimuksen tutkimuskysymyksenä on itsekriminointisuojan vaikutus verotusmenettelyssä. Tutkimus on osin todistusoikeudellinen hallintomenettelyn ja rikosprosessin hyödyntämiskieltokysymysten leikkauspinnan osalta. Laapas on käsitellyt erilaisia itsekriminointisuojan keskeisiä soveltamistilanteita verotusmenettelyssä, mutta myös muutamia tämän tutkimuksen kannalta mielenkiintoisia itsekriminointisuojaan yleisesti liittyviä kysymyksiä syvällisemmin rikosprosessin osalta, kuten vaitiolo-oikeuden ja valehteluoikeuden suhdetta. Laapas on tarkastellut, onko pelkkä vaitiolo-oikeus riittävä itsekriminointisuojaa antava mekanismi. Hän päätyi siihen, että rikosprosessissa tämä voi olla riittävä suoja, ja samaa periaatetta voi soveltaa myös verotusmenettelyssä.[66]

Näytön arvioinnista on niin ikään julkaistu useita tutkimuksia. Näistä maininnan ansaitsee Heikki Pihlajamäen Evidence, Crime and the Legal Profession – The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure vuodelta 1996. Timo Saranpää on julkaissut vuonna 2010 väitöskirjatutkimuksen Näyttöenemmyysperiaate riita-asiassa. Saranpään tutkimuksessa on systematisoitu todistusoikeudellisia normeja ja tulkittu totuuden merkitystä tuomioistuimen suorittaman näytön arvioinnin näkökulmasta. Teija Stanikicin väitöskirja Silminnäkijätunnistamisen näyttöarvo vuodelta 2015 kuuluu niin ikään näytön arvioinnin piiriin. Aihetta sivuaa myös Tatu Hyttisen väitöskirja Syytön tai syyllinen – Tutkimus syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta vuodelta 2015. Useita todistusoikeudellisia probleemoja puolestaan koskee Jari Vaitojan väitöskirja Väittämistaakka, tuomarin kyselyvelvollisuus ja pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien vaatimusten tutkiminen siviiliprosessissa vuodelta 2014. Tuomioistuinnäkökulman prosessioikeudellisiin periaatteisiin ja faktaperusteluihin väitöskirjatutkimuksessa on ottanut Mika Huovila, jonka Periaatteet ja perustelut -niminen tutkimus on julkaistu vuonna 2003. Sekä Saranpään että Huovilan tutkimukset kuuluvat tämän tutkimuksen tematiikkaan siltä osin, kun prosessiperiaatteita tarkastellaan suuremmassa mittakaavassa. Näkökulma tässä tutkimuksessa on kuitenkin toisenlainen, koska tarkoituksena ei ole perustella praktiselle tasolle saakka mallia, kuten Saranpää, tai yhdistää empiriaa toimintasuositusten antamiseksi, kuten Huovila.[67]

---

65 Marjosola 2021, s. 118–122.

66 Ks. Laapas 2022, s. 17–29 ja 73–85.

67 Tämä voi vaikuttaa tutkimuksen hyödynnettävyyteen käytännön työssä, mutta tuomioistuimissa tapahtuvaa todistelua ohjaavien teorioiden purkamisella oikeuden eri taosoille ja oikeuslähteiden systematisoinnilla sekä yksittäisten säännösten tulkinnalla eri tulkintateorioin voidaan ajatella olevan hyötyä myös tuomioistuinlakimiehille. Jatkossa vapaan todistusteorian kokonaisuudesta olisi syytä julkaista myös kevyempi oppikirjamainen teos.

Tutkimuksen otsikon mukaisesti tutkin vapaan todistusteorian merkitystä oikeudenkäynnissä. Jo otsikossa piilee tärkeä rajaus: tutkimus keskittyy oikeudenkäyntivaiheeseen, mikä osin sulkee tutkimuksen ulkopuolelle esimerkiksi vapaan todistelun menettelylliset rajoitukset aiemmissa prosessin vaiheissa.[68] Ylipäänsä todisteiden ala rajautuu lukuisin erilaisin säännöksin ja ekonomian realiteetein unohtamatta inhimillisen elämän eri aspekteja. Todistetta ei ehkä tavoiteta koskaan, tai rikosasiassa esitutkintaviranomainen pitää todistetta erheellisesti merkityksettömänä rajaten sen tutkinnan ulkopuolelle. Henkilötodistajien osalta on myös ymmärrettävä, että jokainen muodostaa lausuntonsa subjektiivisin havainnoin, ja samasta tapahtumasta on yhtä monta erilaista versiota kuin on todistajaakin.[69] Tutkimuksessa ei ole kyse tosiasiallisista, vaan oikeudellisista todistamiskielloista tai -rajoitteista.

Tutkimus kohdistuu oikeussääntöihin, jotka rajaavat jonkin todisteen kokonaan laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle ja voi siten estää vapaata todistelua ja todistusharkintaa toteutumasta. Vapaata todistelua rajoittavat pyrkimyksestä nopeaan ja kustannustehokkaaseen oikeudenkäyntiin johtuvat menettelyllisiksi rajoituksiksi kuvattavat tuomioistuimen päätösvaltasäännöt todistelun rajoittamisesta ja prekluusiosäännökset. Tällaiset todistamisrajoitteet, joiden intressi on menettelyyn tai prosessin kulkuun liittyvä, voivat myös sulkea jonkin todisteen kokonaan todistusharkinnan ulkopuolelle. Menettelyllisiksi tai aineellisiksi puolestaan lukeutuvat erilaiset kieltonormit, jotka voidaan jakaa todistamiskieltoihin, käyttökieltoihin ja hyödyntämiskieltoihin. Tutkimuksessa erityinen mielenkiinnon kohde on hyödyntämiskielto, joka kiinnittyy myös seuraamuksena todistamiskieltonormeihin. Valinta perustuu siihen, että hyödyntämiskiellolla suojataan prosessin ulkoista oikeushyvää. Tällöin kysymys siitä, mitkä oikeudelliset seikat ja suojeltavat

68 Oikeudenkäyntiin kohdistuvan rajauksen vuoksi tutkimus ei ilman erillistä todistamis- tai hyödyntämiskieltonormin tulkintaan kiinnittyvää tarvetta käsittele myöskään mahdollisia poliisille ja syyttäjälle osoitettuja todisteiden käyttämisen rajoituksia tosiseikkojen selvittämisessä. Valintaa tukevat OK 17:1.1 ja 2:n sanamuodot, jotka ovat tuomioistuinta ohjaavia ilmaisuin ”*asian tutkivalle tuomioistuimelle*” ja ”*tuomioistuimen on*”. Valinta perustuu myös siihen, että pakkokeinolain (PKL) ja esitutkintalain (ETL) asettamat vaatimukset ovat menettelyllisiä, eikä tutkimuksen tavoitteena ole tarkastella viranomaistoiminnan asianmukaisuutta tai lainmukaisuutta. Toinen argumentti laajemmalti ETL:n ja PKL:n sisältämien rajoitusten käsittelemättömyydelle on tutkimuksen prosessilajineutraalisuus vapaan todistusteorian ja OK:n hyödyntämiskieltoproblematiikan koskiessa ilman erillisiä rajauksia sekä siviili- että rikosprosessia. Käytännössä paikkansapitämätön olettama tutkimuksen rajaukselle on myös se, että rikosasiassa esitutkintaviranomainen noudattaa menettelysäännöksiä. Esitutkintamenettelyn rikkoessa menettelysäännöksiä, voi toki seurauksena olla hyödyntämiskielto OK 17:25.3:n yleissäännöksen perusteella, minkä osalta tutkimus keskittyy hyödyntämiskieltosäännöksen tulkintaan ja hyödyntämiskiellon asettamiseen sen nojalla. Jämsä on väitöskirjassaan ansiokkaasti huomioinut kaikki todistelunrajoitteet, eikä niiden osalta ole uutta tutkimuksen tarvetta. Huomionarvoista tutkimukseni osalta on kuitenkin se, että todistamis- ja hyödyntämiskiellot on otettava huomioon myös aiemmissa prosessin vaiheissa kuin vasta tuomioistuimessa.

69 Tämä kuvaa todistusoikeuden paradigman. Ontologian hengessä totuudesta voidaan sanoa, että todellisuuksia voi olla monia. Todistelu epistemologian näkökulmasta asettaa puolestaan ne säännöt, joilla voidaan tietää todellisuus.

oikeushyvät kieltonormin taustalla vaikuttavat, kuvastaa osaltaan mielenkiintoista periaatekollisiota.

Tutkimuksen ulkopuolelle on rajattu myös näytön arviointiin liittyvät menetelmät tai käytännön ratkaisutoiminnalliset kysymykset. Tutkimus rajautuu siten vapaan todistusharkinnan osalta sen oikeusteoreettiseen perustelemiseen ja sisällön sekä niiden rajoitusten, jotka muodostavat vapaan todistusteorian ilmenemisen oikeudenkäynnissä, oikeusdogmaattiseen tarkasteluun.[70] Pidän tarkoituksenmukaisena korostaa lähteiden oikeudellisuutta, koska tutkimuskysymys on oikeudellinen verrattuna näytönarviointiin, jossa käytännön tuomitsemistoiminnassa vaikuttavat reaaliset argumentit, joiden asema oikeuslähteenä ei ole ongelmaton.[71] Tarkasteltaessa vapaata todistusteoriaa voidaan nimittäin todeta, että sen keskeiset sisältöä koskevat rajoitukset ovat todistusoikeudellisina kysymyksiä lainopin näkökulmasta keskeisempiä kuin näytön arviointiin liittyvät seikat, jotka ansaitsevat praktisempaa mallinnusta.[72] Tutkimuksessa ei ole tarvetta kuitenkaan pysyä tiukasti näytönarviointiproblematiikan ulkopuolella, koska yleisen osan todistusoikeudellisen jakson keskiössä on totuuden määritelmä ja todistelun kohteena puolestaan on näyttökysymys, jolla haetaan vastausta kysymykseen, mitä on tapahtunut eli mikä on totuus.[73] Tutkimuksessa totuuden funktio on kuitenkin siinä, miten tuomioistuin saa tietoa jutun todistusaineistosta, ei siinä, millaisin perustein tätä esitettyä näyttöä arvioidaan. Samoin näytönarvioinnin suhdetta hyödyntämisratkaisuun on tarkasteltava vapaan todistusharkinnan kontekstissa.

Oikeudenkäymiskaarta sovelletaan kaikissa prosessin päälajeissa eli siviili-, rikos- ja hallintoprosessissa, mutta rikosprosessia koskee ensisijaisena laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (ROL) ja hallintoprosessia laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa (HOL). Prosessilajien osalta tutkimusteema on yleinen, eli tutkimuksessa käsitellään todistelua sekä siviili- että rikosprosessissa. Vapaa todistusteoria on niille yhteinen, mutta prosessilajien eroavaisuuksista johtuen se näyttäytyy eri tavoin, ja useat tulkinnalliset probleemat ovat painottuneet rikosprosessiin. Hallintoprosessi on rajattu tutkimuksen ulkopuolelle siitä huolimatta, että hallintoprosessissa noudatetaan soveltuvin osin tässä tutkimuksessa keskiössä olevaa OK 17 lukua ja HOL 83 §:ssä on OK 17:25.3:ssa säädettyä vastaava hyödyntämiskieltosäännös. Hallinto-

70 Todistusharkinta on luonteeltaan empiirinen ja psykologinen, näytön riittävyyden arviointi puolestaan normatiivinen kysymys. Virolainen – Pölönen 2003, s. 426.

71 Reaalisten argumenttien asema on oikeuslähteenä riidanalainen (Aarnio 1989, s. 217 ja Tuori 2000, s. 175), mutta niitä saatetaan käyttää teleologisessa tulkinnassa, kuten Huovila (2005, s. 21) viittaa.

72 Hyödyntämiskieltoon johtavat normit ja niiden soveltamisen oikeudellisuus liittyy olemisen ja pitämisen maailman eroihin, mutta näytönarviointia koskevilla ratkaisuilla tai malleilla ei ole tällaista yhteyttä. Ks. esim. Huovila 2005, s. 15.

73 Totuutta tavoitellaan niin näytön arvioinnin kuin vapaan todistelun ja todistusharkinnan näkökulmasta. Oikeudenkäynnissä totuutta esitetään todistusteemana, joka on asianosaisen väite jostain riidanalaisesta tosiseikasta, jolla on jutussa merkitystä. Lappalainen – Rautio 2021, s. 592. Kuitenkin todistelua on vasta se, kun asianosainen esittää faktaperusteensa. Pölönen – Tapanila 2015, s. 26.

prosessin funktiot ja periaatteet eroavat yleisen lainkäytön lajeista siten, ettei vapaan todistusteorian tarkasteleminen hallintoprosessissa tue tutkimuksen intressiä.[74]

> Hallintotuomioistuimissa on katsottu vapaan todistusteorian soveltuvan, mutta vahvan virallisperiaatteen, eli tuomioistuimen laajan oma-aloitteisen selvitysvelvollisuuden vuoksi esimerkiksi todistelun vapauden merkitys ei ole hallintoprosessissa samalla tavoin keskeisessä roolissa kuin siviili- ja rikosprosessissa.[75] Hallintoprosessin kuuluminen tutkimukseen laventaisi myös tutkimuksen erityistä osaa, joten rajaus on siltäkin osin perusteltua tehdä. Kuitenkin hallintoprosessia sivutaan merkittävästikin OK 17:25.2:n tarkastelussa.[76]

74 Ks. hallintoprosessin ja yleisen lainkäytön eroista esim. Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 57 ja 67–68. Myös yliopistollisessa jaottelussa hallintoprosessioikeus on perinteisesti luettu kuuluvaksi hallinto-oikeuteen siviili- ja rikosprosessin päälajien muodostaessa prosessioikeuden oppiaineen.

75 Hallintoprosessissa vallitsee myös heikko kaksiasianosaissuhde, eikä muutoksenhaun kohteena olevan päätöksen tehnyt viranomainen ei ole asianosaisasemassa.

76 Anna-Stiina Tarkka on useamassa artikkelissa sivunnut vapaan todistusteorian ja aineellisen totuuden roolia hallintoprosessissa. Näistä keskeisimmät huomiot sisältyvät artikkeliin Selvitysvelvollisuus ja todistustaakka – vertailevia näkökohtia hallinto- ja siviiliprosesseista (Tarkka 2015) sekä prekluusion osalta artikkeliin Oikeudenkäyntiaineiston rajoittaminen hallintoprosessissa (Tarkka 2023).

# 2 PROSESSIN TARKOITUS JA PROSESSIOIKEUDELLINEN NORMISTO

## 2.1 Lähtökohtia

Tämän jakson tärkein tehtävä on perustella tutkimuksessa käytettävän normiston soveltamiseen liittyviä valintoja argumentoinnissa sekä taustoittaa periaatekeskeisen ja kansainvälistyneen prosessioikeuden oikeuslähteiden vaikutusta kotimaisessa lainkäytössä todistusoikeuden osalta. Prosessioikeus on syntynyt 1800-luvun puolivälissä, mutta suomalaisen prosessioikeuden synnystä voidaan puhua alkaen vuosisadan loppupuolelta, jolloin prosessioikeus irtautui aineellisesta oikeudesta. Itsenäisen akateemisen oppiaineen aseman se saavutti Suomessa vuonna 1898 R. A. Wreden myötä, kun hänet nimitettiin siviiliprosessioikeuden professorin virkaan.[77] Prosessioikeus on olemassa aineellisen oikeuden toteuttamisen vuoksi, mitä voidaan kutsua myös prosessioikeuden tavoitteeksi. Prosessioikeudelle voidaan tunnistaa myös erilaisia tarkoituksia eli funktioita tai tehtäviä, jotka kuvaavat sitä, miten prosessin tavoitetta toteutetaan. Funktioita käytännössä toteuttavat prosessioikeudelliset periaatteet, jotka sääntöjen kanssa yhdessä muodostavat normit.

Todistusoikeuden ja vapaan todistusteorian käytännön vaikuttavuuden ymmärtämiseksi tutkimuksessa tarkastellaan keskeisimpiä prosessioikeudellisia tavoitteita ja funktioita sekä normiston rakennetta ja erilaisiin normeihin liittyviä tulkintamahdollisuuksia. Varsinainen todistusoikeudellinen teorianmuodostus seuraavissa jaksoissa edellyttää prosessioikeuden yleisten tavoitteiden, tarkoituksen ja tehtävien sekä erityisessä osassa tulkittavien rajoitussäännösten taustafunktioiden välisen systeeminyhteyden ymmärtämistä.[78] Vapaa todistusteoria ilmenee oikeudenkäynnissä kompleksisena lähdehierarkialtaan ja normiluonteeltaan erilaisten oikeuslähteiden verkkona, minkä vuoksi systematisoinnin edellytys on prosessioikeudellisten normien tunnistaminen oikeustieteessä hyväksyttävän soveltamisen ja argumentoinnin mahdollistamiseksi.

77 Ks. prosessioikeudesta oikeudenalana ja suhteesta aineelliseen oikeuteen esim. Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 43–45 ja tarkemmin Klami 1977, s. 169–171 ja 183.

78 Lisäksi hankkimis- ja esittämiskieltojen tavoittelemat päämäärät ja funktiot määrittävät osin myös hyödyntämiskiellon tarkoitusta, koska normit ovat voimakkaassa syy-seuraussuhteessa toisiinsa. Ks. systeeminyhteydestä ja sen laajuudesta tarkemmin Riekkinen 2014, s. 135–136.

## 2.2 Prosessin tarkoitus

Prosessi on olemassa aineellisen oikeuden toteuttamista varten,[79] mutta kysymykseen lainkäytön funktioista eli siitä, miten prosessi tavoitettaan toteuttaa, on olemassa erilaisia näkemyksiä prosessilajista ja aikakaudesta riippuen. Tässä tutkimuksessa prosessin funktioilla oikeuskulttuurin osana on merkitystä vapaan todistusteorian taustatekijänä ja sitä koskevien säännösten tulkinnan välineenä. Prosessin funktiot voivat vaikuttaa tulkintaan esiymmärryksenä tai oikeuslähdeargumenttina.[80] Seuraavassa prosessin funktiot avataan vain tutkimuksen kannalta tarpeellisilta osin, eikä jakson ole tarkoitus muutoinkaan olla aukoton esitys lainkäytön tehtävistä.

### *2.2.1 Rikosprosessin tarkoituksesta*

Rikosprosessi on oikeudenkäyntiä rikosasiassa, eli siinä väitetään rikoksen tapahtuneen ja vaaditaan rangaistusta epäillylle rikoksentekijälle. Laajasti määriteltynä rikosprosessiin luetaan myös esitutkinta ja syyteharkinta sekä rangaistuksen täytäntöönpano.[81] Näitä koskevat kuitenkin omat säännöksensä, mutta vapaan todistelun vaikutukset ulottuvat osin jo oikeudenkäyntiä edeltävään aikaan. Rikosprosessiin kuuluu myös tunnustamisoikeudenkäynti (ROL 5b:1), joka edustaa erityistä rikosoikeudenkäynnin muotoa ja on luonteeltaan verrattavissa rikosasian pääkäsittelyyn.[82] Ilman erillistä mainintaa tässä tutkimuksessa rikosprosessilla käsitetään vain yleisen määritelmän mukainen oikeudenkäynti rikosasiassa.

Rikosprosessia voidaan pitää 1900-luvun puoliväliin saakka pääosin inkvisitorisena eli tutkimismenetelmää noudattavana. Tirkkosen mukaan menettely oli lievien rikosten osalta akkusatorista[83], mutta vakavampien rikosten osalta inkvisitorista akkusatorisessa muodossa siten, että tuomioistuin oli päävastuussa asian selvittämisestä ja prosessin kulusta, vaikka syyttäjä ajoikin syytettä.[84] Nykyisin rikosprosessi on puhtaasti akkusatorista, mutta esitutkintavaihe on inkvisitorista. Todistelun osalta akkusatorinen prosessi tarkoittaa erityisesti sitä, että syyttäjä on vastuussa syytettä tukevien todisteiden hankkimisesta, eikä tuomioistuin voi viran puolesta määrätä syytetyn syyllisyyden osoittavan näytön hankkimista.[85] Akkusa-

79 Tirkkonen 1974, s. 1–2. Tässä käsityksessä subjektiiviset oikeudet, joita prosessinormistolla suojataan, perustuvat aineellisoikeudellisiin säännöksiin. Ks. Kaisto 2005, s. 440–441 ja av. 167.

80 Norrgård 2001, s. 140.

81 Ks. esim. Virolainen 1995, s. 12; Virolainen 1998, s. 2 ja erityisesti av. 2 rangaistuksen täytäntöönpanon osalta sekä Vuorenpää 2023, s. 3–4.

82 Vastaavasti tunnustamisoikeudenkäyntiä edeltävä syyteneuvottelumenettely olisi laajasti määriteltynä osa rikosprosessia.

83 Ns. syyttämismenetelmä.

84 Tirkkonen 1969, s. 89.

85 Ks. esim. Virolainen 1998, s. 43–47 ja Vuorenpää 2023, s. 141–145. Sanottu koskee myös hyödyntämiskiellon asettamista: tuomioistuimen ei tulisi rikosasiassa asettaa syyttömyyden puolesta puhuvaa

torisuus kytkeytyy syytesidonnaisuuteen, joka on akkusatorisuuden materiaalinen ulottuvuus.[86]

Rikosprosessin päätehtävä on yleispreventiivinen ohjausfunktio, ja muita tehtäviä ovat esimerkiksi konfliktinratkaisu ja oikeuden luominen, joista jälkimmäinen on rikosprosessissa konfliktinratkaisua keskeisemmässä roolissa. Menettelyn oikeudenmukaisuus on yksi aineellisen oikeudenmukaisuuden edellytyksistä, sillä pelkkä aineellisesti oikea lopputulos ei riitä turvaamaan luottamusta tuomioistuinkäytäntöön, vaan myös menettelyn tulee olla moitteetonta.[87] Oikeustieteilijät eivät kuitenkaan ole yksimielisiä rikosprosessin perimmäisestä tarkoituksesta,[88] koska sen määrittelemisessä painopisteenä voi olla esimerkiksi rikosprosessille asetetut tavoitteet tai prosessin tosiasialliset vaikutukset.[89] Rikosprosessin yhtenä välinearvollisena tavoitteena on kriminaalipoliittisten tavoitteiden toteuttaminen.[90] Siirryttäessä rikosprosessin tehtävässä ylätasolle on Jonkan määritelmästä löydettävissä rikosprosessioikeuden keskeiset kolme tehtävää: aineellisen rikosoikeuden toteuttaminen siten, että samalla huolehditaan yksilön oikeusturvasta ja menettelyn oikeudenmukaisuudesta.[91]

Rikosprosessin funktioksi on Suomessa katsottu sekä ohjausfunktio että rikosvastuun toteuttaminen yksittäistapauksissa, jolloin puhutaan yleis- ja erityisestävästä funktiosta rikosprosessin kaksoisfunktiona. Ohjausfunktiolla toteutetaan kriminaalipoliittista linjaa sekä pyritään ehkäisemään ennalta rikosten tekemistä, kun taas erityisestävä vaikutus toteutetaan yksittäistapauksessa rikosvastuun toteuttamisella.[92] Toisaalta rikosprosessin päätavoitteena voidaan sanoa olevan aineellista totuutta vastaavan tuomion muodostaminen, jolloin prosessin fokus on sekä rikosvastuun toteuttamisessa eli tuomion antamisessa että aineellisen totuuden selvittämisessä. Rikosprosessi on kehitetty verikoston ja omankädenoikeuden ehkäisemiseksi, mutta ennen valtion järjestämää prosessia sillä oli ainoastaan konfliktinratkaisufunktio,

---

todistetta hyödyntämiskieltoon.

86 Ks. Virolainen – Pölönen 2003, s. 392. Syytesidonnaisuudesta Vuorenpää 2007, s. 59–71 ja sen vahvuudesta Koponen 2004, s. 131. Tuomioistuimen ja syyttäjän roolijaosta vahvan akkusatorisuuden puitteissa ks. Saramäki 2017, s. 294–296.

87 Ks. aineellisesti oikeana pidettävän ratkaisun osatekijöistä eli materiaalisen totuuden selvittämisestä sekä lainsoveltamisen virheettömyydestä Virolainen 1995, s. 104 ja Vuorenpää 2023, s. 65.

88 Ks. Laajasti lainkäytön funktioista Ervasti 2002, s. 47–72; Virolainen – Pölönen 2003, s. 153; Lindblom 2004, s. 240 ja Vuorenpää 2007, s. 11–12 ja 72.

89 Rikosprosessin tarkoituksista tarkemmin ks. Tirkkonen 1969, s. 1–3; Jonkka 1992, s. 13–26; Lappi-Seppälä 2000, s. 35; Ekelöf – Edelstam 2002, s. 30–31; Pölönen 2003, s. 18–33; Lindblom 2004, s. 202–245; Jokela 2008, s. 6–9 ja Frände 2009, s. 30–31.

90 Jonkka (1991, s. 173) painottaa rikosprosessin välinearvoa argumentoimalla, ettei rikosprosessilla ole sinänsä itsenäistä merkitystä. Välinearvosta ks. myös Jonkka 1992, s. 13–14 ja Lappi-Seppälä 2000, s. 36.

91 Ks. Jonkka 1992, s. 12–26 ja Jonkka 1998, s. 1262–1268.

92 Ks. ohjausfunktiosta tarkemmin Virolainen 1998, s. 9–10, 12–13 ja 15. Ks. prosessin funktioista tarkemmin Ekelöf – Edelstam 2002, s. 13–21 ja Vuorenpää 2007, s. 9–16.

joka nykyisin korostuu rikosasioiden sovittelumenettelyssä eikä niinkään itsenäisenä rikosprosessin funktiona.[93] Aineellisen totuuden saavuttamisen tavoite muotoutui vasta rikosprosessin siirtyessä valtion edustajan järjestämäksi. Rikosprosessissa vaikuttaa muitakin merkittäviä arvoja, jotka ohjaavat prosessia osaltaan jopa kauemmas aineellisesta totuudesta, minkä vuoksi se ei voi olla absoluuttinen eikä siihen voi pyrkiä kaikin keinoin, vaan on tarkasteltava myös tarkoituksia, jotka eivät välttämättä palvele aineellista totuutta.[94]

Yhteenvetona voisi todeta, että rikosprosessin tarkoitus on lähtökohtaisesti rikosvastuun toteuttaminen eli sen selvittäminen, onko henkilö syyllistynyt rikokseksi säädeltyyn tekoon, sekä seuraamuksen määrääminen. Rikosprosessin tehtävä yksittäistapauksissa on yksilön oikeusturvan toteuttaminen. Totuuden selvittäminen ja oikeudenmukaisuuden varmistaminen ovat rikosprosessissa keskeisiä, mutta ne voidaan nähdä toisaalta myös keinoiksi, joilla rikosprosessin varsinaista funktiota toteutetaan. Rikosprosessin menettelyllinen oikeellisuus on itseisarvo, vaikka prosessi on vain väline aineellisen oikeuden toteuttamiseksi. Osin tämän vuoksi menettelyvirheille on sanktiointimahdollisuus myös todistelun sallittavuuden osalta, mutta sen merkitystä ei pidä korostaa ohi tärkeämpien arvojen, joihin yksilön oikeudet vahvasti kuuluvat.

---

93 Tutkimus ei käsittele sovitteluprosessia. Sovittelussa tärkeitä huomioita liittyy kuitenkin rikosasioiden vaihtoehtoisiin prosesseihin kytkeytyviin funktioihin. Esim. Virolainen – Pölönen (2003, s. 136), jonka mukaan konfliktinratkaisufunktiolla ei ole pelkässä konfliktinratkaisumielessä merkitystä, eikä rikosprosessille pidä itsenäistä konfliktinratkaisufunktiota asettaa. Vrt. Jääskeläinen (1997, s. 91), jonka mukaan konfliktinratkaisun olisi oltava viranomaisten toimesta tapahtuvaa eikä osapuolten keskinäistä. Myös Jonkan (1991, s. 174) mukaan rikosprosessissa on tärkeää konfliktikysymysten ratkaiseminen tulevaisuutta silmällä pitäen sitovasti ja lopullisesti, mikä ilmaisu tarkoittaa samaa kuin konfliktinratkaisufunktio. Jonkan kannanotto ajoittuu aikaan ennen nykyistä sovitteluprosessia, joten osaltaan konfliktinratkaisufunktion tärkeyden korostaminen voi olla aikansa ilmiö. Nykyisin konfliktinratkaisufunktio rikosprosessissa korostuu sovittelussa, josta säädetään laissa rikosasioiden ja eräiden riita-asioiden sovittelusta (sovittelulaki, 1015/2005). Ks. rikosasioiden sovittelun historiasta ja kehityksestä OMSO 10/2021, s. 14–20 ja konfliktinratkaisufunktion osalta OMSO 18/2023, s. 10–11. Ks. myös sovittelulain kehitystarpeista Peltonen ym. 2022, s. 31–33. Laajasti erilaisista vaihtoehtoisista konfliktinratkaisumenetelmistä ks. Ervasti 2000, s. 1239–1244 ja myöhempi argumentointi keskustelusta Ervasti 2009. Ks. myös Järvinen 1993 riita- ja rikosasioiden sovittelun taustoista.

94 Riekkinen 2014, s. 135 ja yhdenmukaisesti oikeustieteilijöistä myös Hormian (1978, s. 1–2 ja 1979, s. 15), Virolaisen (1998, s. 8–13), Pölösen (1997, s. 1206) ja Fränden (2009, s. 30) kannanotot. Ks. tavoitteiden yhteensovittamisesta tältä osin myös Vuorenpää 2023, s. 67–68. Riekkisen (2014, s. 135) mukaan todistamiskiellot laajassa merkityksessä voivat olla keino rikosprosessin muiden arvojen kuin aineellisen totuuden selvittämisen ja rikosvastuun toteuttamisen täyttymisessä. Tietyt menettelysäännökset ja myös todistelua rajoittavat säännökset turvaavat osin prosessin nopeutta ja ekonomisuutta, eikä niiden päämääränä ole tietynlaisen todisteen rajaaminen prosessin ulkopuolelle, eli tavoiteltava arvo tällaisissa rajauksissa ei liity todisteeseen ja sen taustalla oleviin totuutta tärkeämpiin arvioihin vaan prosessin kulkuun.

### *2.2.2 Siviiliprosessin tarkoituksesta*

Siviiliprosessi on riita-asiain oikeudenkäyntiä, eli siinä käsitellään riitaisuuksia, jotka koskevat yksityisoikeudellisia oikeussuhteita. Oikeudenkäynnin vireille tulo riippuu asianosaisten tahdosta. Riita-asiat jaetaan kuitenkin kahteen luokkaan sen mukaan, onko asia tahdonvaltainen vai ei. Dispositiiviset riita-asiat ovat tahdonvaltaisia, ja asianosaiset saavat sopia asian haluamallaan tavalla, eikä oikeudenkäynti ole välttämätön oikeussuhteen tai oikeuksien vahvistamiseksi. Indispositiivisissa riita-asioissa, joita on harvalukuinen joukko, asianosaisella ei ole täyttä disponointivaltaa, vaan niissä oikeussuhteen muuttaminen tai vahvistaminen edellyttää viranomaisen myötävaikutusta jonkin tietyn oikeuden turvaamiseksi. Tällaisia ovat useat lapsi-, avioliitto- ja isyysoikeudelliset asiat, joissa lapsen edun huomioiminen vaatii disponoimisen rajoittamista. Nämä ovat nimenomaisesti prosessuaalisesti indispositiivisia, eikä niitä voi sopia edes oikeudenkäynnin aikana, vaan ne vaativat viranomaisen myötävaikutusta asian muotoamiseen.[95] Indispositiivisessa asiassa esimerkiksi tunnustus ei välttämättä sido kuten dispositiivisessa asiassa, ja lisäksi tuomioistuimessa noudatetaan suojeltavan oikeuden turvaamiseksi välttämättömiä dispositiivisesta asiasta poikkeavia menettelyperiaatteita.[96] Asian dispositiivinen tai indispositiivinen luonne vaikuttaa vapaan todistusteorian ulottuvuuteen myös siinä mielessä, että todistusharkintaa ohjaa suojeltava intressi, joka on indispositiivisessa asiassa katsottu vahvemmaksi kuin dispositiivisessa asiassa. Tunnustamalla seikan indispositiivisessa asiassa asianosainen ei voi vaikuttaa seikan todistusarvoon, sillä tuomioistuin voi päätyä harkinnassaan tunnustuksen vastaiseenkin lopputulokseen. Totuus dispositiivisessa asiassa muotoutuu osapuolten tahdon mukaisesti, kun taas indispositiivisessa asiassa, millainen rikosasiakin on, totuuskäsitys on historialliseen tapahtumainkulkuun perustuva, eivätkä osapuolet voi siitä disponoida.

Oikeussuojafunktion mukaan siviiliprosessin ensisijainen tehtävä on antaa valtiollista oikeussuojaa asianosaisen subjektiivisen oikeuden toteuttamiseksi. Sen tavoitteena on, että prosessin avulla päästäisiin mahdollisimman lähelle aineellista totuutta. Oikeussuojateorian kannattajien mukaan välillinen funktio siviiliprosessilla on oikeusrauhan palauttaminen ja ylläpitäminen.[97] Toinen Suomessa kannatusta saanut suuntaus on sanktiomekanismiteoria, jossa ohjausfunktio katsotaan siviiliprosessin tärkeimmäksi funktioksi. Teorian mukaan merkityksellistä ei ole se, onko tuomioistuimen ratkaisu yksittäistapauksessa oikea vai väärä, vaan siviili-

95 Vrt. esimerkiksi kuluttajansuojasäännöksien heikomman suojaamisen funktio. Säännökset ovat pakottavaa oikeutta, mutta oikeudenkäynnissä suojellulla asianosaisella on oikeus tuomioistuinta sitovasti myöntää kanne.

96 Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 62–63.

97 Siviiliprosessin funktioista yleisesti Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 70–74 ja erityisesti s. 70 kannanotto siihen, että oikeussuojafunktio on oikeustieteen tutkijoista myös R. A. Wreden, Tauno Tirkkosen, Tauno Ellilän, Jouko Halilan ja Erkki Havansin mukaan tärkein siviiliprosessin funktio. Vastaavasti Kaisto 2005, s. 440–441 ja av. 167.

prosessin tarkoituksena on estää riitoja syntymästä eikä pelkästään ratkaista niitä. Se korostaa myös todistustaakkanormien merkitystä. Ohjausfunktio on saanut kritiikkiä osakseen, mutta sillä on silti keskeinen merkitys prosessioikeudessa. Kolmas tunnustettu funktio on konfliktinratkaisufunktio, jonka mukaan siviiliprosessin tarkoitus on ratkaista riita jopa materiaalisen oikeuden ristiriitaisuuden uhalla. Konfliktinratkaisufunktio korostaa sovinnon merkitystä sekä asianosaisten laajaa määräysvaltaa niin tosiseikka- kuin oikeuskysymyksissä.[98] Suomessa korostetaan lainkäytön oikeussuojafunktiota, kun taas muissa pohjoismaissa painotetaan ohjaus- ja riidanratkaisufunktioita.[99] Suuntaa säännösten tieteellisessä tulkinnassa voidaan kaksoisfunktioajattelun nojalla hakea oikeussuojafunktion lisäksi myös konfliktinratkaisufunktiosta tai ohjausfunktiosta.[100]

## 2.3 Normien tunnistaminen ja soveltaminen

Tutkimusaiheen ja erityisesti tutkimusväitteiden ja osan johtopäätöksistä ymmärtämiseksi on tarpeen avata tutkimuksessa käytettävien prosessioikeudellisten normien luonteen merkitystä. Vapaan todistusteorian merkitys oikeudenkäynnissä rakentuu lopulta sääntöjen ja periaatteiden rakenteellisista ja toiminnallisista eroista johtuviin havaintoihin, joilla perustelen osan havainnoista suhteessa aiempaan tutkimukseen. Sovellettavissa normeissa on erotettava säännöt ja periaatteet toisistaan, koska ne käyttäytyvät oikeusongelman ratkaisemisessa eri tavoin.[101] Sääntöjä joko sovelletaan tai ei sovelleta. Mikäli sääntöä sovelletaan, sitä tulkitaan oikeustieteessä hyväksytyin ja tutkimuskohteen kannalta perustelluin tulkintametodein, ja lopulta sääntö tai säännöt määräävät lopputuloksen. Periaatteita ei puolestaan tulkita, vaan

98 Seikkakäsitteistöstä ks. esim. Torgersen 2009, s. 18 ja Lappalainen – Rautio 2021, s. 592–594, joiden mukaan oikeustosiseikka on välittömästi relevantti tosiseikka, joka on vaaditun oikeusseuraamuksen välttämätön edellytys. Todistustosiseikkaan puolestaan ei liity oikeusseuraamusta vaan sillä on merkitystä ainoastaan välillisesti oikeustosiseikan näyttäjänä.

99 Niitä ei kuitenkaan voi sivuuttaa lainkäytön tavoitteistossa. Tällöin voidaan puhua välittävän kannan mukaisesta kaksoisfunktioajattelusta, jossa teoriat ovat toisiaan täydentäviä eivätkä poissulkevia. Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 73. Kontrollifunktiossa tuomioistuin testaa lakien perustuslainmukaisuuden ottamalla yksittäistapauksittain kantaa sovelletun aineellisen säännöksen ja perustuslain väliseen ristiriitaan tai ristiriidattomuuteen. Kyse on lakien perustuslainmukaisuuden jälkikäteisvalvonnasta, jossa perustuslaille annetaan ristiriitatilanteessa etusija.

100 Tästä ks. Virolainen 1995, s. 85–87. Esimerkiksi ohjausfunktion osalta tutkijat ovat olleet erimielisiä siitä, tulisiko se huomioida lainsäädäntövaiheessa, jotta sitä voitaisiin käyttää yksittäistapauksessa tulkinnan apuna. Konfliktinratkaisu siviiliasioissa korostuu erityisesti siviiliasioiden sovittelussa, josta säädetään laissa riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa (tuomioistuinsovittelulaki, 349/2011). Ks. Vuorenpää 2023, s. 63–64. Riita-asioiden sovittelu tuomioistuimessa rajautuu vastaavasti tarkastelun ulkopuolelle kuin rikosasioiden sovittelu. Ks. av. 93.

101 Ks. sääntöjen ja periaatteiden luonteesta laajasti Tolonen 1989 ja Aarnio 1997a, s. 174–186 sekä tiivistetymmin Huovila 2005, s. 90.

punnitaan, jolloin periaatteen painoarvo voi vaihdella riippuen muista sovellettavista periaatteista.[102] Sääntöjen ja periaatteiden välillä on keskeinen soveltamisero myös yksittäisessä ratkaisutilanteessa, jossa kaksi sääntöä tai kaksi periaatetta ovat ristiriidassa keskenään. Ristiriitaisten sääntöjen osalta on tehtävä valinta, kumpaa noudatetaan, mutta useampaa periaatteita voidaan soveltaa samaan aikaan, jolloin niitä punnitaan keskenään ja ristiriitatilanteessa tärkeämpää periaatetta sovelletaan tapauksessa heikompaa painokkaammin.

Säännöt kuuluvat oikeuden pintatasolle, mutta periaatteet, mikäli ne eivät ole lakisääteisiä, oikeuskulttuurin tasolle. Tällaiset yleiset oikeusperiaatteet ovat heikosti velvoittavia oikeuslähteitä, eivätkä ne osin abstrakteina ole tarkkarajaisia tai sisällöltään yhtä tarkoin määriteltävissä kuin säännöt, joiden pääjoukon muodostaa kirjoitettu säädös. Tutkimuksen kannalta mielenkiintoinen ja osin vailla oikeudellista keskustelua on hyödyntämiskieltojen normiluonteen muutos todistelu-uudistuksen yhteydessä sekä oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja EIT:n tulkintoihin liittyvä tapaoikeudellisten piirteiden tuominen kotimaiseen säädännäisen oikeuden traditioon.[103]

Myös prosessioikeudelliset normit voidaan jakaa sääntöihin ja periaatteisiin. Keskeistä on tunnistaa, kummanluonteisesta normista on kysymys. Periaatteen tunnistaa siitä, että se on yleisluonteinen, eikä sillä ole soveltamisalaa rajoittavaa tunnusmerkistöä. Oikeussääntö puolestaan sisältää oikeustosiseikaston eli tunnusmerkistön ja oikeusseuraamuksen kuvauksen.[104] Tällöin, jos tapauksen tosiseikasto kuuluu säännön soveltamisen piiriin, asia ratkaistaan säännön mukaan. Aina ei kuitenkaan ole selvää, onko tietty normi periaate vai sääntö, ja joskus normi voi olla molempia riippuen soveltamisalasta.[105] Periaatteeksi kutsutun normin ilmaiseminen laissa on vahva osoitus sääntöluonteisuudesta, mikäli se on riittävän konkreettinen.[106] Oi-

---

102 Oikeusperiaatteella tarkoitetaan siten yleisluontoista normia, jonka voimassaolo riippuu periaatteen hyväksyttävyydestä, jolloin periaatetta sovelletaan punnitsemalla sitä muita periaatteita vastaan. Ks. tarkemmin Tolonen 1989, s. 352–357.

103 Tapaoikeuden ja säädännäisen oikeuden keskeiset erot ovat erilainen oikeuslähteiden etusija prejudikaattien oikeuslähdeaseman osalta ja periaatteiden merkitys normina. Tapaoikeudessa molempien asema korostuu verrattuna säädännäiseen oikeuteen. MacCormick – Summers 2002, s. 536 ja Huovila 2005, s. 66. Toisaalta hyödyntämiskiellon säätämisellä oikeudenkäymiskaareen (OK 17:25) ei ollut tarkoitus muuttaa oikeustilaa, vaan tuoda sääntelyyn jo sovellettu käytäntö ja selkiyttää oikeustilaa. Näin kävikin, mutta normiluonteeltaan hyödyntämiskiellot muuttuivat tuossa yhteydessä oikeussäännöiksi, millä on soveltamisen kannalta vaikutus pelkän selkiyttämisen lisäksi.

104 Huovila 2005, s. 49. Oikeustosiseikoista laajasti ks. Vaitoja 2014, s. 33–40.

105 Aarnion nelijakoon perustuvassa mallissa sääntöjen ja periaatteiden väliin asettuvat sääntöjen kaltaiset periaatteet ja periaatteiden kaltaiset säännöt. Ks. Aarnio 1997a, s. 179.

106 Oikeussäännöt ovat tyypillisesti selkeitä, täsmällisiä ja ehdottomia, kun taas oikeusperiaatteet ovat väljiä arvoja tai tavoitteita ja niiden soveltuvuuteen vaikuttaa muodollisten perusteiden lisäksi sisällön hyväksyttävyys. Sääntöä sovelletaan, mikäli käsiteltävä tapaus kuuluu säännön soveltamisalaan, kun taas periaatteen sovellettavuus ja vaikuttavuus on punnittava erikseen, jolloin vastakohtaiset intressit pystytään huomioimaan samanaikaisesti mahdollistaen ristiriitaisten oikeusperiaatteiden yhtäaikainen soveltaminen. Ks. periaatteen ja säännön tunnistamisesta, eroista ja soveltamisesta kattavasti Aarnio 1989, s. 78–80; Tolonen 1989, s. 345–351; Alexy 2002, s. 44–69; Virolainen – Pölönen 2003, s. 159–160 ja

keusperiaatteet ovat normatiivisia arvoja tai tavoitteita, jotka niin ikään sisältävät tunnusmerkistön, mutta poiketen säännöistä periaatteiden tunnusmerkistö on hyvin väljä, jolloin periaate ohjaa ratkaisun suuntaan, mutta ei ehdottomasti määrää, kuinka asia ratkaistaan. Tuorin mukaan oikeusperiaate ei ole itsenäinen oikeuslähde vaan normityyppi, jota eri oikeuslähteet ilmentävät.[107] Siltala on hyväksynyt voimassa olevan oikeuden alaan myös oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit, jos ne ovat rakenteistuneet ja kiinnittyneet voimassa olevan oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.[108] Periaatteiden taustalla punnitaan arvoja ja tavoitteita, joiden pohjalle periaatteet ovat muodostuneet, jotta voidaan ottaa kantaa niiden velvoittavuuden asteeseen.[109]

Huovilan mukaan normien jakaminen sääntöihin ja periaatteisiin liittyy normin sääntöformalismiin ja argumentatiiviseen avoimuuteen, missä jaottelussa sääntöformaalit normit ovat luonteeltaan sääntöjä ja argumentatiivisesti avoimet normit ovat periaatteita. Sääntöformaalin normin tunnistaa siitä, että se on suoraan sovellettavissa yksittäistapauksen ratkaisemiseen, eli se on tarkkarajainen, täsmällinen ja osoittaa lopputuloksen. Yleensä kansalliset eduskuntalain tasoiset säännökset ovat tällaisia.[110] Tutkimusteemassa argumentatiivisesti avoin normi ei ole suoraan sovellettavissa yksittäistapaukseen, vaan se antaa enemmänkin tavoitteen siitä, kuinka jonkin oikeuden tulisi toteutua tai millaiset arvot olisi huomioitava.[111] Argumentatiivisesti avoin normi ei siten sovellu ratkaisuperusteeksi sellaisenaan,[112] eikä sitä voi tulkita samoin tulkintametodein kuin sääntöä, vaan se voi toimia sääntöformaalin normin tulkintaperusteena, jolloin useiden eri periaatteiden osoittaessa eri suuntiin sen painoarvoa punnitaan.

Yksi oikeussäännön tunnusmerkki on sen syntytapa, joka on säädännäisen oikeuden edellyttämällä tavoin muodollinen.[113] Tämä tunnusmerkki ei kuitenkaan

---

Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 43 ja 115.

107 Tuori 2000, s. 175 ja 197–198.

108 Siltala 2003, s. 313–314 ja Siltala 2004, s. 368. Kaikki periaatteet eivät kuitenkaan ole normiluonteisia, jolloin niitä ei voi käyttää oikeuslähteenä. Osa periaatteista ovat oikeudenalaa systematisoivia ja siten kuuluvat ainoastaan oikeuskulttuuriin, mutta osa periaatteista on rakenteistunut oikeuden pintatasolle.

109 Tästä näkökulmasta vapaan todistusteorian muodostumisen historiallinen tarkastelu on tutkimuksessa tarpeellista.

110 Erityisesti näin on rikoslainsäädännön osalta rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vuoksi ja laajemmin myös rikosprosessisääntelyn osalta. Koska OK on sekä siviili- että rikosprosessille pääosin yhteinen, vaikutus ulottuu myös siviiliprosessiin. Prosessisääntelyn on oltava tarkkarajaista ja täsmällistä ennen kaikkea silloin, kun se asettaa osapuolelle oikeuden tai velvollisuuden. Tämän vuoksi onkin mieleistä todeta jo tutkimuksen yleisessä osassa, että OK 17 luvun todistamis- ja hyödyntämiskieltosääntely on sääntöformaalia ja siten sääntöinä tulkittavissa erilaisin hyväksyttävin metodein.

111 Huovila 2005, s. 27.

112 Vrt. KKO 1994:83, jossa periaatepunninnalla on ratkaistu oikeusaukon tilanne, kun normia ei ollut. Kyse oli kuulemisperiaatteesta, minkä on ratkaisun antamisen jälkeen edelleen vahvistunut perus- ja ihmisoikeusnormina.

113 Ns. oikeuden tunnistamissääntö eli rule of recognition. Ks. Hart 2012, s. 100–110.

ole yksinään riittävä erottamaan periaatteita ja sääntöjä toisistaan, koska periaate voi sisältyä kirjoitettuun lakiin tai olla sovellettavaan oikeuslähteistöön suoraan kirjoittamaton. Se voi saada silti institutionaalista tukea ja siten myös merkityksen ratkaisuperusteena. Säännelty periaate ei saa kuitenkaan säännön tulkintatapaa, vaan se toimii punnintanormina eikä menetä merkitystään kokonaan väistyessään vahvemman periaatteen tieltä, kuten sääntö vastaavassa tilanteessa tekisi. Tätä mekaniikkaa kutsutaan normien eroissa sääntöjen kaksiarvologiikaksi eli ”*joko/tai*”-luonteeksi ja periaatteiden moniarvoiseksi oikeudelliseksi ratkaisulogiikaksi eli ”*enemmän/vähemmän*”-luonteeksi.[114] Siltalan havainnon mukaan oikeussääntöjen ja -periaatteiden määrittelyssä voidaan käyttää niiden formaalisuusastetta, joka perustuu Ronald Dworkinin ja Robert S. Summersin oikeusteorioiden yhtäläisyyksiin. Dworkin on käsitellyt oikeussääntöjä ja -periaatteita, kun taas Summers on keskittynyt oikeudellisen formaalisuuden eri aspekteihin. Heidän teorioidensa vertailu paljastaa, että molemmat käsittelevät oikeusnormien erilaisia ominaisuuksia, mutta Summersin lähestymistapa on analyyttisempi kuin Dworkinin.[115]

> Dworkinin kuvaus 1970-luvulta oikeusperiaatteiden tunnusmerkeistä ja käyttäytymisestä on edelleen validi kotimaisen oikeuden saadessa tapaoikeudellisia piiteitä. Dworkinin määritelmään kuuluu oikeusperiaatteiden moniarvoisen oikeudellisen ratkaisulogiikan, säännöistä eroavan synty- ja tunnistamistavan sekä ratkaisuarvon sääntöä heikomman aseman lisäksi punninta- ja tasapainottamismalli oikeusongelman ratkaisutilanteessa. Dworkinin kuvaama punninta- ja tasapainottamismalli tarkoittaa moniongelmaisen oikeudellisen ratkaisulogiikan soveltamista. Siinä periaate saa soveltuvuutensa ja painoarvonsa periaatteen taustalla vaikuttavista arvo- ja tavoiteperusteista eikä säädöshierarkiasta, kuten oikeussääntöjen osalta on.[116] Dworkinin määritelmän lisäksi hyödyllinen on myös Robert Alexyn määritelmä periaatteista optimointikäskyinä. Tämän niin kutsutun punnintalain mukaan mitä enemmän jokin periaate jätetään täyttämättä, sitä enemmän jonkin toisen periaatteen tulee toteutua.[117] Myös Huovila on kuvannut periaatteita optimointikäskyinä, jotka kehottavat toteuttamaan periaatteen osoittaman arvon tai tavoitteen tosiasiallisten ja oikeudellisten mahdollisuuksien rajoissa mahdollisimman suuressa määrin.[118]

114 Normien logiikoiden tunnuspiirteet ja erot ks. Dworkin 2005, s. 22–31.
115 Siltala 1999, s. 685.
116 Ks. periaatteiden tunnusmerkeistä ja käyttäytymisestä Dworkin 2005, s. 184–205.
117 Ks. Alexy 1989, s. 626 ja Alexy 2002, s. 102.
118 Huovila 1999, s. 1174.

Tutkimuskysymykseen liittyvän vahvan oikeusperiaatesidonnaisuuden vuoksi metodiikan osalta on tärkeää ymmärtää myös oikeusperiaatteiden vaikutusmekanismi oikeuden eri tasoissa, koska ne vaikuttavat usealla tavalla. Oikeusperiaatteet ovat lainsäädännön taustalla ja vaikuttavat sääntelyyn joko sitä ohjaavasti tai jopa suoraan lakitekstiin kirjattuina, jolloin kyse on toki edelleen periaatteesta, mutta myös sääntelystä, mitä kautta ne puolestaan tulevat osaksi tuomioistuimen ratkaisutoimintaa. Osa periaatteista katsotaan sitoviksi normeiksi, jolloin niitä käytetään avoimesti argumentoiden ja suoraan normeina ratkaisutoiminnassa, vaikka niitä ei olisi lakiin kirjattu.[119] Oikeuslähdeopissa oikeuslähteiden velvoittavuus perustuu institutionaalisiin oikeuttamisperusteisiin.[120] Huovilan mukaan institutionaaliset oikeuttamisperusteet ovat oikeudellisia arvoja tai oikeusperiaatteita, joita löytyy eri oikeuslähdetyyppien taustalta ja niiden vahvuuden tarkastelu yhdessä normiluonteisen oikeuslähteen sääntöformaaliuden ja argumentatiivisen avoimuuden tason kanssa muodostavat normin velvoittavuuden.[121] Oikeuden tasojen näkökulmasta oikeuslähdeopilla, argumentoinnilla ja tulkintametodeilla on siten kahtalainen merkitys. Oikeusperiaatteet ovat oikeuden pintatasoa syvemmällä oikeuskulttuurissa ja ilmentävät oikeuslähteiden taustalla olevia arvoja ja niitä vastaavia tavoitteita tai ovat pintatason sääntöjen oikeuttamisperusteita. Toisaalta oikeusperiaatteet ovat merkityksellinen osa laintulkintaa ja tulevat merkittävään asemaan lainkäytössä ja käytännön ratkaisutoiminnassa.[122] Ne voivat toimia tosiasiassa myös oikeuslähteinä tai ratkaisuperusteina säännösten tulkinnassa. Erityisesti tämä koskee rakenteistuneita periaatteita eli periaateluonteista sääntelyä, kuten perus- ja ihmisoikeussääntely pääosin on, vaikka niiden luonteessa onkin käytännön ratkaisutilanteissa konkreettisia eroja.[123]

Oikeusperiaatteet saavat oikeudelliset rajat toisista oikeusperiaatteista,[124] joiden kesken punnintaa tehdään. Tämä johtuu oikeusperiaatteiden yleisluontoisuudesta, joka estää tulkintametodien käyttämisen ratkaisutilanteessa. Vapaa todistusteoria ilmiönä on rajaton, mutta sen ilmeneminen oikeudenkäynnissä saa oikeuskulttuurissa rajat oikeusperiaatteiden kautta ja rajoitukset oikeuden pintatasolla rajoitussään-

119 Ks. Huovila 1999, s. 1159–1161 av. 11: *"Periaatteen ja myös oikeusperiaatteen käsitettä nimittäin käytetään hyvin erilaisissa merkityksissä, eikä jonkun »ilmiön» nimeämisestä periaatteeksi voida tehdä johtopäätöstä, että kysymys olisi oikeusperiaatteesta."*

120 Ks. Siltala 2003, s. 224–241. Ks. erityisesti kaavio s. 230.

121 Huovilan (2005, s. 27) näkemys normin sääntöformalismiin ja argumentatiiviseen avoimuuteen on, että formaali oikeuslähde voi yksin olla riittävä ratkaisun perustelu, eikä se yleensä vaadi täydentävää argumentointia toisin kuin argumentatiivisesti avoin lähde.

122 Lainsäätäjä voi myös punnintanormin avulla siirtää arvo- tai tavoitepunninnan lainkäyttäjän suoritettavaksi. Huovilan mukaan ääritapauksessa tulkittu laki voidaan myös syrjäyttää periaatteen nojalla. Ks. tarkemmin Huovila 1999, s. 1159–1161.

123 Ks. Tuori 2000, s. 220–223 ja Siltala 2003, s. 213–215 ja 313–314. Ks. periaatetyyppisistä normeista rikosoikeuden näkökulmasta esim. Lahti 2022, s. 432.

124 Huovila 2005, s. 50.

nöksistä. Nämä rajoitussäännökset itsessään perustuvat perus- ja ihmisoikeuksien, jopa niiden ydinalueen piiriin kuuluviin, toteuttamiseksi säädettyihin oikeussääntöihin, jolloin jo lainsäätäjä on tehnyt periaatepunnintaa, eikä säännöstä voi jättää perus- ja ihmisoikeussäännösten periaateluonteisten normien vuoksi soveltamatta ja tavanomaisin metodein tulkitsematta.[125]

> Tämän tutkimuksen kannalta oikeussäännön ja oikeusperiaatteen välinen jaottelu on keskeinen taustatekijä erityisen osan tulkintakannanottojen muodostamiseksi, koska perus- ja ihmisoikeuksilla on vahva vaikutus tutkimusaiheessa ja eri instanssien antamien prejudikaattien oikeuslähdestatuksesta ja oikeussääntöluonteisuudesta on myös epäselvyyttä oikeustieteellisessä keskustelussa. Tutkimuksen tarkoitus on jäsennellä ja selkiyttää vapaan todistusteorian merkitystä oikeudenkäynnissä erityisesti hyödyntämiskieltojen näkökulmasta. Tämä edellyttää tarkasteltavien oikeuslähteiden velvoittavuuden ja sääntöluonteisuuden määrittelemistä, jotta hyödyntämiskieltojen määrittäminen ja vaikuttavuus on mahdollista kuvata. Sama koskee yleisemminkin vapaan todistelun ja erityisesti vapaan todistusharkinnan rajoittamista, koska sen arvioiminen, milloin on kyseessä sallittu periaatepunnintatilanne ja milloin oikeussääntöjen antaminen tai soveltaminen, on merkitsevää tietyissä rajoitustilanteissa. Tällöin pelkkä normin oikeuslähdestatus ei riitä ratkaisemaan oikeuskysymystä.

## 2.4 Perus- ja ihmisoikeudet prosessioikeudessa

Prosessin tärkeimmät funktiot ovat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaaminen ja yksittäistapauksellisen oikeussuojan takaaminen. Ne ovat etusijalla erimerkiksi ratkaisufunktioon ja käyttäytymistä ohjaavaan funktioon verrattuna.[126] Tutkimuksen näkökulmasta oikeussuojan takaaminen ei ole yhtä relevantti tarkasteltava prosessilajeille yhteinen funktio kuin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaaminen, joka on tärkein kaikille prosessilajeille yhteinen funktio. Perustelen tätä hyödyntämiskieltoon johtavien oikeuksien rikkomisen liitynnällä oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin perus- ja ihmisoikeustaustaisina säännöksinä. Hyödyn-

125 Tämä on tärkeä lähtökohta niin kutsutun itsenäisen hyödyntämiskiellon määritelmän osalta: mikäli tällainen termi on tarpeellinen oikeustieteessä, on sen määritelmä muodostettava uudelleen, koska merkittävä osa OK:ssa säädetyistä todistamiskielloista suojelee perusoikeuksia, mutta olennaisempaa on, kohdistuvatko loukkaukset oikeuden ydinalueeseen ja kuinka tärkeä perus- ja ihmisoikeus on kysymyksessä. Vastaava pohdinta lienee ollut ajatuksen taustalla myös määriteltäessä todistamiskieltojen relatiivisuutta ja absoluuttisuutta, mikä on niin ikään määritelmällisesti monitulkintaisuutensa vuoksi ongelmallinen jaottelu.

126 Ks. esim. Tirkkonen 1974, s. 72; Ervo 1996, s. 48 ja 169 sekä Jokela 1996, s. 40–41.

tämiskielto seuraamuksena turvaa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä tekemällä perus- ja ihmisoikeusliitännäisten oikeuksien rikkomukset prosessissa todistelun osalta vaikutuksettomiksi.

Perus- ja ihmisoikeudet kuuluvat vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin ja toimivat sekä muodollisena että aineellisena perusteena, mutta myös yhteensovittamisperusteena. Ihmis- ja perusoikeuksilla on suora sovellettavuus oikeudenkäynnissä, eli niistä ei sinänsä tarvitse erikseen säätää prosessisäädöksissä. Lakien etusijasäännön mukaisesti ihmis- ja perusoikeusnormit saavat etusijan verrattuna niiden kanssa ristiriidassa olevaan tavalliseen lakiin. Ne toimivat myös arvopohjaisina periaatteina. Tämän lisäksi ihmis- ja perusoikeusmyönteinen laintulkinta ohjaa tuomioistuinta ratkaisutoiminnassa, jolloin tuomioistuimen tulee pyrkiä optimoimaan ihmis- ja perusoikeuksien vaikutus eikä ainoastaan valita ratkaisuvaihtoehtoa, joka ei aiheuta ristiriitaa ihmis- ja perusoikeuksiin nähden.

Prosessuaalisten ihmisoikeuksien kannalta tärkeimmät ihmisoikeussopimukset ovat EIS:n ohella Yhdistyneiden kansakuntien (YK) kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus (KP-sopimus) ja kidutuksen vastainen yleissopimus, joissa asetetaan periaatteita ja vaatimuksia, jotka voivat vaikuttaa todisteiden käyttöön oikeudenkäynneissä.[127] Säädöshierarkiassa ne ovat laintasoisia oikeuslähteitä, ja ihmisoikeuksilla on PL 22 §:n nojalla tulkintavaikutus kaikessa laintulkinnassa.[128] KP-sopimus normina tai tulkintalähteenä ei tässä tutkimuksessa ole erityisen merkityksellinen, koska sen keskeisin sisältö tutkimuskontekstin osalta on yleistasoisempaa tai samansisältöistä kuin EIS:ssa, eikä KP-sopimuksella ole valvontajärjestelmää tai tulkintaratkaisuja antavaa instanssia.[129] EIS puolestaan velvoittaa valvontajärjestel-

---

127 Kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus on vuodelta 1984. Suomi on saattanut sen laintasoisena voimaan vuonna 1989. Ks. SopS 59/1989. KP-sopimus on vuodelta 1966. Suomi on saattanut sen laintasoisena voimaan vuonna 1976. Ks. SopS 7/1976 ja SopS 8/1976.

128 Ks. HE 1993/309 vp, s. 73–74; Virolainen – Pölönen 2003, s. 53–57 ja Pellonpää ym. 2018, s. 57–59. EIS vastaa muodollisesti tavallisen lain tasoista sääntelyä. Muodollinen säätämisjärjestys ei kuitenkaan ole relevantti EIS:n osalta, koska ylikansallisena sopimuksena se sitoo Suomea riippumatta voimaansaattamisen tavasta. Lisäksi se on rakenteistunut kotimaiseen lainsäädäntöön perusoikeussääntelyn pyrkiessä ylittämään EIS:n velvoittaman minimitason. Tulkintavaikutuksesta tarkemmin PeVL 2/1990 vp, s. 2–3, jonka mukaan *"Tuomioistuinten ja viranomaisten toiminnassa yleissopimuksella ja sen lisäpöytäkirjoilla sekä niiden pohjalta syntyneellä vakiintuneena tulkintakäytännöllä on vastaisuudessa tärkeä merkitys. Tähän ja edellä tarkoitettuun ihmisoikeusmääräysten säädöshierarkkiseen asemaan liittyen valiokunta korostaa sitä, että tulkintatilanteissa olisi erilaisista perusteltavissa olevista vaihtoehdoista pyrittävä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista eli on näin määriteltynä ihmisoikeusystävällinen. [– –] tuomioistuimilla ja viranomaisilla ei ole oikeutta tutkia lakien perustuslainmukaisuutta. Tämä tilanne ei muutu, vaikka tuomioistuinten ja viranomaisten onkin ratkaisuissaan otettava huomioon ihmisoikeusmääräykset."*

129 KP-sopimuksen 14 artikla edellyttää reilua oikeudenkäyntiä, mutta se ei ole ollut erityisen merkittävä todisteiden kieltämisen näkökulmasta, vaan pääasiallinen tulkintalähde on EIS:n oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin määritelmä. Käytännössä KP-sopimuksen 7 artikla ja kidutuksen vastainen yleissopimuksen 15 artikla ovat eräiden hyödyntämiskieltotilanteiden tulkitsemisen kannalta tärkeitä, koska ne

män avulla sopimusvaltiot noudattamaan ihmisoikeuksia ja perusvapauksia, kuten oikeutta elämään, kidutuksen ja epäinhimilliseen kohtelun kieltoa, sananvapautta, yhdistymisvapautta ja oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.[130] Ihmisoikeudet kuuluvat perustuslaissa määriteltyyn perusoikeusjärjestelmään, ja oikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin säädetään PL 21 §:ssä, mutta sen sisällöstä säädetään EIS 6 artiklassa, joka on yksi sopimuksen keskeisimmistä määräyksistä. Suomi on ratifioinut EIS:n osaksi kansallista oikeusjärjestelmää, mutta EIS:n oikeudellinen merkitys ei määräydy dualismin[131] kautta. Olennainen on EIS:n valvontajärjestelmä, jossa EIT:lla on toimivalta ratkaista EIS:ta koskevia valitusasioita ja antaa neuvoa-antavia lausuntoja EIS:n tulkinnasta ministerikomitealle ja kansallisille tuomioistuimille. Ennen kaikkea valitusasioiden käsitteleminen jälkivalvontana valtiovalituksen (33 artikla) tai yksilövalituksen (34 artikla) käsittelyn kautta eli EIT:n antamina prejudikaatteina vaikuttaa voimakkaasti kansalliseen oikeuteen.[132]

Tutkimusaiheen kannalta olennaisia perusoikeuksia sisältyy myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan (perusoikeuskirja, 2016/C 202/02) 47 artiklaan oikeudesta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen sekä 48 artiklaan syyttömyysolettamasta ja oikeudesta puolustukseen.[133] Perusoikeuskirja on osa EU:n primaarioikeutta, ja se sitoo jäsenmaita perus- ja ihmisoikeuskysymyksissä EU-oikeuden kontekstissa. Euroopan unionista tehty sopimus (SEU) ja Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT) ovat EU:n perus- ja toimintasääntöjä, jotka ovat yhtä tärkeitä EU-oikeuden soveltamisessa.[134] Samoin syyttömyysolettamadirektiivissä (2016/343/EU)[135], lapsioikeusdirektiivissä (2016/800/EU)[136] ja oikeusapudirektiivissä (2016/1919/EU)[137] säädetään joko suoraan itsekriminointi-

---

nimenomaisesti kieltävät todistusaineiston hankkimisen kiduttamalla.

130 Sopimuksessa määritellään menettelyt, joita sopimusvaltioiden on noudatettava, jos sopimuksen mukaisia oikeuksia on rikottu.

131 Dualistisessa mallissa kansainvälinen sopimus on säädöksellä tuotu osaksi kotimaista oikeusjärjestystä, jolloin ihmis- ja perusoikeudet nivoutuvat yhteen siten, että niiden pohjana on kaksijakoinen normisto. Lainkäytössä dualismin merkitys on se, että ensiksi olisi varmistuttava siitä, että EIS:n asettama vähimmäistaso saavutetaan, ja sen jälkeen arvioida, asettuuko kansallinen perusoikeus tätä vähimmäistasoa laajemmaksi. Ks. Pellonpää ym. 2018, s. 44 ja Launiala 2020, jakso 3.5.3.

132 Ks. Pellonpää ym. 2018, s. 59 ja 174–184.

133 Ks. tarkemmin EU-oikeuden järjestelmästä ja asemasta sekä instrumenteista Borchardt 2011, s. 84–90.

134 Ns. EU:n perussopimukset, jotka määrittyvät Lissabonin sopimuksen (EUVL C 306, 17.12.2007) mukaisina.

135 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/343 eräiden syyttömyysolettamaan liittyvien näkökohtien ja läsnäoloa oikeudenkäynnissä koskevan oikeuden lujittamisesta rikosoikeudellisissa menettelyissä.

136 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/800 rikoksesta epäiltyjä tai syytettyjä lapsia koskevista menettelytakeista rikosoikeudellisissa menettelyissä.

137 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/1919 oikeusavusta rikosoikeudellisissa menettelyissä epäillyille ja syytetyille henkilöille ja eurooppalaista pidätysmääräystä koskevissa menettelyissä etsityille henkilöille.

suojasta tai siihen liitännäisistä oikeuksista, joiden tulkinnasta Euroopan unionin tuomioistuin (EUT) voi antaa ennakkoratkaisuja kansallisten tuomioistuinten sille esittämien ennakkoratkaisupyyntöjen johdosta.[138]

Tutkimuksen aihepiiristä on mainittava sinänsä EU:n perusoikeusperiaatteisiin liittyvä, mutta muita taustasyitä kuin perus- ja ihmisoikeudellisia intressejä suojaava todisteiden käyttämistä rajoittava säännöstö, johon tutkimuksessa ei paneuduta mainintaa enemmälti tutkimuksen rajausten vuoksi.[139] EU:n kilpailuoikeuden alalla EUT on kehittänyt hyödyntämiskieltoja vastaavia kieltosääntöjä, jotka perustuvat SEUT 101 ja 102 artiklojen sisältämiin kilpailuoikeudellisiin perusoikeusperiaatteisiin. Kilpailuoikeudellisen vahingonkorvausdirektiivin (2014/104/EU)[140] 5 ja 6 artiklat sekä niiden toimeenpano kansallisessa sääntelyssä ovat kuitenkin tuoneet ratkaisukäytännön linjaukset sääntelyn piiriin, eikä tulkinta ole yksin EUT:n ratkaisukäytännön varassa.[141]

### *2.4.1 Perus- ja ihmisoikeuksien vaikutusmekanismista*

Perus- ja ihmisoikeudet sekä laki kuuluvat oikeuden pintatasolle ja siinä vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin ja ovat tyypiltään paitsi auktoriteettilähteitä, missä roolissa ne ovat sekä muodollisia perusteita että asialähteitä aineellisena perusteena, myös synkronointilähteitä yhteensovittamisperusteena. Niiden keskinäinen soveltamisjärjestys määräytyy oikeuskulttuurin tasolla annetuilla oikeuslähdeopin hierarkiasäännöillä. Oikeuslähdehierarkiassa PL ja EIS ovat oikeussääntöinä vah-

138 Kansallinen tuomioistuin soveltaa viran puolesta EU-oikeutta tulkiten sitä EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä luomien tulkintavaikutuksen periaatteen, välittömän oikeusvaikutuksen periaatteen ja etusijaperiaatteen mukaisesti, eikä kansallisen tuomioistuimen päätöksistä ole muutoksenhakuoikeutta EUT:een, vaan EU-oikeuden soveltaminen on suoraan kansallisen sääntelyn kanssa rinnakkainen järjestelmä. Ks. tarkemmin Borchardt 2011, s. 122–123. Esimerkkinä tutkimuksen alaan liittyvästä sääntelystä totean, että vaikka myös syyttömyysolettamadirektiivin 7 artikla määrittää itsekriminointisuojan sisällön, EIT:n ratkaisukäytäntö on linjannut itsekriminointisuojan ulottuvuuden ja tulkinnan yksilön oikeuksina, eikä EUT:n ratkaisukäytäntö, koska sen toimivaltaan eivät kuulu yksilövalitukset. Asianosaiset voivat vain ehdottaa ennakkoratkaisun pyytämistä, eli kansalliset tuomioistuimet päättävät itsenäisesti ennakkoratkaisupyynnön tekemisestä EU-oikeuden kannalta merkittävissä asioissa.

139 Samoin on jakson 7.6 alussa mainittujen tiettyjen ns. erityisten hyödyntämiskieltojen säännösten osalta, joiden taustaintressi on muu kuin ihmis- ja perusoikeusliitännäinen totuuden tavoittelua tärkeämmän oikeushyvän suojelu. Erityisesti kilpailuoikeudellisissa EU-sääntelyyn perustuvissa kielloissa on kysymys EU:n markkinoiden toimivuudesta ja lainvastaisen kilpailun selvittämisen helpottamisesta, eikä perustavammanlaatuisista oikeuskulttuurisista periaatteista.

140 Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvausdirektiivi (EU) 2014/104 eli Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi tietyistä säännöistä, joita sovelletaan jäsenvaltioiden ja Euroopan unionin kilpailuoikeuden säännösten rikkomisen johdosta kansallisen lainsäädännön nojalla nostettuihin vahingonkorvauskanteisiin.

141 Tällaisia ovat esimerkiksi kilpailulain (948/2011) 17 §:ssä säädetty kielto käyttää todisteena seuraamusmaksusta vapautumista tai sen alentamista koskevaa yrityslausuntoa, jonka EU:n kilpailuoikeutta rikkova yritys voi toimittaa Kilpailu- ja kuluttajavirastolle seuraamusmaksusta vapauttamiseksi tai maksun alentamiseksi kartellitapauksissa. Lisäksi kilpailulaki 38a.3 §:ssä säädetään tutkinnan kohteelle prosessin keston ajalle hyödyntämiskielto.

vimmin velvoittavan lähteen asemassa. Käytännön ratkaisutilanteessa PL 106 § asettaa perustuslaille etusijan kuitenkin vain, jos lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Tällöin perustuslain säännös toimii konkreettisessa ratkaisutilanteessa todistusoikeuden alalla harvoin ratkaisunormina ottaen huomioon lakien säätämisvaiheen perustuslainmukaisuuden valvonnan perustuslakivaliokunnassa (PeV).[142]

Perus- ja ihmisoikeusnormit ovat sisällöltään osin argumentatiivisesti avoimia, jolloin niiden soveltamisessa on tunnistettava, kuuluuko arvioitava oikeus normin ydinalueeseen vai ei.[143] Ydinalueella niitä sovelletaan sääntömäisesti, mutta ydinalueen ulkopuolisella sovellusalueella, niin sanotulla raja-alueella, niiden merkitys onkin periaatetasoinen.[144] Tämän vuoksi on tärkeää tunnistaa, ulottuuko suojeltava

142 PL 106 §:n vaatimasta ristiriidan ilmeisyydestä on ollut ajoittain vilkastakin oikeustieteellistä keskustelua, jossa on esitetty argumentteja asetetun ilmeisyys-kriteerin poistamisesta ristiriidan vakavuudessa, jolloin pelkkä ristiriita riittäisi, eikä tuomioistuimen tarvitsisi arvioida sen ilmeisyyden astetta. Tuomioistuimet antavat sekä suoraan että välillisesti ihmisoikeussäännöksille etusijan ristiriitatilanteissa EIS:n lakia korkeamman oikeuslähdestatuksen ja EIT:n siitä ratkaisutoiminnassaan antamien tulkintojen vuoksi. Näin on siitä huolimatta, että EIS on hyväksytty tavallisella lailla, kun taas PL on hierarkkisesti ylin laki. Tähän nähden perustuslain etusijasäännön soveltamisella on korkea kynnys. Toisaalta niin PL kuin EIS ovat molemmat periaateluonteista normistoa, eikä niistä ole useissakaan tilanteissa yksittäistapauksen ratkaisijaksi, kuten perustuslain etusijan antaminen merkitsisi. Tällöin esimerkiksi aineellisen lain säännös saatettaisiin jättää kokonaan soveltamatta, mikä voi olla asiaratkaisun tekemisen kannalta ongelmallista. Vaikka debatti ilmeisyys-kriteerin poistamiseksi onkin viime vuosina ollut vaisumpaa, rohkenen nostaa esiin sen poistamisen tarpeettomuuden tutkimukseni alaan kuuluvan sääntelyn osalta. Perustelen tätä sillä, että todistelusäännösten uudistaminen on tehty melko hiljattain, joten PeV on tarkastanut perustuslainmukaisuuden ja ottanut lausunnossaan kantaa seikkoihin, jotka ovat olleet sanamuodossa ongelmallisia perustuslain näkökulmasta. Tulkintatilanteessa tuomioistuin voi tukeutua näihin lausuntoihin ristiriidan olemassaolon arvioimisessa. Ongelmallista siitä kuitenkin tekee se seikka, että PeV tarkastelee asiaa sääntelytasolla: koko lakia ja yksittäistä säännöstä sanamuodoltaan, kun taas säännöksen soveltaminen yksittäistapauksessa voi olla muusta sovellettavasta sääntelystä johtuen ongelmallinen PL:n näkökulmasta. Tällöin tuomioistuin ilmeisyyttä arvioidessaan joutuisi liiaksi asettumaan osin lainsäädäntömenettelylliseen yleistasoisempaan arviointiin. Lisäksi todistelu-uudistuksen taustalla vaikutti merkittävissä määrin EIT:n EIS:sta tekemät tulkinnat ja jopa vaatimukset kansalliselle sääntelylle, joten ristiriidan todennäköisyys on pienempi kuin vähemmän ihmisoikeuslatautuneessa sääntelyssä. Toisaalta soveltamistilanteessa, jossa sanamuoto ei ratkaise tulkintaa, muut tulkinta-argumentit ovat vahvasti perus- ja ihmisoikeuksista rakenteistuneita ja viime kädessä perus- ja ihmisoikeusmyönteinen tulkintaperiaate ratkaisee tapauksen perusoikeuksia toteuttavaksi, jolloin perustuslain etusijan antaminen tulisi tarpeettomaksi tavanomaisissa ristiriitatilanteissa. Ks. aiheesta tarkemmin ja laajaa keskustelua ilmeisyys-kriteerin poistamisesta Lavapuro 2008; Tuori 2009 ja OMSO 22/2019 sekä KKO:n ratkaisukäytännöstä KKO 2004:26, KKO 2012:11, KKO 2014:13, KKO 2015:14 ja KKO 2021:42.

143 Mikäli kuuluu, kyse on säännön tulkinnasta, mutta mikäli ei kuulu, on kysymyksessä periaatepunnintatilanne. Esim. perustuslain osalta Huovila 2005, s. 51.

144 Ns. ydinalueen koskemattomuuden vaatimus, joka koskee sekä kotimaisia perusoikeuksia että kansainvälisiä ihmisoikeuksia lainsäädäntöprosessissa, mutta sama ideologia koskee myös lainkäyttöä. Ks. toisaalta PeV:n kannanotto, joka viittaa ydinalueen ja raja-alueen liukuvuuteen. PeVL 18/2014 vp, s. 6 ja Ojanen 2014, s. 945–947. Lähtökohtaisesti ydinalue on koskematon, mutta kvalifioiduilla lakivarauksilla siihen puuttuminen voi olla mahdollista, mutta ei yleisillä rajoitusedellytyksillä. Ks. ydinalueen sallitun loukkaamisen paradoksista sekä perus- ja ihmisoikeuksien yhteisen ydinalueen problematiikasta Hautamäki 2011, s. 84–86.

oikeushyvä ratkaistavassa oikeusongelmassa perus- ja ihmisoikeuden ydinalueelle. Mikäli näin on, sovelletaan EIS:n ja PL:n normeja sääntöinä, jolloin sanamuodon mukainen tulkinta on ensisijainen tulkintakeino. Lopputulema voi tällöin olla toisenlainen kuin tilanteessa, jossa suojattava oikeushyvä jää perus- ja ihmisoikeuden suojan raja-alueelle, jolloin perus- ja ihmisoikeusnormi saa periaatteen muodon ja tulee osaksi ratkaisua punnintavaikutuksen kautta.

> Esimerkkinä tutkimuksen piiristä ihmisoikeuden, eli oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, ydinalueelle ulottuvasta oikeudesta ovat itsekriminointisuoja ja EIS 3 artiklassa säädetty kidutuksen kielto, joiden rikkominen todisteiden hankkimisessa aiheuttaa aina hyödyntämiskiellon. Sen sijaan monet muut lainvastaisuudet todisteiden hankkimismenettelyssä kuuluvat perus- ja ihmisoikeuden raja-alueelle, jolloin perus- ja ihmisoikeusnormi saa periaatemaisen punnintavaikutuksen eikä suoraa tulkintavaikutusta sääntönä.[145]

Perus- ja ihmisoikeuksilla on keskeinen vaikutus laintulkintaperiaatteena, ja perusoikeusmyönteinen laintulkinta on ainakin kumuloituna tärkeä tulkintaperiaate.[146] Lain esityöt, joissa perus- ja ihmisoikeusvaikutukset on arvioitu ja säännöksen sanamuotoa ja tarkoitusta perusteltu niiden toteuttamisella, toimivat objektiivisena argumenttina. Toisaalta uutta sääntelyä nimenomaisesti tuotetaan EIT:n EIS:sta tekemien tulkintojen perusteella, mikä osaltaan rakenteistaa ihmisoikeussopimuksen periaateluonteista ja kansallisesta oikeusjärjestyksestä tai tämän tutkimuksen kontekstissa todistusteoriasta ja sen ilmenemisestä riippumatonta sääntelyä.

Yhä enemmän perus- ja ihmisoikeuksien merkitys korostuu KKO:n ja EIT:n prejudikaatein, jotka ovat sekä oikeuslähteitä että ennakkoratkaisuperusteisen laintulkintametodin välineitä. Näiden keskinäinen suhde vielä erikseen määrittyy siten, että EIT:n ratkaisut ovat sinänsä laintulkinnallisesti velvoittavampia kuin KKO:n, koska KKO käyttää ratkaisutoiminnassa EIS:ta oikeuslähteenä ja EIT:ta sen tulkit-

145 Huovilan mukaan raja-alueen ja ydinalueen ulkopuolella oikeutta voitaisiin lainkäytössä punninnan seurauksena myös loukata, jos siihen on riittävän hyvät perusteet. Ks. Huovila 2005, s. 91.

146 Molemmat vaikuttavat merkittävästi myös lainsäätäjän työhön, koska eduskuntalakia säädettäessä huolehditaan siitä, että säännös ei itsessään riko perus- ja ihmisoikeuksia. Ks. perusoikeusmyönteisen laintulkinnan oikeutus PeVM 25/1994 vp, s. 4. Huovilan mukaan yleistäen voidaan sanoa, että käytännön oikeudenkäytössä voidaan olettaa, että laki ei ole ristiriidassa sitä ylemmän tasoisten normien kanssa, mutta jos ensisijaisten tulkintametodien jälkeen jää useampi kuin yksi ratkaisuvaihtoehto, voidaan asia ratkaista perus- ja ihmisoikeusmyönteisellä laintulkinnalla. Ks. Huovila 2005, s. 45–46. Samoin on EIS osalta, esimerkiksi Pellonpää ym. 2018, s. 68 toteaa, että kyseinen PeV:n ”*kannanotto on mahdollista ymmärtää myös niin, että Suomessakin tulisi mahdollisimman pitkälle noudattaa presumptiota, jonka mukaan lainsäätäjän ei voida olettaa tarkoittaneen tehdä mahdolliseksi ihmisoikeussopimuksen rikkomista*.”

sijana niin oikeuslähteenä kuin tulkinta-argumenttina.[147] Kansallisten tuomioistuimien on taattava, että kansainvälisissä sopimuksissa asetetut vähimmäisvaatimukset heijastuvat kansalliseen lainsäädäntöön. Vaikka osa kansallisesta lainsäädännöstä voi pohjautua EIT:n päätöksiin, kotimaiset ennakkopäätökset ovat suomalaisen oikeusjärjestelmän perusta, eikä niissä saa alittaa EIT:n asettamia vähimmäisvaatimuksia. Oikeuskäytännössä tulee ensin varmistaa ihmisoikeussopimusten vähimmäisvaatimuksen täyttyminen, minkä jälkeen voidaan arvioida, onko perusteltua laajentaa kansallisia perusoikeuksia näitä vaatimuksia pidemmälle. Käytännössä EIS asettaa kaikille jäsenmaille yhteisen vähimmäistason, ja sen ylittämisen arviointi voi olla kansalliselle tuomioistuimelle haastavaa.[148] Tämän oikeuskulttuurin ja oikeuden pintatason läpileikkaavan luonteen lisäksi on tärkeää havaita myös normien luonteen merkitys niiden soveltamisessa.

> Esimerkiksi Hyttinen on tarkastellut rikosoikeudellisia syyllisyyskysymyksiä perus- ja ihmisoikeusnormien vaikutuksen näkökulmasta ja katsonut, että tällaiset kysymykset ovat arvosensitiivisiä eikä niihin ole selkeitä ratkaisuperusteita. Tilanne heikentää laillisuusperiaatteen taustalla olevia arvoja, kuten oikeusturvaa ja rikoslain ennakoitavuutta, mikä on ongelmallista oikeusvaltion kannalta. Oikeusturvan ja ennakoitavuuden varmistamiseksi tarvitaan tarkkoja ja ennalta sovittuja sääntöjä.[149]

### *2.4.2 Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin*

Vapaassa todistusteoriassa on lopulta kysymys PL 6.1 §:n mukaisesta yhdenvertaisuudesta lain edessä sekä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksien (EIS 6.1 artikla ja KP-sopimus 14.1 artikla) täyttämisestä. EIS 6 artiklan oikeudella oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tarkoitetaan sitä, että jokaisen asianosaisen täytyy saada asiassaan tosiasiallisesti ja kokonaisuutena arvioiden oikeudenmukainen oikeudenkäynti. EIS 6 artikla poikkeaa muista sopimusmääräyksistä siten, että se on EIT:n ratkaisukäytännössä eniten rikottu määräys, vaikka EIT on sallinut valtioiden melko vapaasti valita keinot, millä määräys täytetään.[150] EIT on todennut Suomen

147 EIS 6 artikla on vahvasti rakenteistunut oikeusohje EIT:n antamien soveltamiskriteerien kautta. Ks. Siltala 2003, s. 214.

148 Ks. Launiala 2020, jakso 3.5.3. Launialan mukaan on syytä pohtia, tulisiko Suomen pyrkiä ylittämään nämä minimit, erityisesti verrattuna jäsenmaihin, joissa perusoikeuksien suoja on heikompi.

149 Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen kasvusta seikkaperäisesti Hyttinen 2015, s. 37–44. Esimerkiksi problemaattisista tilanteista Hyttinen on nostanut itsekriminointisuojan vaikutuksen rikosoikeudessa.

150 Esimerkiksi ratkaisussa Hadjianastassiou v. Kreikka (16.12.1992) tästä on nimenomainen kannanotto kohdassa 33. Artikla 6 poikkeaa tavanomaisesta sopimusmääräysten kirjoitusasusta myös rakenteeltaan. Tyypillisesti 1 kappale ilmaisee oikeuden ja 2 kappale perusteet oikeuden rajoittamiselle. Tästä voidaan jo päätellä, että oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on sinänsä soveltamisalueellaan rajoittamaton, ettei EIS salli sanamuodossaan jäsenvaltion esimerkiksi säätää kansalliseen lakiin poikkeamia.

rikkoneen 6 artiklaa varsin usein kuulemisperiaatteeseen ja todisteluun liittyvissä asioissa.[151]

Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on avoin normi, johon voidaan lisätä myös muita oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kannalta olennaisia oikeuksia. Artikla jakautuu kolmeen kappaleeseen, joista 1 kappale määrittää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen eli perussäännön, 2 kappale syyttömyysolettaman ja 3 kappale syytetyn vähimmäisoikeudet eli rikosoikeudenkäynnin erityissäännökset.[152]

> *6 artikla*
>
> *Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin*
>
> *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 moraalin, yleisen järjestyksen tai kansallisen turvallisuuden vuoksi nuorten henkilöiden etujen tai osapuolten yksityiselämän suojaamisen niin vaatiessa, tai siinä määrin kuin tuomioistuin harkitsee ehdottoman välttämättömäksi erityisolosuhteissa, joissa julkisuus loukkaisi oikeudenmukaisuutta.*

EIS 6.1 artiklan mukaan kaikki osapuolet ovat yhdenvertaisia lain edessä, saavat puolustaa itseään asianmukaisesti ja saavat oikeudenmukaisen ja riippumattoman tuomion. Julkinen oikeudenkäynti puolestaan tarkoittaa, että oikeudenkäynti on lähtökohtaisesti avoin yleisölle ja että tuomioistuimen päätökset ovat julkisia, mikä on tärkeää oikeusvaltioperiaatteen ja oikeudenkäyttöön kohdistuvan yleisen luottamuksen kannalta. Oikeudenkäynnin julkisuudesta poikkeaminen on mahdollista toisen ihmisoikeuden, keskeisimpänä yksityisyyden suojelemisen, vuoksi, mutta muutoin poikkeuksia tulkitaan ahtaasti. Artikla edellyttää myös oikeudenkäynniltä

151 EIT on todennut Suomen rikkoneen 6 artiklaa yhteensä 91 ratkaisussa per 11.4.2023 HUDOC-tietokannan aineiston mukaan. Näistä merkittävä osa on koskenut oikeudenkäyntien kohtuutonta kestoa, mutta oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä annetun lain voimaantulon jälkeen määrä on luonnollisesti vähentynyt. Ks. viivästymisen hyvittämisestä tarkemmin Markus 2022, s. 2 ja 5–11. Yhteensä 25 ratkaisussa EIT on puolestaan todennut, ettei 6 artiklan rikkomusta ole tapahtunut. Kahdessa ratkaisussa EIT todennut valituksessa esitetyistä rikkomuksista vain osan tapahtuneen. Ks. Petikon Oy ja Parviainen v. Suomi 27.1.2009 ja Vilho Eskelinen ym. v. Suomi 19.4.2007.

152 Tässä tutkimuksessa ei ole tarpeellista arvioida 6 artiklan ulottuvuutta, koska tutkimus käsittelee oikeudenkäyntiä tuomioistuimessa, minkä osalta sovellettavuus on selvä.

lähtökohtaista suullisuutta, mikä osin kotimaisessa oikeudenkäyntijärjestyksessä jää toteutumatta alioikeudessa kirjallisessa menettelyssä käsiteltävissä asioissa ja osin muutoksenhakumenettelyssä.[153]

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukseen sisältyy osapuolten tasa-arvo ja kuulemisperiaate,[154] jotka takaavat osapuolille samantasoiset mahdollisuudet sekä valmistautua että osallistua oikeudenkäyntiin ja lausua kaikesta oikeudenkäyntiaineistosta.[155] Kuulemisen osalta on riittävää, että osapuolella on aito mahdollisuus siihen, mutta lausuminen ei ole pakollista. Tutkimusaiheen kannalta tärkeä poikkeus yhdenvertaisuusperiaatteeseen ja toisaalta myös kuulemisperiaatteeseen on sellainen tuomioistuimelle todistamiskiellon osoittamiseksi tai hyödyntämiskieltovaatimuksen perustelemiseksi esitetty aineisto, jota ei voi esittää joko toiselle tai kummallekaan osapuolelle salassapitoperusteen vuoksi. Oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin kuuluu myös hyödyntämiskieltoseuraamuksen tehokkuus ja toisaalta seuraamuksen taustalla vaikuttavien perus- ja ihmisoikeuksien suojaaminen, joten 6 artiklaa ei tällaisessa tilanteessa riko yhdenvertaisuus- ja kuulemisperiaatteen sivuuttaminen.[156]

EIS 6 artikla ei sisällä normeja näytön sallittavuudesta, mistä säätäminen kuuluu kansallisen lainsäädännön alaan. EIT:n tehtävänä ei siten ole päättää, onko tietynlainen näyttö sallittua, vaan se arvioi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kokonaisuutena näytön hankkiminen mukaan luettuna. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus koskee siviili-, hallintolainkäyttö- ja rikosprosessia. Silti vastaajavaltioilla on tavallisesti siviili- ja hallintolainkäyttöprosessin osalta enemmän liikkumavaraa kuin rikosprosessissa. Erot kansallisten tuomioistuinten liikkumavarassa eri prosessilajeissa perustuvat lajien erilaisiin suojeluintresseihin.[157]

EIS 6.2 artiklassa säädetty syyttömyysolettama[158] pitää sisällään sen, ettei ketään

153 Muutoksenhakuvaiheessa suullisuudesta on sallittua poiketa, mikäli muutoksenhaku rajoittuu oikeuskysymyksiin. Sama koskee valitusluvan ja jatkokäsittelylupahakemuksen käsittelemistä. Artikla on julkisuuden osalta kotimaista julkisuussääntelyä vaatimattomampi, sillä se ei edellytä oikeudenkäyntiasiakirjojen julkisuutta. Ks. Pellonpää ym. 2018, s. 612–613 ja laajemmin suullisuudesta s. 664–674.

154 Yhdenvertaisuusperiaate eli equality of arms ja kuulemisperiaate eli audiatur et altera pars -periaate. Ks. kuulemisperiaatteen merkityksestä todistusoikeudessa jakso 3.3.

155 EIT on ratkaisussa Nideröst-Huber v. Sveitsi (18.2.1997) tehnyt selvän tulkinnan siitä, että osapuolen on saatava lausua kaikesta esitetystä aineistosta riippumatta siitä, onko kyseinen aineisto asian selvittämisen tai ratkaisemisen kannalta turhaa. Ratkaisussa on todettu kuulemisperiaatetta rikotun, koska asianosaisille ei ollut toimitettu käsittelyyn liittyvää viranomaislausuntoa, mutta toisaalta yhdenvertaisuusperiaatetta ei ollut loukattu, koska kumpikaan osapuoli ei ollut kyseistä lausuntoa saanut.

156 Pellonpään mukaan tällaisessa tilanteessa olennaista oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta on, että tuomioistuimella on kyseinen aineisto, jonka se voi arvioida asian seikkaperäisesti ja tasapuolisesti. Pellonpää ym. 2018, s. 621.

157 Ks. Hirvelä – Heikkilä 2013, s. 163–164, 213 ja 223.

158 EIS 6.2 artiklan mukaan jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Tämä on myös keskeinen arvoperiaate, joka ohjaa koko rikosprosessia esitutkinnasta tuomion antamiseen saakka, mutta kohdistuu vapaassa todistusharkinnassa enemmälti näytön arvioinnin perusarvoksi.

saa kohdella syyllisenä ennen kuin tuomioistuin on antanut asiassa ratkaisun. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että syyttäjän on pystyttävä näyttämään syyte toteen, mutta vasta tuomioistuin suorittaa näytönarvioinnin, jonka lopputuloksena syyllisyys voidaan todeta. Syyttömyysolettama on tutkimuksen kannalta tärkeä taustaperiaate, jolla on merkittävä yhteys vapaaseen todisteluun ja vapaaseen todistusharkintaan sekä erityisesti niiden rajoittamiseen.[159]

Kaikille prosessilajeille yhteisen EIS 6.1 artiklan oikeuksien lisäksi rikosprosessissa sovelletaan EIS 6.3 artiklan mukaisia syytetyn vähimmäisoikeuksia, jotka kuuluvat PL 21.2 §:n takeisiin.[160]

> *6 artikla*
>
> *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.*

EIS 6.3 artikla koskee rikosprosessia, mutta sen tiettyjä oikeuksia on mahdollista soveltaa myös muihin, ainakin indispositiivisiin, prosesseihin.[161] Itsekriminointisuoja sisältyy 6.1 artiklan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, ja siitä säädetään

159 Syyttömyysolettama nimittäin pitää sisällään toteaman, että kaikki ovat syyttömiä, kunnes toisin todistetaan. Mikäli todistelua rajoitetaan, syyllisyys voikin jäädä näyttämättä. Todistusharkinnan arvioimista rajoittaa osaltaan subsidiariteettiperiaate. Ks. Pellonpää ym. 2018, s. 702.

160 PeVL 5/1999 vp, s. 6; HE 309/1993 vp, s. 74; PeVL 7/2014 vp, s. 4; PeVL 31/2005 vp, s. 4. Vastaavat vähimmäisoikeudet sisältyvät KP-sopimuksen 14.3 artiklaan.

161 Pellonpää ym. 2018, s. 622. Ks. myös s. 711–712 soveltamisen ulottuvuudesta ja toisaalta 3 kappaleen luonteesta täsmentävänä määräyksenä sen kaikkien kohtien sisältyessä käytännössä 1 kappaleeseen.

lisäksi erikseen KP-sopimuksen 14.3 artiklassa. Ihmisoikeuksien soveltamisen rikosoikeudellinen ulottuvuus ei määrity pelkästään kotimaisen prosessimääritelmän mukaisesti. EIT on määritellyt ratkaisussa Engel ym. v. Alankomaat (8.6.1976) niin sanotut Engel-kriteerit, joiden perusteella voidaan arvioida hallintomenettelyn rikosoikeudellista luonnetta.[162] Niiden mukaan hallinnollista seuraamusta tulee pitää rangaistuksenomaisena ottaen huomioon teon luonnehdinnan kansallisessa oikeudessa, teon todellisen luonteen suhteessa seuraamukseen sekä seuraamuksen luonteen ja ankaruuden.[163] Jos kansallisen oikeuden mukaan teko ei ole rikosoikeudellisesti luonnehdittavissa, sen arviointi perustuu ensiksi kahden jälkimmäisen kriteerin arviointiin ja lopulta kokonaisharkintaan.[164] Arvioitaessa, onko kyseessä rikosasia vai hallinnollinen asia, rajanvetokriteerinä pidetään prosessin kuulumista EIS 6 artiklan mukaisen "*syyte*"-termin alaan.[165]

> Tämän tutkimuksen kannalta 6.3 artiklan tulkinnat soveltamisen ulottuvuudesta rikosprosessin ulkopuolelle ovat mielenkiinnon kohteena lähinnä itsekriminointisuojan ja siitä hyödyntämiskielloksi kirjatun niin sanotun itsekriminointisuojan laajennoksen osalta. Vasta EIT:n ratkaisukäytäntö on tuonut myös kotimaisessa oikeudessa itsekriminointisuojan laajentamisen rikosprosessin ulkopuolelle. Laajentamiseen suhtauduttiin oikeudenkäytössä torjuvasti, kunnes kannanmuutos prejudikaateista ensimmäisenä tehtiin ratkaisussa KKO 2009:80. Itsekriminointisuojan ulottuvuus ei enää ole sidottu ainoastaan rikosprosessiin, vaan sen rajoittava vaikutus koskee todisteiden hankkimista ja esittämistä myös muissa viranomaisprosesseissa, joissa tietoja voidaan hankkia sanktion uhalla, mikäli todisteita käytetään myöhemmin rikosprosessissa.[166]

---

162 Ks. ratkaisun kohdat 80–85.

163 Engel-kriteerien nojalla arvioidaan itsekriminointisuojan soveltamisalaa. Ks. Leväinen 2024, s. 4 ja 22 ja Helenius 2019.

164 Vuorenpää 2011, s. 505 ja Siitari-Vanne 2005, s. 536.

165 Kotimaisista prosesseista tähän on katsottu kuuluvan veronkorotus (Jussila v. Suomi 23.11.2006), polttoainemaksun korotus (Ruotsalainen v. Suomi 16.6.2009). Esimerkiksi veronkorotuksia pidetään Engel-kriteerien mukaisesti rikosoikeudellisina sanktioina, mikä vaikuttaa siihen, miten verotusmenettelyssä määrättyjä sanktioita tulee tarkastella ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien näkökulmasta. Toisin sanoen Engel-kriteerien täyttymisellä on merkitystä sille, miten itsekriminointisuoja ja verotusmenettelyn sanktioluonne liittyvät toisiinsa ja miten tämä yhteys vaikuttaa verovelvollisen oikeuksiin verotusprosessissa. Myös Laapas painottaa niin sanottua verotusmenettelyn sisäistä itsekriminointisuojaa todeten, että itsekriminointisuoja tulisi soveltaa menettelyihin, joissa rikosoikeudellisen rangaistuksen sijaan on mahdollista määrätä veronkorotus tai muu vero-oikeudellinen sanktio. Ks. Laapas 2022, s. 255–259.

166 Näin esimerkiksi ratkaisuissa Funke v. Ranska (25.2.1993) ja Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.12.1996). OK 17:25.2:ssa on sama ideologia. Tärkeää on huomioida, ettei tämä estä sanktiouhkaisia velvoitteita antaa tietoja viranomaiselle esimerkiksi verotusmenettelyssä, vaan ainoastaan tiedon itsekriminointisuojaa loukkaavan käytön erillisessä rikosprosessissa. Tähän liittyen Suomessa tärkeä EIT:n ratkaisu on ollut Marttinen v. Suomi (21.4.2009), jonka jälkeen KKO on ottanut lukuisissa ratkaisuissa

Tämän tutkimuksen kannalta 6.3 artiklan sisältöä ei ole tarpeellista avata kuin ylätasolla tutkimusteemaa jossain määrin koskevien kohtien c–e osalta, joissa täsmennetään oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen täyttämiseksi osaltaan todisteluun liittyviä oikeuksia.[167] Kappaleen c kohdassa on täsmennetty jo 1 kappaleen velvoitteisiin liittyvää oikeutta osallistua itseä koskevaan oikeudenkäyntiin oikeudella puolustautua ja saada tarvittaessa oikeusapua. Oikeus avustajan käyttämiseen niin halutessa, mikäli se ei ole pakollista,[168] sisältyy c kohtaan, mutta sen loukkaamista arvioidaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) kriteerein, koska se ei ole itsekriminointisuojan osa, vaan erillinen, joskin itsekriminointisuojan toteutumisen tietyissä tilanteissa mahdollistava, oikeus.[169] Sen merkitys korostuu esitutkintavaiheessa, mihin EIT:n tunnetuimmat ratkaisut kohdan rikkomisesta sijoittuvat.[170]

EIS 6.3 artiklan syytetyn vähimmäisoikeuksista kohta d on rikosasiassa syytetyn oikeus kuulustella tai kuulusteluttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan, ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samoissa olosuhteissa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat. Vähimmäisoikeutena se sisältyy prosessioikeuden yleisiin oppeihin, prosessiperiaatteissa kontradiktorisuuden periaatteeseen, jota kutsutaan myös kuulemisperiaatteeksi.[171]

---

kantaa itsekriminointisuojan ulottuvuuteen. Pellonpään ym. (2018, s. 684) mukaan *"itsekriminointisuoja on prosessilajien väliset rajat ylittävä yksilön autonomiaa ja ihmisarvoa suojaava periaate."* Itsekriminointisuojasta informoimisella on erityinen merkitys silloin, jos 3 kappaleen c kohdan mukaista oikeutta avustajaan ei ole käytetty tai sitä on jopa loukattu.

167 Myös kohta b: oikeus valmistella puolustusta liittyy todisteluun oikeudenkäyntiasiakirjoihin eli myös todisteisiin tutustumisen osalta.

168 Sopimuksen sanamuoto ei estä kansallisen lain asettamia vaatimuksia tietyissä tilanteissa avustajan pakolliseksi käyttämiseksi. Esimerkiksi OK 31 luvun ylimääräisen muutoksenhaun tietyt toimenpiteet, kuten tuomion purkamisen hakeminen korkeimmalta oikeudelta, edellyttävät asianosaiselta tietynlaisen avustajan käyttämistä.

169 Itsekriminointisuojan loukkaaminen johtaisi todistamiskiellon rikkomisena hyödyntämiskieltoseuraamukseen tai vaihtoehtoisesti ns. itsekriminointisuojan laajennoksena OK 17:25.2:n mukaisesti asetettavaan hyödyntämiskieltoon, kun taas avustajaoikeuden loukkausta tarkastellaan OK 17:25.3:n mukaisesti.

170 Ratkaisussa John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta (8.2.1996) oikeus avustajaan oli evätty kokonaan kuulustelujen alkuvaiheessa, kun taas ratkaisussa Salduz v. Turkki (27.11.2008) oikeutta katsottiin rikotun, kun oikeudenkäynnissä syyllisyyden osittamiseksi vedottiin sellaiseen lausuntoon, jonka syytetty oli antanut tutkintavaiheessa, jossa hänellä ei ollut avustajaa. Ratkaisussa Ibrahim ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (13.9.2016) EIT on puolestaan sallinut tiettyjä poikkeuksia avustajan käyttämistä koskevaan oikeuteen esitutkinnassa. EIT:n ratkaisukäytäntö muodostaa jo itsessään selkeät raamit oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen arvioinnille avustajan käyttämisen epäämisen ollessa kysymyksessä. Viime mainittu ratkaisu antaa seikkaperäisen esimerkin myös kotimaisessa lainkäytössä hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamiselle yleisesti ja erityisesti silloin, kun oikeutta avustajaan on loukattu esitutkinnassa.

171 Kuulemisperiaate sisältää myös vastakuulusteluoikeuden, jonka täysimääräinen toteuttaminen on pääsääntö, minkä vuoksi esitutkinnassa annetun lausuman hyödyntäminen oikeudenkäynnissä on oltava poikkeuksellista. Kuulemisperiaatteesta ks. myös KKO 2014:83, jossa katsottiin, että hovioikeuden olisi

Rikoksesta syytetyn vähimmäisoikeuksien rikkominen tarkoittaa samalla sitä, ettei oikeudenkäynti ole oikeudenmukainen. Kohta d ilmaisee käytännössä saman todisteluun liittyvän kontradiktorisuuden vaatimuksen, mikä sisältyy kotimaiseen oikeudenkäyntiin pääsääntönä suullisuuden ja välittömyyden vaatimusten kautta. Kontradiktorisuuden loukkaamista voidaan arvioida yksilöityihin tilanteisiin soveltuvan kirjallisen kertomuksen käyttökiellon (OK 17:24) lisäksi hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) kautta, jolloin d kohdan oikeus kuulustella ja kuulustelluttaa todistajia sekä tähän liittyvä EIT:n tulkintakäytäntö ovat merkittävässä roolissa hyödyntämiskieltosäännöksen soveltamisessa.[172] Kohdan e oikeus maksuttomaan tulkkiapuun liittyy merkittävästi myös todisteluun, koska se ei ulotu pelkästään tulkkaukseen oikeudenkäynnissä vaan oikeuttaa syytetyn saamaan ymmärtämälleen kielelle tehdyt käännökset keskeisimmistä oikeudenkäyntiasiakirjoista eli myös esitutkintamateriaalista ja todisteista. Oikeus on hyvin pitkälti vähimmäisoikeus ainakin kotimaisessa lainkäytössä.[173]

> Yleisesti EIS 6 artiklasta ja sen tulkintakäytännöstä EIT:n ratkaisuissa voidaan todeta, että tutkimusaiheeseen merkittävästi vaikuttaneita ratkaisuja, joissa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä on loukattu, ovat Jalloh v. Saksa (11.7.2006), Gäfgen v. Saksa (1.6.2010) ja Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta (5.11.2002), jotka koskevat todisteen hyödyntämiskelpoisuutta.[174]

---

tullut varata pääkäsittelyä vaatineelle valittajalle erikseen tilaisuus lausua uuden todisteen merkityksestä asiassa. Kuulemisperiaatteen toteutumiseksi ei ollut riittävää, että hovioikeus oli antanut vastapuolen hovioikeudessa nimeämän uuden kirjallisen todisteen hänelle tiedoksi. Hovioikeus oli hylännyt pääkäsittelypyynnön, jolloin tilaisuutta lausua todisteesta suullisesti ei ollut. Ratkaisu on keskeinen kuulemisperiaatteen EIT:n tulkintalinjan yhdistämiseksi kotimaiseen ratkaisukäytäntöön.

172 Kotimaisessa oikeudenkäynnissä d kohdan määrittämän todistelun kontradiktorisuuden loukkaamiseen liittyviä kysymyksiä todistelussa ovat esitutkintakertomuksen käyttäminen todistajan kuulemisen sijaan, ylipäänsä kirjallisen kertomuksen käyttäminen, anonyymiin todisteluun liittyvät todistajan luotettavuutta koskevat kysymykset ja alle 15-vuotiaiden kuulemisessa käytettävät menettelyt esimerkiksi kyselyoikeuden toteuttamisessa. Näistä ensimmäisen osalta merkittävä EIT:n ratkaisu Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta (15.12.2011) käytännössä määrittää, milloin kirjallista todistajankertomusta on mahdollista hyödyntää ilman että oikeudenmukainen oikeudenkäynti vaarantuu. Arvioinnissa huomioidaan kirjallisten kertomusten vastaanottamisen välttämättömyyttä, näyttöarvoa ja muiden puolustuksen oikeuksien toteutumista jopa kontradiktorisuuden puutteen kompensoimiseksi. Lapsen kuulemista asianomistajana ainoastaan esitutkinnassa EIT on pitänyt mahdollisena, mikäli vastaajalle on varattu mahdollisuus esittää kysymyksiä. Tästä on erityisen runsaasti Suomea koskevia EIT:n ratkaisuja, kuten A.H. v. Suomi (10.5.2007), W. v. Suomi (24.4.2007), B. v. Suomi (24.4.2007), A.L. v. Suomi (27.1.2009) ja A.S. v. Suomi (28.9.2010), jotka kuitenkin ovat ajalta ennen todistelu-uudistusta, jossa lisättiin kirjallisen kertomuksen käyttökieltoa koskeva OK 17:24.3 nimenomaan Suomea koskevaan EIT:n ratkaisukäytäntöön perustuen. Toisaalta myös hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) pitäisi korjata oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkaamisen kontradiktorisuuden puuttuessa todistelusta myös muissa kuin em. alaikäistä tai henkiseltä toiminnalta häiriintynyttä koskevissa kuulemistilanteissa.

173 Ks. Pellonpää ym. 2018, s. 764–765.

174 Ratkaisussa Jalloh v. Saksa (11.7.2006) EIT määritteli kiduttamalla hankitun todisteen kuuluvan absoluuttisen hyödyntämiskiellon alaan. Todistelu-uudistuksessa tämä on huomioitu omalla ehdotto-

### *2.4.3 EIS:n normiluonteesta ja tulkintaperiaatteista*

Esitetyssä sääntöihin ja periaatteisiin perustuvassa normijaottelussa perus- ja ihmisoikeudet kuuluvat pääosin argumentatiivisesti avoimiksi normeiksi. EIS:n oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin sanamuoto on varsin yleinen, mutta sitä tulkitaan sanamuodon ja sopimuksen tarkoituksen mukaisesti.[175] EIT:n tekemät tulkinnat EIS:sta yksittäistapauksissa ja toisaalta useiden ratkaisujen muodostamat linjaukset ovat Dahlbergin ja Pason mukaan tavoitteellista tulkintaa, joka perustuu ihmis- ja perusoikeuksien turvaamiseen.[176] EIS:n tulkintatehtävä kuuluu lähtökohtaisesti EIT:lle, ja tulkinnalla tarkoitetaan merkittävästi oikeudellisista rakenteista ja yhteiskunnasta riippumattomampaa toimintaa kuin mitä kotimaisessa oikeustieteessä ja lainkäytössä tulkinta on. EIT:n tehtävä on tulkita EIS:ta, eikä se sovella kansallista sääntelyä. Subsidiariteettiperiaatteen mukaisesti kansallinen lainsäätäjä harkitsee, miten EIS:n velvoitteet toteutetaan kansallisessa lainsäädännössä, joten EIT toimii tietyllä tavalla toissijaisena järjestelmänä kansallisiin perusoikeusnormistoihin nähden.[177]

> Todistelun prosessisanktioiden käsittelyssä on tärkeää tunnistaa, että näytönarviointi ja todisteiden hyväksyminen kuuluvat kansallisten tuomioistuinten toimivaltaan. EIT ei yleensä tee itsenäistä arviointia todisteiden hyväksyttävyydestä, eikä se arvioi tai kontrolloi kansallisen tuomioistuimen näytönarviointia jälkikäteen.[178] Käytännössä Suomessa korkein oikeus toimii EIT:n ratkaisujen tulkitsijana kotimaiseen oikeuskäytäntöön.[179]

---

malla hyödyntämiskieltosäännöksellä (OK 17:25.1). Ratkaisussa Gäfgen v. Saksa (1.6.2010) kehitettiin edelleen EIS 3 artiklaa rikkovien hankintakeinojen seurauksia ja kriteereitä todisteen hyödyntämiskelvottomuudelle, kun kysymys oli epäinhimillisestä kohtelusta, mutta ei kiduttamisesta. Ratkaisussa Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta (5.11.2002) oli kysymys niin sanotusta peitellystä kuulustelusta, jossa viranomainen oli määrännyt yksityishenkilön hankkimaan tunnustus vangittuna olleelta epäillyltä. EIT:n mukaan menettely loukkasi epäillyn oikeutta olla todistamatta itseään vastaan. Tunnustuksen saaminen ei ollut spontaania ja vapaaehtoista, vaan se oli hankittu peitellyn kuulustelun kautta, joka tapahtui poliisin ohjeistuksen mukaan. Ratkaisussa todettiin, että kyse ei ole ollut hyödyntämiskelvottomuuden ehdottomasti aiheuttamasta rikosprovokaatiosta vaan tätä lievemmästä muodosta, jonka kuitenkin todettiin johtavan itsekriminointisuojan rikkomisen vuoksi todisteen hyödyntämiskelvottomuuteen. Ks. ratkaisun kohdat 52–53.

175 Tarkemmin EIT:n roolista EIS:n tulkitsijana esim. Virolainen – Pölönen 2003, s. 58.

176 Dahlberg – Paso 2020, s. 925–953, ks. erityisesti s. 937–939.

177 Subsidiariteettiperiaatteen mukaan valtion sisäisen oikeuden tulkinta kuuluu lähtökohtaisesti kansallisille tuomioistuimille. Ks. Pellonpää ym. 2018, s. 54 ja 355.

178 Suomessa sovellettavaan todistusteoriaan, käytännössä oikeudenkäynnissä vapaaseen todisteluun ja vapaaseen todistusharkintaan sinänsä suoraan liittyvät kysymykset, eli todisteiden sallittavuus ovat kansallisen sääntelyn ja kansallisen tuomioistuimen ratkaistavia kysymyksiä, eikä EIT ota kantaa niihin sinänsä vaan menettelyn oikeudenmukaisuuden arvioimiseen. Ks. Tapanila 2019, s. 232–233.

179 Tapanilan havainnon mukaan hovioikeudet noudattavat KKO:n linjaa tarkkaan ja tulkitessaan EIT:n ratkaisuja, tulkitsevat ne KKO:n jo ratkaisutoiminnassaan asettaman linjan mukaisesti. Tapanila 2014, s. 28.

Oikeuslähdemerkityksen vuoksi on keskeistä ymmärtää EIS:n poikkeavuus normina verrattuna kotimaiseen sääntelyyn ja EIT:n käyttämät, kotimaisesta lainkäytöstä poikkeavat, tulkintaperiaatteet. Nämä ominaisuudet osin näyttäytyvät yleisen valtiosopimusten tulkinnalle asetetun tulkintatavan omaksumisena sekä toisaalta harkintamarginaalin asettamisena, jonka avulla EIT:n ja kansallisen tuomioistuimen välistä mahdollista jännitettä on subsidiariteettiperiaatteen ohella.[180]

Margin of Appreciation -opin, eli harkintamarginaaliopin tai selkeimmin marginaaliperiaatteen,[181] mukaan kansainväliset tuomioistuimet, kuten EIT, sallivat tietyissä rajoissa liikkumavaraa kansallisille tuomioistuimille tuomioistuimen valvoman kansainvälisen sopimuksen tulkinnassa.[182] Tällaisen tulkintatavan salliminen on edellytys saman sopimuksen sovellettavuudelle erilaisten oikeusjärjestysten valtioissa, ja se helpottaa tapaoikeuden yhdistämistä säädännäisen oikeuden kanssa, mutta se tuottaa uusia pulmia ennakoitavuuden ja yhtenäisyyden näkökulmasta.[183] Marginaaliperiaate on tarpeellinen, jotta ihmisoikeuksia voitaisiin soveltaa yleismaailmallisena normina erilaisissa oikeusjärjestyksissä. Harkintamarginaalia ei

180 Pellonpää 2009, s. 1125 ja 1127–1128. Ks. myös Pellonpään (2007, s. 409–420) johtopäätökset tulkintakäytännön muutoksista, joiden mukaan riski siitä, että EIT irtautuisi järjestelmään kohdistuvan kritiikin kuvaamalla tavalla kansallisesta oikeudesta, on pieni, koska järjestelmään sisältyy sekä EIT:n itsekontrollia että tulkintaperiaatteita, jotka tukevat ennakoitavuutta. Lavapuron (2011, s. 467) mukaan perus- ja ihmisoikeusjärjestelmään ei sisälly keskinäistä normihierarkiaa ja siksi pelkästään yksittäisen määräyksen sisällön tarkkarajaisuuden saavuttaminen lainopillisesti ei edes riittäisi tulkintakannanottojen tekemiseen, minkä vuoksi eri perus- ja ihmisoikeuksien välisten ristiriitojen ratkaisu on yksittäistapauksellista. Tämä ilmiö on samalla myös tapaoikeuden ja säädännäisen oikeuden välinen ero ja toisaalta myös haaste metodiikassa ja jopa tässä tutkimuksessa käsitteistössä siltä osin, mitä tulkinnalla tarkoitan. EIT:n suorittama EIS:n tulkinta ja soveltaminen onkin käsitteinä pidettävä tapaoikeudellisessa kontekstissa. Lavapuro myös kritisoi voimakkaasti kansallisen tuomioistuimen kotimaisen tulkintatradition mukaista EIS:n tulkintaa liian löyhän harkintamarginaaliopin mahdollistamana. Ks. Lavapuro 2011, s. 478–479.

181 Tässä tutkimuksessa käytetään harkintamarginaaliopin (ks. Lavapuro 2011, s. 469) sijaan selkeyden vuoksi termiä harkintamarginaaliperiaate, koska kysymyksessä on sopimuksen soveltamistilanteisiin kohdistuva yleinen tulkintaperiaate subsidiariteettiperiaatteen rinnalla.

182 Ks. käsitteestä tarkemmin esim. Legg 2012, s. 1–6. Marginaaliperiaate voidaan ymmärtää toisaalta aineellisena käsitteenä, joka käsittelee yksilön vapauksien ja kollektiivisten tavoitteiden välistä suhdetta. Toisaalta se voi viitata eri ihmisoikeuksien tasapainottamiseen tai samojen oikeuksien vaatimuksiin, jotka koskevat eri henkilöitä. Tämä marginaaliperiaatteen näkökohta koskee valtion harkintavaltaa aineellisten velvoitteiden avoimuuden kautta. Toisaalta marginaaliperiaate on myös rakenteellinen käsite, joka määrittää Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen toimivallan rajat tai intensiteetin sen aseman mukaan kansainvälisenä tuomioistuimena. Ks. marginaaliperiaatteen käsitteenmäärittelystä ja sisällöstä Letsas 2007.

183 Osaltaan marginaaliperiaate parantaa oikeudellisten lausuntojen laatua ja hyväksyttävyyttä, edistää päätöksentekijöiden vastuullisuutta, tuottaa realistisemman yhteyden lain soveltamisen teorian ja käytännön välillä sekä kannustaa kansainvälisten instituutioiden väliseen yhteistyöhön. Toisaalta se on soveltuva vain normeille, jotka ovat luonteeltaan argumentatiivisesti avoimia. Haasteena tulkintaopissa on kuitenkin se, että tulkintatapa ja sallittu harkintamarginaali voi muuttua ajan myötä arvoperiaatteiden kehittyessä tai toisaalta EIT:n ratkaisukäytännön tiukentaessa yhdenmukaisuusvaatimusta. Ks. periaatteen arviointia esim. Shany 2005, s. 939–940.

voi kuitenkaan käyttää kotimaisen oikeuden tulkintaopein saavutettavaa perus- ja ihmisoikeuden toteutumista heikentävästi.[184] Toisin sanoen harkintamarginaali on EIT:n asettama ja päättämä raja sille, minkä sisällä se hyväksyy jäsenvaltioiden kansallisen oikeuden tavanomaisten tulkintaperiaatteiden muodostaman lopputuloksen olevan. Toisaalta se tekee EIT:n ratkaisukäytännön vaikutusten tulkitsemisen haasteelliseksi muissa jäsenvaltioissa, koska ihmisoikeudet ovat vähimmäisoikeuksia, mutta marginaaliperiaate tuo joustavuutta niiden toteuttamiseen.

> Ylipäänsä se, että EIT määrittää itse, millaisen marginaalin se tarjoaa erilaissa tapauksissa, on omanlaisensa haaste ennakoitavuudelle. Näiden marginaaliperiaatteen valuvikojen ja muun kritiikin vuoksi johtavaksi tulkintaperiaatteeksi on esitetty oikeuskirjallisuudessa myös arvioivan tulkinnan teoriaa, jossa valittaisiin tulkintatapa, joka parhaiten toteuttaa EIS:n arvoja ja tavoitteita.[185] Tällaisen tulkintaperiaatteen käyttäminen edellyttää EIS:n arvoperiaatteiden tuntemista.[186]

Lavapuron mukaan EIT:n tulkintatapa pohjautuu sopimuksen kansainvälisoikeudelliseen luonteeseen ja ihmisoikeuksien kollektiiviseen turvaamiseen. Valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen 31 artiklan yleisen tulkintasäännön mukaan sopimusta tulkitaan vilpittömässä mielessä ja sanamuodon mukaisesti antamalla ilmaisuille niiden tavallinen merkitys. Varsinaisen sopimustekstin lisäksi sen johdanto ja liitteet ohjaavat tulkinnassa. Haastavammissa tulkintatilanteissa 32 artiklan täydentävien tulkintakeinojen mukaan voidaan apuna 31 artiklan tulkintasäännön soveltamisen päätyessä esimerkiksi epäselvään tai kohtuuttomaan lopputulokseen käyttää merkityksen saavuttamiseksi myös sopimuksen valmistelutöitä ja sopimusta tehtäessä vallinneita olosuhteita.[187] EIS:n tulkinnassa nämä yleiset periaatteet ovat muotoutuneet tehokkuusperiaatteeksi ja autonomisen tulkinnan periaatteeksi, joista jälkimmäinen vahvistaa ihmisoikeuksien yleismaailmallisuutta häivyttäen kansallisten oikeusjärjestysten eroja oikeudellisessa käsitteistössä.[188]

---

184 Lavapuro 2011, s. 469.

185 Ks. Letsas 2007, s. 80–81.

186 García Rocan (2012, s. 10–24) mukaan EIS:n johdanto-osassa, joka on konstitutionaalisena välineenä merkityksellinen ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa ja soveltamisessa, on ilmaistu sopimuksen periaatteet, jotka voidaan nimetä integraatioperiaatteeksi, oikeussuojaperiaatteeksi sekä demokratia- ja oikeusvaltioperiaatteeksi. EIT:n ratkaisukäytännössä johdantoa tulkitaan yhdessä sopimuksen muiden osien kanssa, mutta se ei muuta yksittäisiä artikloita tai rajoita niiden soveltamisalaa. Johdannon periaatteet ovat luonteeltaan arvoperiaatteita, joiden avulla voidaan tunnistaa ihmisoikeuksien uusia soveltamistilanteita ja argumentoida keskenään ristiriistaisten ihmisoikeuksien keskinäisiä painoarvoja punnintaa varten oikeusongelman ratkaisemisessa. Ks. samoin Zwaak 2006, s. 4–7.

187 Wienissä 23 päivänä toukokuuta 1969 tehty valtiosopimusoikeutta koskeva yleissopimus, ks. SopS 32/1980 ja SopS 33/1980.

188 Pellonpää ym. 2018, s. 333. Ks. erilaisten tulkintaperiaatteiden argumentointia Lavapuro 2011,

Lähtökohtaisesti EIS:ta sääntönä tulkittaessa olisi tavoitteena löytää sopimuksen sanamuodon ja tarkoituksen mukainen ratkaisu. EIT:n tulkintatapa on kuitenkin dynaamista, joten se ei ole sanamuodon- ja tarkoituksenmukaisuuden tavoitteesta huolimatta rinnastettavissa kotimaiseen tulkintatraditioon.[189]

EIT:n ratkaisutoimintaa on arvosteltu sekä järjestelmän että yksittäisten ratkaisujen osalta. Järjestelmään kohdistuva kritiikki on liittynyt juuri EIS:n abstraktisuuteen ja vaikeaan yhtäläiseen sovellettavuuteen erilaisissa oikeusjärjestyksissä. Sopimusmääräyksiä olisi sovellettava kansallisen sääntelyn viitekehyksessä, mihin EIT ei pysty, koska sillä ei ole kansallista tuomioistuinta vastaavaa toimivaltaa puuttua kansallisen sääntelyn piiriin.[190] EIT pyrkii tulkinnalla selventämään EIS:n sisältöä ja kehittämään sen soveltamista ohjaamalla erityisesti tulkinnan muutostilanteissa, mikä johtaa jopa tulkintakäytännön evolutiivis-dynaamistumiseen sopimuksen sanamuodon- ja tarkoituksenmukaisuuden sijaan. Tämä puolestaan voi johtaa EIT:n roolin kallistumiseen lainsäätäjän rooliin.[191] Tällaisen ratkaisukäytännön elementin vuoksi kansallista oikeusongelmaa selvitettäessä voidaan suhtautua jopa kriittisesti EIT:n sellaisiin ratkaisuihin, joiden johtopäätöksiä ei ole tuotu kansalliseen sääntelyyn eli korjattu mahdollisia sääntelyn ristiriitoja tai epäselvyyksiä EIS:een nähden tai joita ei ole käsitelty kotimaisessa korkeimmassa oikeusasteessa ja siten sovitettu kotimaiseen normistoon ja tulkintatraditioon.[192]

### *2.4.4 Tuomioistuinratkaisujen merkityksestä*

KKO:n ja EIT:n ratkaisuilla on merkitys oikeuslähteenä, tulkintaperiaatteena ja oikeutta luovana tai sääntelyä kehittävänä instrumenttina.[193] KKO antaa ennakkopäätöksiä perus- ja ihmisoikeuksien soveltamisesta, mutta EIS:n tulkinnan osalta se on sitoutunut EIT:n ratkaisukäytännön linjauksiin. KKO:n ja EIT:n ratkaisu-

---

s. 470–473. Lavapuro (2011, s. 471) tosin huomauttaa, että EIT on korostanut EIS:n tarkoituksen ja päämäärän merkitystä tulkintaperiaatteena. EIS:n johdannon merkitys korostuu, koska se ilmaisee EIS:n tarkoituksen toimia abstraktien ihmisoikeusperiaatteiden kollektiivisena turvaajana.

189 Vähätalo on nostanut esiin problematiikan EIT:n oikeuskäytännön dynaamisuudesta tilanteissa, joissa EIT:n rikkomustapaus johtaa ylimääräiseen muutoksenhakuun ja KKO arvioi purkamisperusteen täyttymisessä sitä, onko laintulkinta ollut jo rikkomustapauksen ratkaisuhetkellä EIS:n vastainen. Ks. Vähätalo 2022, s. 171 av. 667. Ks. myös Koponen 2017, s. 427, jonka mukaan tällaiselle harkintakriteerille ei tule antaa EIS 46 artiklan vaatimuksen, eli rikkomustapauksessa tuomion purkamisen, estävää merkitystä.

190 Pellonpää 2009, s. 1125 ja 1127–1128 sekä Lavapuro 2011, s. 478–479.

191 Evolutiivisesta tulkinnasta ks. tarkemmin Lavapuro 2011, s. 475–476.

192 Ks. tästä probleemasta ja kritiikistä Pellonpää ym. 2018, s. 334–338 ja erityisesti kannanotto s. 338.

193 Ks. Ervasti 2002, s. 62. Ks. EIT:n roolin osalta PeVL n:o 2/1990 vp, s. 2, jossa PeV kommentoi EIS:n ja sen valvontamekanismin vaikutuksia lainvalmistelutyössä. Lainsäädännön muuttamisen vaikutuksesta ks. Sporrong ja Lönnroth v. Ruotsi (23.9.1982), joka johti muutoksenhakua koskevaan lakimuutokseen. Kotimaassa muutoksiin ovat johtaneet ainakin Ollila v. Suomi (30.6.1993) holhouslain ja X v. Suomi (3.7.2012) mielenterveyslain ja potilaslain osalta. Jälkimmäinen tosin johti Suomea koskevaan ensimmäiseen ministerikomitean tehostettuun seurantaan ja viimeisimpiin säädösmuutoksiin vasta vuonna 2024. Ks. HE 14/2023 vp, s. 3–6.

jen erilainen oikeuslähdestatus on havaittavissa käytännössä siitä, että KKO ottaa ratkaisutoiminnassaan EIT:n tulkintakannanotot huomioon ja argumentoi niillä. Lainkäytön oikeutta luovan tai kehittävän tehtävän puitteissa periaatetasoisten normien punninta KKO:n ja EIT:n ratkaisuissa voi saada oikeusnormin statuksen ja lopulta lainopilliset tulkinnat myös oikeustieteessä voivat saada sisältönsä periaatepunninnasta, jossa ratkaisukäytäntö on tärkeässä roolissa.[194] Ylipäänsä oikeuskäytännön kautta voidaan saavuttaa yksittäisiin tulkintatilanteisiin ratkaisuja. Ratkaisujen hyödyntäminen oikeuskäytännön analysoinnissa tiettyjen tutkimuskysymysten osalta doktriinillisen tulkinnan hengessä mahdollistaa ratkaisukäytännön linjausten normittamisen, mutta molempiin ratkaisutyyppeihin kytkeytyy tulkinnallisia ominaispiirteitä.

García Rocan mukaan EIT on hybridiluonteinen tuomioistuin ja se sijoittuu kansainvälisen tuomioistuimen ja kansallisen tuomioistuimen väliin, eli se ei ole puhdasoppisesti kumpaakaan. EIT toimii valtioiden suvereniteetin ja ihmisoikeuksien yleismaailmallisuuden rajapinnassa. Sillä on ylin rooli EIS:n tulkinnassa ja soveltamisessa sekä yksinomainen ratkaisuoikeus yksilövalituksissa, joita yksilöt tai oikeushenkilöt voivat tehdä valtioita vastaan EIS:n rikkomisepäilyissä, joissa se käsittelee ihmisoikeuksien toteutumista koskevan osuuden ratkaisematta kansallisessa prosessissa esillä ollutta varsinaista oikeuskysymystä.[195] Kansallista normia tulkitaan yhdenmukaisesti EIS:n kanssa, mutta säännöksen soveltamisala ja sanamuoto rajoittaa tällaista As fair as possible -metodia.[196]

Korkeimman oikeuden päätehtävä puolestaan on antaa ennakkopäätöksiä eli prejudikaatteja, jotka ohjaavat oikeuskäytäntöä silloin, kun lainsäädäntö ei tarjoa selkeitä vastauksia.[197] Prejudikaatti on täsmällisesti määriteltynä ylimmän tuomioistuimen itsensä ennakkopäätökseksi katsoma ratkaisu, jolla se on tarkoittanut päätöksen sisältämän oikeusohjeen eli prejudikaattinormin toimivan perusteena ratkaistaessa samanlaisia oikeuskysymyksiä.[198] Mahdollisuuksia niiden antamiseen pyritään parhaillaan laajentamaan.[199] Vaikka ennakkopäätökset eivät ole oikeusläh-

194 EIT:n tulkintavaikutus kansalliseen oikeuteen eli res interpretata. Ks. EIS:n tulkintavaikutuksesta ja vaikutuksesta kansalliseen sääntelyyn Zwaak 2006, s. 26–28.

195 García Roca 2012, s. 24–25.

196 Ks. metodin rajallisuudesta Dahlberg – Paso 2020, s. 938–939.

197 KKO:n ennakkopäätösten ohjaavasta eli prospektiivisesta vaikutuksesta Taipale 1998, s. 408; Jokela 2016, s. 223 ja Heinonen 1991, s. 237. Ks. myös HE 9/2005 vp, s. 6. Ks. laajemmin ennakkopäätösten toissijaisuudesta lainsäädäntöön verrattuna Launiala 2020, jakso 3.2 ja niiden muodollisesta, tosiasiallisesta sekä vertikaalisesta ja horisontaalisesta velvoittavuudesta jakso 4.2.

198 Launiala 2017, s. 1–2.

199 Ks. eduskunnassa käsittelyssä oleva HE 152/2024 vp, jonka mukaan korkeimman oikeuden mahdollisuuksia ennakkopäätösten antamiseksi uudistettaisiin siten, että korkein oikeus voisi ottaa ennakkopäätösluonteisen kysymyksen erikseen ratkaistavaksi. Tämä olisi mahdollista asiassa, jossa hovioikeus ei ole myöntänyt jatkokäsittelylupaa, jolloin korkein oikeus, ratkaistuaan ennakkopäätösluonteisen kysymyksen, harkitsisi, onko asialle tarpeen myöntää jatkokäsittelylupa. Lisäksi alemmat oikeusasteet voisivat siirtää käsiteltävänään olevassa asiassa ilmenevän ennakkopäätöskysymyksen erikseen korkeimman oikeuden ratkaistavaksi.

deopillisesti vahvasti velvoittavia, tuomioistuinten tulisi noudattaa niitä, ellei ole perusteltua syytä linjasta poikkeamiseen.[200]

> Hyvä ennakkopäätös, joka on seikkaperäisesti ja syvällisesti perusteltu, asettaa tulkitsijalle Tapanilan mukaan "*vähintään ammattieettisen velvoitteen ilmaista asianmukaiset syyt ja perusteet sille, että samankaltaisessa tilanteessa päädytäänkin eri suuntaan käyvään ratkaisuun*".[201] Ennakkopäätöksen prejudikaattiarvo ilmenee enemmän perusteluissa kuin itse lopputuloksessa.[202]

Ennakkopäätöksiä voidaan luokitella niiden ohjaustehtävän perusteella, jolloin Myrskyn mukaan ne voivat olla oikeutta luovia, aikaisemman kannan mukaisia, aikaisemman kannan vastaisia tai oikeuskäytäntöä kehittäviä.[203] Ruotsalaisen oikeusjärjestyksen osalta Heuman on päätynyt luokitteluun, jossa ennakkopäätökset jaetaan kuuteen ryhmään: kirjoitetun lain kaltaiset oikeusohjeet, käsitteiden selventäminen tai oikeusperiaatteiden kehittäminen, sanktioihin johtavien tekojen tai laiminlyöntien määrittely, oikeudellisen päättelyn tai metodien ohjeistus, oikeuskehityksen suuntanäyttäminen ja lainsäätäjän tarkkojen säännösten puuttuessa annettavat suuntaviivat, kuten rangaistusten mittaamisessa.[204] Heumanin luokittelussa on havaittava, että kirjoitetun lain kaltaisten oikeusohjeiden antamiseen ennakkoratkaisuissa on Suomessa suhtauduttu pidättäytyväisemmin kuin Ruotsissa.

Ennakkopäätökset voidaan luokitella myös deklatorisiin ja demonstratiivisiin prejudikaatteihin niiden sitovuuden ja ohjeistuksen luonteen perusteella. Deklatoriset eli niin sanotut etenevät prejudikaatit sisältävät selkeitä ja yleistettäviä ohjeita, jotka on suunnattu tulevaisuuden ongelmien ratkaisemiseen ja muistuttavat lainsäädännön tapaa ohjata. Demonstratiiviset prejudikaatit, jotka tunnetaan myös takautuvina prejudikaatteina, keskittyvät historiallisiin ratkaisuihin ilman yleistäviä oikeudellisia

---

200 Virolainen – Martikainen 2010, s. 49 ja 404; Launiala 2016, s. 3–4.

201 Tapanila 2012a, s. 591. Tapanila huomauttaa myös, että vaikka prejudikaatti on samantasoinen oikeuslähde kuin lain esityöt, ovat ne luonteiltaan hyvin erityyppisiä. Lain esityöt antavat abstraktilla tai yleisellä tasolla oikeusohjeita, kun taas prejudikaatti on aina sidonnainen yksittäistapauksellisiin tosiseikkoihin. Korkein oikeus ei myöskään voi mennä lainsäätäjän vastuualueelle ja antaa abstrakteja oikeusohjeita, vaan se toimii lainsäätäjän antamien oikeusohjeiden tulkitsijana. Ks. tarkemmin Tapanila 2012a, s. 591–592.

202 Ennakkopäätöksen arvo oikeuslähteenä riippuu suuresti perustelujen painoarvosta; perustelut toimivat ohjeena samankaltaisten tapausten ratkaisemisessa. Vakuuttavasti perustellut ratkaisut vaikuttavat alempien tuomioistuinten lainsoveltamiseen, ja niiden oikeusohjeet saavat tosiasiallisen sitovuuden vain, jos ne on asianmukaisesti perusteltu. Virolainen – Martikainen 2010, s. 50–51 ja 98; Koskelo 2009, s. 145.

203 Myrsky 2011, s. 145. Huomioitava, että Myrskyn kannanotto sisältyy verotusmenettelyä koskevaan teokseen, eli KHO:n ennakkopäätöksiin. Myrskyn (2007, s. 854–857) johtopäätökset ennakkopäätösluonteen ja ennakkopäätöksen vahvuuden arvioimisesta ovat tarpeellisia myös KKO:n ratkaisukäytännön merkityksen arvioimisessa.

204 Heuman 2015–16, s. 757–758.

perusteluja. Ne ovat harkintaohjeita ja osoittavat, miten tietyn tyyppinen ongelma on aiemmin ratkaistu. Näiden kahden prejudikaattityypin keskeinen ero kiteytyy siihen, kuka muodostaa lopullisen oikeusohjeen. Deklatorisissa prejudikaateissa sen tekee ratkaisun antaja, kun taas demonstratiivisissa se jää tulkitsijan vastuulle.[205]

Myös Euroopan unionin oikeus ja EU:n tuomioistuinten[206] ratkaisut on huomioitava todistusoikeudessa ja hyödyntämiskieltokysymyksissä, koska OK 17:25.3:n mukainen hyödyntämiskieltoharkinta ei kohdistu pelkästään oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumisen ja siten EIS:n soveltamiseen ja EIT:n tulkintakäytäntöön, vaan hyödyntämiskiellon asettamiseen pitäisi päätyä myös, jos todisteen hyödyntäminen olisi EUT:n ratkaisujen perusteella unionin oikeuden vastaista.[207] Jäsenvaltiota vastaan voidaan nostaa kanne, mikäli se rikkoo unionin velvoitteita esimerkiksi jättämällä panematta täytäntöön EU-säädöksen. Rikkomukset voivat syntyä myös kansallisesta lainsäädännöstä, joka vaikuttaa EU-oikeuden toteutumiseen, vaikka sillä ei olisikaan suoraa yhteyttä EU-oikeuteen. Ratkaisu on sitova sekä sitä pyytäneelle tuomioistuimelle että muille saman asian käsittelyyn osallistuville tuomioistuimille.[208] Tällöin myös OK 17:25.3:n mukaisessa hyödyntämiskieltoharkinnassa on ennakkoratkaisu huomioitava yhtä painavana tulkinta-argumenttina kuin EIT:n ratkaisut.

> EUT:n ratkaisukäytäntöä ei kuitenkaan suoraan yleisestä hyödyntämiskieltotematiikasta ole, koska EU-oikeuden alaan ei viitattuja kilpailuoikeudellisia säädöksiä lukuun ottamatta kuulu todistusoikeudellisia normeja ja viitattujenkin osalta kotimainen tuomioistuin soveltaa suoraan EU-oikeutta ennakkoratkaisupyyntöjen ollessa melko harvinaisia. Sen sijaan EIS sisältää vastaavat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin alaan kuuluvat oikeudet ja EIT:n ratkaisukäytäntö asiassa on merkittävän vilkasta.[209]

---

205 Ks. tarkemmin Siltala 1999, s. 683; Linna 1993, s. 139–140 ja Launiala 2016, s. 6 ja 11–13. Siltala 1999, s. 683.

206 EU-tuomioistuimia ovat Euroopan unionin tuomioistuin (EUT), jonka aiempi nimi oli yhteisöjen tuomioistuin ja Euroopan unionin yleinen tuomioistuin, jonka aiempi nimi oli yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin. Näistä Unionin tuomioistuin, joka antaa ennakkoratkaisuja EU-oikeuden soveltamisesta sekä tekee päätöksiä vapauden, turvallisuuden ja oikeudenmukaisuuden alalla ja poliisi- ja oikeudellisesta yhteistyöstä rikosasioista sekä perusoikeuskirjasta johtuvista kysymyksistä, on tässä kontekstissa relevantti oikeuslähteiden antaja verrattuna Unionin yleiseen tuomioistuimeen, joka käsittelee EU:n toimielimiä vastaan nostettuja kanteita.

207 Ks. KKO 2023:14 kohta 20, jossa on tulkittu hyödyntämiskieltosäännöksen tarkoitusta perustuen lakivaliokunnan mietintöön hyödyntämiskiellon ulottuvuudesta. Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 6–7 ja 20–21.

208 Ks. Rosas 2009, s. 549 ja Borchardt 2011, s. 114.

209 EIS:n sopimuspuolia ovat Euroopan neuvostoon kuuluvat 46 valtiota, joista 27 on lisäksi EU:n jäsenvaltioita. Vaikka EU ei ole vielä liittynyt EIS:n jäseneksi, käytännössä valtioissa, jotka ovat sekä EU:n jäseniä että EIS:n sopimusosapuolia, tietyt EU-oikeudessa säädetyt keskeiset prosessuaaliset perusoikeudet ovat kansallisen sääntelyn lisäksi velvoittavia myös EIS:n perusteella ja erityisesti EIT:n merkittävän tulkintakäytännön kautta abstraktit ihmisoikeudet konkretisoituvat varsin praktiselle tasolle.

#### 2.4.4.1 Kannanottoja oikeuslähdestatukseen

Oikeuslähteinä vahvasti velvoittavia ovat lakitasoiset säädökset, minkä lisäksi sääntöjä voi muodostua myös prejudikaateista.[210] Tällaiset tulkintakannanoton antavat tuomioistuinratkaisut puolestaan jakautuvat oikeuslähteiden velvoittavuudessa vahvasti ja heikosti velvoittaviin. EIT:n ja EU:n tuomioistuinten päätösten asema on tosiasiallisesti melko vahva, ja modernissa oikeuslähdeopissa EIT:n tietyt ratkaisut voivat kuulua jopa vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin.[211] EIT:n prejudikaattien merkitys ilmenee myös kotimaisen oikeuslähdehierarkian kautta, ja on pantava merkille, että niiden velvoittavuuden asteesta on esitetty erilaisia näkemyksiä. Tähän probleemaan ei ole otettu kovin rohkeasti kantaa tutkimissani oikeuslähdehierarkiaa koskevissa tutkimuksissa lukuun ottamatta Karhun kahden artikkelin muodostamaa kokonaisuutta[212], jonka jälkimmäisessä hän toteaa EIT:n prejudikaattien kuuluvan vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin[213], ja Huovilan ylätasoista kannanottoa.[214]

Perustuen aarniolaiseen ja osin Karhun modernisoimaan säädöshierarkiaan voisi myös todeta EIT:n tiettyjen prejudikaattien olevan korkeammin velvoittavia kuin KKO:n prejudikaattien. Tämä johtuisi EIS:n valvontamekanismista, jossa EIT:n tehtävä on antaa oikeusohjeita, joilla se ikään kuin jatkaa ihmisoikeussopimuksen solmijoiden työtä. Suuri osa EIT:n ratkaisuista on kuitenkin yksittäistapauksellisia ratkaisuja, joilla voi olla oikeuslähteenä vain vastaava velvoittavuuden asema kuin KKO:n ratkaisuilla,[215] jotka kuuluvat lähtökohtaisesti heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin. KKO:n ratkaisujen oikeuslähdestatuksesta tosin on esitetty myös niiden vahvuutta kannattavia äänenpainoja.[216] Launialan näkemyksen mukaan prejudi-

---

210 KKO:n ennakkoratkaisuista oikeuslähteenä ks. Husa (2020, s. 978–979), joka viittaa romaanis-germaanisen oikeuden tapaan tarkastella tuomioistuinratkaisuja systemaattisesti jäsenneltyinä yleisiä oppeja sisältävinä kokonaisuuksina. Kemppinen ja Tapani (2020 s. 1038 ja 1058) kiteyttävät hyvin myös tutkijan näkökulmasta KKO:n ennakkoratkaisujen tulkinnallisen lähtökohdan: ratkaisun oikeusohje eli ennakkoratkaisuarvoa saava perustelu (ratio decidendi) on kyettävä erottamaan ratkaisua taustoittavasta pohdinnasta (obiter dicta), jotta ennakkopäätöksen prejudikaattinormi voidaan jäljittää ja hyödyntää sitä oikeuslähteenä. Mikäli useammasta ennakkopäätöksestä löytyy yhtäläisiä normatiivisesti merkittäviä seikkoja, oikeuskysymyksen ratkaisu on syytä ottaa oikeuslähteenä huomioon. Ks. obiter ja ratio -problematiikasta, oikeuslähdestatuksesta sekä obiterin ja ration erottamisen merkityksestä Launiala 2017.

211 Aarniolainen kolmijako vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin lähteisiin on kestänyt aikaa, mutta kansainvälisten instituutioiden vaikutusten myötä esimerkiksi prejudikaattien velvoittavuus tai maantavan merkitys ovat kaivanneet uudistamista, eikä modernissa oikeuslähdeopissa enää mainita maantapaa lainkaan ja EIT:n tietyt prejudikaatit voivat olla myös vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä.

212 Karhu 2003 ja Karhu 2020.

213 Karhu 2020, s.1024–1025.

214 Huovila 2005, s. 34. Ks. oikeuslähdehierarkiasta ja oikeuslähteiden jaottelusta jaksossa 1.1.

215 KKO:n ratkaisut eivät ole keskenään oikeuslähdehierarkkisesti tosiasiassa täysin samanarvoisia. Prosessioikeuden alueella on annettu KKO:n ennakkopäätöksiä, jotka perustuvat suoraan PL:n, ihmisoikeussopimuksiin ja EU-oikeuteen. Tällaiset ennakkopäätökset ovat oikeuslähdearvoltaan merkittäviä ja niiden hierarkkinen asema on osin korkeampi.

216 Launiala 2017, s. 7.

kaattinormit tulisi käsittää vahvasti velvoittavina oikeuslähteinä, tai ainakin niiden nykyinen rooli ja merkitys yhteiskunnallisen normituotannon osana sekä kasvava painoarvo oikeuskäytännössä edellyttävät oikeuslähdeopillisen aseman uudelleenarviointia verrattuna perinteiseen oikeuslähdeoppiin.[217]

Siltä osin, kuin EIT:n ratkaisu ei ole yksittäistapauksellinen vaan nimenomaan oikeusohjeena annettu prejudikaatti, sen velvoittavuus aiheuttaa säädösmuutosvelvoitteen kotimaiseen säännökseen, joka on oikeusohjeen vastainen. Muussa tapauksessa probleemana olisi, että voimassa olisi kaksi samantasoista, mutta keskenään ristiriitaista oikeusohjetta. Vahvan velvoittavuuden puolesta voidaan argumentoida EIS:n tulkintamekanismilla, joka kohdentaa EIT:n prejudikaattien roolin ylikansallisen ihmisoikeussääntelyn tulkintaan ja toisaalta oikeuden luomiseen. Vahvuuden voisi ajatella liittyvän EIS:n perustavanlaatuisten oikeuksien ydinalueen sisältöä koskeviin tulkintaratkaisuihin.[218]

> Oikeusohjeeltaan vahvaksi tai ainakin selvästi KKO:n ratkaisua vahvemmaksi mutta silti sallituksi voisi lukea myös EIT:n prejudikaatit, joilla tulkitaan EIS:n säätelemää ihmisoikeuden ydinaluetta. Ihmisoikeuden soveltamisesta annettua selvää oikeusohjetta on ratkaisun antamisen jälkeen noudatettava kaikissa sopimusvaltioissa. Se asettuu EIS:n ja kansallisen normin kanssa samaan velvoittavuuden luokkaan, jonka sivuuttamalla lainkäyttäjä tekee virkavirheen. Vahvasti velvoittava oikeuslähdestatus tarkoittaisi EIT:n antamalle oikeusohjeelle sitä, että se tuottaa purkuperusteen sen vastaiselle kotimaisen tuomioistuimen ratkaisulle OK 31:7.1:n 4 kohdan perusteella myös rinnakkaistapauksissa. Takautuvaa purkamisvaikutusta voisi olla vaikea perustella EIT:n EIS:n tulkitsijaroolin vuoksi. Järjestelmän tarkoitus on nimenomaan tehdä konkreettisemmaksi EIS:n abstraktit säännökset, joten ilmeistä virheellisyyttä laintulkinnassa tuskin voidaan kotimaisen tuomioistuimen toimesta tehdä ennen EIT:n selkiyttävää kannanottoa.

EIT:n ratkaisujen oikeusohjeet ovat suoraan sovellettavaa oikeutta,[219] mutta EIT:n tulkintakäytännön dynaamisuus heikentää ratkaisujen prejudikaattiluonnetta, ja toisaalta tuomioistuimen ratkaisujen mukainen tulkinta voi muuttua kansallisen lain muutosten myötä. Fredmanin mukaan selkeämpää on käyttää tulkintalähteenä KKO:n ennakkopäätöksistä niitä, joissa ratkaisun perusteena on PL 21 §:n tarkoittaman oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin tulkinta tai

217 Launiala 2017, s. 8 ja Launiala 2020, jakso 4.5.2.

218 Ks. oikeuslähdestatuksen vahvuudesta Siltala 2003, s. 292 ja Tolonen 2003, s. 126.

219 Erillistä KKO:n muodollista hyväksyntää EIS:n tulkintamekanismin puitteissa tehdyille oikeusohjeeksi kirjoitetuille tulkinnoille en katso välttämättömäksi toisin kuin Huovila (2005, s. 32), joka käsittelee EY-tuomioistuinta, mutta viittaa myöhemmin (s. 34) EIT:n ratkaisujen oikeuslähdestatuksen osalta EY-tuomioistuimen ratkaisuista esitettyyn.

EU-oikeus – erityisesti, jos KKO on pyytänyt vastaavassa asiassa ennakkoratkaisua EU-tuomioistuimelta.[220]

#### 2.4.4.2 EIT:n ratkaisujen vaikutuksista

EIT voi valtiovalitusasioissa ottaa kantaa kansalliseen sääntelyyn ja velvoittaa jäsenvaltiota muuttamaan sääntelyä. Tällöin EIT:lla voi olla myös poliittista vaikutusta ihmisoikeuksien edistäjän ja valvontaelimen roolin lisäksi.[221] Sen sijaan yksilövalitusasioissa EIT ei suoranaisesti anna määräyksiä muuttaa kansallista sääntelyä, koska tällainen tehtävä ei kuulu sen toimivaltaan. Jäsenvaltio päättää keinot, joilla se saattaa oikeustilan EIT:n ratkaisun mukaiseksi, mutta kun se havaitsee rikkomistilanteen, joka johtuu virheellisen tulkinnan sijaan sääntelystä itsessään, kannanotto käytännössä johtaa EIT:n ratkaisujen täytäntöönpanon valvontamekanismin kautta säädösmuutosvelvoitteeseen.[222] Samoin kuin kansallisen lainsäädännön muuttamiseen, EIT ei ota yksilövalituksissa kantaa myöskään kansallisen tuomion muuttamiseen tai kumoamiseen, vaan jäsenvaltion on itse pantava toimeen EIT:n ratkaisu. Kotimaiseen prosessiin EIT:n ratkaisun vaikutus voikin aktualisoitua silloin, jos muuta vaihtoehtoa EIS:n rikkomisen korjaamiseksi kansallisesti ei ole kuin ylimääräinen muutoksenhaku OK 31 luvun mukaisesti tuomiovirhettä koskevana kanteluna tai tuomion purkamisena.[223] Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä loukaten syntyneen lainvoimaisen tuomion purkaminen on yksi mahdollisuus poistaa oikeudenlouk-

220 Ks. Fredman 2018, s. 81. Samoin Launiala 2020, jakso 3.5.3, jonka mukaan kansalliset ennakkopäätökset muodostavat oikeuden perustan verrattuna EIT:n ratkaisuihin. Tyypillinen EIT:n ratkaisu on yksittäistapauksellinen ja kyseistä valtiota velvoittava. Useat yksittäistapaukselliset EIT:n samansuuntaiset tulkinnat toimivat heikon oikeuslähteen statuksella ja voivat muodostaa periaatetyyppisiä normeja, joiden erillinen vahvistaminen kotimaisessa oikeuskäytännössä on tarpeellista. Tällöin KKO antaisi prejudikaatin, jossa se perustelisi EIT:n tulkinnat oikeusohjeeksi. KKO:n prejudikaatit eivät silti yllä vahvan oikeuslähteen tasolle velvoittavuudeltaan, vaan tällöin EIS:n sanamuoto osoittaisi vahvan lähteen ja siitä EIT:n yksittäistapauksellisen ratkaisukäytännön kautta tehdyt KKO:n prejudikaatit heikon lähteen. Vastaavasti Huovila (2005, s. 24, 30 ja 42), jonka mukaan, mikäli samasta asiasta on annettu sekä EIT:n että KKO:n ratkaisu, tulisi KKO:n ratkaisun olla ensisijainen tulkintalähteenä, koska kotimaisen oikeusjärjestyksen edustajana se on EIT:n ratkaisuun verrattuna erityistapaus. Huovila käsittelee rikostuomioiden perustelemista, eli kannanotosta on huomioitava, että se on praktista lainoppia ja kannanotto kohdentuu kontekstissa suoranaisesti aineelliseen, eikä prosessuaaliseen rikosoikeuteen. Kuitenkin todistusoikeuden ollessa kansallista sääntelyä ja myös tämän tutkimuksen käsitellessä oikeudenkäyntimenettelyä, painotan KKO:n ratkaisukäytäntöä tulkintalähteenä. EIT:n ratkaisukäytäntöä käytän enemmälti toteavana argumenttina EIS:n sisällöstä ja sen asettamista velvoitteista. KKO:n ennakkoratkaisuilla on auktoritatiivisena oikeuslähteenä myös vahva sisällöllinen velvoittavuus, joka muodostuu perustelujen hyväksyttävyydestä ja vakuuttavuudesta.

221 Pellonpää 2009, s. 1125 ja 1127–1128.

222 Pellonpää ym. 2018, s. 187 ja 295. Ks. EIS 46 artikla, jossa todetaan jäsenmaiden olevan velvollisia noudattamaan tuomioistuimen lopullisia tuomioita jutuissa, joiden osapuolia ne ovat ja jossa lisäksi annetaan ministerikomitealle toimivalta valvoa EIT:n tuomioiden täytäntöönpanoa.

223 Ks. esim. KKO 1995:95, jossa korkein oikeus kantelun perusteella totesi oikeudenkäyntivirheen tapahtuneeksi ja poisti aiemman päätöksensä, jonka osalta EIT oli katsonut EIS 6 artiklaa rikotun kuulemisperiaatteen laiminlyönnillä. Ks. myös KKO 2007:36 ja KKO 2009:80.

kaus, koska menettelyvirheitä on vaikea korjata ilman uutta oikeudenkäyntiä, eikä rahamääräinen korvaaminen ole aina mahdollista, koska menettelyvirheettömän oikeudenkäynnin lopputulosta ei voida tietää, jolloin vahingon aiheutumista on haastavaa arvioida.[224] Toisaalta EIT:n määräämä 41 artiklan mukainen vahingonkorvauksen suorittaminen voi myös menettelyviheissä aiheuttaa sellaisen lopputuleman, että kansallisen tuomion oikeusvaikutus tosiasiassa poistuu.[225]

EIS 46 artiklan valtiolle asetetut velvollisuudet rikkomustapauksissa toteutetaan Suomessa OK 31 luvussa säädetyn ylimääräisen muutoksenhaun keinoin, jolloin sääntelyratkaisu on yhdenvertainen ja riippumaton siitä, onko muutoksenhakija saattanut omaa asiaansa EIT:n käsiteltäväksi vai ei. Rinnakkaistapausten osalta oikeustila voidaan korjata niin ikään ylimääräisen muutoksenhaun keinoin, vaikka EIS 46 ei niiden osalta velvoitakaan.[226]

> Vähätalo on analysoinut ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja erityisesti EIS 6 artiklan loukkauksien perusteella ja todennut, että sinänsä mahdollisia ovat OK 31:1.1:n 4 kohta tuomion poistamisesta oikeudenkäyntivirheen perusteella, jos kantelun perusteena on EIT:n samassa asiassa toteama menettelyvirhe, ja OK 31:1.1:n 1 kohta tuomion poistamisesta, jos oikeus ei ole ollut tuomionvoipa taikka jos asia on otettu tutkittavaksi, vaikka on ollut olemassa sellainen seikka, jonka vuoksi oikeuden olisi omasta aloitteestaan pitänyt jättää asia tutkittavaksi ottamatta.[227] Vähätalon mukaan EIS 46 artiklan normiluonteen eri skenaariot huomioiden OK 31:7.1:n 4 kohdan ja OK 31:8:n 4 kohdan säännökset tuomion purkamisperustumisesta ilmeisesti väärään lainsoveltamiseen perustuen soveltuvat yhä lailla EIS:n virheellisen soveltamisen tilanteissa kuin kansallisen sääntelyn osalta.[228]

224 EIT:n ratkaisu EIS:n rikkomisesta voi johtaa valtion velvollisuuteen lopettaa loukkauksen aiheuttanut toiminta, velvollisuuteen poistaa loukkauksesta aiheutuneet seuraukset tai velvollisuuteen estää samanlaisten loukkausten tapahtuminen vastaisuudessa. Ks. tarkemmin näistä velvoitteista Vähätalo 2019, s. 320–326 ja 6 artiklan rikkomusten osalta s. 345–347.

225 Pellonpää ym. 2018, s. 305, 307 ja 309.

226 Rikkomustapauksilla tarkoitan tässä kantelijan omassa asiassa annettua valtiota velvoittavaa ratkaisua ja rinnakkaistapauksella muun kantelijan asiassa annettua EIT:n velvoittavaa ratkaisua. Ks. tarkemmin Vähätalo 2022, s. 167 ja erityisesti av. 652, jossa viitataan kahteen äänestyksestä ratkaistuun ennakkoratkaisuun: KKO 2014:94 ja KHO 2016:33.

227 Ks. Vähätalo 2019, s. 406–407.

228 Ks. skenaariot Vähätalo 2022, s. 166 ja ilmeisen väärää lainsoveltamista koskevasta purkuperusteesta Vähätalo 2019, s. 378–380. Näistä vähämerkityksellisemmiksi Vähätalo nimeää OK 31:7.1:n 3 kohdan ja OK 31:8:n 3 kohdan uuden seikan esittämisen sillä perusteella, että EIT:n ratkaisu ei lähtökohtaisesti ole uusi seikka. Vähäisin purkuperuste on sen sijaan OK 31:7.1:n 1 kohdan ja OK 31:8:n 1 kohdan oikeuden jäsenen rikollinen menettely. Ks. problematiikasta tarkemmin Vähätalo 2022, s. 170–173. Ilmeisen väärää lainsoveltamista koskevan purkuperusteen kohdalla huomioitava mm. Pellonpään (2020, s. 323) mukaan haasteet EIT:n ratkaisukäytännössä.

Purkuperusteen näkökulmasta haasteena EIS:n soveltamisen, erityisesti ilmeisen väärän sellaisen, osalta on kuitenkin EIS:n normiluonne. Käytännössä EIS:n tulkintamekanismin tällainen purkuperuste voi ilmetä selkeimmin vasta EIT:n rikkomustapauksen tai rinnakkaistapauksen myötä. Viime mainituissa velvoittavuus on tulkinnallisen vaikutuksen asteista, koska rinnakkaistapaukset eivät kuulu EIS 46 artiklan soveltamisen piiriin.[229]

## 2.5 Johtopäätöksiä normin luonteen merkityksestä ja oikeussäännön tulkinnasta vapaan todistusteorian kontekstissa

Todistusoikeudessa sekä aineellisen totuuden että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin normiluonne ovat keskeisiä kysymyksiä, joiden ratkaisu vaikuttaa oikeussääntöjen tulkintaan. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus puolestaan on oikeuslähdestatukseltaan korkeimpaan hierarkiaan kuuluva normi ja muodollisesti oikeussääntö, mutta luonteeltaan ja sisällöllisesti se on hyvin vahvasti periaateluonteinen. Tästä on osoituksena myös EIS:n valvontamekanismi, jossa EIT antaa normin soveltamisesta kansalliseen oikeusjärjestykseen kiinnittymättömiä kannanottoja. Ihmisoikeussopimuksen periaateluonne ei ole ainoa seikka, joka on tuonut tapaoikeudellisia elementtejä kotimaiseen säädännäisen prosessioikeuden piiriin, vaan lisäksi prejudikaattien merkitys sekä oikeuslähteenä että tulkintametodina on korostunut aiemmasta.[230] Toisaalta säädännäisen oikeuden tradition mukaisesti vakiintuneet tulkintakannanotot on tuotu sääntelyyn. Tämä oikeuslähdehierarkkinen, normien luonteeseen ja soveltamiseen sekä sääntöjen tulkintametodiikkaan kompleksina vaikuttava ilmiö on tarpeen avata tutkimusaiheen näkökulmasta, koska se on jäänyt vähemmälle huomiolle oikeustieteellisessä keskustelussa todistusoikeuden osalta.

Aineellista totuutta parhaiten toteuttaa vapaa todistusteoria, jonka sisältönä ovat vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta.[231] Aineellinen totuus ei ole säädännäinen normi, jota voisi tulkintametodein käyttää oikeuslähteenä. Se on vähintäänkin

229 Rikkomustapauksessa purkamisperuste on selkeä riippumatta EIS 46 artiklan normiluonteesta. Joka tapauksessa, olennaista tämän tutkimuksen kannalta on EIT:n ratkaisun normiluonne, eikä niinkään purkamisvaikutus, joten en paneudu enemmälti erilaisiin EIS 46 artiklan velvoittavuutta koskeviin näkemyksiin.

230 Ks. vastaavan suuntainen kannanotto myös Huovila 2005, s. 90.

231 VanhOK 17:2.1:ssa ilmaistiin myös totuuden tavoite, eli se, että vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan päätteeksi tuomioistuin päättää, mitä on pidettävä totena. Sanamuoto on muutettu todistelu-uudistuksen yhteydessä ja totena pitämisestä päättäminen poistettu ilmaisusta kokonaan. Tämä ei tarkoita sitä, etteikö totuuden tavoittelu olisi todistelun tärkein tehtävä, vaan asian mainitseminen säännöksen sanamuodossa on tarpeetonta, koska koko todistelujärjestelmä perustuu tähän tavoitteeseen. Aiempi sanamuoto ei myöskään ottanut kantaa siihen, mitä totena pitämiseltä odotettiin, eli millainen oli totuuden käsitys.

todistelun tavoite ja tehtävä, jolloin se on myös periaate selvästi tavoiteltavana asiantilana, johon todistelumenettelyllä pyritään.[232] Vapaa todistelu ja todistusharkinta normiväitteinä puolestaan ovat optimointikäskyjä aineelliselle totuudelle.[233] Selvää siis on, että tallaiset vapaudet ovat olemassa, mutta yksistään kyse on epätäsmällisistä säännöksistä, joita määrittävät useat muut lainkohdat ja niissä käytettyjen käsitteiden tulkinta.

> Vapaan todistusteorian muodostuminen on mainio esimerkki samansuuntaisten periaatteiden formalisoitumisesta, joskaan kaikkia sen ulottuvuuksia ei lakitekstissä mainita. Tällaisten normien validiteetti on ongelmallinen, koska ne ovat punnintanormeja.

Oikeudenkäymiskaaressa vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta ovat yleissääntöjä (lex generalis), kun taas todistamiskiellot ja hyödyntämiskiellot ovat oikeudenkäynnissä sovellettavia erityissääntöjä (lex specialis). Ne ovat pääsääntöihin tehtyjä poikkeuksia, joilta edellytetään tarkkarajaisuutta ja täsmällisyyttä, ja jotta niistä voisi seurata jotain, ne on kirjoitettu säännön muotoon. Toisin sanoen kyseiset normit ovat oikeussääntöjä, joita tulkitaan. Tämä koskee kaikkia oikeudenkäymiskaaren hyödyntämiskieltoseuraamukseen johtavia oikeussääntöjä.

> Normien eroista on huomattava se, että todistamiskieltosäännökset OK 17 luvussa ovat oikeuden ja velvollisuuden asettavia normeja, joihin ei ole kirjattu seuraamusta rikkomisesta erikseen, kun taas OK 17:25:n hyödyntämiskieltosäännös on seuraamusnormi muille kuin kyseisten oikeuksien ja velvollisuuksien rikkomisesta seuraavalle hyödyntämiskiellolle.[234]

Yksittäinen tulkintaideologia ei ole tutkimuksessa riittävä, vaan johtaisi kapeakatseisuuteen, minkä vuoksi hyödynnän useita eri tulkintatapoja. Tietynlaiseksi alkupisteeksi tai lähtökohdaksi erityisessä osassa olen ottanut sanamuodon mukaisen tulkinnan, jota täydennän lakisystemaattisella tulkinnalla. Tämän lisäksi hyödynnän historiaan perustuvaa eli subjektiivista tulkintaa sekä teleologista tulkintaa, joka on paikallaan erityisesti perus- ja ihmisoikeusnormien perusteella annettujen tuomioistuinratkaisujen tarkoituksen selvittämisessä. Tätä tulkintatapaa tosin voisi kutsua myös ihmisoikeusmyönteiseksi tulkinnaksi, sillä huomattava on, ettei teleologinen

232 Aineellisen totuuden esiintyessä normiluonteisena periaatteena, se toimisi kiperässä ratkaisutilanteessa punninta-argumenttina. Ks. kuitenkin jakso 3.5.6 sen normiluonteesta.

233 Ks. esimerkiksi kontradiktorisen periaatteen normiluonteisuudesta ja periaatteiden vaikutuksen kehityksestä normina. Huovila 2005, s. 47–48 ja toisaalta kannanotto aineellisen totuuden statukseen s. 49. Pidän vapaata todistelua ja vapaata todistusharkintaa yleissääntöluonteisena optimointikäskynä aineellisen totuuden periaatteelle, enkä aineellista totuutta optimointikäskynä, kuten Huovilan tulkitsen viittaavan.

234 Ks. kuitenkin OK 17:25.2:n luonteesta jaksossa 9.3.

tulkinta ole saanut määräävää asemaa Suomessa, mutta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin säännöstön tulkintavaikutus on viime vuosina kasvanut keskeiseksi. Vapaan todistusteorian rajoitussäännösten tulkinta on nähdäkseni suunnattava sanamuodon mukaisen ja eräiden systemaattisten argumenttien jälkeen perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti tarkan teleologisen tulkinnan sijaan.[235] Rajoitussäännökset nimittäin rajaavat niin voimakkaasti näitä keskeisiä periaatetasoisia vapauksia, että yksittäistapauksissa suoritettu lainsäätäjän tahdon selvittämiseen perustuva tulkinta voi johtaa epäyhtenäiseen oikeuskäytäntöön ja oikeusvarmuuden toteutumattomuuteen. Perus- ja ihmisoikeusmyönteinen tulkintatapa oikeusongelman ratkaisuvaihtoehdon valinnassa on perusteltua myös sikäli, että todistamis- ja hyödyntämiskiellot pohjautuvat samoihin prosessioikeudellisiin periaatteisiin, jotka on muodostettu perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta tai johdettu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta. Näin ollen rajoitussäännösten tulkinnassa ovat vastakkain perustavanlaatuiset vapaudet ja oikeudet, jotka ohjaavat ratkaisijaa eri suuntiin.

Lainsäätäjä on pääosin ratkaissut sen, mitkä seikat ovat tärkeämpiä kuin aineellinen totuus tai todistelun vapaus, ja kirjannut ne oikeuden pintatasolle normiväitteiksi. Tällöin rajoituksen taustalla oleva intressi on tärkeämpi kuin vapaa todistelu tai todistusharkinta ja vapauksia on ollut syytä rajoittaa. Kuitenkin sen ratkaiseminen, soveltuuko säädetty rajoitus käsillä olevaan tapaukseen, vaatii tulkintaa. Tätä tulkintamahdollisuutta on nähdäkseni pyritty rajoittamaan todistamis- ja hyödyntämiskieltoja koskevien säännösten tarkkuudella ja sillä, ettei niitä tule poikkeuksen asettavina säännöksinä soveltaa laajentavasti.[236] Kuitenkin lainsäätäjän tahdon selvittäminen voi tulkintatilanteessa olla väistämätöntä.

Tutkimuksen alasta on todettava myös, että korkein oikeus soveltaa ja tulkitsee oikeudenkäymiskaarta, ei EIT.[237] EIT:n oikeuskäytännössä arvioidaan EIS 6 artiklan

---

235 Huomionarvoista on se, että perus- ja ihmisoikeusnormit vaikuttavat usealla tavalla: ne ovat paitsi säädännäistä oikeutta, mutta muodostavat myös oikeuslähteenä hyödynnettäviä tuomioistuinratkaisuja ja lopulta vaikuttavat tulkintaideologiana. Ks. Huovila (2005, s. 78), joka on antanut perus- ja ihmisoikeusmyönteiselle laintulkinnalle sijan vasta lainsäätäjän tarkoituksen mukaisen ja teleologisen tulkinnan jälkeen. Huovila (2005, s. 87) on toisaalta todennut, että perusoikeusajattelun myötä on syntynyt paineita pyrkiä laajentamaan perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan alaa siitä, mitä se luontevasti on ja toisaalta PL 106 §:ssä säädetyn etusijan soveltamisen kynnys on korkea, mikä osaltaan voi johtaa perusoikeuksien toteutumisen kannalta epätyydyttäviin tilanteisiin.

236 Hormian (1978, s. 106 ja s. 106 av. 3) mukaan todistamiskieltoihin soveltuva tärkein tulkintasääntö on sanamuodon mukainen tulkinta, koska asianosaisen on voitava luottaa siihen, että oikeudenkäynnissä noudatetaan vapaata todistelua, eikä tuomioistuin yllättäen kiellä jonkun todisteen käyttöä. Hormian tutkimus on kuitenkin ajalta ennen voimistunutta perus- ja ihmisoikeussääntelyä, eikä tulkintaideologia, vaikka se lähtökohta edelleen onkin, ole ainoa tulkintaan vaikuttava näkökulma. Toisaalta OK:n todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännöstö on perus- ja ihmisoikeuspohjaista, jolloin lainsäätäjä on jo tehnyt sanamuodoissa perus- ja ihmisoikeuksia toteuttavat valinnat. Toinen huomionarvoinen seikka tulkinnassa on se, että todistamiskielto on poikkeus pääsääntönä olevalle todistamisvelvollisuudelle. Hyödyntämiskielto on seuraus kielletystä menettelystä.

237 EIT:n tehtävä ei ole päättää, tulisiko kansallisen lainsäädännön vastaisesti hankittuja todisteita

oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia, missä arvioinnissa mahdolliset ihmisoikeusrikkomukset voivat vaikuttaa joko todisteen käyttämisen kieltämiseen kokonaan tai lievemmissä rikkomuksissa todisteen näyttöarvon alentamiseen. Tällöin merkitystä on sillä, kohdistuuko rikkomus suojatun oikeuden ydin- vai reuna-alueelle. EIT ratkaisee tapaukset kokonaisuutena, ikään kuin universaalisti kansallisesta sääntelystä riippumatta vähimmäissuojaa taaten, jolloin todisteen hyödyntämisratkaisu ja näytönarviointi voivat ratkaisuja tulkittaessa sekoittua toisiinsa. EIT:n oikeuskäytäntö ei mielestäni oikeuta kuitenkaan kotimaisessa ratkaisukäytännössä asettamaan hyödyntämiskieltoa ja näyttöarvon alentamista keskenään vaihtoehtoisiksi menetelmiksi.[238]

> Oikeudenkäymiskaaressa jaotellaan todisteeseen kiinnittyvät vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan rajoitukset nimenomaisesti todistamis- ja hyödyntämiskieltoihin, jolloin henkilö voi saada EIS 6 artiklan mukaisen suojan tilanteen mukaan joko todistamiskiellosta seuraavan hyödyntämiskiellon kautta tai suoraan hyödyntämiskieltosäännöksen nojalla. Mikäli henkilö ei tällaista suojaa saa eli hyödyntämiskieltoa ei ole käsillä, on todiste normaalein näytönarvioinnin menetelmin hyödynnettävissä. Tällöin vasta arvioidaan todisteen näyttöarvo, jossa todisteen luotettavuus on yksi seikka.

Oikeudenmukainen oikeudenkäynti EIS 6 artiklassa on periaateluonteinen normi, vaikka muodollisesti se onkin oikeussääntö. Sitä voisi luonnehtia myös rakenteistuneeksi periaatteeksi. EIT:n ratkaisukäytännön merkitys EIS:n tulkitsijana korostuu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista arvioitaessa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) nojalla todisteen hyödyntämiskelpoisuutta. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista arvioidaan säännöksen sanamuodossa annetuin kriteerein ja kunkin kriteerin tulkinta tehdään oikeussäännön tulkintametodein. Tällaisessa tilanteessa tuomioistuimen on käytettävä oikeuslähteenä EIT:n ratkaisuja, koska arvioitavat kriteerit hyödyntämiskiellon asettamiselle on sidottu nimenomaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumiseen ja tähän liittyvään kokonaisarvioon. Muut kotimaiset lainsäädäntöratkaisut hyödyntämiskiellon osalta perustuvat säätämistaustaltaan EIT:n ratkaisukäytäntöön,

---

käyttää oikeudenkäynnissä tai arvioida syytetyn syyllisyyttä. Kansallisen tuomioistuimen on tarkasteltava oikeudenkäynnin kokonaisuutta ja erityisesti sitä, miten todisteet on hankittu, varmistaakseen menettelyn oikeudenmukaisuuden. Tässä yhteydessä tutkitaan myös todisteiden hankkimisen laillisuutta ja muita ihmisoikeussopimuksen mahdollisia loukkauksia. Ks. Jalloh v. Saksa (11.7.2006) kohta 98.

238 Tähän on kaksi syytä. Ensinnäkin hyödynnettävyyden tulisi olla edes jollakin tasolla ennakoitavissa ja sääntelyn siten toteutua tehokkaasti. Toiseksi samat laissa säädetyt hyödyntämiskieltoharkinnan punnintakriteerit eivät voi olla pääasialliset seikat kahden aivan erillisen oikeudellisen ilmiön harkinnan, eli varsin oikeudellisesti painottuneen normiperustaisen hyödyntämisratkaisun ja empiriaan tai kokemukseen pohjautuvan näytönarvioinnin, perustana.

jolloin niiden soveltaminen itsessään noudattaa EIT:n tulkintaa. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin moninainen vaikuttavuus on selitettävissä lisäksi sillä, että se perus- ja ihmisoikeudellisena oikeuslähteenä toimii oikeuden pintatasolla vahvasti velvoittavana auktoriteetti-, asia- ja synkronointilähteenä.

Näin ollen KKO:n ratkaisut erityisesti todistamiskieltojen ja hyödyntämiskieltojen soveltamisesta poikkeussääntöinä ovat praktisessa lainopissa EIT:n ihmisoikeussopimuksen tulkintaa relevantimpia. EIT:n ratkaisukäytännön vaatimusten implementointi on jo itsessään lainsäätäjän tarkoituksen mukaista tulkintaa. Ihmisoikeuden ydinalueella EIS:ta sovelletaan suoraan oikeussääntönä, mutta EIT:n ratkaisut oikeuslähteinä ja toisaalta perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan linjaajana aiheuttavat sen, että EIS oikeuslähteenä on kotimaisen ratkaisukäytännön kannalta haasteellinen. EIS:n soveltaminen tapahtuu oikeellisimmin EIT:n ratkaisukäytännön kautta, mikä tuo tapaoikeudellisen elementin kotimaiseen oikeuskäytäntöön. Tässä tutkimuksessa EIT:n ratkaisukäytännön merkitys oikeuslähteenä ja moninainen vaikutus tulkintaperiaatteena on kuitenkin merkittävämpi välilliseltä kuin välittömältä vaikutukseltaan.

> Vaikka rajoituksiksi säädetyt OK:n todistamiskiellot perustuvat ihmis- ja perusoikeuksiin, toiset vahvemmin, toiset heikommin, todistelu-uudistus on tehty erityisesti hyödyntämiskieltosääntelyn osalta EIT:n ratkaisukäytännön edellyttämällä tavalla ja osin parempaa suojaa tarjoavaksi, jolloin on syytä pohtia, saavutetaanko sama lopputulos säännösten tulkinnalla sen sijaan, että EIT:n ratkaisuista tarvitsisi hakea erillistä oikeuslähdevaikutusta.

Tässä tutkimuksessa käytetään lähdeaineistona sekä lain esitöitä että korkeimman oikeuden ratkaisuja, minkä vuoksi niiden asemasta oikeuslähteenä on tarpeen tehdä vielä muutamia kokoavia huomioita. Ensinnäkin molempien asema oikeuslähteenä, myös edellä kuvatulla tavalla KKO:n ratkaisujen, on heikompaa kuin EIT:n vahvimpien prejudikaattien. Toisaalta nämä kaikki ovat velvoittavampia kuin periaatteet, jotka kuuluvat vain sallittuihin oikeuslähteisiin. Kuitenkin periaatetasoisia oikeuslähteitä sisältyy sekä oikeuden syvätasolle että pintatasolle, jolloin periaatteiksi kutsuttuja normeja voi oikeuslähteistön hierarkiassa sisältyä niin eri tasoilla velvoittaviin kuin sallittuihin oikeuslähteisiin. Toiseksi molemmilla oikeuslähteillä on oma merkityksensä. Lain esityöt yleensä tarkentavat lainsäätäjän tarkoitusta, jota lain sanamuodolla on tavoiteltu, kun taas ennakkopäätöksissä lainsäätäjän tarkoituksia tulkitaan sekä lain sanamuodon että esitöiden avulla.

# 3 TODISTELU OIKEUDENKÄYNNISSÄ

## 3.1 Lähtökohtia

Todistusoikeudesta puhuttaessa tarkoitetaan prosessioikeuden osa-aluetta, jossa tarkastellaan todistelua koskevia oikeussäännöksiä. Todistusoikeuden voidaan katsoa kattavan niin todisteiden hankkimisen, esittämisen kuin arvioimisen.[239] Todistusoikeutta voidaan jaotella aineelliseen ja muodolliseen osa-alueeseen siten, että aineelliseen todistusoikeuteen kuuluvat määräykset eri todistuskeinoista ja niiden vaikutuksista sekä säännökset todistustaakan jaosta, kun taas muodolliseen todistusoikeuteen kuuluvat todistelumenettelyä koskevat säännökset.[240] Näin ollen on keskeistä ymmärtää, mitä todistelulla tarkoitetaan. Todistelulla tarkoitetaan perinteisesti pääkäsittelyssä tapahtuvaa todisteiden esittämistä tuomioistuimelle, mutta todistelua koskevaa säännöstöä tosiasiallisesti sijoittuu jo oikeudenkäyntiä edeltävään valmisteluvaiheeseen.[241] Jokela on katsonut todistelun laajassa mielessä käsittävän myös asianosaisten loppulausunnot ja tuomioistuimen suorittaman todistusharkinnan, koska niissä otetaan kantaa esitettyihin todisteisiin.[242]

Tarkasteltaessa tuomioistuimen haasteita totuuden selvittämisessä oikeudenkäynneissä voidaan todeta, että ihannetilanteessa – kärjistäen utopiassa – tuomari tietäisi, mitä todella tapahtui, mutta käytännössä aineellisen totuuden selvittäminen on usein vaikeaa. Tämä johtuu sekä normatiivisista rajoitteista, kuten määräämis- ja käsittelyperiaatteista sekä syytetyn prosessuaalisista oikeuksista, että tosiasiallisista rajoitteista, jotka liittyvät todistusaineiston epätäydellisyyteen ja ihmisten havaintoja muistivirheisiin.[243] Tässä jaksossa määrittelen todistelun elinkaaren ja täsmennän

239 Ks. Pölönen – Tapanila 2015, s. 25–26.

240 Jokela 2015, s. 185.

241 Tämä tutkimus keskittyy menettelyllisesti juuri perinteiseen todistelun käsitteen kattavaan prosessin osaan eli tuomioistuinvaiheeseen, jossa todisteiden esittäminen on keskiössä, mutta hyödyntämisratkaisun tekeminen viime kädessä ulottuu pääkäsittelyn jälkeiseen, todisteiden arvioimista edeltävään välivaiheeseen.

242 Jokela 2015, s. 183.

243 Markus – Paukku 2023, s. 164–165. Normatiiviset rajoitteet tarkoittavat, että tuomioistuin on sidottu prosessin aikana esitettyihin faktoihin ja tunnustuksiin, mikä rajoittaa aineellisen totuuden tavoittelua. Esimerkiksi siviilioikeudessa osapuolen tunnustus tai rikosprosessissa syytteen kuvaus voi sitoa tuomioistuimen, jolloin se ei voi valita faktapremissiä, joka vastaa aineellista totuutta. Todistusaineiston hankinta on pääasiassa asianosaisten vastuulla, ja jo hankittu todistusaineisto voidaan sulkea pois oikeudenkäynnissä esimerkiksi prekluusion tai hyödyntämiskiellon perusteella. Tosiasialliset rajoitteet viittaavat siihen, että todistuskeinot eivät aina välitä aineellista totuutta tarkasti tai luotettavasti. Tämä koskee erityisesti henkilötodistelua, sillä ihmiset havaitsevat ja muistavat tapahtumia eri tavoin, ja muistikuvat voivat vääristyä ajan kuluessa. Ks. tarkemmin henkilötodistelun oikeuspsykologisista näkökulmista Mar-

todistusoikeuden keskeisiä normeja ja käsitteitä keskittyen todisteluun oikeudenkäynnissä. Tärkeä oikeuden syvärakenteellinen taustoitus on totuuden määrittely ja merkityksen arvioiminen, jota ilman todistusteoria jäisi kiinnittymättä oikeustiedettä ympäröivään tieteelliseen maailmaan. Tilanne olisi ongelmallinen monesta syystä. Oikeustiede ei ole irrallinen tieteenala, ja todistusoikeus reaalimaailmaan sekä inhimilliseen toimintaan kiinnittyvänä osana on altis myös filosofisille tai käyttäytymistieteellisille teorioille. Todistusoikeudessa on pohjimmiltaan kysymys todistelusta, millä yleisesti tavoitellaan jonkin tapahtuman selvittämistä riittävällä varmuudella. Tätä riittävää varmuutta, jota näyttökynnyksen ylittämiseksi kutsutaan, ilmentää historiassa tapahtunut asia, jota voidaan kutsua totuudeksi.

## 3.2 Todistusoikeuden keskeiset käsitteet

Tämän tutkimuksen kannalta yksi keskeinen todistusoikeuden perustermi on laillisen oikeudenkäyntiaineiston käsite, koska kaikki tutkimuksen piiriin kuuluvat oikeudelliset ilmiöt osaltaan määrittävät tätä laillista oikeudenkäyntiaineistoa. Laillinen oikeudenkäyntiaineisto tarkoittaa oikeudenkäyntiaineistoa suppeassa merkityksessä eli aineistoa, johon tuomioistuin voi perustaa ratkaisunsa.[244] Tällöin oikeudenkäyntiaineistosta jää pois laajassa merkityksessä määritellyn oikeudenkäyntiaineiston materiaalista eli kaikesta oikeudenkäynnissä esitetystä materiaalista ne, joiden hyödyntämisen tuomioistuin oikeudenkäynnin aikana kieltää.[245]

Erottelu todistelun ja näytön välillä havainnollistaa asianosaisten itsensä suorittamaan jutun näytöllisen jäsentämisen mahdollista eroa tuomioistuimen todistusharkintaan. Todistelu viittaa sellaiseen tietoon, jonka asianosaiset itse nimenomaisesti esittävät tuomioistuimelle todisteluna. Todistusoikeuden peruskäsitteistössä todistelu tapahtuu todistuskeinoin, jotka jaetaan OK 17 luvun tuntemaan viiteen todistuskeinoon: asianosaisten kuulemiseen todistelutarkoituksessa, todistajan kuulemiseen, asiantuntijatodisteluun, katselmukseen ja kirjallisiin todisteisiin.[246] Todisteilla tarkoitetaan tässä mielessä todistuskeinoja.[247] Todistusteema

josola 2021, s. 70–86.

244 Laillista oikeudenkäyntiaineistoa nimetään myös ratkaisuaineistoksi. Vrt. oikeudenkäyntiaineisto laajassa merkityksessä Vaitoja 2014, s. 21. Laillisesta todistusaineistosta käytetään myös termiä "*käytettävissä oleva todistusaineisto*". Ks. Jonkka 1993, s. 20–21 ja Helminen ym., 2012 s. 497.

245 Todisteen epääminen tai todisteen käytön kieltäminen ovat toimenpiteitä, jotka tehdään lähtökohtaisesti ennen todisteiden esittämistä, eli niiden vaikuttavuus todistusharkinnan yhteydessä ei ole yhtäläinen hyödyntämiskiellon kanssa, joka viime kädessä johtaa hyödyntämisratkaisun tekemiseen vasta todistusharkinnan yhteydessä.

246 Todistuskeinojen ryhmittelyn voi tehdä myös jakamalla ne reaalisiin ja henkilöllisiin. Reaalisia todistuskeinoja ovat katselmus ja kirjallinen todiste (asiakirja), henkilöllisiä todistuskeinoja taas asianosaisen kuuleminen, todistaja ja asiantuntija. Esim. Hormia 1978, s. 68 ja Hormia 1979, s. 47–49.

247 Vaitoja 2014, s. 160.

puolestaan on todistelun kohteena oleva väittämä, jonka toteen näyttämiseen asianosainen pyrkii.[248] Todistajan kuuleminen koostuu OK 17:48:n mukaan menettelyllisesti kolmesta osasta eli pääkuulustelusta, vastakuulustelusta ja täydentävistä kysymyksistä. Näyttö on terminä todistelua laajempi siten, että se kattaa muunkin oikeudenkäyntiaineiston ja tuomioistuimen näyttöharkinnassa merkitykselliset tekijät, kuten asianosaisen käyttäytymisen tai kieltäytymisen vastata kysymykseen.[249] Tuomioistuin saattaa myös pitää jotain asianosaisen esittämää todistetta näyttönä merkityksettömänä, jolloin näyttö poikkeaa asianosaisen tarkoittamasta todistelusta.[250] Todistaminen tarkoittaa lausuntoja, jotka annetaan todistajan roolissa. OK 17 luvun esitöiden mukaan todistamiskieltosäännökset on kohdistettu ensisijaisesti todistajaan,[251] mutta heihin rinnastetaan myös asianosaisten ja asiantuntijoiden kuuleminen sekä annetut lausunnot.[252] Lähtökohtaisesti todistamiskiellot koskevat siten myös asiantuntijan ja asianosaisen roolissa annettuja lausuntoja.

Yleisesti voidaan sanoa, että kaikki tiedot, jotka voivat edistää asian selvittämistä oikeudenkäynnissä, voivat olla todisteita. Tällöin termi todiste viittaa nimenomaan tosiasioita koskeviin tietoihin jättäen pois oikeudellisia sääntöjä selventävät tiedot, eli todisteen ymmärretään tarkoittavan todistusvoimaista tosiasiaa valaisevaa todistetta.[253] Zahle on erottanut todisteen käsitteessä kaksi erilaista käyttötapaa: merkityksessä todistusaineisto, joka tarkoittaa konkreettisia ilmiöitä, jotka ovat merkityksellisiä tuomarin käsitykselle tosiseikoista, ja merkityksessä todistustilanne, jolla tarkoitetaan prosessia, jossa todisteiden ilmaisemia tietojoukkoja käsitellään.[254] Bentham on määritellyt todisteen tosiseikaksi, jonka uskotaan olevan totta ja jota käytetään perusteena uskoa jonkin toisen tosiasian olemassaoloon tai olemassaolon puuttumiseen.[255] Syytetyn tai todistajan vaikeneminen, vaikka se ei ole todiste fyysi-

248 Vaitoja 2014, s. 161.

249 Prosessin digitalisoituminen tuonee haasteita käyttäytymiseen liittyvään havainnointiin. Ks. uudistuksista HE 63/2024 vp, jossa kyse etäyhteyksien käytöstä oikeudenkäynnissä.

250 Todistelun ja näytön terminologisesta erottelusta ks. Pölönen – Tapanila 2015, s. 227.

251 Ks. HE 46/2014 vp, s. 26.

252 Esimerkiksi OK 17:9.2.

253 Torgersen (2009, s. 17 ja 19) huomauttaa aiheellisesti, että oikeudellisessa kontekstissa todiste-termiä voidaan käyttää viittaamaan sekä yksittäisiin todisteisiin että todisteiden kokonaisuuteen, jolla on ratkaiseva merkitys todistusaineiston kokonaisarvioinnissa. Olennaista on tämän jaottelun osalta todeta, että tutkittaessa todistamis- ja hyödyntämiskieltoja, on todisteesta puhuttava yksittäisen todistuskappaleen kontekstissa, jotta voidaan erotella, mihin todisteisiin kieltokysymykset liittyvät.

254 Ks. laajasti todisteesta oikeudellisena ilmiönä Zahle 1976, jonka tutkimuksen taustalla on ajatus siitä, että oikeudellisena käsitteenä todiste on itsestäänselvyys, ja sillä viitataan nimenomaan oikeudellisessa kontekstissa käytettäviin todisteisiin, mikä erottaa juridiset todisteet teoreettisten tieteenalojen, kuten logiikan ja matematiikan, formaaleista todisteista. Tällöin todiste voi koostua osapuolten toiminnasta prosessin aikana, jolla voi olla ratkaiseva vaikutus prosessin lopputulokseen. Todisteiden hankintaan kuuluu myös toimet ennen oikeusprosessia, kuten todisteiden varmistaminen siten, että ne voidaan myöhemmin esittää oikeudessa, mikä takaa, että todisteet ovat luotettavia ja että niiden avulla voidaan vaikuttaa oikeusprosessin tulokseen. Ks. todisteen käsitteestä Zahle 1976, s. 15–16.

255 Bentham 1825, s. 8.

sessä tai konkreettisessa mielessä, voi myös toimia todisteena, erityisesti silloin, kun vaikeneminen tapahtuu tilanteissa, joissa yleisen kokemuksen mukaan voisi odottaa selitystä.[256] Syytetyn vaikenemista tulee kuitenkin arvioida varoen näytönarvioinnissa, sillä oikeus vaieta on osa itsekriminointisuojaa.[257]

Oikeudenkäynnissä esitetyn todistelun perusteella tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista näyttökysymys eli kysymys siitä, mitä asiassa on pidettävä totena. Näyttöratkaisusta voidaan puhua yläkäsitteenä, joka koostuu kolmesta osasta: 1) todistelusta, 2) todistusharkinnasta eli näyttöarvon arvioinnista ja 3) näytön riittävyyden arvioinnista eli näyttökynnyksestä ja todistustaakasta.[258] Kaksi viimeistä muodostavat näytönarvioinnin käsitteen, johon kuuluvat todisteiden yksilöllinen ja yhteisvaikutuksellinen arviointi sekä näytön riittävyyden arviointi.[259] Prosessin vaiheena todistusharkinta voi pitää näyttöarvon arvioinnin lisäksi käytännössä esivaiheena sisällään myös laillisen oikeudenkäyntiaineiston määrittämisen.[260] Näytön riittävyys on riippuvainen todistustaakan jakautumisesta ja näyttökynnyksestä.[261] Näyttökynnyksellä tarkoitetaan sitä todennäköisyyden tasoa, jolla esitetyn näytön voi asettaa ratkaisun perustaksi eli katsoa vaatimuksen näytetyksi. Kysymys on siitä, miten vahvasti jonkin tosiseikan tai tosiseikkojen paikkansapitävyys tulee osoittaa oikeudenkäynnissä. Näyttökynnys ylittyy, kun samansuuntaista todistusaineistoa

256 Torgersen 2009, s. 19.

257 Ks. tarkemmin näytönarvioinnista vaikenemisen osalta Tapanila 2019a, s. 243–246 ja peruutetun tunnustuksen osalta s. 246–247.

258 Tuomioistuin ratkaisee näyttökysymyksen kahden viime mainitun operaation avulla. Näyttöratkaisulla eli näyttökysymyksen ratkaisemisella tarkoitetaan sitä, kun tuomioistuin päättää, mitä asiassa on pidettävä totena. Todistusharkinta eli näyttöarvon arviointi tarkoittaa samaa kuin todisteiden näyttöarvon punninta, joka tehdään sekä yksittäin kunkin todisteen osalta että kokonaisuutena samasta seikasta esitetyn näytön osalta. Tätä osuutta voi kutsua myös näyttöarvoratkaisuksi, jonka jälkeen tehdään päätös näytön riittävyydestä eli näyttökynnyksen ylittymisestä. Ks. näyttöratkaisusta yläkäsitteenä Fredman ym. 2020, s. 478. Huomautuksena myös, että käsitteiden todistelu ja todistusharkinta välinen rajanveto on tosin tämän tutkimuksen näkökulmasta liian lavea, jos lähtökohtana on, että todisteluun kuuluu todisteiden valikoituminen ja hankkiminen sekä käyttämisen tai hyödyntämisen sallittavuus. Todistusharkinta vaiheena oikeudenkäynnissä sisältää viime kädessä hyödyntämisratkaisun tekemisen ennen näyttöarvon arvioimista.

259 Jämsän mukaan näytön arviointi jaetaan kahteen osaan: todistusharkintaan, jossa arvioidaan todisteiden luotettavuutta ja näytön riittävyyden arviointiin, jossa näyttöä arvioidaan suhteessa tuomitsemiskynnykseen. Jämsä 2020, s. 101.

260 Laillisen oikeudenkäyntiaineiston määrittäminen perustilanteessa, jossa mitään epäilyksiä esitetyn todisteen hyödyntämiskelvottomuudesta ei ole, tapahtuu yksinkertaisesti ottamalla todiste mukaan näytönarviointiin. Mikäli on epäilys tai väite esitetyn todisteen hyödyntämiskelvottomuudesta, on tuomioistuimen tehtävä ennen näytönarviointiin siirtymistä hyödyntämisratkaisu, jotta kielletty todiste ei päädy näytönarviointiin. Tällöin saatetaan joutua tekemään ensin ainakin osin todistekohtaista arviointia esimerkiksi OK 17:25.3:n mukaisesti arvioitavissa seikoissa. Tämän vuoksi prosessin vaiheena todistusharkinta on laillisen oikeudenkäyntiaineiston määrittämisen viimeinen hetki.

261 Ks. Virolainen – Pölönen 2003, s. 426.

on kertynyt riittävästi.[262] Näytön riittävyyttä koskeva kysymys on normatiivinen.[263] Siviiliasiassa OK 17:2.2:n mukaisesti näyttökynnys on uskottava näyttö, kun taas rikosasiassa OK 17:3.2:n mukaan ei saa jäädä varteenotettavaa epäilystä syytetyn syyllisyydestä.[264] Näyttökynnys on läheisesti yhteydessä todistustaakkaan eli siihen, kuka kantaa vastuun tosiseikan näyttämisestä toteen, ja se ilmaisee, kuinka vahva tämän esitetyn näytön tulee olla.[265] Todistustaakan jako muodostaa oikeuskysymyksen.[266]

## 3.3 Prosessiperiaatteiden merkityksestä todistusoikeudessa

Prosessiperiaatteet[267] koskevat sekä siviili- että rikosprosessia. Niiden avulla yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet tuodaan lainkäyttöön, ja ne laajentavat prosessioikeudellista sääntelyä myös sellaisiin prosessioikeudellisiin kysymyksiin, joista ei ole säännelty laissa. Prosessiperiaatteet toteuttavat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia yksittäisissä oikeudenkäynneissä. Tästä näkökulmasta yksilönsuojaperiaate on keskeisin prosessiperiaate, jolle tärkeimpinä alisteisina periaatteina ovat tarkoituksenmukaisuusperiaate ja aineellisen totuuden periaate.[268] Prosessiperiaatteet ovat myös yksi laintulkinnan väline. Ohjaavina oikeusnormeina ne ilmenevät oikeuslähteestä, yleisimmin lainsäädännöstä, jossa ne on ilmaistu suoraan tai ovat siitä johdettavissa. Prosessiperiaatteet ovat pääsääntöjä, joista voidaan joskus myös poiketa, ja samoin kuin muutkin prosessioikeudelliset periaatteet, ne ovat punnintanormeja. Ne jaetaan menettely- ja rooliperiaatteisiin sekä tavoite- ja arvoperiaatteisiin.[269] Tässä tutkimuksessa tarkastellaan pääosin tavoite- ja arvoperiaatteita yleistasoisessa katsauksessa.

Menettelyperiaatteiden, eli suullisuus-, välittömyys- ja keskitysperiaatteen, osalta on kuitenkin huomioitava, että ne olivat edellytys vapaaseen todistusteoriaan siirty-

262 Saranpään (2011, s. 513) mukaan näyttökynnys on ”*sellainen abstraktinen todennäköisyysaste, joka oikeustosiseikasta esitetyn näytön kokonaisnäyttöarvon on ylitettävä, jotta tuomioistuin voisi ottaa seikan tuomion perusteeksi.*” Rudanko huomauttaa, että näyttökynnyksen määrittely on normatiivista, ja arvioinnissa on otettava huomioon tosiseikat, jotka voivat olla sekä konkreettisia että adjektiivisia, vaativat arvoarvostelmia ja voivat saada juridisen merkityksen vasta tietyssä kontekstissa. Rudanko 2020, s. 177–180.

263 Jonkka 1993, s. 21.

264 Ks. laajasti siviili- ja rikosprosessin välisestä erosta todistustaakan jaossa Halila 1995, s. 83–89.

265 Rudanko 2020, s. 156. Ks. todistustaakan käsitteestä Saranpää 2011, s. 505–508.

266 Ks. todistustaakkanormien oikeudellisesta luonteesta Halila 1955, s. 308–310.

267 Käytetään myös nimityksiä prosessioikeuden johtavat periaatteet, yleiset prosessiperiaatteet, ylimmät prosessiperiaatteet, pääperiaatteet tai keskeiset periaatteet. Tämän tutkimuksen viitekehyksessä ja laajuudessa ei ole tarpeellista argumentoida prosessiperiaatteilla kuin taustoittavasti todistusoikeuden ja vapaan todistusteorian kannalta keskeisimmin osin. Prosessiperiaatteiden edelleen aikaa kestävä keskeinen teos on Laura Ervon Ylimmät prosessiperiaatteet: Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät vuodelta 1996.

268 Ervo 1996, s. 38–39. Ervo (1996, s. 39) kutsuu prosessiperiaatteita oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin alaperiaatteiksi.

269 Ks. jaottelusta ja sisällöistä tarkemmin kootusti esim. Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 115–132 ja 167–203.

miselle.[270] Myös prosessiarvoilla on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteuttamisvaatimuksen kautta liityntä vapaaseen todistusteoriaan ja aineelliseen totuuteen. Arvojen tarkoitus on korostaa sitä, millaiseen lopputulokseen prosessissa päädytään. Kun prosessi täyttää arvokriteerit, myös lopputulos on oletettavasti oikea. Arvokriteereitä ovat prosessin avoimuus, luotettavuus ja uskottavuus, jotka toteuttavat oikeudenkäynnin asianmukaisuutta ja oikeudenmukaisuutta. Oikeudenmukainen oikeudenkäynti on myös itsessään arvo, joka tulee asettaa prosessin tarkoituksenmukaisuuden ja tehokkuuden edelle.[271]

Tavoite- ja arvoperiaatteet reflektoivat nimensä mukaisesti päämääriä, joihin prosessilla pyritään, tai kriteerejä, joita toteuttaen prosessi tulee järjestää. Lainkäytön funktioiden täyttämiseksi on asetettu laatuvaatimuksina prosessin varmuus[272], nopeus[273], halpuus[274] ja luotettavuus, joista ensimmäiset kolme muodostavat prosessioikeuden ylimmäksi periaatteeksi nimetyn tarkoituksenmukaisuusperiaatteen.[275] Varmuusperiaate on näistä tärkein, sillä se tarkoittaa aineellista oikeusvarmuutta, jonka tavoitteena on ratkaisun fakta- ja normipremissin oikeellisuus.[276] Tähän tavoitteeseen voidaan päästä aineellisen totuuden selvittämisellä. Kuten jäljempänä tässä tutkimuksessa pyritään argumentoimaan, aineellinen totuus on ideaali, jonka saavuttamista ei voida tietää, vaan on tyydyttävä prosessuaaliseen totuuteen. [277] Laatuvaatimukset ohjaavat yksittäisinä prinsiippeinä prosessia keskenään osin eri suuntiin, minkä vuoksi ne on suhteutettava prosessissa toisiinsa, jolloin lopputulos ei ole optimaalinen yksittäisen vaatimuksen näkökulmasta, mutta niiden painoarvot määräytyvät prosessin funktioiden lähtökohdista.

---

270 Merkitykseltään ne ovat keinoja prosessitavoitteiden saavuttamiseksi. Ks. menettelyperiaatteista kattavasti Vuorenpää 2023, s. 70–79.

271 Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 120.

272 Prosessin lopputuloksen oikeellisuus yksittäistapauksessa, eli käytännössä aineellisen totuuden saavuttaminen.

273 Jokaiselle taataan oikeus oikeudenkäyntiin kohtuullisen ajan kuluessa.

274 Halpuustavoite ilmenee prosessiekonomiana ja sitä kutsutaan myös taloudellisuusperiaatteeksi. Tarpeettomia prosessitoimia ei saisi suorittaa ja tarpeellisienkin toimien olisi oltava laajuudeltaan perusteltuja. Esimerkiksi todistelun määrän rajoittamisella on keskeinen yhteys prosessiekonomiaan, mutta vastaavasti myös nopeuteen.

275 Tarkoituksenmukaisuusperiaatteista (myös ns. tehokkuusperiaate) prosessiekonomian tavoittelu voi osoittautua ristiriitaisiksi varmuusperiaatteen kanssa. Tällöin tuomioistuin joutuu hakemaan tasapainoa periaatteiden välille punnitsemalla niitä keskenään. Vaikka aineellisen totuuden selvittäminen on lainkäytön lähtökohta, ei sen täyttäminen ole ehdoton itseisarvo halpuuden tai joutuisuuden kustannuksella. Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 117–120.

276 Pölösen (2003, s. 30) ja Vuorenpään (2023, s. 67 ja 69) mukaan rikosprosessin keskeisin tavoitepäämäärä eli prosessitavoite on varmuus. Dispositiivisissa riita-asioissa noudatetaan määräämisperiaatetta, jolloin varmuus liittyy sellaisen oikean lopputuloksen antamisen mahdollistamiseen, jollaiseksi osapuolet ovat asian disponoineet. Ks. myös HE 15/1990 vp, s. 6.

277 Myös ns. funktionaalinen totuus, ks. Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 117. Myös Ervon (1996, s. 53–55) mukaan aineellisen totuuden periaate on alisteinen yksilönsuoja- ja tarkoituksenmukaisuusperiaatteille. Mikäli aineellinen totuus olisi tärkeämpi, prosessi ei enää tosiasiassa olisi oikeudenmukainen.

Todistelun osalta merkittävimmät menettelyperiaatteet ovat suullisuus ja välittömyys, sillä ne antavat mahdollisuuden asianosaiselle vapaasti sekä esittää todistelua että kommentoida muiden esittämää todistelua.[278] Keskitysperiaate puolestaan vaikuttaa todistelussa näytön arviointiin, koska sen vuoksi näyttö otetaan keskitetysti ja lähtökohtaisesti teemoittain vastaan. Suullisuusperiaate tarkoittaa todistelussa sitä, että henkilötodistelun on tapahduttava suullisena todistajankertomuksena, eikä kirjallinen tallenne (sisältää myös ääni- ja videotallenteen) lähtökohtaisesti kelpaa. Myös oikeudenkäyntiä varten annetut yksityisluontoiset kertomukset ovat pääsäännön mukaisesti kiellettyjä. Tavoitteena suullisuusperiaatteella on todistelun sisällön autenttisuuden turvaaminen ja todistajalta saatavan informaation luotettavuuden arvioiminen, mutta suullisuus luonnollisesti tukee myös välittömyyden ja kontradiktorisuuden periaatteita, mitä kautta se toteuttaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin todistelulle asettamia vaatimuksia.[279] Todistelun välittömyyden tavoitteena on aineellisesti oikean ratkaisun antaminen ja vapaan todistusharkinnan mahdollistaminen. Mitä paremmin välittömyys toteutuu, sitä paremmat ovat edellytykset todistusharkinnan luotettavuudelle. Todistelussa välittömyys korostuu sekä todistelun ja näyttöratkaisun välillä että todistelumenettelyssä, jolloin välittömyys pitää sisällään menettelyn välittömyyden eli sen, että todistusharkinta suoritetaan lähtökohtaisesti pääkäsittelyssä tehtävien havaintojen perusteella, ja todistelun välittömyyden eli sen, että kukin todiste otetaan vastaan alkuperäisessä muodossaan. Käytännössä tämä tarkoittaa, että tuomari ei vaihdu kesken pääkäsittelyn ja hän saa oikeudenkäyntiaineiston ilman välikäsiä.[280] Välittömyys todistelussa edellyttää Huovilan mukaan, että tuomioistuin suorittaa todistusharkinnan välittömästi sellaisen todistelun perusteella, jossa todistusketju on mahdollisimman lyhyt.[281]

---

278 Suullisuusperiaatteen mukaan oikeudenkäyntiaineisto esitetään tuomioistuimelle suullisessa muodossa, kun taas välittömyysperiaate edellyttää, että koko oikeudenkäyntiaineisto on esitettävä ja otettava vastaan suoraan asian ratkaisevassa tuomioistuimessa. Määritelmistä tarkemmin esim. Lappalainen – Rautio 2021, s. 610 ja 618. Suullisuus ja välittömyys antavat tuomioistuimelle ja asianosaisille paremman mahdollisuuden esittää täydentäviä kysymyksiä, havainnoida kuultavan esiintymistä ja ilmaisutapaa sekä koetella todistajien uskottavuutta kuin esimerkiksi kirjallisen tai oikeudenkäynninulkopuolella annetun todisteen kohdalla olisi. Ks. tarkemmin. Virolainen – Pölönen 2003, s. 374–375 ja Jokela 2008, s. 16 ja 20.

279 Suullisuusperiaate ei estä kirjallisten todisteiden esittämistä, eli mikäli todiste on asiakirjaksi luokiteltava, sen laatijaa ei tarvitse kutsua henkilötodistajaksi, vaan todiste käsitellään normaaliin tapaan asiakirjatodisteena. Suullisuudesta on oikeudenkäymiskaaressa säädetty poikkeuksia mm. videoneuvottelulaitteiston kautta tapahtuvan kuulemisen ja esitutkinta-aineiston käyttämisen osalta. Ero on siinä, onko asiakirja enemmälti kirjallisessa muodossa annettu henkilötodiste kuin reaalitodisteisiin kuuluva esinetodiste.

280 Todistelun keskittämisen tarkoitus on todistelun vastaanottaminen pääkäsittelyssä mahdollisimman yhtäjaksoisesti, mikä toteuttaa osaltaan myös välittömyyttä. Ks. välittömyyden käytännön merkityksistä tarkemmin esim. Lappalainen – Rautio 2021, s. 610–618.

281 Huovila 1999, s. 1159–1161 on kirjoittanut välittömyyden ja todistusketjun yhteydestä seuraavasti: ”*todistelun välittömyydessä ja käsittelyn välittömyydessä on todistelun näkökulmasta lopulta kysymys samasta asiasta – todistusketjun lyhyydestä – sekä samoista taustalla olevista periaatteista*.” Todistusketjun

Suullisuus- ja välittömyysperiaatteiden lisäksi oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä turvaavista periaatteista kontradiktorisuusperiaatteella[282] ja siihen sisältyvällä vapaata todistelua koskevalla ulottuvuudella on merkittävä vaikutus todisteen sallittavuuteen.[283] Kontradiktorisuusperiaate todistelussa turvaa vapaaseen todisteluun kuuluvat, myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksiin sisältyvät, asianosaiselle suodut mahdollisuudet esittää haluamaansa todistelua ja kommentoida muiden tahojen esittämiä todisteita.[284] Sen mukaan asianosaisilla on oikeus tutustua oikeudenkäyntiaineistoon ja ilmaista siitä mielipiteensä. Kontradiktorisuudella pyritään varmistamaan prosessuaalinen oikeudenmukaisuus, jolloin asianosaiset tuntevat tulleensa kuulluksi ja voivat arvioida, mihin tuomioistuin perustaa päätöksensä. Lisäksi se edistää totuuden selvittämistä siten, että se antaa asianosaisille mahdollisuuden tuoda esiin todisteiden heikkouksia ja täydentää aineistoa.[285] Vaikka kontradiktorisuus tukee yleensä totuuden selvittämistä oikeudenkäynneissä, se voi tietyissä tapauksissa rajoittaa tuomioistuimen käyttämiä seikkoja ja todisteita päätöksen perustana.[286] Kontradiktorisuusperiaate turvaa oikeussuojaa prosessin keskeisimpänä laatuvaatimuksena ollen näin funktioltaan totuustavoittee-

---

lyhyys merkitsee myös sitä, että todistelu otetaan lähtökohtaisesti vastaan alkuperäiseltä lähteeltään, eikä kuulopuhetodistelu tai kirjallisen kertomuksen käyttäminen ole lähtökohtaisesti joko sallittua tai ainakaan sen näyttöarvo ei voi olla yhtä merkittävä kuin ns. välittömän todistelun. Tällöin voidaan puhua myös todistelun laadukkuuden vaatimuksesta.

282 Kontradiktorinen periaate, kontradiktorisuusperiaate, vastavuoroisen kuulemisen periaate tai kuulemisperiaate eli audiatur et altera pars -sääntö. Sen mukaan tuomioistuin ei saa perustaa tuomiotaan sellaiseen oikeudenkäyntiaineistoon, josta asianosaiselle ei ole varattu tilaisuutta tulla kuulluksi. Asianosaisten on saatava tapauksen käsittelyn aikana tilaisuus esittää omat vaatimukset ja väitteet perusteluineen sekä niitä koskevat todisteet, heille on annettava mahdollisuus tutustua vastapuolen ja tuomioistuimen viran puolesta hankkimaan oikeudenkäyntiaineistoon ja lausua mielipiteensä siitä. Lisäksi osapuolilla on oltava tasa-arvoinen mahdollisuus osallistua aktiivisesti ja tosiasiallisesti heitä koskevaan oikeudenkäyntiin. Ks. tarkemmin esim. Virolainen – Pölönen 2003, s. 268–269, 343–344 ja 355. Ks. jaksossa 2.4.2 periaatteen sidonnaisuus EIS 6 artiklaan.

283 Ks. EIT:n oikeuskäytännöstä Ervo 2005, s. 343–348 ja Ervo 2008, s. 254–259. Kotimaiseen todistusoikeuteen EIT:n oikeuskäytännöllä on ollut merkittäviä vaikutuksia niin itsekriminointisuojan, menettelyn suullisuuden kuin edelleen voimistuneen kuulemisperiaatteen osalta. Ks. esim. Pellonpää 2009, s. 1133.

284 Ks. tarkemmin kontradiktorisuusperiaatteesta Vuorenpää 2023, s. 80–81. Kontradiktorisuusperiaatteen merkityksestä koskien todistelua on vuosina 1994–1995 annettu useita ratkaisuja, joissa periaatteen vahvuus on määritelty käytännössä. Ks. näistä KKO 1994:7, KKO 1994:26 ja KKO 1995:79, joissa kaikissa todettiin alemman oikeusasteen rikkoneen osapuolen oikeutta lausua tai tulla kuulluksi uusista todisteista.

285 Ks. esim. Virolainen 1998, s. 34–36; Tapanila 2019, s. 21–22 ja Pölönen 2003, s. 82.

286 Näin on esimerkiksi välillisen todistelun osalta. Syytetyn vastakuulusteluoikeuden (KP-sopimus 14.3 artiklan e kohta ja EIS 6.3 artiklan d kohta) mukaan syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan. Välillisessä todistelussa luotettavuuden lisäksi ongelmalliseksi muodostuisi kontradiktorisuuden toteutumisen näkökulmasta pitkässä todistusketjussa se, että alkuperäisen todistajan kieltäydyttyä todistamasta asiassa syytetyllä ei ole mahdollisuutta esittää kysymyksiä suoraan alkuperäiselle todistajalle.

seen nähden enemmälti prosessuaalinen.[287] Kontradiktorisuuden loukkaaminen voi johtaa todisteen näyttöarvon alentamiseen tai muodostaessaan todisteen laittoman hankkimistavan, joka loukkaa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, todisteen asettamiseen hyödyntämiskieltoon.[288]

Todistelun välittömyydellä ja suullisuudella pyritään toteuttamaan aineellisen totuuden tavoitetta, joskin vapaan todistelun näkökulmasta välittömyysperiaate ja suullisuusperiaate ovat osin rajoittavia. Niiden vuoksi todistelu ei voi olla täysin vapaata, koska ne asettavat todistelun laadulle kriteereitä, jotka joko estävät asianosaista esittämästä tietynlaista todistelua tai esittämästä sitä tietyssä muodossa. Sekä välittömyys-, keskitys- että suullisuusperiaate todistelussa turvaavatkin enemmälti todistusharkinnan oikeellisuutta, kun taas vapaa todistelu on riippuvainen kontradiktorisuuden toteutumisesta. Kirjallisesta menettelystä alioikeusprosessissa poissiirtyminen oli edellytys sille, että voitiin siirtyä vapaaseen todistusteoriaan, jossa tuomioistuin voi myös vapaassa todistusharkinnassa ottaa huomioon kaikki oikeudenkäynnin aikana tapahtuvat asiat. Vapaa todistelu kuuluu prosessuaalisiin perusoikeuksiin, mutta kuten jäljempänä osoitetaan, se ei ole rajoituksetta voimassa. Myös kontradiktorisuus toteutuu parhaiten välittömässä todistelussa, vaikka se ei välttämättä vaadi välittömyyttä, kuten ei välittömyyskään vaadi ehdottomasti kontradiktorisuutta.[289] Käytännössä välittömyys edellyttää oikeudenkäynniltä suullisuutta ja keskitystä. Huovila on kritisoinut välittömyyttä siltä osin, kuin se johtaa prosessin kalleuteen, työläyteen ja hitauteen. Huovilan näkemys on, että välittömyyttä noudattava menettely ei aina edistä oikean ratkaisun saavuttamista, vaikka oikea ratkaisu on ollut välittömyyden keskeisin tavoite.[290]

Todisteiden hankkimista ja esittämistä koskevat normit rajaavat tuomioistuimen tutkimisvaltaa ja vaikuttavat aineistoon, johon todistusharkinta perustuu, sekä aineelliseen lopputulokseen. Toisaalta vapaata todistelua koskevat säännökset asettavat eri prosessilajeissa eri tahoille myös velvollisuudet näytön hankkimiseen. Tästä näkökulmasta lukisin vapaata todistelua koskevat säännökset kuuluvaksi rooliperiaatteisiin.[291] Vapaa todistusharkinta lukeutuu nähdäkseni ratkaisuperiaatteisiin toisin kuin vapaa todistelu. Vapaa todistusharkinta edellyttää vapaata todistelua, jolloin vapaalla todistelulla on vahva liityntä myös ratkaisuperiaatteen toteutumiseen.

287 Hormia 1978, s. 103.

288 Rikosoikeudenkäynneissä on myös tärkeää, että tuomioistuin ei perusta syyksi lukemiaan ratkaisuja sellaisiin seikkoihin, joihin syyttäjä ei ole vedonnut oikeudenkäynnissä ja jotka eivät ole tulleet syytetyn tietoon oikeudenkäynnin aikana. Tapanila 2019, s. 22.

289 Huovila 1999, s. 1164.

290 Huovila 1999, s. 1159. Samaan päätelmään rikosprosessin osalta päätynyt myös Jonkka 1998, s. 1268. Tavoitteistosta ks. HE 15/1990 vp, s. 5–6; HE 82/1995 vp, s. 16 ja LaVM 9/1997 vp, s. 27.

291 Aiemman oikeuskirjallisuuden valossa asia on kuitenkin epäselvä, eikä siihen ole otettu perusteltua kantaa.

## 3.4 Todistelun elinkaari

Vapaan todistusteorian kronologisen etenemisen ymmärtämiseksi on syytä tarkastella lyhyesti todistelun tai teknisemmin todisteen elinkaarta, jossa todiste syntyy eli muodostuu, todiste hankitaan, todiste esitetään, todistetta hyödynnetään ja todisteen näyttöarvo arvioidaan. Todisteen syntyminen eroaa esinetodisteissa ja henkilötodisteissa toisistaan siten, että esinetodiste syntyy, kun se on osa epäiltyä tapahtumaketjua tai kuvastaa sitä. Toisin sanoen esinetodiste on ennen hankkimista olemassa, kun taas henkilötodiste saa muotonsa vasta hankittaessa. Todisteen hankkiminen voidaan Jämsän mukaan määritellä todisteen tallentamiseksi käytettäväksi myöhemmässä oikeudenkäynnissä.[292] Todisteiden hankkimisen pääasiallinen keino rikosprosessissa on henkilötodistelussa kuulustelu ja reaalitodistelussa pakkokeinojen käyttäminen. Esitutkintalain (ETL, 805/2011) 7:8:n mukaan velvollisuus ja oikeus kieltäytyä todistamasta on kuulustelussa voimassa samoin kuin ovat oikeudenkäynnissä ja pakkokeinolain (PKL, 806/2011) 7:3:ssä säädetyt reaalitodisteita koskevat vastaavat takavarikoimis- ja jäljentämiskiellot lukuun ottamatta liikesalaisuuksien suojaa, joka on voimassa ainoastaan kuulusteluissa, eikä takavarikko- tai jäljentämistilanteessa.[293] Siviiliprosessissa todisteiden hankkimisen keinoja ei ole säännelty vastaavasti, vaan keinojen hyväksyttävyyttä koetellaan todistamis- ja hyödyntämiskieltosääntelyn kautta. Torgersenin mukaan todisteiden hankkimisen perimmäinen tarkoitus on löytää totuus tai ainakin pyrkiä sen löytämiseen, eikä vain ihannoida totuutta ilman todisteita. Totuuden ihannointi merkitsee lähtökohtaa vapaalle todistelulle, koska asian ratkaisevalla tuomioistuimella tulee olla paras mahdollinen käsitys olosuhteista, jotka sen on määrä arvioida.[294]

Todistelu on edellä kuvattu tuomioistuinvaiheen sisäisesti suppeaksi tai laajaksi, mutta sama voidaan tehdä tarkasteltaessa todistelun koko elinkaarta, jossa eri vaiheet ovat tiiviissä vuorovaikutuksessa keskenään. Rudanko kuvaa todistelua tältä osin siten, että laaja käsitys sisältää kaikki todistelun vaiheet todisteen hankkimisesta hyödyntämiseen, kun taas suppeassa merkityksessä todistelun piiriin kuuluu ainoastaan oikeudenkäyntivaihe eli todisteiden esittäminen ja hyödyntäminen. Rudangon mukaan todistusoikeus koskee riita-asiassa lähinnä oikeudenkäyntivaihetta, mutta rikosasiassa myös esitutkintaa.[295] En voi täysin yhtyä tähän näkemykseen, sillä todistusoikeuden keskeisenä elementtinä toimivat todistamiskiellot ovat hankkimis- ja esittämiskieltoja, eli ne kohdistuvat hankkimisen osalta sekä siviili- että rikosprosessissa todistelun elinkaaressa kronologisesti katsottuna merkittävästi oi-

292 Jämsä 2020, s. 45. Jämsä (2020, s. 45 av. 171) huomauttaa aiheellisesti, että reaalitodisteiden osalta olisi syytä puhua hankkimisen kohdalla enemmänkin tallettamisesta kuin tallentamisesta, mutta HE 14/1985 vp, s. 18 käytetään termiä tallentaminen.

293 Jämsä 2020, s. 200.

294 Torgersen 2009, s. 1.

295 Rudanko 2020, s. 57 ja 72.

keudenkäyntivaihetta edeltävään aikaan. Toisaalta esittämisen voi niin ikään katsoa tietyissä tilanteissa rikosprosessissa tapahtuvan jo ennen oikeudenkäyntivaihetta. Tällöin todistelun niin kutsutulla suppealla käsitteellä ei nähdäkseni ole erityistä merkitystä, vaan oikeellisempaa olisi puhua joko todistelusta tai todistelusta oikeudenkäynnissä.[296]

### *3.4.1 Todisteen syntyminen ja hankkiminen*

Lähtökohtaisesti esinetodiste on esineenä olemassa sellaisenaan ja muuttumaton. Henkilötodiste sen sijaan muodostuu todistajan kertomasta historiallisesta tapahtumasta. Se syntyy ja hankitaan varsinaisesti vasta ensimmäisellä esittämishetkellä. Rikosasiassa esittäminen tapahtuu ensimmäisen kerran esitutkintaviranomaisen kuulustelussa, jossa se kirjataan esitutkintapöytäkirjaan, joka itsessään on asiakirja eli esine, mutta joka tältä osin ilmaisee henkilötodistelua. Riita-asiassa henkilötodiste syntyy lähtökohtaisesti vasta pääkäsittelyssä todisteen vastaanottamisvaiheessa. Siviiliprosessissa todisteiden hankkiminen ei tapahdu rikosprosessin tapaan erillisessä viranomaismenettelyssä lukuun ottamatta tiettyjä indispositiivisia asioita, joten hieman yksinkertaistettuna voisi ilmaista, että todisteen hankkiminen ja esittäminen eriytyvät siviiliprosessissa rikosprosessia selkeämmin toisistaan.

Todisteiden hankkimisella tarkoitetaan rikosasiassa prosessia, jossa viranomainen kerää todistusaineistoa rikostutkintaa varten esimerkiksi takavarikoimalla esineitä tai asiakirjoja ja kuulustelemalla todistajia. Yksityishenkilön keräämän aineiston osalta kysymys on todisteiden hankkimisesta, jos aineiston kerääminen liittyy rikosprosessiin ja on tarkoitettu todistusaineistoksi.[297] Sen sijaan siviiliprosessissa todisteiden hankkimismenettelyä ei erikseen säännellä, vaan todisteiden sallittavuuden arvioiminen todistamiskielto- ja hyödyntämiskieltosääntelyn näkökulmasta on käsillä todisteiden nimeämisen tai esittämisen vaiheessa. Todisteen esittäminen viranomaiselle tapahtuu oikeudenkäynnissä. Siviiliasioissa todisteiden hankkimisesta todistusmetodikieltoja rikkoen seuraa sekä OK 17:25.1:n että OK 17:25.3:n soveltaminen samoin kuin rikosasioissa, mutta oikeudenkäymiskaaren ulkopuolella säädettyjä metodikieltoja on niukemmin kuin rikosprosessissa. Sekä siviili- että rikosprosessissa todisteen hyödyntäminen tapahtuu esittämisen jälkeen eli silloin, kun tuomioistuin ottaa todisteen huomioon tuomioon johtavassa todistusharkinnassa.[298]

Esinetodisteen hankkimisen määritteleminen voi osoittautua monitahoisemmaksi ongelmaksi kuin henkilötodistelussa. Esimerkiksi jos esitutkintaviranomainen takavarikoi tallennusvälineen, jossa epäillään olevan todistusaineistoksi tarvittavaa

296 Tähän käsitykseen viittaa myös tutkimukseni otsikointi ja rajaus oikeudenkäyntivaiheeseen. Näin eri prosessilajeista johtuvat erot on häivytetty siltä osin kuin mahdollista.

297 Esimerkiksi, jos yksityishenkilö kerää tietoja ilman suoraa yhteyttä viranomaisiin, kuten esimerkiksi tallentamalla videota mahdollisesta rikostapahtumasta, voidaan puhua todisteiden hankinnasta, jos henkilön tarkoituksena on toimittaa kerätyt tiedot oikeudenkäyntiä varten.

298 Ks. Todistelun vaiheista myös Riekkinen 2014, s. 129 ja Jämsä 2015, s. 40.

materiaalia, voidaan pohtia, onko todisteen hankkiminen tapahtunut takavarikointihetkellä vai vasta silloin, kun tallennusvälineestä avataan varsinainen todisteeksi haluttava asiakirja ja otetaan siitä selkoa.[299]

> Itsessään tallennusväline esineenä ei tällaisessa tilanteessa ole todiste, vaan sen sisältämän asiakirjan informaatio. Tallennusväline olisi jonkinlainen todistuskappale, joka saattaa mahdollistaa relevantin todisteen hankkimisen. Olisi syytä pohtia, riittääkö hankkimiseksi se, että saa jonkin asiakirjan, esineen tai todistajan ”*käsiinsä*”, vai onko hankkiminen vasta sitä, kun todisteen sisällöstä on otettu selkoa. Merkitystä tällä todisteen elinkaareen liittyvällä nyanssilla ei tutkimusaiheen kannalta kuitenkaan hankkimisen määritelmän lisäksi merkittävästi ole, vaan kysymys problematisoituu pakkokeinojen käyttämisen menettelyissä. Toisaalta todistamiskielto kytkeytyy hankkimisvaiheeseen hankkimiskieltona, jolloin hankkimisen yksiselitteisempi määritteleminen olisi oikeudellisten ilmiöiden rajapintoja selkiyttävää. Myös esittäminen ja hyödyntäminen nivoutuvat joissain tilanteissa kiinteästi yhteen, jolloin on relevanttia kysyä: Kun todiste esitetään, miten estetään se, ettei todiste tosiasiassa tule hyödynnettäväksi, mikäli vasta esittämisvaiheessa tai jopa sen jälkeen havaitaan todistetta rasittavan hankkimis-, esittämis- tai hyödyntämiskielto?[300]

### *3.4.2 Todisteen esittäminen*

Esittämisen käsitteen osalta on havaittava, että OK 17:1.1:n mukaan asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö asian tutkivalle tuomioistuimelle. Näytön esittäminen tapahtuu todistein tuomioistuinvaiheessa niin siviili- kuin rikosasiassa, mutta pieniä sävyeroja on huomioitava siinä, miten todisteen esittäminen käyttäytyy. Todisteen, merkityksessä todistuskappale eli reaalitodiste tai lausunnon antaminen, esittäminen tapahtuu rikosasiassa jo esitutkinnassa. Henkilötodisteen osalta hankkimis- ja esittämisvaihe osin sekoittuu rikosprosessissa, koska todistajan kuuleminen ja kertomuksen kirjaaminen esitutkintapöytäkirjaan on samaan aikaan sekä hankkimista että viranomaiselle eli esitutkintaviranomaiselle prosessin jo käynnissä ollessa esittämistä.[301] Siviiliprosessin osalta voidaan kyseenalaistaa se, onko todisteen

---

299 Esim. KKO 2019:67 ja KKO 2019:112 tarkoittamissa tilanteissa, joista jälkimmäisessä avioitiin menettämisseuraamuksen osalta esineen hankkimista.

300 Pölönen (1997, s. 1126) on esittänyt, että hyödyntämiskielto tarkoittaa kieltoa esittää todiste tuomioistuimessa, mikä on puutteellinen määritelmä todisteen elinkaariajattelussa. Myöhemmin Pölönen (2003, s. 321) kuitenkin on todennut, että lopullinen päätös hyödyntämiskiellosta saattaa tulla mahdolliseksi vasta todistusharkinnassa. Hän tosin vaikuttaa käsittelevän myös muun laillisen oikeudenkäyntiaineiston rajaamista koskevan tuomioistuimen työskentelyn todistusharkinnassa tapahtuvaksi, mikä laajentaa todistusharkinnan käsitettä siten, ettei täydennys tee määrittelyä riittävän täsmälliseksi. Ks. määritelmien arviointia Riekkinen 2014, s. 128–130.

301 Ks. Riekkinen 2014, s. 129, jonka mukaan ”*Toisinaan hankkiminen ja esittäminen tosin tapahtu-*

esittäminen ennen oikeudenkäyntivaihetta mahdollista, koska viranomaistaholle sitä ei esitetä. Rikosprosessissa on puolestaan huomioitava, ettei kuitenkaan kaikkia esitutkinnassa esitettyjä todisteita tuoda oikeudenkäyntiaineistoon eli esitetä oikeudenkäynnissä tuomioistuimessa, jolloin niitä ei esitetä näyttönä asiassa, eivätkä ne tule osaksi oikeudenkäyntiaineistoa.[302] Vielä korostetummin on asian laita siviiliasioissa, joissa yksityiset osapuolet disponoivat todisteiden hankkimisesta ja esittämisestä.

> Rikosasiassa henkilötodiste esitetään usein toiseen kertaan pääkäsittelyssä, jolloin esitutkintapöytäkirja, johon ensimmäinen esittäminen on kirjattu, on sinänsä erillinen olemassa oleva esine, mutta kyseessä on kuitenkin lajiltaan henkilötodistelu. Se ei muutu kirjalliseksi todisteeksi prosessin aikana, vaan kysymys on OK 17:24:ssä tarkoitetusta kirjallisesta kertomuksesta eli kirjallisessa muodossa annetusta henkilötodistelusta. Toisaalta varsinainen henkilötodisteen esittäminen tapahtuu vasta oikeudenkäynnissä, koska kertomuksen muuttuessa esitutkintaviranomaiselle hankkimisvaiheessa esitetty kertomus muotoutuu tällaisessa tilanteessa pääkäsittelyvaiheessa kirjalliseksi todisteeksi, joka voidaan esittää pääkäsittelyssä.

Mikäli hankkimista ja esittämistä rikosasiassa ei eroteta termeinä toisistaan, on hankkimis- ja esittämiskieltojen merkityksen erottelu niin ikään ongelmallista, koska silloin voisi väittää, että jos todisteen esittäminen oikeudenkäynnissä on laitonta, on myös todisteen hankintaa pidettävä laittomana. Esimerkiksi jos katsotaan, että yksityisyyden suojan vuoksi tietyntyyppistä todistetta, kuten päiväkirjaa, ei voi esittää oikeudenkäynnissä todisteena, voidaan väittää, että tällaisen aineiston hankkiminen ja tutkiminen todisteena on myös laitonta. Kuitenkin todisteiden hankinta ja vastaanotto ovat usein erillisiä tosiasioita esittämiseen verrattuna, ja niiden laillisuutta voidaan arvioida eri tavoin verrattuna esittämiseen, jota on tässä kontekstissa selkeyden vuoksi syytä käyttää tarkoittamaan esittämistä tuomioistuimessa. Toisaalta tilanteessa, jossa todisteiden hankkiminen ja esittäminen tapahtuvat samanaikaisesti, esimerkiksi todistajan lausuessa ensimmäisen kerran vasta oikeudenkäynnissä, vaiheita ei voi erottaa toisistaan.[303] Lähtökohtana kuitenkin on pidettävä sitä, että

---

*vat yhdellä kertaa, kuten todistajan antaessa suullisen lausuman pääkäsittelyssä."* Nähdäkseni rikosasiassa tällöin todiste on jo hankittu esitutkinnassa ja siinä prosessin vaiheessa myös esitetty – pääkäsittelyssä hankkimista tällöin voisi olla sellainen lausunto, joka on uusi verrattuna esitutkinnassa annettuun.

302 Ts. hankittu aineisto, jota ei kuitenkaan esitetä oikeudenkäynnissä, ei tule tuomion perustaksi. Jämsä 2015, s. 41–42.

303 Mikäli lausunto annetaan ensi kertaa tuomioistuimessa jonkin todistamiskiellon vastaisesti, voidaan kysyä, onko tuomioistuin rikkonut todisteiden hankkimista koskevaa kieltonormia. Tässä tapauksessa todisteiden hankkiminen ja vastaanottaminen yhdistyvät, jolloin todistamiskielto on sekä todisteiden hankkimis- että esittämiskieltonormi. Torgersen (2009, s. 16) on tarkastellut problematiikkaa norjalaisen sääntelyn kannalta, mutta Suomessa vastaavan laajuista ongelmaa ei ole, koska OK 17 luvun todistamis-

näin käy lähinnä riita-asioissa tai rikosasian pääkäsittelyn ulkopuolisissa esittämistilanteissa, jolloin voidaan puhua pääkäsittelyyn nähden todisteiden hankkimisesta.[304]

Hankkimisen ja esittämisen välillä vallitsee myös sellainen kimurantti moraalisoikeudellinen suhde, että todisteen laiton hankkiminen ei aina tee todisteen esittämisestä laitonta.[305] Myöskään EIT:n kannanotot todisteen hyödyntämiskelpoisuuteen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen näkökulmasta arvioituna eivät tarjoa apua hyödyntämiskieltoproblematiikan käsitteelliseen rakentamiseen ja oikeussääntöjen systematisointiin. Sen vuoksi on perusteltua säilyttää ero hankkimisen ja esittämisen käsitteiden sekä todistamis-, käyttö- ja hyödyntämiskieltokäsitteiden välillä.

### *3.4.3 Todisteen hyödyntäminen*

Tuomioistuin ottaa todistusharkinnassa huomioon sille esitetyt todisteet.[306] Poikkeuksena tästä ovat vapaata todistusharkintaa rajoittavat hyödyntämiskiellot. Hyödyntämiskiellon asettamisesta voidaan tehdä päätös viime kädessä sen jälkeen, kun todiste on jo esitetty oikeudenkäynnissä. Tällainen ratkaisu aiheuttaa sen, että todistusharkinta päättyy kyseisen todisteen osalta ennen todistekohtaisen näyttöarvon määrittelyä.

> Toisaalta mahdollista on myös, että hyödyntämiskieltoon asetettavaksi päätyvän todisteen osalta joudutaan jonkin verran arvioimaan sen näyttöarvoa, mikäli hyödyntämiskielto asetetaan OK 17:25.3:n perusteella, jolloin todisteen luotettavuus suhteessa hankkimistapaan sekä todisteen näyttöarvo ja tärkeys todisteena ovat arvioinnissa keskeisessä asemassa.

Pölösen mukaan todisteen käyttäminen ja hyödyntäminen ovat synonyymejä,[307] kun taas Jämsän mukaan todisteen käyttäminen on hankkimista, esittämistä ja ottamista huomioon asiaa ratkaistaessa.[308] Riekkinen on rinnastanut todisteen

---

kiellot käsittävät yksittäisiä poikkeuksia lukuun ottamatta sekä hankkimis-, esittämis- että lopulta hyödyntämisvaiheet.

304 Tämän problematiikan ratkaisemiseksi on mahdollista erottaa todisteiden hankkimisesta ja esittämisestä todisteiden vastaanottamisen käsite silloin kun todisteita vastaanotetaan tuomioistuimessa suoraan ilman niiden erillistä keräämistä tai hankkimista, jolloin todisteiden vastaanotto ja esittäminen yhdistyvät, mutta hankkiminen on erillinen toimenpide. Ks. Torgersen 2009, s. 15 ja Lundqvist 1998, s. 26–27, joista Lundqvistin mukaan tällaisessa terminologiassa todisteiden vastaanottamiskielto kohdistuu ensisijaisesti tuomioistuimeen, kun taas todisteiden hankkimiskielto ensisijaisesti polisille ja syytäjälle, mikä aiheuttaa problematiikkaa siinä, että esimerkiksi pakkokeinojen käyttö edellyttää usein tuomioistuinten toimia, jolloin kieltojen eriävyys vastaanottamisen ja hankkimisen suhteen voi olla ongelmallista.

305 Ks. tarkemmin hankkimis- ja esittämistermien erottelun puolesta Torgersen 2009, s. 13–14 ja Lundqvist 1998, s. 29 ja 48, jotka ovat tarkastelleet asiaa erityisesti EIT:n oikeuskäytännön valossa.

306 Rautio – Frände 2016, s. 33.

307 Pölönen 2003, s. 205.

308 Jämsä 2020, s. 1.

hyödyntämisen ilmaisuun ”*käyttäminen hyväksi*”.[309] Hormia puolestaan toteaa, että todisteen hyödyntäminen tarkoittaa viime kädessä todistelutuloksen hyödyntämistä.[310] Hormian määritelmä hyödyntämisestä ei sulje pois sitä, etteikö käyttäminen voisi olla synonyymi hyödyntämiselle.[311] Jämsän määritelmä käyttämisestä käsittää hyödyntämisen lisäksi myös hankkimisen ja esittämisen, kun taas Pölönen rinnastaa käyttämisen ainoastaan hyödyntämisvaiheeseen. Toisaalta Pölösen käyttämä hyödyntämiskäsite voi tässä yhteydessä käsittää myös hankkimisen ja esittämisen. Yhdyn Hormian hyödyntämismääritelmään, sillä perusteella, että vaikka todisteita voi hankkia ja esittää eli niistä voi hyötyä ja niitä voi käyttää prosessin todistamisharkintaa aiemmissa vaiheissa, on hyödyntäminen kuitenkin lopulta todistelutuloksen huomioimista laillisena oikeudenkäyntiaineiston osana. Hyödynnetty todiste otetaan näyttöharkinnassa huomioon, eli se on läpäissyt todistusharkinnan vaiheen, jossa viimeistään määritetään hyödyntämiskieltosäännösten kautta sallittu todistusaineisto, joka todistusharkinnan viimeisessä vaiheessa eli näytönarvioinnissa huomioidaan ratkaisua tehtäessä.

> Tätä mielestäni puoltaa se, että hyödyntämiskiellot, jotka kohdistuvat kieltonormeina lopulta tuomioistuimeen, otetaan huomioon jo prosessin aiemmissa vaiheissa, mutta päätösvalta niiden asettamisesta on lopulta tuomioistuimella. Yhdyn siten myös Jämsän määritelmään todisteen käyttämisestä, jossa käyttäminen on hankkimista ja esittämistä sekä lopulta hyödyntämistä. Näin ollen käyttäminen ja hyödyntäminen eivät ole synonyymejä, vaan hyödyntäminen on suppeampi ja tarkkarajaisempi käsite. Perustelen tätä sillä, että hyödyntäminen on todistelutuloksen käyttämistä todistusharkinnassa, mutta käyttäminen kohdistuu hankittuihin ja osin myös esitettyihin todisteisiin siltä osin kuin esittäminen tapahtuu esimerkiksi esitutkintaviranomaiselle. Näitä kaikkia ei kuitenkaan aina tuoda oikeudenkäyntiin hyödynnettäväksi. Toisin sanoen todistetta voidaan käyttää jo ennen oikeudenkäyntiä, mutta sitä ei välttämättä hyödynnetä oikeudenkäynnissä. Esimerkiksi tutkimuksen suuntaamisen tilanteessa on perusteltua arkikielisen merkityksen vuoksi sanoa todistetta käytetyn, vaikka sitä ei oikeudenkäynnissä hyödynnetä.

Hyödyntäminen voi olla välitöntä tai välillistä, joista jälkimmäinen tarkoittaa esimerkiksi tilannetta, jossa jotakin todistetta ei liitetä esitutkinta- tai oikeudenkäyntiaineistoon, vaan sitä ainoastaan käytetään muiden todisteiden jäljille pääsemiseksi. Välillinen hyödyntäminen koskee yhtä lailla siviili- ja rikosprosessia, mutta käytännössä sillä on enemmän merkitystä rikosprosessissa. Tämä johtuu sii-

309 Riekkinen 2014, s. 123.
310 Hormia 1978, s. 257.
311 Viittaan tällä Hormian käyttämään sanamuotoon ”*viime kädessä*”.

tä, että hyödyntämiskiellot kohdentuvat todisteen välittömään käyttämiseen, eikä tutkimuksen suuntaaminen laittomasti hankitun todisteen avulla eli niin sanottu etäishyödyntäminen ole Suomessa lähtökohtaisesti kiellettyä. Välillisten todisteiden käyttö on kuitenkin säädetty osin kielletyksi esimerkiksi ylimääräisen tiedon osalta PKL 10:56:n nojalla, mikä voi aiheuttaa merkillisiä hyödyntämisratkaisuja verrattuna OK 17:25.3:n harkinnanvaraisuuteen.[312] Todisteen hankkiminen lainvastaisesti johtaa yleissäännöksen soveltamiseen, jolloin hyödyntämiskelpoisuus on asetettu pääsäännöksi. Mikäli taas hankkiminen on ollut laillista, mutta samalla salaisen pakkokeinon avulla on saatu ylimääräistä tietoa, tämän ylimääräisen tiedon hyödyntäminen on hyvin rajattua ja lähtökohtaisesti kiellettyä.[313]

Todisteen hyödyntäminen tarkoittaa siten esille tulleen todisteen liittämistä esitutkintapöytäkirjaan, hyödyntämistä syyteharkinnassa tai esittämistä näyttönä tuomioistuinkäsittelyssä.[314] Näistä määritelmistä ainoastaan viime mainittu koskee siviiliprosessia. Pölösen mukaan todisteen hyödyntämisellä voidaan myös ymmärtää tarjotulle todisteelle annettavaa merkitystä, missä määritelmässä todisteen voitaisiin sanoa tulleen hyödynnettäväksi, jos sillä on ollut vaikutusta oikeus- ja todistustosiseikkojen arvioimiseen tai jos sille annetaan merkitystä tuomioperusteiden muotoutumisessa.[315] Hän ei kuitenkaan pidä tällaista määrittelyä perusteltuna. Todistetta

312 Fredman ym. 2020, s. 514. OK 17:25.3 antaa ei-tyhjentävästi lueteltujen harkintakriteerien kautta harkinnanvaraa hyödyntämiselle, mutta salaisten pakkokeinojen käyttäminen PKL 10 luvussa ja erityisesti ylimääräisen tiedon käyttämistä koskeva 56 § ovat tarkkarajaisia. Ratkaisussa KKO 2023:14 korkein oikeus salli laittomasti hankitun todisteen hyödyntäminen hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla sillä perusteella, ettei oikeudenloukkausta katsottu riittävän vakavaksi, vaikka se rikkoi yksityiselämä ja luottamuksellisen viestin suojan. Ongelma ratkaisussa on siinä, että todistelua ei ole voitu arvioida salaisen sinänsä laillisen pakkokeinon käyttämisen myötä saatuna ylimääräisenä tietona, jolloin sen käyttäminen olisi voinut olla kiellettyä. Soveltamisero johtuu siitä, että koko hankintatilanne oli lainvastainen. Todisteen sallittavuutta arvioitiin hyödyntämiskiellon yleissäännöksen perusteella ja näin sallittiin laittoman sinänsä salaisen pakkokeinon soveltamisalaan kuuluvan menettelyn avulla hankitun tiedon käyttäminen sivuuttaen ylimääräisen tiedon luonteen arviointi. Ks. ratkaisun KKO 2023:14 arvioinnista tarkemmin Lindroos-Hovinheimo 2023, s. 582–583, jossa myös yksittäisratkaisua vakavammat vaikutukset on nostettu esiin: "*[– –] ratkaisu voi johtaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen korroosioon. Esitutkintaviranomaisten ei nimittäin ole välttämätöntä noudattaa lakia todisteiden hankkimisessa, jotta voisivat todisteita oikeudenkäynnissä käyttää*." Uhkakuvaan on helppo yhtyä, jos korkeimman oikeuden ratkaisu ei ole yksittäistapauksellinen, vaan esitutkintaviranomaisten toimintaa laajemmin linjaava. Ks. ratkaisusta tarkemmin jaksossa 9.4.

313 Ks. esim. KKO 2019:36 ja erityisesti kohdat 12–15 koskien PKL 10:56:n suppeasta soveltamisalasta. Ratkaisun kohdan 13 mukaan suhtautuminen ylimääräisen tiedon käyttämiseen näyttönä on PKL 10:56:n myötä rajoitetumpaa kuin aiemmin.

314 Pölönen 2003, s. 205–206. Samoin määrittää Helminen ym. 2012, s. 512. Huomionarvoista on, että Pölönen ja Helminen ovat tutkineet rikosprosessia käsitteenmäärittelyssään, jolloin laajempi määritelmä on ymmärrettävä ja tarpeellinenkin. Tämä tutkimus on kuitenkin sekä siviili- että rikosprosessin kattava, samoin kuin oikeudenkäymiskaaren sääntelykin lähtökotaisesti on, joten hyödyntämisen käsitteenmäärittelyn eksaktisuus edellyttää sen kytkemistä oikeudenkäyntivaiheeseen ja erityisesti ratkaisun muodostumiseen eli todistusharkintaan.

315 Pölönen 2003, s. 205–206.

on hyödynnetty, jos ratkaisun tekemisessä on huomioitu todiste ja sen osoittama näyttöarvo.

Jämsän mukaan todisteen hyödyntämisellä voidaan tarkoittaa kumpaa tahansa näytönarvioinnin vaihetta eli joko näyttöarvon arviointia tai näytön riittävyyden arviointia, jolloin hyödyntämiskielto edellyttää todisteen sulkemista oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle joko ennen todistusharkintaa tai viimeistään arvioitaessa näytön riittävyyttä.[316] Määrittely vaatii, ollakseen täsmällinen, muutamia jatkohavaintoja. Hyödyntämisratkaisu määrittää laillisen oikeudenkäyntiaineiston, jolloin hyödyntämiskelvottoman todisteen ei myöskään pitäisi päätyä vaiheeseen, jossa sille määritetään näyttöarvoa, koska sen ei tulisi olla lainkaan osana laillista oikeudenkäyntiaineistoa. Joissain tilanteissa, jotta hyödyntämiskieltoratkaisu voidaan tehdä, saattaa tuomioistuin joutua ottamaan vastaan näyttöä sen selvittämiseksi, onko kysymyksessä todistamiskieltoa rikkova todiste. Tuomioistuin päätyy toisaalta näytön arvioinnin vaiheeseen myös sen selvittämiseksi, soveltuuko hyödyntämiskiellon yleissäännös. Tällöin tuomioistuimen olisi aiheellista perehtyä ensi sijassa todisteen yksilökohtaiseen arviointiin eikä näytön riittävyyden arviointiin, jossa tarkastellaan koko näyttöä. Tähän pisteeseen päädyttäessä todistetta on tosiasiassa jo hyödynnetty. Todisteen hyödyntäminen asettuu prosessissa viime sijassa eri vaiheeseen kuin hankkiminen tai esittäminen ja on myös erillinen, vahvempi prosessitoimi, koska hyödyntämisen oikeusvaikutus ilmenee vasta tuomioistuimen todistusharkinnassa ja erityisesti sen lopputuloksessa.

Tutkimuksen tematiikan ja aiheen rajauksen vuoksi todisteen hyödyntämisestä on tehtävä muutamia näytönarviointia ja hyödyntämisratkaisun rajapintaa selkiyttäviä havaintoja. Näytön arvioiminen vapaan todistusharkinnan puitteissa ei ole eikä voi olla oikeussäännöin sidottua. Vastaavasti OK 17:1 edellyttää vapaan todistelun ja todistusharkinnan poikkeuksista säädettävän laissa. Hyödyntämiskiellosta päättäminen tapahtuu ennen todisteen näyttöarvon arviointia ja toisaalta tätä seuraavan kokonaisnäytön arviointia, koska se tarkoittaa viime kädessä kieltoa ottaa todiste huomioon todistusharkinnassa.[317] Selkeän hyödyntämisratkaisun tekeminen antaa parempaa oikeusturvaa kuin se, että tuomioistuin *hyödyntää vähän* eli jollakin tavoin alentaa näyttöarvoa todisteelta. Hyödyntämisratkaisu, vaikka hyödyntämiseen päädyttäisiin OK 17:25.3:ssa säädetysti harkinnan jälkeen, on joko hyödyntämisen salliva tai sen kieltävä ratkaisu. Todisteen liukuvalla hyödyntämisellä tarkoitetaan Riekkisen mukaan kategorisia sääntöjä, jotka vaikuttavat todistusharkinnan sisällä käytännössä hyödyntämiskiellon tavoin.[318] Liukuva hyödyntäminen ei täytä hyö-

316 Jämsä 2020, s. 101.

317 Ks. Riekkinen 2014, s. 130. Joissakin tilanteissa OK 17:25.3:n soveltuessa yksittäisen todisteen näyttöarvoa joudutaan arvioimaan ennen hyödyntämisratkaisun tekemistä.

318 Riekkinen 2014, s. 170. Hän nimittää ilmiötä tarkalleen "*liukuvaksi hyödynnettävyydeksi*" ja mainitsee esimerkkeinä ennakkopäätökset KKO 2008:68 ja KKO 2013:25. Ensiksi mainittu on mielestäni selkeämmin kuulopuhetodistelua koskevaan näytönarviointiin ja kontradiktorisuuden toteutumisen

dyntämiskiellon funktiota eikä siten tarjoa riittävää oikeussuojaa. Sen sijaan, mikäli tuomioistuin hyödyntää todistusaineistoa, mutta arvioi sitä kriittisesti, kysymys ei ole hyödyntämiskiellon vaihtoehtoistilanteesta vaan näytönarvioinnista, jossa esimerkiksi puutteet todisteen luotettavuudessa alentavat todisteen näyttöarvoa.[319] Kriittisellekin näytönarvioinnille voidaan muodostaa kokemussääntöjä, kunhan on selvää, että niitä käytetään nimenomaan näytönarvioinnin vaiheessa eikä hyödyntämiskiellon asettamisen vaihtoehtona.

> Ymmärrän Riekkisen tarkoittavan liukuvalla hyödyntämisellä nimenomaan tukitodisteluvaatimuksiin tai kokemussääntöjen oikeussäännöiksi vahventumiseen liittyvää problematiikkaa, joka pohjautuu yksin tai pääasiassa -doktriiniin silloin kun kyseessä on tukitodisteluvaatimus laittomasti hankitun päätodistelun lisäksi.[320] Kansallisen todistusoikeudellisen sääntelyn valossa tämä ei kuitenkaan ainakaan enää todistelu-uudistuksen jälkeen saisi tarkoittaa sitä, että yksin tai pääasiassa -argumenttia voisi käyttää hyödyntämiskiellon asettamisen vaihtoehtona. Näytönarviointi voidaan tehdä ainoastaan lailliselle todistusaineistolle, jolloin hyödyntämiskieltoon asetetun todisteen osalta sitä ei suoriteta.[321]

Pölönen on jo ennen todistelu-uudistusta antamassaan kannanotossa mielestäni ollut oikeassa koskien hyödyntämiskiellon ydinajatusta todetessaan, että hyödyntämiskieltokysymykset eivät liity vapaan todistusteorian mukaiseen todisteen näyttöarvon arviointiin, koska näytönarviointia ei voida suorittaa sellaisen todisteen osalta, joka on suljettu pois oikeudenkäyntiaineistosta.[322] Riekkisen[323] mukaan

---

arviointiin kulminoituva ratkaisu, jonka osalta sääntely on selkeytynyt todistelu-uudistuksessa, kun hyödyntämiskiellon yleissäännöksen ja kirjallisen kertomuksen käyttökiellon soveltamistilanteita tarkastellaan suhteessa toisiinsa. Sen sijaan KKO 2013:25 voisi olla selkeämmin niin sanotun liukuvan hyödyntämisen ilmiötä kuvaava.

319 Pölönen – Tapanila 2015, s. 230–231. Kriittinen näytönarviointi soveltuu luotettavuudeltaan puutteellisen todisteen arvioimiseen, mutta liukuvan hyödyntämisen merkityksessä sitä ei voi käyttää, eli korvaamaan hyödyntämiskiellon asettamista. Tämä johtuu sekä hyödyntämiskiellon "*joko/tai*"-luonteesta että siitä, ettei pelkkä luotettavuuspuute todistelussa yksin johda hyödyntämiskiellon asettamiseen, vaan kieltosäännösten taustalla on muitakin intressejä.

320 Tällöin voi käydä niin, että todisteen näyttöarvoa alennetaan hyödyntämiskiellon asettamisen sijaan. Liukuva hyödyntäminen on ongelmallista kahdesta näkökulmasta. Ensinnäkin se sekoittaa selkeän käsittelyratkaisun, hyödyntämiskiellon asettamisen, ja näytön arvioimisen toisiinsa. Kysymys ei ole pelkästään prosessin kulkuun tai vapaan todistusharkinnan sisäiseen systematiikkaan liittyvästä sekoittumisesta vaan myös sisällöllisestä sekoittumisesta, mikä heikentää ratkaisujen ennakoitavuutta. Toiseksi se sivuuttaa tässäkin tutkimuksessa perustellun OK 17 luvussa tarkoitetun vapaan todistelun ja todistusharkinnan sekä toisaalta hyödyntämiskiellon systematiikan.

321 Riekkinen 2014, s. 131.

322 Pölönen 2003, s. 205.

323 Riekkinen 2014, s. 154.

*”Hyödyntämisen periaatteellinen salliminen mutta näyttöarvon pudottaminen kategorisesti nollaan ihmisoikeusvelvoitteista johtuen ei mielestäni ole sovitettavissa yhteen vapaan todistusharkinnan periaatteen kanssa. Syytetyn perus- ja ihmisoikeuksien suojaaminen pitäisi toteuttaa estämällä todisteiden ottaminen mukaan (vapaaseen) todistusharkintaan, ei muodostamalla näyttöarvon määrittämistä ohjaavia sääntöjä, jotka vaikuttavat todistusharkinnan sisällä.”* Vastaavasti kuin Pölösen, myös Riekkisen näkemykseen on helppo yhtyä. Todistusoikeudellisessa järjestelmässä on erotettava toisistaan todisteen hyödyntämiskelpoisuus ja näytönarviointi.

Riekkisen mukaan todisteiden hyödyntämiskiellon ja todistusharkinnan suhteessa yhtenä tyypillisenä piirteenä on hyödyntämisratkaisun ja todistusharkinnan tasojen sekoittuminen.[324] Tunnistan Riekkisen tavoin ratkaisusta KKO 2013:25 liukuvan hyödyntämisen mahdollisen olemassaolon probleeman, mutta KKO:n ratkaisuja ketjumaisesti tarkastellen kysymys on enemmänkin näytönarviointia koskevasta ratkaisusta, jota ei ole kirjoitettu selkeän linjausratkaisun muotoon. Riekkinen on todennut ratkaisun KKO 2012:45 olleen osoitus liukuvan hyödyntämisen hylkäämisestä, koska ratkaisussa erotettiin hyödyntämisratkaisu näyttöarvon määrittämisestä.[325] Ratkaisussa KKO 2012:45 on ensiksi arvioitu näyttöarvon alentamisen mahdollisuutta laittomasti hankitun todisteen osalta viitaten ratkaisussa KKO 2011:91 käytettyyn tulkintatapaan, mutta päädytty hyödyntämiskieltopunnintaan toisin kuin ratkaisussa KKO 2013:25.[326]

> Ratkaisussa KKO 2011:91 (kohta 16) korkein oikeus viittasi EIT:n ratkaisukäytännöstä johdettuun linjaukseen, jonka mukaan tuomiota ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa laittomasti hankitulle todistusaineis-

324 Riekkinen (2014, s. 170) hyväksyy yksittäisissä tapauksissa näyttöarvon alentamisen, mutta ei kategorisia sääntöjä.

325 Riekkinen 2014, s. 165. Ks. myös tuoreemmasta hovioikeuskäytännöstä Tapanila 2014, s. 3–23, jossa Tapanila on tutkinut, miten ratkaisut KKO 2012:45 ja KKO 2013:25 ovat vaikuttaneet hovioikeuksien ratkaisukäytäntöön Tapanila nostaa esiin hovioikeuden ratkaisuja, jotka noudattavat enemmälti KKO 2013:25 mukaista argumentaatiota kuin ansiokkaampaa ratkaisua KKO 2012:45. Sittemmin, ETL:n muututtua ratkaisun antamisen jälkeen, voisi samoilla tosiseikoilla päätyä hyödyntämiskiellon asettamiseen. Hyödyntämisratkaisu, olipa se hyödyntämisen salliva tai kieltävä, tulisi selkeästi tehdä hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla, jos ETL:n ilmoittamisvelvollisuuksia on rikottu.

326 KKO 2012:45 kohdassa 39 viitataan liukuvan hyödyntämisen mahdollisuuteen, mutta myöhemmin, kohdassa 46 hylätään tällaisen käyttäminen. Korkein oikeus viittasi ratkaisun KKO 2011:91 linjauksiin kohtien 8, 9 ja 17 osalta, ja toisti sinänsä hyödyntämisratkaisun ja näytönarvioinnin välisen suhteen tapauksessa, eli sen, että tuomioistuimen on vapaan harkinnan periaatteen mukaisesti arvioitava, onko säännösten vastainen tai muutoin virheellinen menettely vaikuttanut todisteen luotettavuuteen, jos todisteen hyödyntäminen sallitaan. Tämän jälkeen se totesi (kohdassa 43), että itsekriminointisuojan loukkausta ei voi korjata näyttöarvon alentamisella. Korkeimman oikeuden mukaan oikeutta puolustajaan rikkomalla hankittua todistetta rasittaa epäillyn puolustautumisoikeuden rikkominen, eikä kysymys todisteen käytettävyydestä liity tällöin todisteen uskottavuuteen (kohta 46). Viittaus ratkaisuun KKO 2011:91, jossa ei juurikaan pohdittu itsekriminointisuojan näkökulmaa, on tältä osin hieman yksipuolinen.

tolle, ja totesi: "*Mikäli todiste on hankittu lainvastaisella taikka muutoin virheellisellä menettelyllä, tämä voi heikentää todisteen näyttöarvoa.*" EIT:n ratkaisukäytännön linjaus ei mielestäni tarjoa näin laveaa tulkintaa todisteen näyttöarvon määrittelylle, koska todiste voi olla laittomasta hankintatavasta huolimatta muuttumaton. Ratkaisun KKO 2012:45 perusteluissa ei, ymmärrettävästi yksittäistapauksellisesta näkökulmasta, otettu kantaa siihen, mikä olisi menettelyvirhe, jonka osalta epäillyn oikeuksien loukkaaminen voidaan välttää näyttöarvon alentamisella hyödyntämiskiellon asettamisen sijaan. Tämä jätti avoimeksi sen, miten eritasoiset oikeudenloukkaukset vaikuttavat todisteen hyödynnettävyyteen, ja avoimeksi jäi edelleen kysymys, onko vapaa todistusharkinta periaatteena sellainen, että se mahdollistaisi todisteen näyttöarvon alentamisen myös tilanteissa, joissa olisi tullut tehdä selvä hyödyntämisratkaisu.[327]

Ratkaisussa KKO 2012:45 todettiin liukuva hyödyntäminen sinänsä hyläten, ettei itsekriminointisuojan loukkausta voida korjata todisteen näyttöarvoa alentamalla. Korkein oikeus on todistelu-uudistuksen voimaantulon jälkeen annetulla ratkaisulla KKO 2016:76 vahvistanut ratkaisun KKO 2012:45 oikeusohjeen. Vastaavasti todistelu-uudistus muutti oikeuslähdettä, johon ratkaisun KKO 2011:91 tulkinta perustui.[328] Liukuvan hyödyntämisen problematiikkaa ei siten tältä osin pitäisi oikeuskäytännössä ilmetä.

## 3.5 Totuus oikeudenkäynnissä

Totuuskäsitys on todistusteorian tarkastelun kannalta perustavanlaatuisin seikka. Tämän tutkimuksen puitteissa ei pyritä määrittämään täysin pitävästi totuuden käsitettä oikeudenkäynnissä ongelman laajuuden ja toisaalta tutkimuksen tarkoituksen vuoksi. Totuuden käsitteen perusteellinen pohdinta on kuitenkin välttämätöntä vapaan todistusteorian päämäärien ja sisältöjen avaamiseksi, koska sen perustana on aineellisen totuuden tavoite ja normiluonne periaatteena. Aineellisen totuuden periaate asettaa tarkoituksen koko prosessille. Totuudentutkimiskäsky on todistus-

327 Ks. ratkaisun kommentointia näiden mahdollisten lievempien menettelyvirheiden osalta Tapanila 2012a, s. 595–596 ja Vuorenpään kannanotot Tapanilan kommentteihin Vuorenpää 2013, s. 144–145. Kumpikaan ei ottanut kantaa näyttöarvon alentamisen vaihtoehtoon, jota KKO jälleen tuntuu myös hyödyntämiskiellon vaihtoehdoksi tarjoavan. Ks. ratkaisuista muutoin jaksossa 9.5.3.

328 Fredmanin (2018, s. 80) mukaan sovellus herättää kysymyksiä oikeuslähteen vahvuudesta ja siitä, muuttaako korkein oikeus tulkintaansa oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä. Kysymyksessä on siirtyminen sääntelemättömästä hyödyntämiskiellosta lakitasoisen oikeussäännön piiriin, eli käytännössä säädetyn OK 17:25.3:n tulkinnasta, missä lain esityöt erityisesti uuden sääntelyn osalta ovat tulkintaa ohjaavia ennen prejudikaattien antamista asiasta. Tällöin säännöksen vaikutus on ollut oikeustilaa selkiyttävä ja yhdenmukaistava, jopa muuttava.

oikeuden perusnormi,[329] mutta totuutta ei ole tutkittava oikeudenkäynnissä mihin hintaan tahansa.[330]

Totuuden käsitteen määrittelyssä on osin kysymys näytön arvioinnista, mutta pohjimmiltaan totuuden kriteerien tavoittelussa teoreettisesti voidaan nojautua käyttäytymistieteeseen.[331] Näytönarvioinnissa käytetään kokemussääntöjä, joita voidaan muodostaa psykologian avulla. Myös mielikuvituksen ja kielen todellisuutta muokkaavat vaikutukset ovat herättäneet huolta jo todistelujärjestelmän perustamisesta lähtien, ja oikeudenkäynneissä käytettävän kielen on nähty sekä auttavan totuuden tavoittamisessa että olevan uhka sille.[332] Yleistettynä voidaan todeta, että totuus on historiallista tietoa, minkä vuoksi oikeudenkäynnissä tavoiteltavan totuuden taso tai määritelmä voi erota myös tiedon luonteen vuoksi, mikä aiheuttaa perustavanlaatuisia haasteita myös mannereurooppalaisen ja tapaoikeudellisen järjestelmän vertailussa. Damaškan mukaan common law -todistusoikeudessa tieto on luonteeltaan vähemmän tarkkaa ja sisältää elämismaailman moninaisuutta, kun taas mannereurooppalaisessa oikeudessa tieto on tarkempaa ja etäisempää arkielämän monimutkaisuudesta. Common law -maissa faktat ja moraali ovat tiiviisti yhteen kietoutuneita, kun taas mannereurooppalaisessa perinteessä tieto on teknisempää ja yksipuolisempaa. Tällöin voidaan puhua myös faktapositivismista, joka sivuuttaa tiettyjä monimutkaisia vivahteita totuuden määritelmästä ja pragmatisoi totuuden kriteereitä.[333]

Totuuden tavoittelussa kysymys siitä, millaisin perustein vapaasta todistelusta tai vapaasta todistusharkinnasta voidaan poiketa, kiinnittyy vahvasti hyödyntämiskieltokysymykseen. Vapaan todistusteorian keskiössä on totuus, jonka tavoittelu leikkaa todistusoikeudessa läpi oikeuden tasojen. Samaan aikaan totuuspyrkimyksen nojalla on myös rajoitettu vapaata todistelua. Tämän ongelman käsitteleminen edellyttää oikeuden syvärakenteen, oikeuskulttuurin ja oikeuden pintatason rajapintoihin sijoittuvaa tarkastelua totuuden merkityksen kuvaamiseksi. Virhelähteet todistamis- ja hyödyntämiskieltojen taustalla liittyvät useimmissa tapauksissa näytön kontradiktorisuuden puutteeseen tai perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamiseen.[334] Rajoitusten

329 Hormia 1978, s. 103.

330 Hormia 1978, s. 10.

331 Näin Ruotsin HD:ta seuraten KKO on tehnyt vuonna 2013 kolmessa ratkaisuissa, joista KKO 2013:27 koski näytön arviointia epäiltyä tappoa koskevassa rikosasiassa. Korkein oikeus arvioi siinä (kohdat 45–51) syytetyn aiempaa käyttäytymistä. Ratkaisut KKO 2013:96 ja KKO 2013:97 puolestaan koskivat epäiltyjen seksuaalirikosten näytön arviointia ja molemmissa on käytetty samaa käyttäytymistieteellistä tutkimusaineistoa arvioinnin lähteenä. Ratkaisun KKO 2013:96 osalta ks. erityisesti kohta 8 ja KKO 2013:97 osalta kohdat 7–8 ja 43–44. Rautio – Fränden (2016, s. 34) mukaan nämä ratkaisut muodostavat keskeisiä pedagogisia esikuvia sille miten näytön arviointi tulee kirjoittaa tuomion perusteluissa.

332 Jokila 2010, s. 108.

333 Damaška 1975, 1103–1105.

334 Virhelähteet liittyvät kuitenkin useissa tapauksissa näytön kontradiktorisuuden puutteeseen. Kontradiktorisuus muodostaa perus- ja ihmisoikeussäännösten mukaisen oikeudenmukaisen oikeudenkäyn-

taustalla on siten osin totuuspyrkimys, mutta on huomattava, että mahdollisesti vielä vahvemmin vapaan todistusharkinnan rajoittaminen heikentää mahdollisuutta aineellisen totuuden saavuttamiseen, koska hyödyntämiskiellot sulkevat pois todisteita tuomarin harkinnasta.[335] Näin ollen on syytä edelleen täsmentää ensinnäkin sitä, millainen merkitys aineellisen totuuden tavoitteella prosessissa on, ja toiseksi sitä, millainen totuus prosessissa on hyväksyttävää tai riittävää. On selvää, että aineellisen totuuden saavuttaminen on kotimaisessa oikeudenkäyntimenettelyssä hyväksytty ideaali, joka tosin ei muun muassa vapaan todistusteorian rajoituksista johtuvista prosessuaalisista syistä voi toteutua.[336]

Tarkastelen tässä jaksossa totuutta todistelun päämääränä totuusteorioiden, eli käytännössä filosofisen käsitteenmäärittelyn, ja oikeustieteellisen totuuden määritelmän ja normiluonteen avulla. Tarkastelen lyhyesti myös viimeaikaisia oikeuspsykologisia tutkimusnäkökulmia totuuden tavoitteluun sekä totuuden vaihtoehtoista määrittelyä sosiaalisen konstruktionismin avulla. Pääosin tutkimuksessa totuus kiteytyy teoreettisen tutkimuksen osalta todistelun tavoitteeksi ja toisaalta myös historiallisesta näkökulmasta siltä osin, kuin kyse on kilpailevan todistusteorian perusteesta. Totuuden tavoittelun ei nykyisessä oikeudenkäynnissä käytännössä voida katsoa olevan jakamatonta edes oikeusperiaatteiden nojalla, sillä näytön hankkimista ja esittämistä säännellään pakottavin oikeusnormein. Osa rajoituksista perustuu siihen, että niin pyritään estämään epäluotettavan todistelun esittäminen eli rajoitus itsessään perustuu totuuden tavoitteeseen.[337] Totuuden määritelmä oikeudenkäyn-

---

nin vaatimuksen keskeisen osan, mutta se sijoittuu tässä tutkimuksessa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen yhdeksi soveltamistilanteeksi menettelysäännösten rikkomisen osalta ja toisaalta myös kirjallisen kertomuksen käyttökiellon (OK 17:24) soveltamistilanteisiin. Useista näytön luotettavuutta koskevista rajoituksista on kuitenkin poikkeuksia, joita tukevat erilaiset kuultavan psyykkiseen terveyteen ja hyvinvointiin liittyvät näkökohdat. Rautio – Frände 2016, s. 30. Yksi keskeinen kysymys tosin on se, millainen painoarvo todisteen luotettavuudelle on annettava hyödyntämiskiellon asettamista pohdittaessa. Väitän painoarvoa vähäiseksi, koska lainsäätäjä on tehnyt punninnan sekä todistamis- että hyödyntämiskieltosääntelyn yhteydessä ja toisaalta tuomioistuin ottaa todistusharkinnassa näytönarvioinnin vaiheessa huomioon todisteen luotettavuuden vaikutuksen todisteen näyttöarvoon, jolloin lienee paikallaan kyseenalaistaa luotettavuuden arvioinnin määräävä asema hyödyntämiskiellon asettamisharkinnassa. Itse asiassa todistamiskieltojen ja hyödyntämiskieltojen sääntely olisi tarpeetonta, jos todisteen puutteellinen luotettavuus olisi niiden säätämisen keskeinen tekijä.

335 Tällaista välitöntä vaikutusta ei ole esimerkiksi kirjallisen kertomuksen käyttökiellolla (OK 17:24) tai tuomarin oikeudella rajoittaa todistelua OK 17:8:n nojalla, koska molemmissa menettelyissä ideologia on joko korvata todiste paremmalla lähteellä tai estää turhaksi todetun todisteen käyttäminen.

336 Luonnollisesti aineellisen totuuden saavuttamattomuudella oikeudenkäynnissä on muitakin taustatekijöitä, joista vähäisin ei suinkaan ole epäselvyys siitä, mitä aineellinen totuus tapahtumia jälkikäteen tapahtumassa mukana olemattomien henkilöiden toimesta arvioiden ylipäänsä on. Aineellisen totuuden merkitys prosessioikeudessa ja tarkemmin todistusoikeudessa riippuu ensinnäkin sen määritelmästä, mutta toiseksi myös aineellisen totuuden normiluonteesta.

337 Huomattava kuitenkin on, että rajoituksilla on myös muita päämääriä, kuten turvata oikeudenkäynnin osapuolten tasavertaista asemaa sekä menettelyn oikeudenmukaisuutta. Ks. Pölönen – Tapanila 2015, s. 29.

nissä kulminoituu kysymykseen siitä, tavoitellaanko prosessioikeudellisilla säännöksillä aineellista vai prosessuaalista totuutta ja kumpi on käytännössä hyväksyttävä totuuden taso. Filosofisemman pohdinnan kohteena voisi olla se, miten nämä totuudet eroavat arkielämän totuudesta, siitä, mitä todella tapahtui. Toisaalta voisi pohtia myös sitä, mitä totuus ylipäänsä on ja voiko totuuden tietää. Rajaan nämä tarkastelut kuitenkin tutkimuksen ulkopuolelle. Keskeinen totuuden saavuttamista koskeva rajoitus liittyy ihmisen kognitiiviseen kykyyn, joka on ”*epätäydellinen totuuden ja harhakäsitysten välimaastossa*”.[338]

Psykologian ja kognitiotieteiden hyödyntäminen ovat lisääntyneet todistusoikeudellisessa tutkimuksessa ja oikeuskäytännössä.[339] Käyttäytymistieteiden soveltaminen erityisesti rikosoikeudessa voi auttaa arvioimaan näyttöharkinnassa tahallisuutta ja toisaalta yleisesti kriminaalipolitiikan tehokkuutta. Poikkitieteellisyyden haasteiden osalta on kuitenkin tunnustettava, että vaikka tieteellisiä kokemussääntöjä voidaan myös käyttää sääntelyn tulkinnassa, tuomioharkinnassa psykologian ja tieteellisen tutkimuksen rooli oikeudellisena tulkinta-argumenttina ei ole täysin selkeä. Oikeustieteellinen tutkimus sinänsä sallii vapaan näkökulmien valinnan eri tieteenaloilta, mutta oikeuslähdeopissa kokemusperäisen tiedon asemaa ei juurikaan käsitellä.[340] Todistusoikeuden suhde teoreettisiin periaatteisiinsa on ristiriitainen. Toisaalta pyritään saavuttamaan objektiivista, havaintopohjaista tietoa ja prosessin ulkopuolista totuutta, mutta samalla ymmärretään, että tämä on usein mahdotonta.[341] Prosessissa on pyrittävä selvittämään totuutta mahdollisimman tarkasti ja päätökset tulee tehdä pelkästään todistetuiksi katsottujen tosiasioiden perusteella. Samalla tunnustetaan, että aineellinen totuus on usein vain tavoiteltava ideaali, joka muotoutuu prosessuaaliseksi totuudeksi todistusaineiston esittämisen ja tuomioistuimen päätöksen myötä. Totuuden tavoittelulle on asetettava myös prosessiekonomisia rajoja.[342]

Jokila on esittänyt rikosprosessia koskevan vaihtoehtoisen totuuden määrittelyn, joka perustuu ajatukseen tiedon rakentuneisuudesta, jossa kieli ja todellisuus kietoutuvat yhteen, ja tieto muodostuu sosiaalisessa vuorovaikutuksessa. Määritelmä perustuu sosiaalisen konstruktionismin viitekehykselle. Tässä määritelmässä totuus tietona ei rajoitu vain tarkkarajaisten todellisuusobjektien havainnointiin, vaan se ymmärretään jatkuvana sosiaalisena prosessina, joka on aina uudelleen muokattavis-

338 Tässä yhteydessä ”*kaikki inhimillinen ajattelu on lopulta kamppailua harhakäsityksiä vastaan ja totuuden puolesta.*” Ks. Beiling (1903, s. 1), jonka tutkimuksen Todistamiskielloista totuuden tutkimisen rajoina rikosprosessissa johdatuksessa sanotaan, että ”*ihmisen olemassaolo, niin epätäydellinen kuin se onkin, on upotettu totuuden ja virheen väliin, ja koska se on sitä, kaikki ihmisen ajattelu on viime kädessä taistelua virhettä vastaan, taistelua totuuden puolesta.*”

339 Marjosola 2021, s. 6 ja Stanikic 2015, s. 51–78.

340 Marjosola 2021, s. 7–8.

341 Jokila 2010, s. 108.

342 Stanikic 2015, s. 47.

sa. Tuomioistuimissa tuotettu tieto olisi paremmin kuvattavissa rakentuneisuuden määritelmän kautta. Jokilan määritelmä totuudelle on ihmisen objektiivisen käsityskyvyn vajavaisuuteen peilattuna tarpeellinen, mutta lainkäytön yhdenvertaisuuteen ja ennustettavuuteen suhteutettuna kunnianhimoinen. Määritelmän ymmärtäminen käyttäytymistieteellisesti oikeellisempana kuin yksinkertaistettu historiallinen totuus paljastaa kuitenkin tärkeitä seikkoja totuuden olomuodosta. Se on muuttuva, kehittyvä ja subjektiivinen eli riippuvainen kertojan kielellisestä ilmaisusta sekä kokemustaustasta, jolla kertoja on tilannetta havainnoinut. Jokilan mukaan todistusoikeudellinen sääntely onkin ristiriidassa valistuksen ja empirismin tietoteoreettisten ihanteiden kanssa.[343]

> Tämän ristiriidan voisi Jokilan mukaan korjata sosiaalisen konstruktionismin implementointi, koska viime kädessä sen näkökulmasta rikosprosessin periaatteet, kuten suullisuus, välittömyys ja keskittäminen, saattavat näyttäytyä vähemmän merkityksellisessä valossa verrattuna puhdasta havaintoa korostavaan tiedon kulttuuriin. Prosessin melko muodolliseen oikeudenmukaisuuden näkökulmaan verrattuna tällainen faktapositivismista poikkeaminen voisi olla haaste nykyisessä oikeudenkäyntijärjestyksessä, joka perustuu sekä todistusteorialtaan historiallisen totuuden tavoitteluun että tuomarien melko puhtaaseen lainoppineisuuteen. Jokilan mukaan olisikin tarpeellista käydä laajaa keskustelua todistusoikeuden epistemologisista lähtökohdista ja siitä, miten nämä teoreettiset valinnat vaikuttavat rikosoikeusjärjestelmän tiedon tuottamisen ohjaaviin periaatteisiin ja sääntöihin, jolloin todistusoikeudellista tutkimusta tulisi tehdä konstruktionistisesta ja feministisestä näkökulmasta, sillä sosiaalinen konstruktionismi kuvaa rikosoikeusjärjestelmän oikeudellisen faktatiedon luonnetta faktapositivismia paremmin.[344]

### *3.5.1 Totuuden määritelmä totuusteorioiden näkökulmasta*

Juridiikka noudattaa samoja filosofisia ja tietoteoreettisia käsityksiä kuin muutkin tieteenalat. Totuus käsitteenä onkin sellainen, ettei sitä voida ylätasolla määritellä juridiikassa eri tavoin kuin muissa tieteissä. Totuus nimittäin on pohjimmiltaan jotakin yleismaailmallista ja olemiseen liittyvää, jolloin määritelmälle totuus oikeudenkäynnissä voidaan etsiä sisältöä yleisestä tietoteoriasta. Niiniluodon mukaan totuuden määritelmä ja totuuden kriteerit sekoitetaan usein keskenään. Niiniluoto on ilmaissut käsitteiden eron seuraavasti: ”*Siitä, että tiedämme mitä totuus on, ei välttämättä seuraa, että kykenemme erottamaan todet lauseet epätosista*.”[345] Tämän tutkimuksen kontekstissa tarkastellaan totuuden määritelmää, jonka tarkoitus on

343 Jokila 2010, s. 6–9 ja 112.
344 Jokila 2010, s. 294.
345 Niiniluoto 2002, s. 110.

kertoa, mitä totuudella tarkoitetaan, ei sitä, millaisten kriteerien avuilla asiaa voidaan pitää totena. Valinta perustuu siihen, että jakson tarkoitus on selventää, mitä totuus oikeudenkäynnissä tarkoittaa, ei sitä, miten asioiden totuudenmukaisuutta arvioidaan.[346]

Totuuden käsitettä voidaan tieteellisesti määritellä usean eri teorian avulla. Näistä keskeisimmät ovat totuuden korrespondenssi-, koherenssi- ja konsensusteoria sekä deflatorinen totuusteoria. Korrespondenssiteoria määrittelee jonkin asian totuudeksi, jos totuutta koskevat lausumat voidaan vahventaa havainnoin.[347] Sen mukaan totuus on vastaavuussuhde uskomuksen ja tosiasian välillä siten, että uskomus on tosi täsmälleen silloin kun se vastaa todellisuutta, eli lause on tosi, jos se ilmaisee toden asiantilan eli vastaa tosiasioita.[348] Totuuden korrespondenssiteorian taustalla on Lammenrannan mukaan ajatus siitä, että uskomukset heijastavat todellisuutta, jolloin uskomus on tosi, mikäli todellisuus on sellainen, millaiseksi uskomus sen esittää. Totuus ei näin ollen ole riippuvainen pelkästään ihmisen uskomuksesta, vaan siitä, vastaako tämä uskomus todellisuutta. Vaikka tällainen totuuden määrittely tuntuu ilmiselvältä, tietoteoriassa korrespondenssiteorian heikkoudeksi on esitetty vastaavuuden ja tosiasian selittäminen sekä selittämisestä aiheutuva haasteellisuus siihen, että lopulta vastaavuus uskomusten ja tosiasioiden välillä on kunkin henkilön omaa projisointia, jolloin tosien uskomusten vastaavuutta niistä riippumattoman todellisuuden kanssa on mahdotonta yksiselitteisesti selvittää.[349]

Koherenssiteoria on perinteinen korrespondenssiteorian kilpailija. Sen mukaan jonkin lauseen totuus merkitsee sen yhteensopivuutta muiden lauseiden muodostaman systeemin kanssa.[350] Tällöin havainnot joudutaan pukemaan kielelliseen asuun, kun niistä tehdään selkoa, ja totuutta arvioidaan nyt tehtävien ja aiemmin tehtyjä havaintoja koskevien lauseiden kesken.[351] Tietoteoriassa koherenssiteorian heikkoutena pidetään sitä, että käytännössä aina on olemassa lukuisia erilaisia ristiriidattomia lausejoukkoja, joiden totuustodellisuudesta tämä teoria ei kykene sanomaan mitään.[352] Koherenssiteorialla on merkitystä arvioitaessa todennäköisyyden vahvuutta, mutta totuuden määrittämiseksi se ei ole riittävä. Koherenssiteoriassa useiden lauseiden muodostama systeemi luo kuitenkin objektiivisuutta, joka puolestaan konsensusteorian määrittämältä totuudelta puuttuu. Konsensusteoriassa totuus määritellään ideaaliseksi rajaksi, johon päättymätön tutkimus tai vääristymä-

346 Rajaus noudattaa siten samaa tutkimuksellista linjausta, jossa näytön arvioinnin menetelmät on jätetty tutkimuksen ulkopuolelle.
347 Klami 1995, s. 9.
348 Niiniluoto 2002, s. 108.
349 Lammenranta 1994, s. 82.
350 Niiniluoto 2002, s. 110.
351 Klami 1995, s. 9.
352 Niiniluoto 2002, s. 110.

tön kommunikaatio johtaa.[353] Sen mukaan totuus on konsensuksen tulos, jossa havaintojen tulkitseminen suhteessa kielelliseen aineistoon sekä erilaisten kielellisten lausumisen suhteuttaminen toisiinsa vaativat inhimillistä tulkintaa. Klamin mukaan tällainen havaintojen ja totuuden maailma on vain kyseisen tulkitsijan maailma, joten väitteet suhteutetaan tiettyyn auditorioon, joka hyväksyy tai on hyväksymättä ne annetuiksi.[354] Käytännön oikeustieteessä käyttökelvottomin on kuitenkin deflatorinen totuusteoria, joka määrittää totuuden asiaksi, jossa kaavan "*on totta, että p jos ja vain jos p*" kiistattomat tapaukset pitävät paikkaansa. Teorian mukaan kukin kaavan tapaus on teorian aksiooma ja aksioomat sanovat kaiken, mitä totuudesta on sanottavissa. Todistusoikeudessa, jossa on kysymys nimenomaan siitä, että totuus ei ole tiettävissä vaan siihen pyritään todistelun avulla, deflatorinen teoria ei tarjoa työkaluja.[355]

Korrespondenssiteoria on oikeudenkäynnissä todistelun näkökulmasta relevantein, vaikka näytön arvioinnissa todennäköisyyksien vahvuuden määrittelyssä koherenssiteoriallakin on osansa. Korrespondenssiteorian keskeisin haaste piilee siinä, että teoria näyttää vaativan, että uskomuksen vertaaminen tosiasioihin olisi mahdollista.[356] Jokaisella on kuitenkin oma uskomus todellisuudesta, mikä johtaa siihen, että korrespondenssiteorian mukaisen totuuden määrittäminen tarkoittaisi erilaisten uskomusten vertaamista keskenään. Lammenrannan mukaan uskomuksia ei voi koskaan verrata käsittelemättömään todellisuuteen, jolloin korrespondenssiteoria johtaa skeptisismiin, eikä ole mahdollista tietää, vastaako uskomus todellisuutta. Koherenssiteorian on esitetty ratkaisevan korrespondenssiteorian skeptisismiin johtavan haasteen, koska siinä verrataan uskomusten keskinäistä koherenssia eli niiden välistä yhteensopivuutta. Kuitenkin koherenssiteoria johtaa helposti kehäpäätelmiin, koska totuutta etsittäessä joudutaan vetoamaan uskomusten väliseen ristiriidattomuuteen, mikä puolestaan vaatisi totuuden tietämistä. Tämä ongelma

353 Niiniluoto 2002, s. 112.

354 Klami 1995, s. 9.

355 Lammenranta 1994, s. 87. Deflatorinen totuusteoria perustuu siihen, että syvällistä luonnehdintaa totuuden olemuksesta muiden totuusteorioiden tapaan ei tarvita.

356 Korrespondenssiteoriaa koskeva kritiikki, siltä osin kuin se johtuu totuuden määritelmän ja kriteerien sekoittamisesta keskenään, on vaikuttanut myös oikeudenkäynnin tavoitteeksi asetetun aineellisen totuuden tavoittelun kritisointiin. Pölösen ja Tapanilan mukaan aineellista totuutta koskevassa kritiikissä on sekoitettu toisiinsa todistelun tavoite ja todistelulle annettava oikeudellinen luonnehdinta. Koherenssiteorian mukaisen totuuden määritelmä on luontevasti sovellettavissa näytön arviointiin, jossa erotellaan riidattomat ja riitaiset seikat, ja verrataan riitaisten seikkojen yhdenmukaisuutta (koherenssia) riidattomiin. Verrattuna puhtaaseen tietoteoreettiseen katsantokantaan, eroavuuden koherenssiteorian sovellutukseen oikeudenkäynnissä aiheuttaa kuitenkin se, että riidattomia seikkoja pidettäisiin tosina riippumatta niiden todellisesta luonteesta. Konsensusteoriaa, jossa totuus määrittyy sen perusteella mitä tietty määrittelynvarainen joukko muutoin pitää totena, ei sovellu oikeudenkäynnissä tavoiteltavaan totuuteen, koska se ei anna merkitystä havaintoihin perustuvalle tiedolle objektiivisesti havaittavista tapahtumankuluista. Ks. tarkemmin Pölönen – Tapanila 2015, s. 32–33.

johtuu koherenssin määrittelemisestä loogiseksi yhteensopivuudeksi.[357] Koherenssiteorian on katsottu voivan toimia lähinnä epätoden suhteellisena kriteerinä.[358] Lammenrannan mukaan korrespondenssiteorialla, jota on täydennetty naturalistisella referenssiteorialla, on mahdollista määritellä totuus ja uskomus. Tietoteoriassa on päädytty usein siihen, että totuusteorioista uskottavimpia ovat korrespondenssiteoria ja deflatorinen teoria, joista korrespondenssiteoria soveltuu parhaiten erilaisten totuuden käsitteiden rooleihin.[359]

Korrespondenssiteorian puolesta oikeudenkäynnissä ja todistelussa puhuu myös se, että siinä on erotettu toisistaan totuuden luonne ja kriteerit, joiden sekoittaminen keskenään on muiden totuusteorioiden haaste. Korrespondenssiteoria on tarkoitettu teoriaksi totuuden luonteesta, eikä sen tarkoitus edes ole antaa totuuden tunnistamiseksi kriteerejä.[360] Niiniluoto onkin korrespondenssiteorian puolesta puhuvasti lausunut, että totuuden määritelmältä ei tarvitse edellyttää, että se antaisi käytännöllisen menetelmän totuuden tunnistamiseksi.[361] Koska korrespondenssiteoria ei vaadi, että uskomuksia pystyttäisiin vertaamaan tosiasioihin, tuntuu sen mukaisen totuuden käsittäminen myös oikeudenkäynnissä selvitettävän totuuden parhaalta teoriataustalta.[362] Oikeuskirjallisuudessa totuus katsotaan tyypillisesti määrittyvän oikeudenkäynnissä korrespondenssiteorian mukaisesti.[363] Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tuomion perusteena oleva seikasto on totta, jos se vastaa ulkoprosessuaalista tapahtumainkulkua. Koska tosiseikasto, jonka totuutta tavoitellaan, määräytyy oikeudenkäynnissä faktaväitteiden perusteella, on todistelulla keskeinen merkitys totuuden määrittymisessä. Näin ollen tuomion faktapremissin tulee vastata ulkoprosessuaalista tapahtumainkulkua, jolloin oikeudenkäynnin tavoitteena on aineellinen totuus. Todistelu on siten rakennettu totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti.[364]

---

357 Lammenranta 1994, s. 84. Lammenranta onkin ehdottanut ratkaisuksi kehäpäätelmän välttämiseksi koherenssin määrittämistä sellaisten tiedollisten termien avulla, jotka voidaan ymmärtää totuuden käsitteistä riippumatta. Totuus voitaisiin määritellä oikeutuksena, jolloin totuus olisi oikeutettua väitettävyyttä, jolloin oikeutettu uskomus ei voisi olla epätosi. Tällaista määritelmää ei kuitenkaan ole hyväksytty, koska totuuden katsotaan vaikeammin saavutettavissa ja pysyvämpää kuin oikeutus.

358 Niiniluoto 2002, s. 110.

359 Lammenranta 1994, s. 88. Lammenranta (1994, s. 86) kuitenkin huomauttaa, että mikäli totuutta selitetään lauseiden tai uskomusten välisten suhteiden viittaamisella lauseista ja uskomuksista riippumattomaan todellisuuteen, tulee tämän viittaussuhteen olla jollakin tavoin hyväksyttävä, eli sen tulee perustua johonkin luonnolliseen asiaan. Tällaisia teorioita kutsutaan kausaalisiksi referenssiteorioiksi, joita ei kuitenkaan pidetä tällä hetkellä täysin tyydyttävinä totuuden määrittelemiseksi.

360 Lammenranta 1994, s. 84–85.

361 Niiniluoto 2002, s. 110.

362 Lammenranta 1994, s. 85.

363 Huovila 2003, s. 165.

364 Ks. esim. Saranpää 2010, s. 24; Tarukannel – Tolvanen 2010, s. 933 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 33.

### *3.5.2 Aineellisesta ja prosessuaalisesta totuudesta*

Oikeudenkäynnissä ei voida jälkikäteen havainnoida tapahtunutta, joten siellä pyritään todistuskeinojen avulla osoittamaan tietyn historiallisen tosiseikaston olemassaolo. Totuus oikeudenkäynnissä eroaa arkiajattelun mukaisesta totuudesta todistelusääntöjen kautta. Ne ohjaavat sitä, miten faktat esitetään oikeusprosessissa. Tuomari ei voi tietää todellisesta tapahtumasta muuta, kuin mitä oikeudenkäynnissä esitetään.[365] Oikeussäännösten soveltamisen edellytyksenä olevat faktat pyritään selvittämään mahdollisimman todenmukaisesti, mikä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että tällä päästäisiin aineelliseen totuuteen. Näin ollen ei ole riittävää puhua ainoastaan totuudesta, vaan on erotettava toisistaan aineellinen ja prosessuaalinen totuus.

Tarukannel ja Tolvanen ovat huomauttaneet, että oikeudenkäynnissä ei löydetä jotain prosessin ulkopuolista totuutta, vaan totuus luodaan prosessissa.[366] Klami on niin ikään todennut, että ei ole olemassa erityistä totuutta oikeudenkäyntiä varten ja toista totuutta oikeudenkäynnin pohjana olevia, periaatteessa tieteellisesti todennettavia, faktoja varten.[367] Nähdäkseni Tarukannel ja Tolvanen sekä Klami viittaavat siihen, että totuus on se, mitä arkielämässä on tapahtunut, ja sen selvittämiseen on pyrittävä myös oikeudenkäynnissä, mutta lopputuloksen ei voida sanoa olevan aineellisen totuuden mukainen. Aineellinen totuus olisi siten Klamin tarkoittama totuus, joka on otettava myös oikeudenkäynnin tavoitteeksi. Toisaalta Huovilan mukaan nykyisin on jo vähintäänkin varovaisesti hyväksytty, että prosessuaalinen totuus on riittävä myös tavoitteena.[368] Myös Saranpään mukaan aineellinen totuus lienee sittenkin vain ideaali ja totuus on normisidonnaisuuden vuoksi prosessuaalista. Kuitenkaan totuuden saavuttamattomuus ei tee aineellisen totuuden käsitettä tarpeettomaksi, koska sen tehtävänä on kertoa, mitä totuudella tarkoitetaan. Aineellisen totuuden määritelmän funktio ei siten ole kertoa totuuden saavuttamiskeinoista ja kriteereistä.[369]

Oikeudenkäynti on tavoiterationaalista, ja siinä pyritään oikeisiin ratkaisuihin ja siten myös aineelliseen totuuteen,[370] olkoonkin, ettei tavoite useimmiten toteudu. Perinteisesti on katsottu, että prosessi on olemassa vain aineellisen oikeuden toteuttamisen vuoksi.[371] Nykyisin prosessille annetaan myös itsenäistä merkitystä, sillä oikeudenkäynnin katsotaan justifioivan ja legitimoivan ratkaisua, vaikka aineellisesti ei päästäisikään oikeaan ratkaisuun.[372]

---

365 Pölönen – Tapanila 2015, s. 81.
366 Tarukannel – Tolvanen 2010, s. 933.
367 Klami 1995, s. 11.
368 Huovila 1999, s. 1164. Huovila perustelee tätä näkemystään sillä, että tuomioistuimella nykyisin on passiivisempi rooli faktapremissin selvittämisessä rikosprosessissa ja myös todistamis- ja hyödyntämiskiellot osoittavat, että totuuden lähtökohtainen painoarvo on selvästi alentunut muihin, pääasiassa oikeudenmukaiseen menettelyyn liittyvien periaatteiden painoarvoon nähden.
369 Saranpää 2010, s. 29.
370 Huovila 2003, s. 169.
371 Ks. Tirkkonen 1969, s. 1 ja Tirkkonen 1974, s. 2.
372 Huovila 1999, s. 1173.

Prosessuaalisella totuudella tarkoitetaan totuutta, joka muotoutuu – joskus aineellisesta totuudesta poikkeavasti – niiden prosessuaalisten rajoitusten puitteissa, joita lainsäädäntö asettaa. Tarkempi käsittely totuuden luonteesta oikeudenkäynnissä edellyttää prosessilajien tarkastelemista erikseen prosessien erilaisten funktioiden vuoksi. Jämsän esittämän määritelmän mukaan prosessuaalinen totuus on laillisen todistusaineiston osoittama totuus,[373] kun taas Rudanko muotoilee, että se on oikeudenkäynnissä ilmi tullut versio totuudesta.[374] Jämsän mukaan prosessuaalinen totuus on tarpeellinen termi, kun taas Pölönen ja Tapanila ovat kyseenalaistaneet termin mielekkyyden, koska totuuden tavoite on riittävä määrittely.[375] Yhtä kaikki, prosessuaalinen totuus tarkoittaa sitä, että oikeudenkäynnin lopputulos vastaa sellaisia tosiseikkoja, jotka on todistelusääntöjen puitteissa selvitetty niin, ettei niistä jää järkevää epäilystä.[376]

### *3.5.3 Aineellisen totuuden tavoitteesta*

Oikeudenkäynnin totuustavoitteena pidetään aineellista totuutta. Rudangon mukaan prosessin tyypillisenä piirteenä on pidetty sen ”*faktaorientoituneisuutta*”, jossa pyrkimyksenä on löytää oikeudenkäynnissä mahdollisimman hyvin ulkoista todellisuutta vastaava ”*totuus*” eli aineellinen totuus. Oikeudellinen tieto kuitenkin kuuluu korkeamman tason todennäköisyyden, ei täyden varmuuden, piiriin. Toisaalta Rudangon mukaan yksittäisessä oikeudenkäynnissä ei ole kysymys totuudesta siinä mielessä, että jonkin totuuden oletettaisiin olevan olemassa.[377] Lähtökohtaisesti aineellisen totuuden tavoittelulla tarkoitetaan sitä, että tuomio perustuu ulkoprosessuaaliseen tapahtumainkulkuun, eli tuomion faktapremissi vastaisi ulkoprosessuaalista tosiseikastoa.[378] Aineellisen totuuden tavoitteesta puhutaan oikeuskirjallisuudessa myös aineellisen totuuden periaatteena, joka perinteisesti ymmärretään vastakohdaksi prosessuaaliselle totuudelle.[379] Aineelliseen totuuteen pyrkiminen näyttäytyy voimakkaasti myös näytön arvioinnissa, joka on vapaata mutta ei mielivaltaista.[380] Aineellisen totuuden tutkimisen periaate tai aineellinen totuus tavoitteena oikeudenkäynnin lopputuloksessa ei merkitse yhtä kuin historiallisen tapahtuneen tosiseikaston täsmällistä selvittämistä ja absoluuttista varmuutta

373 Jämsä 2020, s. 66.
374 Rudanko 2020, s. 46.
375 Jämsä 2020, s. 66.
376 Ervo 2001, s. 407.
377 Rudanko 2020, s. 63.
378 Esim. Klami 1995, s. 11; Huovila 1999, s. 1164–1165; Huovila 2003, s. 165–166 ja Tarukannel – Tolvanen 2010, s. 933. Ks. myös LaVM 9/1997 vp, s. 8, jossa todetaan, että oikeudenkäynnin tarkoituksen, eli oikeussuojan antamisen toteutuminen, edellyttää pääsemistä mahdollisimman varmasti aineellisesti oikeaan ratkaisuun.
379 Huovila 1999, s. 1164–1165.
380 Rautio – Frände 2016, s. 34.

relevanttien tosiseikkojen olemassaolosta. Esimerkiksi Hormian mukaan riittävä totuus oikeudenkäynnissä on likiarvo aineellisesta totuudesta.[381]

Tavoiteltaessa aineellista totuutta prosessissa pyritään tarkoin selvittämään tapahtumien historiallinen kulku, jotta ratkaisun perusteeksi sanoitettu tapahtumankulku vastaisi mahdollisimman hyvin ulkoprosessuaalista asiantilaa,[382] jolloin ratkaisun faktapremissit vastaavat mahdollisimman hyvin tosiasioita.[383] Jämsän mukaan aineellinen totuus on varma tieto, joka ei ole oikeutukseltaan kumottavissa. Tällaisen varman tiedon saavuttaminen edellyttää, että tuomarille esitetään kaikki mahdollinen todistelu tutkittavasta väitteestä.[384] Rudangon mukaan aineellinen totuus voidaan määritellä asiantilaksi, joka "*todella*" on vallinnut tai vallitsee.[385] Täten voisi todeta, että aineellinen totuus voi olla joko historiallista, absoluuttista totuutta tai oikeudenkäynnistä puhuttaessa todistelulla saavutettavaa totuutta eli aineellisin keinoin saavutettavaa väitettä tapahtumista. Koska sitä rajoittavat kieltonormit, on selvää, että tätäkään aineellista totuutta ei voida saavuttaa, vaan viime kädessä todistamis- ja hyödyntämiskiellot tekevät siitä prosessuaalisen, jolloin riittävä lopputulos ja saavutetun totuuden taso on oikeussäännöin rajoitettu prosessuaalinen totuus. Aineellinen totuus on todistusoikeudellinen periaate ja oikeudenkäynnin tavoite. Sen normistatus on kuitenkin abstraktina arvoperiaatteena heikko käytännön soveltamistilanteissa.

Aineellisen totuuden tavoitteen tai periaatteen merkitys ilmenee voimakkaammin koko todistusjärjestelmän taustana, koska totuutta tutkitaan todistelun ja todistusharkinnan avulla. Silloin, kun kyse on aineellisen totuuden tavoittelemisesta, on todistelun ja todistusharkinnan oltava vapaata. Aineellisen totuuden arvoa ja vapaan todistelun periaatetta vastaan voivat puhua muut arvot ja periaatteet, joita lainsäätäjä on arvottanut ja joita myös tuomioistuin joutuu punnitsemaan tulkitessaan oikeussääntöjä. Todistamiskiellot rajoittavat vapaata todistelua, koska lainsäätäjä on katsonut niiden perusteena olevat intressit suuremmiksi kuin aineellisen totuuden saavuttamisen.[386] Ervon mukaan todistuskeinon epäluotettavuus on harvoin ainoa peruste todistamiskiellolle, sillä niiden tarkoitus on yleensä nimenomaan rajoittaa totuuden selvittämistä jonkin seikan osalta ja suojella ulkoprosessuaalista oikeushyvää.[387]

---

381 Hormia 1978, s. 4–5, erityisesti av. 8.

382 Ervo 1996, s. 52.

383 Klami 2000, s. 19.

384 Jämsä 2020, s. 35.

385 Rudanko 2020, s. 46.

386 Toki on havaittava, ettei yhden todisteen kieltäminen estä aineellisenkaan totuuden saavuttamista, mutta se tekee lopputuloksesta käytännössä prosessuaalista totuutta vastaavan, koska vapaata todistelua on jo rajoitettu.

387 Ervo 2001, s. 409. Todisteen epäluotettavuus ei nähdäkseni tulisi olla ensisijainen rajoitusperuste sen vuoksi, että tuomioistuimen tulee näyttöharkinnassaan arvioida kunkin todisteen näyttöarvo, eikä luotettavuuden arviointi siten tulisi olla kategorista lainsäätäjän työtä vaan tuomioistuimen todistus- ja

Riekkinen on analysoinut aineellisen totuuden merkitystä oikeudenkäynnissä seikkaperäisesti. Hänen mukaansa aineelliselle totuudelle on perinteisesti annettu todistusoikeudessa suuri painoarvo, mutta se ei kuitenkaan ole ehdoton päämäärä, eikä siihen voida pyrkiä keinolla millä hyvänsä. Aineellisen totuuden periaate on Riekkisen mukaan läheisessä kytköksessä vapaaseen todistusteoriaan, mutta ei aina sen kanssa yhteneväinen. Riekkinen perustelee tätä kannanottoa sillä, että yksittäistapauksessa todistelua rajoittava normi voi, vaikka sen tarkoituksena olisi kategorisesti virhelähteiden vaivaamien todisteiden poissulkeminen prosessista, joko edistää tai haitata aineellisen totuuden periaatteen toteutumista.[388] Näin asia on nähtävä todisteen luotettavuusaspektissa, mutta korostaisin enemmän sitä, että vapaan todistelun rajoitusten taustalla olevat ensisijaiset funktiot eivät ole kannanottoja todisteen luotettavuuteen, vaan niillä suojataan totuuden tavoittamista tärkeämpiä oikeushyviä. Luotettavuusarviointi tehdään ensisijaisesti näytönarvioinnissa, johon todiste ihannetilanteessa päätyy. Kategorista luotettavuusarviointia on joiltakin osin tehnyt myös lainsäätäjä eräitä todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännöksiä säätäessään, mutta luotettavuus ei ole rajoitusten primaarinen säätämisperuste. Hyödyntämiskiellon asettamisen perusteleminen luottamuspuutteeseen on ongelmallista reaalitodisteiden osalta siitä näkökulmasta, ettei hankkimistapa vaikuta niiden luotettavuuteen, jos reaalitodiste on syntynyt ennen lainvastaista hankintamenettelyä. Hyödyntämiskiellon varsinainen tarkoitus ei ole todisteen luotettavuuden kontrollointi. Näin ei voi vapaassa todistusteoriassa ollakaan, vaan näytön arviointi tehdään ainoastaan lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon kuuluville todisteille, eli hyödyntämiskielto on todisteen luotettavuusarvioinnin vaiheessa läpäissyt hyödyntämiskieltoseulan.[389]

Virolaisen mukaan tuomioistuimen ei tule tavoitella aineellista tai muodollista totuutta, vaan sen on ratkaistava juttu todistusharkinnan ja lainsoveltamisen kannalta oikein sen aineiston perusteella, joka pääkäsittelyssä esitetään.[390] Useat oikeustieteilijät ovat päätyneet siihen lopputulemaan, että aineellisen totuuden löytämisen pitäisi olla oikeudenkäynnin perimmäinen tavoite.[391] Tavoitteen tunnustavat Tirkkosen[392] jälkeen selkeimmin Viljanen, Ervo, Hormia ja Peltonen.[393]

---

näyttöharkintaan kuuluvaa toimintaa. Suullisen kertomuksen luotettavuudessa on kysymys myös valehtelemisen havaitsemisesta, mikä on hyvin pulmallista. Skybergin (2019, s. 256) mukaan ei ole olemassa vokaalisia, verbaalisia eikä visuaalisia vihjeitä, jotka toimisivat diagnostisina merkkeinä siitä, valehteleeko henkilö vai puhuuko hän totta.

388 Riekkinen 2019, s. 76–77.

389 Riekkinen 2019, s. 409.

390 Virolainen 2000, s. 677.

391 Osa oikeustietelijöistä on vielä tätäkin tiukemmalla kannalla todeten, että aineellinen totuus on oikeudenkäynnin, erityisesti rikosoikeudenkäynnin, tärkein tavoite. Näin erimerkiksi Viljanen 2001, s. 1004.

392 Tirkkonen 1969, s. 24–25.

393 Esim. Peltonen 1985, s. 56; Ervo 2000, s. 980–996; Ervo 2001, s. 407 ja Viljanen 2001, s. 1004. Ks. vanhemmasta tutkimuksesta Hormian (1978, s. 1–10) valmistava probleemin asettelu, jossa rikos-

Toisaalta Lehtimaja ja Virolainen eivät ole antaneet aineelliselle totuudelle painoarvoa oikeudenkäynnin tavoitteistossa. Lehtimajan mukaan aineellisen totuuden tavoittelu ei yksinkertaisesti ole tuomioistuimen tehtävä.[394] Virolainen puolestaan kritisoi tavoitetta aineellisen totuuden määritelmän puutteellisuudella.[395] Viljanen on vastannut Virolaisen esittämään kritiikkiin perustelemalla, ettei aineellinen totuus *"juuri kaipaa määrittelyä, koska se on käsitetasolla harvinaisen selvä: aineellisen totuuden tavoittelu tarkoittaa sen selvittämistä, mitä todella on tapahtunut"*.[396] Rikosprosessin kehityttyä akkusatoriseksi ja tuomioistuimen roolin vähentyessä oikeudenkäyntiaineiston hankkimisessa voi aineellisen totuuden tavoite kuitenkin näyttää heikentyneen.[397]

Ervo on kuvannut aineellisen totuuden tavoitetta ansiokkaasti: *"Oikeudenkäynnin tavoitteena modernissa oikeusvaltiossa on aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääseminen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellyttämällä tavalla ihmisoikeuksia ja yksilön itsemääräämisoikeutta kunnioittaen."*[398] Ervon tavoitemäärittely kuvaa hyvin myös hyödyntämiskiellon rakentumista oikeuskulttuurissa. Aineellisen totuuden selvittäminen perustuu osaltaan yksilönsuojaan, joka sekä edellyttää totuuden selvittämistä että kieltää tiettyjä totuuden selvittämisen keinoja.[399] Tarukanteleen ja Tolvasen mukaan oikeudenkäynnissä tavoiteltavaa totuutta voidaan kuitenkin pitää aineellisena ainoastaan siinä merkityksessä, että se perustuu aineelliseen eikä muodolliseen todistusjärjestelmään. Tällä he tarkoittavat sitä, ettei todistuskeinoja ole rajoitettu, todistelu on vapaata ja tuomioistuin saa perustaa päätöksensä kaikkeen oikeudenkäynnissä laillisesti esitettyyn sekä punnita todisteiden näyttöarvoa vapaasti.[400]

Totuuden tavoittelua rajoittavat periaatetasolla pakottavat oikeusnormit, joiden taustalla ovat oikeudenmukaisen menettelyn ja osapuolten tasavertaisen aseman

---

prosessin aineellisen totuuden periaate on perusteltu oikeusperiaatteen tasolle ja absoluuttinen totuus välttämättömäksi tavoiteltavaksi totuudeksi.

394 Ks. esim. Lehtimaja 1981, s. 170–174, jonka mukaan rikostuomarin tulisi *"keskittyä oikeusturvan antamiseen ja jättää 'aineellisen totuuden' etsiminen filosofeille, historiantutkijoille ja Bolivian salaiselle poliisille"*.

395 Virolainen 2000, s. 677.

396 Viljanen (2001, s. 1005) on korostanut, että lopputuloksen vastaavuus aineellisen totuuden kanssa on tärkeää. Viljanen kuitenkin toteaa, että aineelliseen totuuteen ei tule pyrkiä kaikin keinoin, vaan on kunnioitettava ihmisoikeuksia – joskin tiettyihin ihmisoikeussopimuksen tulkintoihin hän suhtautuu varauksella antaen esimerkiksi ratkaisun KKO 2000:71. Ks. ratkaisusta tarkemmin jaksoissa 8.6.2 ja 8.6.3.

397 Toisaalta esim. alioikeusmenettelyn uudistamisella (HE 82/1995 vp, s. 109 ja 140) oli tarkoitus luoda *"mahdollisimman hyvät edellytykset asian ratkaisemiselle oikein"*.

398 Ervo 1996, s. 178 ja Ervo 2001, s. 408. Ks. samoin rikosprosessin osalta Jokela 1996, s. 40–41 ja Jokela 2000, s. 16 sekä pitkälti samaan lopputulokseen, joskin erilaisin painotuksin päätynyt Virolainen 1995, s. 105–107.

399 Ervo 2001, s. 408.

400 Tarukannel – Tolvanen 2010, s. 934.

aiheuttamat vaatimukset, mutta myös epäluotettavan todistelun estäminen.[401] Aineellisen totuuden tavoittelu on oikeudenkäynnin sisäisestä näkökulmasta ja normiluonteeltaan oikeusperiaate, joka perustelee asianosaisten oikeuksia.[402] Huovila on todennut, että tuomarin suorittamassa todistusharkinnassa aineellisen totuuden periaate on edelleen ylin periaate, mutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyvien arvojen ja merkityksen lisääntymisen vuoksi sen suhteellinen lähtökohtainen painoarvo on suomalaisessa oikeusjärjestyksessä laskenut. Sekä Huovilan että Jokilan mukaan se on korvautunut prosessuaalisen totuuden tavoittelulla.[403] Muiden prosessuaalisten periaatteiden painoarvon lisääntyessä aineellisen totuuden suhteellinen paino pienenee ja ristiriitatilanteissa se jää usein häviölle.[404] Näin onkin, erityisesti tämän tutkimuksen näkökulmasta. Hyödyntämiskielto ilmiönä rajoittaa hyväksytysti mahdollisuutta aineellisen totuuden tavoittelulle. Normiteoreettisesti asiaa tarkasteltuna en kuitenkaan ole valmis hylkäämään aineellista totuutta tavoitteena, vaan totean sen olevan todistusoikeuden näkökulmasta sääntelykokonaisuuden taustalle oikeuskulttuuriin rakenteistunut arvoperiaate, jonka tulkinnallinen painoarvo oikeudenkäynnissä on riippuvainen muiden periaatteiden vahvuudesta.

### *3.5.4 Totuus eri prosessilajeissa*

Rikosprosessin tavoitteena on tutkia ja ratkaista rikosoikeudellisen vastuun kysymys, jonka perusteella voidaan langettaa seuraamuksia. Rikosprosessissa tulee kuitenkin vaarantaa yksilön oikeusturvaa mahdollisimman vähän. Nämä kaksi intressiä aiheuttavat jo itsessään sen, ettei aineellisesta totuudesta päästä selville perus- ja ihmisoikeuksien aiheuttamien prosessuaalisten rajoitteiden, kuten hyödyntämiskieltojen, vuoksi. Jonkan mukaan rikosprosessissa on siten kysymys aineellisen totuuden absoluuttisesta tavoittamattomuudesta, joka ei saa kuitenkaan johtaa väärään päätökseen syytetyn haitaksi.[405] Toisaalta Pölönen ja Tapanila ovat esittäneet myös näkemyksen, jonka mukaan todistelun rajoitukset osaltaan tukevat todistelun luotettavuutta: jos totuuden selvittämiseen pyrittäisiin kaikilla mahdollisilla keinoilla, voitaisiin päätyä mielivaltaisiin käytäntöihin ja epäluotettavaan todisteluun, joten tasapainottavaa voimaa tarvitaan puhtaasti totuuden selvittämistehtävän nimissä.[406]

Asianomistajan totuusvelvollisuus on rikosprosessissa yksi keskeinen osoitus aineellisen totuuden tavoittelusta. Totuusvelvollisuus jaetaan oikeustieteessä yleensä

401 Pölönen – Tapanila 2015, s. 28–29.

402 Huovila 2003, s. 167. Ks. jakso 2.3.

403 Huovila 1999, s. 1165; Huovila 2003, s. 179 ja Jokila 2010, s. 122. Jokila (2010, s. 122) on myös kritisoinut totuusteoriaa (rikosprosessin osalta), koska siinä painotetaan liikaa yleisiä kokemussääntöjä ja häivytetään yksilön persoonallisuus taka-alalle tekemällä oletuksia, jotka perustuvat järkevänä pidettyyn käyttäytymiseen. Jokilan mukaan todistelun ja näytön arvioinnin luotettavuus lisääntyisi painottamalla enemmän faktoja kuin yleistä elämänkokemusta.

404 Huovila 2003, s. 170–171.

405 Jonkka 1993, s. 26–27.

406 Pölönen – Tapanila 2015, s. 236–237.

positiiviseen ja negatiiviseen totuusvelvollisuuteen.[407] Positiivinen totuusvelvollisuus edellyttää totuudessa pysymisen lisäksi kuultavan oma-aloitteisuutta, jolloin hänen tulee kertoa ilman erillistä vaatimusta tiedossaan olevat seikat, joilla voi olla asian kannalta merkitystä. Negatiivinen totuusvelvollisuus rajoittaa totuudessa pysymisen vain niihin seikkoihin, joista kuultava kertoo, mutta hänellä ei ole velvollisuutta kertoa asioita oma-aloitteisesti.[408] Totuusvelvollisuuden ollessa negatiivinen asianosainen voisi kieltäytyä vastaamasta kysymyksiin, millä puolestaan olisi merkitystä tuomioistuimen vapaassa todistusharkinnassa, koska tuomioistuin saa ottaa huomioon kaikki oikeudenkäynnissä ilmenneet seikat – myös käyttäytymisen. Kuitenkaan syytetyn vaikenemista ei saa käyttää todisteena häntä vastaan, tosin EIT on ratkaisukäytännössään katsonut, ettei myötävaikuttamattomuusperiaate ole absoluuttinen.[409] Samoin riita-asioissa tuomioistuimella on oikeus tehdä näyttöä koskevia johtopäätöksiä asianosaisen vaikenemisesta tai muusta käyttäytymisestä. Asian laita on vastaava asianomistajan kohdalla, koska tuomioistuimella on velvollisuus harkita OK 17:6:n mukaisesti, mikä vaikutus asianosaisen menettelyllä on todisteena.

Aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääseminen on rikosprosessissa tärkeää prosessin ratkaisufunktion vuoksi, mistä johtuu aiheellisen totuuden selvittämisen tärkeys tavoitteena. Pölösen mukaan aineellisen totuuden periaate johtavana rikosprosessiperiaatteena on kuitenkin harhaanjohtava. Pölösen mukaan asianmukaisempaa on puhua absoluuttisen aineellisen totuuden sijaan prosessuaalisesta totuudesta sen perusteella, että totuus muotoutuu sen mukaan, mitä on käynyt ilmi akkusatorisessa prosessissa, ja toisaalta usein syytetyn perusoikeuksien suojelu on aineellista totuutta tärkeämpää.[410] Pölönen on toki oikeassa siinä, että syytetyn oikeudet ajavat monilta osin aineellisen totuuden tavoittelun ohitse totuuden selvittämiskeinojen osalta, mutta pidän syytetyn oikeussuojan toteutumista rikosprosessin laatuvaatimuksena prosessin päätavoitteen ollessa rikosvastuun toteuttaminen. Ideaalimaailmassa rikosprosessissa ainoa tavoiteltava seikka olisi aineellinen totuus. Mikäli sen saavuttami-

---

407 Yleisesti – joskaan ei täysin poikkeuksetta (ks. siviiliprosessin osalta Turunen 1999, s. 471–472 ja 496) – on katsottu, että riita-asian asianosaisilla ja rikosasian asianomistajalla on positiivinen totuusvelvollisuus. Ks. Rikosasian asianomistajan totuusvelvollisuudesta esim. Tirkkonen 1969, s. 367–368; Jokela 1996, s. 132 ja riita-asian asianosaisten totuusvelvollisuudesta esim. Aalto 1962, s. 579–580; Tirkkonen 1969, s. 458 ja 494; Peltonen 1985, s. 56–57; Virolainen 1988, s. 107 ja Viljanen 2001, s. 1006. Asianomistajan negatiivisen totuusvelvollisuuden puolesta ETL:n valmistelutöiden suunnan mukaisesti ovat kommentoineet Helminen ym. 1990, s. 128; Virolainen 1998, s. 198 ja 312–313 sekä Helminen ym. 1999, s. 102 ja 182.

408 Ks. asianosaisen kuulustelusta todistelutarkoituksessa laajemmin esim. Lappalainen – Rautio 2021, s. 657–660.

409 Viljanen 2001, s. 1019–1020. Esimerkiksi ratkaisun John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta (8.2.1996) mukaan tuomio ei saa perustua yksinomaan syytetyn vaikenemiseen, mutta sen ottaminen huomioon myös syytettä tukevana näyttönä voi olla sallittua. Ks. ratkaisusta esim. Pellonpää ym. 2018, s. 690 ja 782. Ks. myös Tirkkonen 1972, s. 119–121. Vrt. kuitenkin KKO 2004:24 ja KKO 2013:77.

410 Pölönen 2003, s. 21.

sesta voitaisiin jokaisessa oikeudenkäynnissä olla varmoja, ei syytetyn oikeussuojalla olisi niin suurta merkitystä, koska tällöin sääntely ja historiallinen tapahtumankulku olisivat subsumoitavissa ongelmitta, jolloin syytetyllä ei olisi oikeussuojan tarvetta.

Siviiliprosessijärjestelmä sääntelee yksityisten välisiä konflikteja, ja sen tehtävänä on turvata arvojen ja tavoitteiden toteutuminen yksittäistapauksissa. Toisin kuin rikosprosessissa, siitä puuttuu julkisen ja yksityisen välinen ristiriita. Tämän vuoksi oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että rikosprosessissa aineellisen totuuden periaatteella on korkeampi painoarvo kuin siviiliprosessissa. Jonkan mukaan tosin voitaisiin katsoa niinkin, että juuri siviiliprosessissa, jossa vastakkain ovat lähes pelkästään yksityiset intressit, olisi perusteltua päätöksenteossa etsiä ratkaisua, joka todennäköisimmin olisi tosi.[411] Tirkkonen on vuonna 1933 ilmestyneessä väitöskirjassaan käsitellyt aineellisen totuuden tavoitetta siviiliprosessissa. Hänen mukaansa on hylättävä sekä totuuskäsitys, joka määrittää totuuden oikeudenkäynnissä sellaiseksi, mitä mieltä tuomari on totuudesta asiassa, että muodollinen (prosessuaalinen) totuus. Tirkkosen mukaan oikeudenkäynnissä on selvitettävä viimeisen asian käsittelyn hetkellä vallitseva ulkoprosessuaalinen tosiseikasto.[412] Tirkkonen on huomioinut, että siviiliprosessin pyrkimyksestä aineelliseen totuuteen on jo tuolloin ollut eriäviä mielipiteitä, joskin kotimaisessa tieteisopissa aineellisen totuuden pyrkimys on ollut vallitseva.[413] Aineellista totuutta vastaan on perusteltu sillä, että prosessissa sovellettava käsittelymenettely ei tue sen saavuttamista, vaan aineellinen totuus vaatisi tutkimismenettelyn käyttöönottoa. Tirkkosen mukaan kuitenkin käsittelymenettelyn avulla kartoitetaan aineellisen totuuden selvittämistä aivan yhtä suuressa määrin kuin tutkimismetodeja sovellettaessa.[414] Huomionarvoista on, että Tirkkosen tutkimus edustaa vanhan lainsäädännön ja oikeuskäytännön mukaista aikaa. Sittemmin aineellisen totuuden tavoitteesta on muodostettu niin perus- ja ihmisoikeussyistä kuin prosessiekonomisista syistä juontuvia rajoituksia. Lisäksi siviiliprosessin funktio erityisesti dispositiivisissa riita-asioissa muodostaa totuuden käsittämisen erilaiseksi kuin rikosasioissa tai indispositiivisissa asioissa.

Dispositiivisissa riita-asioissa korostuu määräämisperiaate, ja niissä sovelletaan väittämistaakkaa, jonka mukaan asianosaiset määrittävät asianosaisautonomian perusteella sen tapahtumainkulun, johon tuomioistuimen tutkinta kohdistuu. Väittämistaakan vuoksi tuomioistuin voi arvioida vain vedottujen oikeustosiseikkojen oikeellisuutta.[415] Lisäksi dispositiivisissa riita-asioissa tuomioistuin voi vahvistaa osapuolten sovinnon, vaikka se ei toisen asianosaisen kannalta ole järkevä tai se

411 Jonkka 1993, s. 26–27.
412 Tirkkonen 1933, s. 15.
413 Tirkkonen 1933, s. 16–17.
414 Tirkkonen 1933, s. 17–18.
415 Tirkkonen 1974, s. 77; Lappalainen 1995, s. 85; Virolainen – Vuorenpää 2021, s. 197–199 ja Saranpää 2010, s. 25.

ei tuomioistuimen käsityksen mukaan vastaa tosiasiallisia olosuhteita.[416] Tällöin onkin syytä puhua ratkaisun osalta vain prosessuaalisesta totuudesta.[417] Historiallisen tapahtumankulun selvittämisen välttämättömyyttä ei sisälly asiaan, jonka tavoitteena on riidan ratkaiseminen osapuolia tyydyttävällä tavalla ja jossa osapuolet voivat määrittää riitaisten eli ratkaistavien kysymysten sekä esitettävien todisteiden joukon.[418] Dispositiivisessa riita-asiassa on kuitenkin myös aineellisella totuudella sijansa, nimittäin OK 14:1:n mukaisesti asianosaisten positiivisen totuusvelvollisuuden muodossa.[419] Näin ollen voidaankin karkeasti todeta, että siviiliprosessissa yksittäiset esitetyt seikat noudattaisivat aineellista totuutta, mutta kokonaisuutena ratkaisu voi olla siitä poikkeava, koska kaikkia asioita ei välttämättä tuoda väittämistaakan vuoksi prosessiin, ja toisaalta osapuolet voivat myös tehdä sovinnon, joka ei vastaa sitä lopputulosta, johon aineellisen totuuden tietämisellä olisi päädytty.

Näkemystä, jossa rikosprosessissa julkisen intressin korostumisen vuoksi aineellisen totuuden tavoittelu korostuu verrattuna siviiliprosessiin (dispositiivisissa asioissa), on helppo perustella, mutta on havaittava, että rikosprosessissa aineellisen totuuden tavoittelua rajoittavat totuuden saavuttamista tärkeämmäksi arvotetut epäillyn oikeusturvaintressit. Yhteenvetona voidaan todeta, että totuuden tavoite rikosprosessissa on korostuneempi kuin siviiliprosessissa, jossa asian käsittely ja samalla myös totuus rajautuu sen mukaan, mitä asianosaiset määrittävät oikeudenkäynnin kohteeksi. Tuomioistuimen on myös siviiliprosessissa pyrittävä näyttöratkaisuissa totuuteen, mutta sen ala voi olla tosiasiallista tapahtumaa suppeampi, jolloin lopputulos ei välttämättä vastaa tapahtunutta yksittäisessä oikeudenkäynnissä. Pölösen ja Tapanilan mukaan ylipäänsä yksittäisessä oikeudenkäynnissä totuus liittyy nimenomaisesti todisteluun ja näyttökysymysten ratkaisemiseen, eikä tavoitteilla ole välitöntä vaikutusta oikeuskysymysten käsittelemiseen.[420]

Prosessilajeissa erilaiseksi normitetut näyttökynnykset ohjaavat osaltaan aineellisen totuuden tavoittelua. Vertailtaessa eri todistusteorioita voidaan todeta, että

416 Tarkka 2015, s. 511. Tuomioistuimen pyrkimys asian sovinnolliseen ratkaisemiseen ja erillinen tuomioistuinsovittelu erityisesti eivät tavoittele aineellisen totuuden saavuttamista vaan konfliktin ratkaisemista. Ks. sopimisen ja tuomioistuinsovittelun roolista konfliktinratkaisemisessa verrattuna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kriteereihin Ervasti 2011, s. 5–13 ja 23–26.

417 Ervon mukaan aineellinen totuus dispositiivisessa riita-asiassa on aina enemmän tai vähemmän prosessuaalista. Ervo 1996, s. 55.

418 Vrt. kansainväliset rikostuomioistuimet, joissa prosessi on osin dispositiivista. Kansainvälisen rikostuomioistuimen (ICC) säännöt mahdollistavat sen, että oikeudenkäynnin osapuolet voivat sopia tiettyjen seikkojen, kuten syytekohtien, asiakirjojen sisällön, todistajien lausuntojen tai muiden todisteiden, olevan riidattomia. Tuomioistuimen hyväksyessä sopimuksen, seikoista ei tarvitsee erikseen todistaa. Sekä entisen Jugoslavian alueen kansainvälisessä rikostuomioistuimessa (ICTY) että Ruandan kansainvälisessä rikostuomioistuimessa (ICTR) on myös omat sääntönsä, jotka sallivat sopimukset rikosoikeudellisesta vastuusta ja rangaistuksesta. Ks. Lundqvist 2018, s. 314.

419 Huomattava, että omaksi edukseen saa valehdella ja myöntää väärin, mutta toista vastaan ei saa valehdella.

420 Pölönen – Tapanila 2015, s. 28–29.

alhaisen näyttökynnyksen lisäksi myös liian korkea näyttökynnys on haitallinen aineellisen totuuden tavoittelun näkökulmasta. Mikäli kynnys on asetettu liian alhaalle, ei selvästi sen ylittävän näytön hankkiminen ole osapuolen intressissä. Toisaalta jos näyttökynnys on liian korkea, tuomioistuin jättää tuomitsematta näytön riittämättömyyden perusteella. Kokemussäännöillä on merkitystä näytönarvioinnissa ja näyttökynnyksen ylittymisessä, jolloin nekin osaltaan muotoavat sitä normikehikkoa, jossa totuus määrittyy. Todistusharkinnan vapauden nimissä on kuitenkin tärkeää ymmärtää kokemussääntöjen tarkoitus ja normiluonne.

### *3.5.5 Kokemussäännöistä*

Totuuden merkitys kulminoituu oikeudellisen puolen lisäksi näytön arviointiin, missä esimerkiksi psykologisen tutkimuksen avulla muodostettavilla kokemussäännöillä voi olla henkilötodistelun luotettavuuden arvioinnin osalta keskeinen merkitys. Tutkimus kohdistuu todisteiden hyödyntämisen estäviin oikeussääntöihin, minkä kontekstin ymmärtämiseksi on tarpeen tehdä katsaus myös näytön arviointia koskeviin kokemussääntöihin, jotka ovat tärkeässä roolissa useissa prejudikaateissa. Oikeussääntöjen toistuva samanlainen soveltaminen eroaa kokemussääntöjen kertaluonteisesta käytöstä, joka edellyttää jokaisen tapauksen erillistä harkintaa. Toisin kuin oikeussäännöt, jotka määräävät tietyt seuraukset samankaltaisissa oikeustilanteissa, kokemussäännöt kuvaavat tosiasioita ja niiden välisiä suhteita ilman, että ne itsessään asettavat velvoitteita tai arvoarvostelmia.[421]

Kokemussäännöillä tarkoitetaan yleistyksiä, esiymmärryksiä, yleistä elämänkokemusta, arkijärkistä tai stereotyyppistä ajattelumallia.[422] Kokemussääntö on todistusaineiston arvioinnissa käytettävä väittämä, joka ilmaisee riippuvuussuhteen kahden tosiseikan välillä ja antaa tietoa ilmiöiden alkuperäisestä todennäköisyydestä, mikä on olennaista todistusharkinnassa. Kokemussäännöt voivat perustua tieteellisiin tutkimuksiin tai arkikokemukseen, ja niiden luotettavuus vaihtelee, eivätkä ne ole oikeudellisia sääntöjä vaan perustuvat muiden tieteenalojen tai ammattialojen käytäntöihin.[423] Marjosolan mukaan todistajankertomuksen näytönarvioinnissa tuomarit saattavat luottaa liikaa kokemukseen perustuvaan intuitioon, mikä ei välttämättä korreloi todistajankertomuksen luotettavuuden kanssa.[424] Tuomarin onkin tunnettava todistajanpsykologian kokemussäännöt ja otettava huomioon yksittäisen kokemussäännön soveltuvuuteen vaikuttavat tekijät. [425]

Sinänsä kokemussäännöt ovat tärkeitä aineellisen totuuden tavoittelussa käytännössä ja oikeuden toteutumisessa yksittäistapauksittain, ja ne toimivat samalla ta-

421 Rasilainen 2023, s. 58.
422 Laajasti kokemussäännöistä Jonkka 1993, s. 39–54.
423 Ks. kokemussääntöjen määrittelystä ja sisällöstä tarkemmin Huovila 2003, s. 17–18, 319 ja 802; Hirvelä 2006, s. 63 ja Fredman 2018, s. 94–96.
424 Marjosola 2021, s. 118–122.
425 Stanikic 2015, s. 424.

voin kuin normit. Kokemussäännöt ovat usein myös itsessään todistelun kohteena, ja asiantuntijatodistelu on keskeinen keino niiden esittämisessä.[426] Vaikka tuomioistuimella on vapaus harkita todistusaineiston näyttöarvoa, harkinnan tulee perustua objektiivisiin kriteereihin. Nämä kriteerit sisältävät erilaisia kokemussääntöjä, kuten oikeuspsykologisia seikkoja. Tuomareilla on velvollisuus soveltaa kokemussääntöjä, mutta niiden käyttöä ei ole määrätty ehdottomasti samalla tavoin kuin oikeussääntöjen. Tämä johtuu siitä, että kokemussääntöjen varmuustaso vaihtelee, minkä vuoksi niiden soveltaminen yksittäistapauksissa vaatii erillistä arviointia, joka käsittää myös kokemussääntöjen yleisen uskottavuuden ja sovellettavuuden arvioinnin kulloiseenkin tapaukseen.[427]

Todistajankertomuksen arvioinnissa tulisikin käyttää empiiriseen tutkimukseen perustuvia todistajanpsykologisia kokemussääntöjä, jotka tarjoavat luotettavampia arviointikriteerejä kuin pelkät arkikokemukseen perustuvat säännöt.[428] Viimeaikainen oikeuspsykologisesti virittynyt tutkimus todistusoikeudesta on keskittynyt todisteen luotettavuuden arviointiin. Stanikic on tutkinut tunnistamisen luotettavuutta todisteena hypoteesilla, jonka mukaan aineellista totuutta vastaavan näytön arviointia tunnistamistilanteissa voidaan parantaa yhdistämällä psykologian ja oikeustieteen monitieteistä osaamista ottaen huomioon tuomioistuimen näyttöharkinnan, rikosprosessin kehittämisen ja todistajapsykologian.[429] Tunnistamisen luotettavuus, joka on keskeinen käsite henkilötodistelun arvioinnissa, tarkoittaa sitä, että tunnistettu henkilö vastaa todellisuudessa rikoksentekijää. Täydellistä varmuutta, eli aineellista totuutta vastaavaa tietoa, ei Stanikicin mukaan usein saavuteta, joten luotettavuutta arvioidaan asteittain perustuen siihen, kuinka tarkasti tunnistaminen vastaa todellisuutta.[430] Stanikicin mukaan tunnistamisen näyttöarvoa voidaan parantaa hyödyntämällä poikkitieteellisesti psykologiaa ja oikeustiedettä siten, että oikeudenkäynnin menettelyperiaatteet sekä vapaan todistusteorian yhdistelmä tukevat prosessin ja tunnistamisen luotettavuutta. Toisaalta liian tiukka sääntely voi hankaloittaa tunnistamisen oikean näyttöarvon määrittämistä, mutta vapaa todistusharkinta tunnistamisen näyttöarvon määrittelyssä mahdollistaa todistajanpsykologisen luotettavuusanalyysin.[431]

426 Fredman 2018, s. 94. Ks. rajanvedosta todistajan ja asiantuntijan välillä Vuorenpää 2017, s. 487–491, jonka mukaan erottelukriteerinä on se, lausuuko kuultava tapahtumafaktoista vai kokemussäännöistä. Siviiliprosessissa päätös kuultavan statuksesta olisi ratkaistava valmistelussa, mikä käytännössä edellyttää lausunnon vastaanottamista. Vastaavasti rikosprosessissa statuksesta päättäminen olisi Vuorenpään mukaan tavoiteltavaa ennen pääkäsittelyä.

427 Stanikic 2015, s. 319–321 ja Lindell 1987, s. 229–230.

428 Marjosola 2021, s. 118–122.

429 Stanikic 2015, s. 3.

430 Stanikic 2015, s. 33–34.

431 Stanikic 2015, s. 417–418. Stanikic tosin toteaa, että todistajanpsykologisten kokemussääntöjen käyttö näytön arvioinnissa ei ole ollut johdonmukaista.

Stanikicin lisäksi näytönarvioinnin keinoja todistelun luotettavuutta tai oikeellisuutta eli käytännössä aineellisen totuuden tavoitetta vastaavasti on tutkinut tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden osalta tunnustamisoikeudenkäynneissä Tuomala, jonka on tarkastellut erityisesti tuomioistuimen velvollisuuksia tässä kontekstissa ja pyrkinyt selvittämään, milloin tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta voi jäädä varteenotettavaa epäilyä.[432] Totuuden merkitys voi hälventyä perinteisestä rikosprosessista poikkeavassa menettelyssä.[433] Perinteisenkin prosessin eri vaiheet voivat aiheuttaa virheitä todistajankertomuksissa ja niiden arvioinnissa, mutta oikeuspsykologian tutkimustiedon hyödyntäminen voi auttaa näiden virheiden minimoimisessa.[434]

Oikeudenkäynnin vaiheistuksen osalta on tunnistettavissa myös erilaisia riskitekijöitä virheiden syntymiselle, jotka heikentävät totuuden saavuttamisen mahdollisuutta. Oikeudenkäyntiavustajien ja syyttäjien toimintatavat, kuten johdattelu ja sosiaalinen painostus, voivat vaikuttaa siihen, kuinka todistaja tulkitsee tapahtumia ja muodostaa muistikuviaan. Erityisesti todistajan kanssa käyty viestintä prosessin eri vaiheissa, kuten valmistelussa ja vastakuulustelussa, on merkittävässä roolissa. Näistä valmisteluvaihe on tältä erityisen kriittinen, koska silloin annetut suggestiot voivat muokata todistajan käsitystä tapahtumista.[435] Tästä puolestaan voi aiheutua niin välittömästi virheellinen todiste kuin välillisesti painottunut todistusaineisto, jos näin muotoutunut lausunto aiheuttaa uutta tutkinnan suuntaamista.

Stanikic on kehittänyt mallin, joka auttaa analysoimaan tunnistamisen luotettavuutta ja huomioi yksittäistapauksen erityispiirteet sekä todistajanpsykologisten kokemussääntöjen varmuustason. Mallissa korostetaan erityisesti tapauksen konkreettisten ja yksilöllisten olosuhteiden huomioon ottamista tunnistamisen luotettavuuden arvioinnissa.[436] Tuomala puolestaan on tuonut esiin, että tunnustamisoikeudenkäynnissä totuuden tavoittelu voi olla haastavaa, kun painotetaan menettelyn koettua oikeudenmukaisuutta ja osapuolten tyytyväisyyttä lopputulokseen. Menettelyssä on riski suhteettoman lieviin rangaistuksiin ja luottamuksen heikentymiseen oikeusjärjestelmään, sillä tuomiot perustuvat usein vain tunnustuksiin. Tämä taas voi johtaa aineellisen totuuden vääristymiseen verrattuna perinteiseen rikosprosessiin, jossa on kattavampi esitutkinta ja syyteharkinta. Tuomalan mukaan käyttökelpoinen näytönarvioinnin malli tunnustamisoikeudenkäynnissä on

---

432 Tuomala 2023, s. 4.

433 Tunnustamisoikeudenkäyntiä ja edeltävää syyteneuvottelua tarkastellaan hyödyntämiskiellon osalta jaksossa 7.6.

434 Marjosola 2021, s. 118–122. Myös Stanikicin (2015, s. 426–428) mukaan kokemussääntöjen hyödyntäminen vähentää arkikokemukseen perustuvia virhekäsityksiä tunnistamisen luotettavuudesta ja mahdollistaa tunnistamisen luotettavuutta heikentävien sekä sitä tukevien seikkojen erittelyn ja perustelun tunnistamiselle annettavalle näyttöarvolle.

435 Marjosola 2021, s. 118–122.

436 Stanikic 2015, s. 424.

hypoteesimetodi, joka keskittyy aineellisen totuuden tavoitteluun vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen arvioinnin, vertailuun ja poissuljennan avulla.[437]

Kuitenkaan psykologinen asiantuntemus ei ole ratkaisevassa asemassa tuomioistuimissa, koska lopullinen päätös tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta on oikeudellinen, ei psykologinen, kysymys. Väärien tunnustusten havaitseminen vaatii tietoisuuden lisäämistä väärien tunnustusten mahdollisuudesta, mutta koska tunnustamisoikeudenkäynneissä asiantuntijoiden käyttö on rajoitettua, vahva epäily tunnustuksen oikeellisuudesta voi johtaa koko asian hylkäämiseen.[438] Tuomalan johtopäätös soveltuu myös perinteiseen prosessiin, jossa oikeussäännöt todistelun rajoittamisesta, käyttö-, todistamis- ja hyödyntämiskielloista sekä näyttökynnyksistä ovat oikeudellisia kysymyksiä ja normeina pakottavia oikeussääntöjä. Kokemussääntöjä ja todistelupsykologiaa koskeva tutkimus on hyödyllisempää näytön arvioinnissa kuin näytön rajoittamisessa tai totuuden määrittelyssä, mistä viime mainittu on yksinkertaistettava oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden, oikeusvarmuuden ja lainkäytön ennustettavuuden vuoksi.

### *3.5.6 Johtopäätöksiä totuuskäsityksen ja aineellisen totuuden normiluonteen merkityksestä oikeudenkäynnissä*

Aineellinen totuus on oikeustieteellisenä käsitteenä epämääräinen, eikä sen filosofista merkitystä ole tarpeellista saavuttaa prosessissa. Toisaalta prosessuaalinen totuus on kaukana aineellisesta totuudesta sikäli, kun aineellinen totuus ymmärretään historiallisena totuutena. Menkel-Meadow kiteytti totuuden kompleksisuuden ja subjektiivisuuden oikeudenkäynnin ongelmana tutkimuksessaan seuraavasti: ”*[– –] truth is illusive, partial, interpretable, dependent on the characteristics of the knowers as well as the known, and, most importantly, complex. In short, there may be more than just two sides to every story*.”[439] Totuus on kompleksinen ilmiö, mikä on tässä tutkimuksessa hyväksyttävä. Aineellisen ja prosessuaalisen totuuden käsitteiden selkiintymättömyys voitaisiin ratkaista myös siten, että aineellinen totuus ei ole prosessioikeudellisena käsitteenä yhtä kuin historiallinen totuus, vaan se on todistettavissa oleva totuus, joka poikkeaa kuitenkin prosessuaalisesta totuudesta sikäli, kun näiden sinänsä olemassa olevien todisteiden käyttämistä on rajoitettu. Tällainen aineellinen totuus pitäisi sisällään ne heikkoudet, joita inhimillinen kokemusmaailma ja

437 Tuomala 2023, s. 107–108 ja 220. Ks. myös KKO 2022:50. Tuomala on viitannut hypoteesimetodin osalta Diesenin (2015, s. 197–264) kehittämään malliin, josta ks. johtopäätökset sekä sovellus Tuomala 2023, s. 221–225.

438 Tuomala 2023, s. 281–282.

439 Menkel-Meadowin (1996, s. 5–6) mukaan näytön esittäminen eli todistelu vastakkaisista riidanalaisista näkemyksistä ei ole paras järjestelmä totuuden saavuttamiseksi, koska polarisaatio vääristää totuutta ja aiheuttaa olennaisen tiedon poisjäämisen prosessista sekä yksinkertaistaa liiaksi kompleksista todellisuutta sekä hämärtää tapahtumankulkua.

siten totuuksien subjektiivisuus aiheuttaisivat.[440] Menettelylliset säännökset, rajoitukset todisteiden hankkimiselle ja esittämiselle sekä prosessiekonomia puolestaan rajoittaisivat tätä aineellisen totuuden saavuttamista prosessissa siten, että kaikkia todisteita ei koskaan joko saavutettaisi tai niitä ei tuotaisi osaksi prosessia. Tällöin olisimme tekemisissä prosessuaalisen totuuden kanssa, jonka ihanteena ja tavoitteena olisi tietysti oltava aineellisen totuuden mukainen lopputulos huolimatta siitä, että kaikkia todisteita ei saataisi ratkaisun perustaksi.

Tuomioistuin joutuu ratkaisussaan tyytymään todennäköisyyksiin tosiseikan olemassaolosta, koska aineellisen totuuden saavuttamisesta ei voida olla varmoja. Jos voitaisiin, aineellinen totuushan olisi saavutettu, koska silloin tiedettäisiin, että tietty seikka on totta. Niinpä aineellista totuutta on syytä tavoitella, mutta sen saavuttamisesta ei voida tietää mitään. Jonkan mukaan aineellisen totuuden tavoittelu tarkoittaa käytännössä sitä, että tuomion faktapremissi vastaa mahdollisimman suurella todennäköisyydellä ulkoprosessuaalista olosuhdetta.[441] Todennäköisyys ei ole sama asia kuin totuus, minkä vuoksi hyväksyttävän todennäköisyyden korkeutta on pystyttävä määrittämään jollakin standardilla. Eri aikakausina tämä on merkinnyt tuomioistuimen vakuuttuneisuudessa seikan olemassaolosta esimerkiksi sellaista korkeamman asteen todennäköisyyttä, ”*joka saa järkevän ja tunnontarkan henkilön vakuuttuneeksi faktan olemassaolosta*”[442], tai kyseessä on ”*huolellista harkintaa käyttävän, tunnollisen ja järkevän ihmisen järkevä epäily*”.[443] Yhtä kaikki, totuuskäsitys on ihanteiltaan faktapositivistisesti värittyneessä oikeusjärjestyksessämme edelleen aineellista totuutta tavoitteleva, mutta todennäköisyyden asteessa itsessään jo hyväksytään ihmisten kognition erilaisuus, minkä vuoksi todennäköisyyden astetta kuvataan myös määrittelemällä sitä arvioivan ihmisen kompetenssia.

Vaikka aineellisen totuuden periaatetta sovelletaan, totuuden tavoite oikeudenkäynnissä ei ole itseisarvo. Tämä johtuu siitä, että totuuden tavoittelu on sidottu oikeudenkäynnissä esitettyihin faktaväitteisiin, joiden paikkansa pitävyys tutkitaan oikeudenkäynnissä.[444] Näin ollen oikeudenkäynnin kohde ja todistelu on rajoittunutta verrattuna todellisuuden tapahtumiin. Aineellisen totuuden tavoite on OK:n vuoden 1948 uudistuksen yhteydessä ollut merkittävässä roolissa, mutta kaikki tutkijat eivät ole sille antaneet erityistä painoarvoa, ja osa on jopa syrjäyttänyt aineellisen totuuden tavoitteena päätyen siihen, että oikeudenkäynnin tavoitteena

440 Aineellinen tarkoittaisi tässä käsityksessä jotain konkreettista ja olemassa olevaa ja esitettävää tai jopa toisinnettavaa seikkaa. Historiallinen tapahtumainkulku ei ole sitä, koska mennyttä hetkeä ei voi toisintaa. Näytön arviointiin kuuluva todisteiden luotettavuuden arviointi pyrkii huomioimaan todisteen totuusarvoa, mutta tällöin on kyse tuomarin empiirisestä, kokemusperäisestä vakuuttuneisuudesta, eikä siitä, mitä tosiasiassa historiallisesti tapahtui. Tällaisen historiallisen totuuden jäljittäminen lienee mahdotonta.

441 Jonkka 1993, s. 24. Samoin Klami 2000, s. 79.

442 Ks. Tirkkonen 1972, s. 129.

443 Pölönen 2003, s. 140–141.

444 Huovila 2003, s. 166.

tulisi olla ainoastaan prosessuaalinen totuus.[445] En yhdy tähän näkemykseen, vaan pidän aineellista totuutta tavoitteena, olkoonkin että sitä ei voi saavuttaa tai ainakaan osoittaa saavutetun jo pelkästään ihmisoikeusperusteisten rajoitussäännösten vapaaseen todisteluun tai todistusharkintaan aiheuttaman vaikutuksen vuoksi. Tällöin en kuitenkaan puhuisi pelkästä prosessuaalisesta totuudesta, vaan aineellisen totuuden tavoittelusta ihmisoikeussäännökset huomioiden. Kysymys on osaltaan periaatepunninnasta: Onko aineellinen totuus joko prosessin tavoitteena tai todistusoikeudellisena arvoperiaatteena yksilönsuojaa ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ihanteita tärkeämpää.

Mielestäni näkemys siitä, ettei aineellinen totuus ole järkevä tavoite, koska oikeudenkäynnissä voidaan saavuttaa vain prosessuaalinen totuus, on yksipuolinen. Totuuden määritelmä ja merkitys on riippuvainen myös siitä, mistä näkökulmasta prosessia tarkastellaan: yksittäisen oikeudenkäynnin, lainsäätäjän vai prosessioikeuden merkityksen sekä arvo- ja moraalinormien näkökulmasta. Jälkimmäisessä näkökulmassa aineellinen totuus on eittämättä se totuus, jota tavoitellaan, muutoinhan prosessi olisi jo lähtökohtaisesti riippumaton reaalimaailman tapahtumista. Lainsäätäjän näkökulmassa puolestaan sovitetaan aineellisen totuuden tavoitetta yhteen muiden tärkeiden, ja säädöshierarkiasyistä jopa pakollisten, intressien kanssa. Lainsäätäjä on Suomessa asettanut aineellisen totuuden tavoitteeksi, joskin selvää on, ettei se puhtaimmillaan ilmene edes säädöstasolla. Yksittäisessä oikeudenkäynnissä lopputulos vastaa prosessuaalista totuutta. Tämä kuitenkin vaihtelee prosessilajeittain. Ervon mukaan vahvin aineellisen totuuden käsitys vallitsee indispositiivisessa riita-asiassa ja heikoin dispositiivisessa riita-asiassa, kun taas rikosprosessi asettuu tähän väliin.[446] Täydennän kuvausta lisäämällä, että törkeimmissä rikosasioissa on vähintään yhtä vahva aineellisen totuuden tavoite kuin indispositiivisessa riita-asiassa, mutta vähäisemmissä rikosasioissa, varsinkin tunnustukseen perustuvissa kirjallisessa menettelyssä käsiteltävissä, aineellisen totuuden tavoite on selvästi vähäisemmässä roolissa.[447]

Tekijät hyväksytyn totuuden tasolle ovat osin aineellisia, osin menettelyllisiä. Esimerkiksi dispositiivisen riita-asian tavoitteena on riidan ratkaiseminen eikä historiallisten tapahtumien aukoton selvittäminen. Rikosasiassa puolestaan totuuden selvittäminen on oikeuden aatteen nojalla välttämätöntä, jotta rikosvastuu toteutuu, mutta syytöntä ei tuomita. Kuitenkin rikosasiassa erityisesti perus- ja ihmisoikeusnäkökulmista johtuvat mekanismit rajoittavat aineellisen totuuden selvittämisen keinoja, jolloin lopputulos noudattaa prosessuaalista totuutta, eikä tuomioistuin

445 Ks. jakso 3.5.3.

446 Ks. Ervo 1996, s. 31 ja 52–54.

447 On selvää, ettei edes vähäisissä rikosasioissa pitäisi voida tuomita syytöntä, mutta tunnustuksen merkitys niissä korostuu, jolloin tapahtumankulusta voi jäädä paljonkin selvittämättä prosessin perustuessa syyttäjän esittämän teonkuvauksen tunnustamiseen ja suullisesta käsittelystä luopumiseen.

voi saada varmuutta siitä, vastasiko se myös aineellista totuutta. Rikosasiassa myös langettavaan tuomioon vaadittu riita-asiaa korkeampi näyttökynnys johtaa hyväksytysti siihen, että vastoin aineellista totuutta on jätettävä tuomitsematta, jos syyllisyydestä jää varteenotettava epäily. Riita-asiassa uskottava näyttö puolestaan on riittävä ja toisaalta todisteiden hankkimiseksi ja esittämiseksi tai käyttämiseksi asetettuja kieltoja on vähemmän.[448] Näin ollen rikosasiassa totuuskäsitys on käytännössä indispositiivista riita-asiaa vahvemmin prosessuaalista, joskin aineellisen totuuden periaate asettaa jonkinasteisen, enemmälti moraalisen, velvoitteen aineellisen totuuden tavoittelemiselle. Indispositiivisissa riita-asioissa, erityisesti lasta koskevissa asioissa, aineellisen totuuden tavoite on mielestäni kaikista vahvin: yhteiskunnalliset ja täysivaltaisista osapuolista riippumattomat intressit eivät mahdollista sopimista materiaalisesti tai menettelyllisesti. Toisaalta näyttökynnys ei ole yhtä korkea kuin langettavassa rikostuomiossa, jolloin korkean näyttökynnyksen aiheuttama mahdollinen problematiikka vääriin (rikosasiassa vapauttaviin) tuomioihin vältetään. Aineellisen totuuden, edes teoreettista, saavuttamista haittaa kaikissa asiaryhmissä tuomioistuimen ratkaisupakko. Näillä varsin polveilevilla perusteilla voidaan todeta, että aineellinen totuus on lopulta arvoperiaate, joka ei yksinään määritä prosessin kulkua, todistelua tai todistusharkintaa, vaan tuomioistuimen on otettava se yhtenä periaatteena huomioon periaatepunninnassa.[449] Kuvattujen haasteiden vuoksi oikeudenkäyntien aineellinen totuus on usein epävarmaa, ja tuomarit pyrkivät tyytymään prosessuaaliseen totuuteen eli siihen, mitä voidaan osoittaa oikeudenkäynnissä esitetyn aineiston perusteella. Tämä johtaa siihen, että oikeudenkäynti voi luoda kontekstin, jossa aineellinen oikeustila on epävarma.[450]

Aineellisen totuuden saavuttaminen edes jonkinasteisella varmuudella edellyttäisi, että kaikki todistusaineisto olisi saatavilla asian ratkaisemiseksi. Täyteen varmuuteen pystyttäisiin pääsemään vain olemalla objektiivisena havainnoitsijana tapahtumassa, josta todistelua nyt esitetään.[451] Kaikkea todistelua ei myöskään ole järkevää hankkia prosessiekonomisista tai näyttöarvollisista syistä. Tämän lisäksi kun huomioidaan vielä prosessisäännöksistä johtuvat todistelun hankkimiseen ja esittämiseen sekä hyödyntämiseen liittyvät rajoitukset todistelun käyttämiselle, päädytään oikeudenkäynnin lopputulemana lopulta puhumaan prosessuaalisesta totuudesta. Yhteenvetona voitaneen todeta, että tuomioistuimen tulee pyrkiä aineelliseen totuuteen prosessinormien rajoissa, jolloin totuus ei välttämättä ole enää aineellista, vaan prosessuaalista. Totuus oikeudenkäynnissä riippuu siten totuusta-

448 Riita-asiassa näyttökynnystä voidaan kuvata erilaisten periaatteiden kautta, joista ks. erityisesti näyttöenemmyysperiaatteen osalta Saranpää 2010.

449 Ervo (2001, s. 408) on pohtinut myös aineellisen totuuden selvittämisen merkitystä yhteiskunnalle tullen siihen johtopäätökseen, että "*yhteiskunnan totuuden selvittämisestä saama hyöty vähenee, mikäli totuuden selvittämisen voidaan samalla olettaa vahingoittavan sen kohteeksi joutunutta*".

450 Markus – Paukku 2023, s. 165.

451 Ks. Jämsä 2015, s. 40.

voitteen ja muiden periaatteiden välisestä punninnasta, ja se voi vaihdella jonkin verran riippuen prosessilajista, asian laadusta ja osapuolten oikeusturvaan liittyvistä todisteluun vaikuttavista olosuhteista. Näin ollen aineellista totuutta ei tarvitse saavuttaa absoluuttisesti, vaan riittää, että todennäköisyys sen saavuttamiselle olisi mahdollisimman suuri. Aineellisen totuuden saavuttaminen tietoisesti ei edes ole mahdollista, vaan sen saavuttaminen on tiedostamatonta.

# 4 TODISTUSTEORIAT ERITYISESTI KOTIMAISEN OIKEUDEN KEHITYKSEN NÄKÖKULMASTA

## 4.1 Lähtökohtia

Tässä jaksossa esitetään vapaa todistusteoria nykymerkityksessä ja vaihtoehtoiset todistusteoriat kotimaisen todistusoikeuden kehityksen osalta, jolloin painotus on muodollisessa ja legaalisessa todistusteoriassa tai niiden prosessissa ilmenemisessä sekä totuustavoitteissa. Molemmat vaihtoehtoiset todistusteoriat kulminoituvat todistusharkintaan, sen muotoon ja rajoittamiseen. Onkin tärkeää havaita, että todistusharkinnan vapaus, joka nykyisessä teoriassa on se varsinainen tarkasteltava ero vaihtoehtoisiin todistusteorioihin, ei yksin määritä vapaata todistusteoriaa, vaan vapaa todistusharkinta on sidoksissa vapaaseen todisteluun. Siltä osin kuin kysymys on historiallisesta katsauksesta, on tutkimusnäkökulman puitteissa mainittava, että perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän kehitys on tuonut mukanaan vapauksiin rajoitteita, joita ei muodollisen ja legaalisen todistusteorian vallitessa tai vapaan todistusteorian soveltamisen aiemmissa vaiheissa ollut.[452]

Jaksossa käsitellään sitä, miksi ja miten suomalaisessa prosessioikeudessa on päädytty nykyiseen vapaaseen todistusteoriaan keskittyen erityisesti oikeushistoriallisiin murrosvaiheisiin ja oikeudellisiin ilmiöihin, jotka ovat sysänneet alulle siirtymän seuraavan todistusteorian omaksumiselle. Vaikka oikeushistoriallinen tarkastelu auttaa ymmärtämään oikeudellisen ilmiön nykytilaa ja tarjoaa mahdollisuuden säännösten oikeusdogmaattista tarkastelua syvällisemmälle analyysille, jakson tarkoitus ei ole toimia kattavana oikeushistoriallisena katsauksena, vaan analysoida erilaisten todistusteorioiden vaikutusta oikeuden syvätasolta oikeuskulttuuriin ja lopulta oikeuden pintatasolle.[453] Voimassa olevia oikeussääntöjä subjektiivisesti tulkittaessa historialla on merkityksensä. Se antaa oikeuden kehittymiselle juuret ja taustoittaa kunkin aikakauden oikeusolojen avulla syitä nykyisille oikeudellisille valinnoille.[454]

---

452 Varhaisemmissa teorioissa ei todistelun vapaudesta voida puhua, koska todistelu oli ylipäänsä kaavamaista tai rajoitettua tahi todistusharkinta säänneltyä. Eri teorioihin perustuvissa todistusjärjestelmissä on toisistaan poikkeavat todiste-käsitteet ja niiden lajien määritelmät. Samoin todistajaksi kelpaamattomuus on ollut historiassa nykyistä laajempaa. Todistusteorioiden tarkasteltu kulminoituu siksi jaksossa 3.5 avattuun totuuskäsitteeseen, mikä puolestaan kiinnittyy todistusharkintaan ja näytönarviointiin.

453 Todistusteorian kehitysvaiheiden ymmärtämiseksi olen valinnut kuitenkin ainoastaan mainita keskeisimpien oikeushistoriallisten aikakausien ominaispiirteet erityisesti prosessioikeuden näkökulmasta, ettei tutkimusaiheesta poiketa tarpeettoman paljoa oikeushistorian tutkimuksen sivupolulle. Oikeushistorian tutkimus on parhaimmillaan oikeudellisen muutoksen analyysiä. Oikeushistoriallisen tarkastelun funktioista tarkemmin ks. Kekkonen 2002, s. 17–19 ja Kekkonen 2009, s. 1.

454 Tutkimuksen kannalta historian tarkastelu on tärkeää myös tutkimuksen erityisen osan oikeussään-

Oikeussäännöin toteutetun lainkäyttäjän harkintavallan rajoittamisen päättyminen on ollut oikeustieteellisesti merkittävä vaihe prosessioikeuden kehityksessä, mutta vailla dramatiikkaa käytännön oikeuselämässä. Tämän nivelvaiheen käsittely ansaitsee paikoin yksityiskohtaista arviointia nykyisyyden ymmärtämiseksi.

Johdantona yhteiskunnallisista olosuhteista totean, että suomalaisen oikeusjärjestelmän juuret ovat niin roomalaisessa kuin arkaaisessa oikeudessa ja oikeustieteen synnyn myötä vaikutteita on saatu myös germaanisesta oikeudesta. Koska Suomi oli Ruotsin vallan alaisuudessa 1200-luvulta vuoteen 1809 saakka, on ruotsalaisen oikeushistoriallisen tutkimuksen tarkastelu relevanttia. Venäjän vallan alaisuudessa, tosin autonomisena, Suomi oli vuodesta 1809 vuoteen 1917, jolloin Ruotsin vallan aikaiset lait jätettiin voimaan. Suomalaisen oikeuden kehitys on siten myös Venäjän vallan aikana ja osin itsenäistymisen jälkeen seurannut ruotsalaista oikeuden kehitystä. Venäjän vallan aika toi tiettyjä uudistussuuntauksia suomalaiseen oikeuteen, kuten ankarana pidetyn rikosoikeuden lieventyminen, mutta prosessioikeuteen vähemmän, varsinkaan teoreettisempaan todistusoikeuteen tai todistusteoriaan. Näin ollen tarkastelussa ei käydä yksityiskohtaisesti läpi kaikkia lakimuutoksia, vaan ainoastaan keskeisimpiä. Kyse on teorian tarkastelusta, joka on näkynyt enemmälti käytännön prosessioikeudessa noudatettavina periaatteina jo ennen kuin lainsäädäntö on muuttunut.

Vapaan todistusteorian vaihtoehto on legaalinen todistusteoria, joka myös Suomessa oli pitkään käytössä. Alkukantaisissa oloissa ja vielä keskiajalla erilaiset valat ja jumalantuomiot korvasivat rationaalisen todistelun, jolloin voidaan puhua muodollisesta todistusteoriasta. Vähitellen Ruotsi-Suomessa lähinnä saksalais-roomalaisen oikeuden vaikutuksesta omaksuttiin 1500- ja 1600-luvuilla legaalinen eli lakisääntöinen todistusteoria, jossa määriteltiin todistelun näyttöarvo lakitasolla. Legaalisen todistusteorian vaikutus ilmeni selvänä jo Olaus Petrin tuomarinohjeissa vuonna 1552, mutta lainsäädäntöön se otettiin vasta vuonna 1734 voimaan tulleessa oikeudenkäymiskaaressa. Tuomioistuinkäytännössä erityisesti 1800-luvun puolivälistä alkaen etäännyttiin vähitellen legaalisen todistusteorian mukaisesta järjestelmästä kohti vapaata todistusteoriaa. Käytännössä omaksutut vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta kirjattiin lakitekstiin vuoden 1948 OK 17 luvun uudistuksella.

Historiakatsauksen osalta tarkastelu on jaettu todistusteorian kehitysvaiheiden perusteella kolmeen osaan: muodollinen todistusteoria, legaalinen todistusteoria

---

töjen tulkinnan kannalta (subjektiivinen eli ns. historiallinen tulkinta), koska saman perusteet, joilla legaalisesta todistusteoriasta siirryttiin vallitsevaan vapaaseen todistusteoriaan, pätevät edelleen vapauden validoijina. Käsitteiden taso on tässä tarkastelussa huomattava: todistusteoria on oikeusjärjestelmän osa, jota lainsäädännössä ilmennetään todisteiden esittämistä (todistelua) ja todistusharkintaa koskevalla sääntelyllä. Historiallisessa tarkastelussa huomio nousee merkittäväksi erityisesti siirryttäessä legaalisesta todistusteoriasta vapaaseen todistusteoriaan, koska vapaan todistusteorian toinen periaate, vapaa todistusharkinta, on omaksuttu oikeuskäytäntöön ennen todistelun vapauttamista. Historiallisilla seikoilla on merkitystä myös oikeuden monitasomallissa tasojen kiinnittymisessä.

ja vapaan todistusteorian omaksuminen. Nämä jaksot eivät noudata oikeuden kehityksen tai lainsäädännön muutosten ajankohtia, vielä vähemmän historiallisia ajanjaksoja.[455]

## 4.2 Muodollinen todistusteoria

Muodollisella todistusteorialla tarkoitetaan germaaniseen oikeuteen kuuluvaa todistusjärjestelmää, jossa todistelussa näytön hankkimisen ja esittämisen sekä todistusharkinnassa näytön arvioinnin sijaan todistelu merkitsee ennalta määrättyjen muodollisten suoritteiden käyttämistä. Näitä suoritteita eli eräänlaisia todisteita ovat oikeushistoriassamme olleet valamenettelyt, kaksintaistelut tai jumalantuomiot. Järjestelmän tavoitteena ei ollut tuomarin vakuuttaminen asian totuusluonteesta.[456] Muodollinen todistusteoria pohjautui traditionaaliseen oikeudenkäyttöön, jossa rikosasiassa henkilön syyllisyys todistettiin yliluonnollisiin seikkoihin vetoamalla.[457]

Muodollisen todistusteorian aikakausi koostuu arkaaisen oikeuden ajasta ja osasta varhaismodernin oikeuden aikaa. Sukuyhteiskunnassa ja maallikkovaltaisissa oikeudenkäynneissä ei totuuden selvittämisellä ollut merkitystä, eikä oikeudenkäynneissä käytetty varsinaisia todisteita lainkaan, vaan kysymys oli enemmälti asioiden sopimisesta jonkinlaisella osin ennalta päätetyllä menettelyllä, jolloin muodollinen totuus aineellisen sijaan katsottiin riittäväksi.[458] Todistelun korvasivat valat ja jumalantuomion antamiseksi käytetyt syyllisyyden selvittämiskeinot, jotka hallitsivat oikeuskäytäntöä koko keskiaikaa edeltävän ajan ja keskiajan aina varhaismodernille

455 Historiallisten aikakausien ja oikeudellisen historian aikakausien välinen suhde määräytyy pääpiirteissään seuraavasti. Tyypillisesti historiassa jaetaan aikakaudet siten, että keskiaika sijoittuu vuosiin 400–1500 (josta varhaiskeskiaika 400–1100, sydänkeskiaika 1100–1300 ja myöhäiskeskiaika 1300–1500), varhainen uusi aika sijoittuu vuosiin 1500–1800 ja uusi aika tämän jälkeen. Kuitenkin moderni valtio alkoi syntyä 1500-luvulla. Tässä tarkastelussa on kuitenkin relevanttia puhua myös oikeudellisista historian ajanjaksoista, eli arkaaisen oikeuden (-1100), varhaismodernin oikeuden (1100–1700) ja modernin oikeuden (1700-) ajoista. Ks. tarkemmin esim. Pihlajamäki 2004, s. 1–3. Kuitenkin kunkin oikeushistoriallisen ajanjakson suuret oikeuselämän uudistukset ovat vaikuttaneet todistusoikeuden ja todistusteorian kehittymiseen käytännössä, mistä puolestaan on seurannut lainsäädäntöuudistuksia. Suomessa lisäksi vaikutteena on huomioitava yhteiskunnallinen ja hallinnollinen rakenne ja vallinnut historiallinen ajanjakso, koska oikeus – edes prosessioikeus – ei ole muotoutunut yhteiskunnan muusta kehityksestä erillisenä.

456 Tirkkonen 1949, s. 3–4.

457 Kekkonen 2002, s. 36–37 ja Pihlajamäki ym. 2007, s. 230–231.

458 Arkaaisella ajalla prosessioikeutta ei ollut olemassa, vaan riidat ja rikokset käsiteltiin sukujen kesken. Sitä onkin kutsuttu osuvasti sukuvallan tai sukuyhteiskunnan ajaksi. Arkaaisessa oikeudessa ei tunnettu oikeustiedettä tai juristikuntaa, eikä yksityis- ja julkisoikeutta eroteltu. Ks. Arkaaisen ajan oikeusoloista tarkemmin esim. Pihlajamäki 2004, s. 1–3. Sukuvallan aikana tuomioistuimena toimi kansankokous tai neuvosto, jossa ei ollut lainoppineita jäseniä. Nk. tuomarit olivat maallikoita, jotka toimivat prosessissa sovittelijan roolissa sukujen välillä. Ylikangas 1984, s. 17–18; Pihlajamäki 2004, s. 84–85 ja Pihlajamäki ym. 2007, s. 230–231.

kaudelle.[459] Jumalantuomiot tosin kiellettiin jo 1200-luvulla, jolloin oikeuskäytännössä alkoi oikeustieteen kehittyessä muodostua legaalisen todistusteorian piirteitä, mutta valajärjestelmä jäi oikeuskäytäntöön pidemmäksi aikaa.

Jumalantuomio eli ordaalio oli prosessi, jossa harkintavaltaa ei annettu tuomarille, vaan auktoriteetti tuomitsemiseen haettiin yliluonnollisista ilmiöistä. Arkaaisen ajan prosessit pohjautuivat sovintomenettelyn formalisointiin, joskin todistelu oli yliluonnollisiin voimiin vetoamiseen perustuvaa rikosasioissa niin syyllisyyden kuin syyttömyyden osoittamisen osalta. Jumalantuomiossa syyllisyys näytettiin toteen kokeella, jossa syytettyä koeteltiin ruumiillisesti, eli syyllisyys ratkaistiin sillä perusteella, selvisikö hän esimerkiksi hukuttamisesta tai jäikö syytettyyn vammoja polttamisesta. Tällaisessa kokeessa vapauttavan tuomion sai, jos syytetty ei hukkunut, jolloin katsottiin, että Jumala pelasti syyttömän.[460] Osassa riita-asioita käytettiin myös kaksintaisteluita, joissa vastapuolet laitettiin taistelemaan keskenään. Taistelun voittanut oli kyennyt näyttämään riittävästi kantansa. Valamenettelyssä, kuten jumalantuomiossakin, oli kyse Jumalan pelosta. Valamiehistön uskottiin kertovan oikean valan, koska ajateltiin, ettei väärällä valalla uskallettu uhmata Jumalaa. Syyttömyyttään syytetty pystyi niin ikään todistelemaan valalla, jossa hän vannoi maagisten voimien avulla syyttömyytensä.[461] Traditionaalinen suuntaus oikeudenkäytössä jatkui muodollisesti vuoteen 1215 saakka, jolloin kanonisen tieteellisen oikeuden kehityksen alkuvaiheiden seurauksena lateraanikokous kielsi jumalantuomioiden käyttämisen.[462]

Varhaismodernin oikeuden aikana erityisesti keskiajalla Ruotsi-Suomen oikeusoloja määritti hyvin pitkälti yhteiskunnallinen rakenne, jossa keskusvallalla[463]

---

459 Letto-Vanamo 1991, s. 39–41. Tarkastelussa keskeistä prosessioikeuden näkökulmasta ovat oikeustieteen synty 1100-luvulla ja absolutismin aikakausi. Absolutismin ajaksi kutsutaan yksinvallan aikakautta, joka alkoi uuden ajan alussa ja päättyi valistuksen aikaan, eli noin 1700-luvun puoliväliin. Absolutismia kuvaa yksinvaltiaan vallankäyttö, joka osassa valtiollista valtaa tarkoitti hallitsijan täyttä suvereniteettia ja päätöksentekoa jopa ilman ylimystön myötävaikutusta. Ks. Kekkonen 2002, s. 51–53 ja Kekkonen 2009, s. 53–55.

460 Vastavuoroisesti, mikäli syytetty ei kokeesta selvinnyt vammoitta tai elossa, hän oli syyllinen. Ks. jumalantuomioista tarkemmin esim. Kekkonen 2002, s. 36–37; Nousiainen 1993, s. 202; Pihlajamäki 2004, s. 84–85 ja Pihlajamäki ym. 2007, s. 230–231.

461 Valamenettelystä tarkemmin ks. Ylikangas 1984, s. 17–18; Pihlajamäki 2004, s. 84–85 ja Pihlajamäki ym. 2007, s. 230–231.

462 Kanonisella oikeudella (lat. ius canonicum) tarkoitetaan roomalaiskatolisen kirkon oikeusjärjestelmää, jota kirkko alkoi luoda 800-luvulta alkaen vastatakseen yhteiskunnan poliittisiin haasteisiin. Se on kehittynyt kirkon perustamisesta lähtien, mutta voimakkaimmin 1100-luvulta alkaen, jolloin kanonisen tieteellisen oikeuden katsotaan varsinaisesti alkaneeksi. Ks. Pihlajamäki ym. 2007, s. 85 ja 93. Kanoninen oikeus oli sekä jumalallista, eli muuttumatonta ja suoraan Raamatusta otettua säännöstöä, että inhimillistä, eli muuttuvaa ja eri oikeuslähteistä omaksuttua oikeutta. Ks. Knuutila 2010, s. 3. Vuoden 1215 lateraanikokouksen jälkeen Ruotsissa säädetyissä maan- ja maakuntalaeissa ei tunnettu jumalantuomioita, vaan todistelu oli säädetty tapahtuvaksi valaan, valanvahvistajiin ja todistajainkuulusteluun sekä lautakuntiin perustuvilla menettelyillä. Ks. Nousiainen 1993, s. 202.

463 Tarkoitan keskusvallalla tässä jaksossa kirkon ja maallisen hallinnon roolia.

oli varhaista uutta aikaa lähestyttäessä korostuva rooli.[464] Oikeuden kehitys oli alkuvaiheessa hidasta erityisesti prosessioikeuden osalta, eikä varhaisimmissa maakuntalaeissa ei ollut erillisiä menettelysäännöksiä, vaan sikäli kun prosessiin otettiin kantaa, ne sisältyivät yksityis- ja rikosoikeudellisiin säännöksiin. Prosessisäännösten hajanaisuus tai puute johtui siitä tyypillisestä varhaisten maakuntalakien ominaisuudesta, että yksityis- ja julkisoikeuden eroa ei tunnettu ja toisaalta prosessi katsottiin edelleen sovintoluonteiseksi.[465] Oikeus oli kerrostunutta maallisen ja kirkollisen oikeuden erojen vuoksi, mutta myös tuomioistuinjärjestys oli maaseudulla ja kaupungeissa erilainen. Todistusoikeuden näkökulmasta keskeistä oli se, että oikeus- ja tosiasiakysymykset eivät olleet erillisiä, eikä myöskään tuomarin, asiantuntijan ja todistajan rooleja ollut tarkkaan eritelty.[466]

Ennen legaalisen todistusteorian käyttöönottoa jumalantuomioita korvattiin osin valamenettelyillä, joita toteutettiin myötävannojien ja lautakuntien avulla.[467] Näin valat jäivät osin voimaan yhtenä todistuskeinona legaalisen todistusteorian soveltamisen alkuaikoina, kunnes valaprosessi myöhemmin syrjäytettiin kokonaan.[468] Valamenettelyssä, samoin kuin jumalantuomioissakaan, ei ollut kysymys aineellisen totuuden selvittämisestä vaan puhtaasti muodollisesta totuudesta. Letto-Vanamon

464 Kekkonen 2002, s. 52.

465 Ruotsi-Suomessa voimakas keskusvallan aikakausi aiheutti sovintoon perustuvan oikeudenkäytön lakkaamisen ja juridisen vallankumouksen vaiheen lopulta vasta 1600-luvun alussa. Ks. esim. Kekkonen 2009, s. 44–45. Sukuvallasta ja arkaaisesta ajasta siirtymää varhaismoderniin aikaan voidaan Ruotsi-Suomessa kuvata selkeimmin kirjoitetun lain syntymisellä. Ruotsi-Suomessa annettiin 1200–1300-luvuilla maakuntalakeja (ja kaupunginlakeja sekä maanlakeja), jotka koostuivat pääosin vanhasta tapaoikeudesta, mutta sisälsivät myös kuninkaallista ja kanonista oikeutta. Vasta käräjäkaaren säätämisen myötä Maunu Eerikinpojan maanlaissa (1347, kaupunginlaki 1349) ja myöhemmin osin uudistettuna Kristoferin maanlaissa (1442) päädyttiin jopa melko yksityiskohtaiseen menettelysäännöstöön. Keskusvallan vahvistuminen alkoi häivyttää näitä arkaaisen oikeuden piirteitä, jotka väistyivät kokonaan vasta 1600-luvulla, jonka lopulla voidaan todeta siirrytyn keskitettyyn valtiolliseen riidanratkaisuun. Ks. tarkemmin Letto-Vanamo 1991, s. 29–32.

466 Pihlajamäki 2004, s. 72–77.

467 Huomiona kuitenkin, että kaupunginlait ja maanlait erosivat toisistaan traditionalismin osalta. Esimerkiksi Kristoferin maanlaki tunsi vielä pitkään valan todistelukeinona. Käräjäkaaren mukaan henkilö, jonka väitettiin tehneen väärän teon (rikoksen), tuli rangaistuksen välttääkseen antaa tuonpuoleisiin voimiin vedoten vala syyttömyydestään. Samoin jos henkilöä vastaan nostettiin kanne, hän pystyi antamaan valan, vaikka ei esittänyt mitään muita todisteita asiassa. Vala kelpuutettiin siten niin siviili- kuin rikosasioissa, vaikka asioiden luonteen välille ei selkeää eroa varhaisessa oikeudessa tehty. Myötävannojia valan vahvistamiseksi käytettiin vakavammissa asioissa aina 1695 vuoteen saakka, jolloin myötävannojainstituutio lakkautettiin. Kristoferin maanlaki mahdollisti myös virkamiestodistajien käytön valan vannomisessa lautakunnan avulla. Ks. valan ja myötävannojien asemasta tarkemmin Letto-Vanamo 1991, s. 39–41.

468 Kekkonen 2002, s. 36–37 ja Pihlajamäki ym. 2007, s. 230–231. Kuitenkaan kanonisen oikeuden mukainen, rikosasioissa käytettävä inkvisitorinen prosessi, jossa tuomari johti oikeudenkäyntiä, ei enää mahdollistanut Jumalaan tai valaan perustuvaa näyttökysymyksen ratkaisemista. Ks. Kekkonen 2009, s. 35–37. Vuoden 1215 lateraanikokouksen jälkeen Ruotsissa säädetyissä maan- ja maakuntalaeissa ei tunnettu jumalantuomioita, vaan todistelu oli säädetty tapahtuvaksi valaan, valanvahvistajiin ja todistajainkuulusteluun sekä lautakuntiin perustuvilla menettelyillä. Ks. Nousiainen 1993, s. 202.

mukaan lautakunnan asema valamenettelyssä on todistelun näkökulmasta jäänyt oikeushistoriassa epäselväksi, mutta käräjäkaaressa lautakunnalle oli annettu oikeus ratkaista syyllisyys, mikä saattoi tarkoittaa näytön arvioimista. Lautakunta todisti ainakin jutun notoriset seikat, mutta joissain tapauksissa selvitti myös tosiseikat ja arvioi näytön.[469]

Vasta valtiollisen oikeuden syntyä, joka ajoittuu 1100-luvulle kuninkaanrauhainstituutioon, kutsutaan varsinaisen oikeuden syntymiseksi, jolloin myös prosessi alkoi muodostua. Tämä ajankohta oli myös oikeustieteen ja lakimiesprofession alkupiste, mikä johti maallikkovetoisen ja sukuvaltaan pohjautuneen käräjäyhteisöllisyyden kehitysvaiheen päättymiseen.[470] Modernin oikeustieteen synnyn kannalta keskiaikaa, lähinnä 1100–1500-lukuja, on kuvattu modernin oikeuden syntymisen kannalta keskisemmäksi kuin valistuksen aikaa.[471] Oikeustieteen synnyttyä alettiin siirtyä myös yliluonnollisesta vetoamisesta kohti rationaalisempaa oikeudenkäyttöä. Kun tarkastellaan prosessin kehittymistä antiikin Rooman oikeudesta legaaliseen todistusteoriaan, voidaan havaita, että yliluonnollisiin ilmiöihin perustuvat maallikkovetoiset oikeudenkäynnit olivat eräänlainen välivaihe ensimmäisten varsinaisten todistelumenettelyjen eli roomalaisen oikeuden asiakirja- ja henkilötodistelun sekä legaalisen todistusteorian muotosidonnaisuuden välillä.[472]

Varhaismoderni oikeus oli riippuvaista oikeustieteen synnyn lisäksi myös muista ilmiöistä kuin keskusvallan oikeudenkäytön tiukentumisesta ja valtiollisista normijärjestelmistä. Näistä vahvimpana oli kirkollinen oikeus. Oikeustieteellä oli suuri merkitys, mutta tapaoikeus säilyi edelleen oikeuskäytännössä, ja oikeus oli ainoastaan osin kirjoitettua. Varhaismodernilla ajalla ei vielä tunnettu oikeudenalajaottelua, saati oikeusvaltiota.[473] Kirkollinen oikeus oli merkittävässä roolissa prosessioikeuden ja todistusteorian muotoutumisen näkökulmasta, sillä kirkko kunnostautui muun muassa inkvisitorisen menettelyn ja legaalisen todistusteorian luomisessa.[474]

---

469 Letto-Vanamon (1991, s. 39–41) mukaan lautakunnat korvasivat käräjärahvaan oikeudenkäynnin kokoonpanossa ja osassa siviiliasioita sillä oli myös valtaa suorittaa kohtuuharkintaa.

470 Sydänkeskiajalla antiikin Rooman oikeus hajautui samaan aikaan kuin keskusvalta menetti otetta hallinnossa kansainvaellusten vuoksi. Euroopassa otettiin askel takaisin sukuvallan aikaan myös oikeudenkäyntimenettelyssä, mikä tarkoitti käräjäyhteisöllisyyden aikakautta: maallikoiden valta tuomitsemistoiminnassa kasvoi ja muotosidonnaiset prosessit löyhenivät. Ks. tarkemmin Pihlajamäki ym. 2007, s. 227–229. Valtiollisen oikeuden synnyttyä keskusvalta otti vastuulleen ensin hyvityskorvausten suuruuden määrittämisen, sitten rangaistusten säätämisen ja lopulta myös menettelyyn osallistumisen. Ks. oikeusolojen kehityksestä tarkemmin esim. Letto-Vanamo 1991, s. 28–29.

471 Pihlajamäki ym. 2007, s. 7–9 ja Kekkonen 2009, s. 22–23.

472 Arkaaisen oikeuden ajan ja varhaisen ajan välimaastoon sijoittuvan muutosvaiheen keskeisin lakikodifikaatio oli roomalaisen oikeuden Corpus iuris civilis, joka oli koottu eri keisareiden vallan aikana keisarillisten tarpeiden pohjalta yhtenäistämään oikeudenkäyttöä. Kodifikaatio sisälsi tulkintakannanottoja, joita tuli tuomitsemistoiminnassa noudattaa. Ks. Kekkonen 2009, s. 30–31.

473 Pihlajamäki 2004, s. 1–3.

474 Suomalaisen oikeuden kannalta keskeinen hallinnollinen muutos oli Suomen liittäminen osaksi Ruotsia 1200-luvulla, josta lähtien aina vuoteen 1809 voidaankin puhua Ruotsi-Suomesta ja käyttää rele-

Maallinen oikeus seurasi kehitysvaiheissa kirkollista oikeutta ja implementoi aikansa oikeudellisia innovaatioita omaan prosessiinsa.[475]

Uutta aikaa edeltänyttä absolutismin ajan prosessioikeutta ohjasi keskusvallan tiukentuva ote oikeuslaitoksen toiminnassa.[476] Vaikka keskiaikaa leimaa esimerkiksi rikosoikeuden osalta ankaruus, on absolutismia kuvattu ankaruuden huipentumana, jolloin kontrolli oli kireimmillään.[477] Tuomarien vallan kasvaminen ja 1600-luvulla alun Ruotsi-Suomen juridisen vallankumouksen vaikutteet yhtenäistivät ja vahvistivat oikeudenkäyttöä erityisesti ennustettavuuden kannalta.[478] Absolutismin kauteen osuvat tässä tarkastelussa varsin keskeiset oikeuslaitosuudistukset, joiden myötä prosessioikeus kehittyi voimakkaasti myös lainsäädännön tasolla. 1600-luvulla niin kutsuttu juridinen vallankumous sisälsi kattavia reformeja ja organisoinnin uudistuksia niin hallinnon kuin oikeuden puolella.[479] Uudelle ajalle tultaessa kuitenkin kihlakunnanoikeuksien kokoonpano oli jo vakiintunut tuomariksi ja lautakunnaksi. Samaan aikaan oikeudenkäyttö alkoi muuttua ammattimaisemmaksi ja hierarkkiseksi, mikä tarkoitti samalla suullisuuden, julkisuuden ja välittömyyden korvaamista kirjallisin menettelyin.[480]

### *4.2.1 Siirtymävaiheen suuntaukset: muodollisesta todistusteoriasta legaaliseen todistusteoriaan*

Kanonisen oikeuden vaikutus prosessioikeuteen ja todistusteorian muotoutumiseen on merkittävä, joten se ansaitsee lyhyen tarkastelun. Kanoninen oikeus on kristinuskoa läntisen perinteen mukaisesti tulkinneen eli roomalaiskatolisen kirkon universaalinen eli yleiskirkollinen oikeussäädös.[481] Kanonisen oikeuden vaikutus maallisen oikeuden kehittymiseen lännessä oli itään verrattuna suuri. Myös Ruotsi-Suomi sai runsaasti vaikutteita kanonisesta oikeudesta, ja sitä noudatettiin 1200-luvulta

---

vanttina lähteenä ruotsalaista oikeushistorian tutkimusta.

475 Kekkonen 2009, s. 33–35. Nousiaisen (1993, s. 396) mukaan katolisella kirkolla ei kuitenkaan ollut suoraa vaikutusta inkvisition omaksumiseen ruotsalaisessa rikosprosessissa, vaan sen taustalla olivat kuninkaat.

476 Hovioikeuksien perustaminen 1600-luvun ensimmäisellä puoliskolla tarkoitti lisäksi kolmannen ja ylimmän tuomioistuimen toteuttamaan tiukkaa keskusvaltaa. Kuningas käytti hovioikeuksien lisäksi valtaa myös kuninkaan tutkintakäräjillä, joita järjestettiin laamanninkäräjien hitauden vuoksi. Ks. hovioikeuksien perustamisesta tarkemmin Letto-Vanamo 1991, s. 32–33; Pihlajamäki 2004, s. 132–133 ja Kekkonen 2009, s. 39–40. Kuninkaan tuomiovalta ilmeni hovioikeuksien perustamisen lisäksi myös siinä, että hovioikeuden päätökseen tyytymätön pystyi revisioedun hakemisen kautta saattaa asiansa kuninkaan käsiteltäväksi. Ks. Letto-Vanamo 1991, s. 33–34.

477 Kekkonen 2002, s. 58.

478 Kekkonen 2009, s. 67.

479 Esimerkiksi hallitusmuoto uudistettiin vuonna 1634 nimeämällä keskusvirastot ja hovioikeuksien perustaminen aloitettiin vuoden 1614 oikeudenkäyntisäännöllä. Kekkonen 2002, s. 62–64.

480 Hierarkkisuus tarkoitti oikeusasteiden selkiytymistä ja lopulta myös tuomarien ammattimaisuuden ja juridisen oppineisuuden lisääntymistä. Uuden ajan alussa yliopistoissa koulutettiin jo lakimiehiä, jotka lopulta syrjäyttivät maallikot tuomarin tehtävistä. Pihlajamäki 2004, s. 72–77.

481 Vrt. Partikulaarinen kanoninen oikeus, joka oli paikallista kirkko-oikeutta. Knuutila 2010, s. 6.

1500-luvun puoliväliin saakka sekä implementoitiin maakunta- ja maanlakeihin.[482] Kirkollinen ja yhteiskunnallinen lainsäädäntö Ruotsi-Suomessa olivat erilliset, mutta kanonisella oikeudella oli keskeinen vaikutus maallisen oikeuden kehittymiselle ja osin myös suora vaikutus lainsäädäntöön, koska kanonisen oikeuden voidaan katsoa määränneen myös kirkon ja yhteiskunnan välisistä suhteista tietyissä asioissa, erityisesti avioliitto-, rikos- ja prosessioikeuden alalla.[483]

Yliopistoinstituution synty mahdollisti kanonisen oikeuden tieteellistymisen, jolloin julkaistiin kanonisen oikeuden kokoelmia, mutta merkittävimmät teokset syntyivät myöhemmin.[484] Kanonisen oikeuden yksi tärkeimmistä teoksista, alkusysäys kirjoitetulle oikeudelle, oli vuonna 1140 kirkollisia lakikirjoja yhdeksi kodifikaatioksi koonnut Decretum Gratiani.[485] Kodifikaatio levisi myös Ruotsiin kirkon vaatiessa sen periaatteiden ja säännösten noudattamista tarkoituksenaan saada keskusvallasta riippumaton oikeudellinen asema.[486] Vaikka kanonisen oikeuden taustalla ei ollut poliittista ohjailevaa auktoriteettia, kirkon ideologioiden vaikutus oikeuden kehittymiseen oli vahvaa. Prosessioikeuden muuttuminen roomalaisesta oikeudesta kanoniseen suuntaan oli havaittavissa niin inkvisitorisen rikosprosessin käyttöönoton kuin legaalisen todistusteorian käytännön soveltamisen omaksumisessa. Kirkko edisti molemmissa uudistuksissa omia tarkoitusperiään: Inkvisitorisella prosessilla kirkko pyrki kurinpitoon, ja kirkon kieltäessä uskonnollisista syistä jumalantuomiot legaalinen todistusteoria sai alkusysäyksensä.[487] Keskusvallan vahventumisen ja ammattituomariuden myötä viranomaisvetoinen inkvisitorinen menettely mahdollisti ja toisaalta myös edellytti tehokkaampaa aineellisen totuuden selvittämistä.[488]

---

482 Knuutila 2010, s. 3; Modéer 2010, s. 46 ja Knuutila 2012, s. 10.

483 Ks. Modéer 2010, s. 46 ja Knuutila 2012, s. 11. Alun perin kanonisen oikeuden tarkoitus oli järjestää kirkon rakennetta, mutta erityisesti keskiajalla ja 1100-luvulla se alkoi kehittyä laajemmaksi oikeusjärjestelmäksi. Knuutila 2010, s. 7 ja Knuutila 2012, s. 10. Kanonisen oikeuden kodifikaatioita julkaistiin Bolognan yliopistossa vaikuttaneiden munkkien toimesta. Näin ollen maallinen ja kirkollinen oikeus oli kodifikaatioiden valossa eriytynyttä, mutta lakimiesprofession synnyn vaikutus ulottui yhtä lailla molempiin oikeuden haaroihin. Myös Ruotsi-Suomeen integroitui kanonista oikeutta juristikoulutuksen saaneiden kirkonmiesten oppien kautta, vaikka katolisuus enemmälti painottui etelämmäs. Ks. kanonisen oikeuden vaikutuksesta tarkemmin Pihlajamäki ym. 2007, s. 228–231.

484 Ks. Pihlajamäki ym. 2007, s. 86–87 ja 93.

485 Kokoelmaa kutsutaan myös nimellä Concordia discordantium canonum (ristiriitaisten määräysten harmonisointi). Paavi päätti pian Decretumin soveltamisen aloittamisesta, mutta kyseessä ei ollut virallinen reseptio. Modéer 2010, s. 45.

486 Knuutila 2010, s. 5. Tämän jälkeen myös paavilliset kirjeet (dectretales) koottiin yhteen vuonna 1234 Liber extra-nimiseksi teokseksi. Modéer 2010, s. 46. Myöhemmin uudet paavit julkaisivat uusia kokoelmia ja niistä muodostui vuoden 1582 kanonisen oikeuden ensimmäinen koonnos, Corpus iuris canonici, joka oli voimassa aina vuoteen 1918, jolloin annettiin uusi kokoelma. Tämä puolestaan oli voimassa vuoteen 1983, jolloin katolisen kirkon uusi lakikirja koottiin. Knuutila 2010, s. 4.

487 Nousiainen 1993, s. 201.

488 Pihlajamäki ym. 2007, s. 234–235.

Ruotsi-Suomi seurasi eurooppalaista oikeuden kehittymisen trendiä viiveellä, eikä roomalaisen oikeuden prosesseja omaksuttu sellaisenaan.[489] Muodollisen todistusteorian vaiheittaisen väistymisen havainnoimiseksi on kuitenkin tarkasteltava myös roomalaisen oikeuden prosessioikeudellista kehitystä. Antiikin Rooman aikaista prosessikeskeistä oikeutta noudatettiin Euroopassa keskiajalla puhtaimmillaan siihen saakka, kunnes kanonisen oikeuden kehittyminen toi uusia suuntauksia oppineeseen oikeuteen. Oikeudenkäyntimenettely oli muotosidonnaisen legis actio -prosessin mukaista, joskin käytännössä tuomarit poikkesivat menettelystä.[490] Tiukemman muodon rikosprosessi sai vasta inkvisitorisen menettelyn myötä. Huomionarvoista prosessien eriytymisessä oli, että roomalaisessa oikeudessa ei käytetty jumalantuomioita tai valoja, vaan näyttökysymyksen ratkaiseminen perustui henkilö- ja asiakirjatodisteluun.[491]

Käytännössä roomalaisessa oikeudessa prosessi oli aktiojärjestelmä, jossa ei tunnettu erillisiä prosessinormeja, vaan ne sisältyivät kunkin alan säännöstöön. Prosessia luotiin aktiojärjestelmässä tapauksittain, mutta samantyyppisissä tapauksissa noudatettiin jo aiemmin sovellettua prosessia. Uudenlainen tapaus ja sen ratkaiseminen loivat kuitenkin uutta prosessia, ja ratkaisun ajateltiin olevan oikeudenkäynnissä toteutettava menettely. Ylikangas on kuvannut aktiosysteemin synnyn syiksi tapaoikeuden riittämättömyyden merkantilismin aikaan kehittyneiden uusien riitaprosessien ja kuninkaan tuomioihin ulottuvan vallan vahvistumisen myötä.[492] Harkintavallan lisääntymisestä huolimatta legis actio -prosessin kaavamaisuus syrjäytyi Rooman tasavallan loppuvaiheissa formulaprosessilla, jossa kanteelta ei enää vaadittu kaavamaisuutta ja laista pystyttiin poikkeamaan kohtuusharkinnan nojalla. Aktiosysteemi väistyi lopulta myös roomalaisessa oikeudessa säädännäisoikeuden myötä.[493] Roomalainen oikeus tunnisti näytön vahvuudelta erilaisia todistustyyppejä, joiden avulla säänneltiin sitä, millaista harkintavaltaa tuomari saattoi juttua

489 Meillä oikeudenkäytön kehitys oli enemmän riippuvaista kanonisen oikeuden vaikutuksesta ja toisaalta keskusvallan kasvavasta otteesta sekä säädännäisen oikeuden eriytymisestä maan- ja kaupunginlakien aikaan.

490 Siinä osapuolet vahvistivat vaatimuksensa vannomalla ja heidän tuli noudattaa tarkasti prosessikaavaa. Kaavan rikkomisesta seurasi häviö. Tuomioistuimelle oli kuitenkin jätetty harkintavaltaa jutun ratkaisemisen vaiheeseen. Ks. tarkemmin Ylikangas 1984, s. 47, jonka mukaan harkintavallan lisääntyminen näkyi myöhemmin myös uutena menettelynä, jossa pretori (asian ratkaisija) tutki prosessin edellytykset, kanteiden ja vastaajalle myönnettyjen väitteiden oikeussuojan (in jure -vaiheessa). Tämän jälkeen hän määräsi jutun kaavan mukaiseen jatkokäsittelyyn yksityistuomarille, joka lopulta antoi ratkaisun.

491 Rikos- ja siviiliprosessia ei ollut antiikin Rooman oikeudessa täysin eritelty toisistaan huolimatta siitä, että niissä noudatettiin lähtökohtaisesti eri menettelyitä. Legis actio-prosessi sisälsi viisi erilaista siviiliprosessin kannemuotoa. Rikosprosessi oli akkusatorista, mutta sitä ei antiikin Rooman oikeudessa ollut yhtä tiukasti säännelty ja keskiajalla tavanomaisesta prosessista katsottiin mahdolliseksi poiketa. Ks. Pihlajamäki ym. 2007, s. 227–228, 232 ja 234.

492 Ylikangas 1984, s. 44–45.

493 Formulaprosessin eräs moderni piirre oli se, että pretorista tuli lisääntyneen harkintavallan myötä oikeutta luova viranomainen. Ylikangas 1984, s. 49–50.

ratkaistessa käyttää. Todistustyypeissä todisteiden arvo voitiin laskea matemaattisen tarkasti, mutta todellisuudessa todisteiden alalajien yhdistely ei johtanut tarkkoihin näyttölaskelmiin.[494] Todistustyypeillä oli kuitenkin merkitystä niiden muodostaman todistusarvohierarkian vuoksi, ja riittävän todistelun määritti teon törkeysaste. Törkeimmät rikokset vaativat eniten näyttöä, tavanomaiset rikokset ja riita-asiat vähemmän.[495] Tätä ideologiaa voisi kutsua nykyisen näyttökynnyksen edeltäjäksi ja toisaalta sen tarkempaa todistustyyppikohtaista näyttöarvon määrittelyä legaalisen todistusteorian esiasteeksi.

Kotimaisen oikeuden kehityksen tarkastelun kannalta on tärkeää huomioida, että hajanaisen sukuvallan aika Ruotsi-Suomessa jatkui vielä oikeustieteen synnyttyä, eikä yhtenäistä tuomioistuinjärjestystä tai oikeudenalajaottelua tunnettu. Prosessioikeus oli pitkään eriytymätöntä ja todistelu perustui yliluonnollisiin seikkoihin. Varsinaisesta todistusteoriasta ei siten voida puhua, koska puhtaat muodollisen todistusteorian piirteet olivat jo roomalaisen ja kanonisen oikeuden vaikutusten vuoksi hävinneet. Sekä roomalaisella että kanonisella oikeudella oli vaikutteensa varhaisen oikeuden ajan oikeudenkäyttöön, mutta prosessioikeuden kannalta kanonisen oikeuden vaikutus oli lopulta merkittävämpi. Kanonisesta oikeudesta implementoitiin niin inkvisitorinen rikosprosessi, joka johti siviili- ja rikosprosessin eriytymiseen, kuin todistusoikeuden opit jumalantuomioiden kieltämisestä, mistä puolestaan voidaan katsoa ensimmäisen varsinaisen todistusteorian kehittymisen alkaneen. Jumalantuomioita ja valaprosessia voidaankin kuvata irrationaalisuuteen perustuvaksi ja legaaliseen todistusteoriaan siirtymistä puolestaan rationaaliseksi vaiheeksi. Maallinen oikeudenkäyttö seurasi kirkollisen oikeudenkäytön muutoksia, koska keskiajalla kanoninen oikeus kehittyi nopeammin.[496] Samoin jumalantuomioiden sijaan oikeuskäytännössä legaaliseen todistusteoriaan siirtymisen taustalla oli osin kirkon näkemys siitä, ettei jumalaa pidä asettaa yksityishenkilöiden riitojen ratkaisijaksi, kuten jumalantuomioissa tehtiin. Siviili- ja rikosprosessin eriytymisestä huolimatta legaalinen todistusteoria koski sekä rikos- että siviiliprosessia.[497]

Muodollisen todistusteorian ja legaalisen todistusteorian välivaiheissa on tutkimuksen kannalta totuuskäsityksen lisäksi myös toinen mielenkiintoinen ilmiö. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin katsotaan saaneen alkunsa sydänkeskiajalla siirryttäessä jumalantuomioista ja valoista säänneltyyn oikeudenkäyntimenettelyyn. Tätä siirtymää osaltaan edustaa 1100-luvulla kehitetty ordo iudiciarius, joka oli

494 Todisteiden tyypit olivat: notoriset eli ilmeiset seikat (rei evidentia), huhu (fama), laillinen oletamus (praesumptio), vala (iuramentum), todistaja (testes) ja asiakirja (instrumenta). Inger 1976, s. 39 via Nousiainen 1993, s. 203.

495 Nousiaisen tutkimuksen mukaan tavanomaisissa riita-asioissa täysi näyttö saattoi syntyä kahdesta alemman tasoisesta todisteesta tai vaihtoehtoisesti yhdestä, jos sitä täydennettiin valalla. Ks. Nousiainen 1993, s. 203.

496 Pihlajamäki ym. 2007, s. 246–250.

497 Pihlajamäki ym. 2007, s. 226.

tiukan muotosidonnainen oikeudenkäyntijärjestys, jota kanteen, vastineen, todisteiden ja päätöksen antamisen oli noudatettava. Sen tarkoituksena oli osaltaan luoda yhtenäinen ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti.[498]

## 4.3 Legaalinen todistusteoria

Legaalisella todistusteorialla tarkoitetaan lakisääntöistä todistusteoriaa, jossa todistuskeinojen käyttäminen ja eri todisteiden todistusvoima on ennalta määrätty, eikä todistelu tai todistusharkinta siksi ole vapaata. Mielestäni oivallisimmin legaalisen todistusteorian määritelmän on kiteyttänyt Wrede seuraavasti: ”[legaalinen todistusteoria] *pyrkii ulkonaisten tunnusmerkkien avulla sitovasti määräämään ne edellytykset, joilla eri todistuskeinoja voidaan käyttää, sekä sen todistusvoiman, mikä kullakin yksityisellä todistusperusteella on. Tällöin määrätään laissa ilmaistujen kiinteitten sääntöjen avulla, millä edellytyksillä on olemassa täysi todistus ja milloin taas murto-osa todistusta. Todistusperusteitten todistusvoima on siis, mikäli mahdollista, puettu aritmeettiseen muotoon [– –]*”[499]

Legaalisen todistusteorian kehittymisen alullepanija oli kuvatusti kanonisen oikeuden inkvisitorinen prosessi, mutta se sai tukea myös roomalaisesta oikeudesta todistelua koskevista säännöksistä.[500] Kehittynyt menettely on siten perustellusti kutsuttavissa roomalais-kanoniseksi todisteluoikeudeksi.[501] Legaalinen todistusteo-

498 Keskiajalla prosessi kuvattiin 1100-luvulta alkaen ordo iudiciariuksena, eli oikeudenkäyntimenettelynä, joka pohjautui alkuvaiheessa roomalaisen oikeuden perintönä corpus iuris civiliksessä esitettyihin prosessikuvauksiin. Samaan aikaan kirkon omaa prosessia kirjattiin kanoniseen oikeuskirjallisuuteen. Rikosprosessi alkoi muotoutua inkvisitorisen menettelyn ja siviiliprosessi artiklaprosessin suuntaan. Siviiliprosessi muotoutui kirjalliseksi ja muotosidonnaiseksi. Artiklaprosessi ilmeni vaatimuksina esittää väitteet kirjallisessa actioksi kutsutussa kanteessa artikuloituina osakysymyksinä. Vastapuolen tuli puolestaan kirjallisesti vastata kuhunkin osakysymykseen (expectio), minkä jälkeen kantaja sai vielä ottaa kantaa replicaksi kutsutulla toimenpiteellä vastapuolen vastaukseen. Artiklaprosessin muotoutuminen mahdollisti myöhemmin myös oikeus- ja tosiasiakysymysten erottelun toisistaan. Rikosprosessi ei siten keskiajalla ollut siviiliprosessin tavoin yhtä voimakkaasti roomalaisen oikeuden mukainen, vaan siinä noudatettiin inkvisitorista eli viranomaisaloitteista menettelyä. Akkusatorinen eli asianosaisaloitteinen menettely, joka oli roomalaisen oikeuden mukainen, ei saanut enemmälti jalansijaa käytännön tuomioistuintoiminnassa, vaikka sitä oikeudenkäyntiä koskevissa kirjoituksissa pidettiinkin perusprosessina. Inkvisitorisen prosessin juuret ovat 1100–1200-luvun kirkollisessa oikeudenkäytössä, jossa haluttiin kurinpidon vuoksi korostaa viranomaisten ja tuomarien valtaa. Osassa Eurooppaa, kuten Englannissa, akkusatorisuus sai enemmän kannatusta, mutta Ruotsissa (Suomessa) siirryttiin 1600-luvulla yhtä voimakkaammin inkvisitoriseen suuntaan. Ks. laajemmin Pihlajamäki 2004, s. 78–83 ja Pihlajamäki ym. 2007, s. 232–233.

499 Wrede 1946, s. 148–149. Määritelmä sisältyy teokseen Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin, josta on tehty ensimmäinen painos vuonna 1919.

500 Oikeuskäytännössä legaalinen todistusteoria kehittyi edellä kuvatusti jo aiemmin, kanonisen oikeuden vaikutuksesta. Sen vaikutukset alkoivat näkyä 1100–1350-luvuilla ja jumalantuomioiden kieltämisen (1200-luku) jälkeen myöhäiskeskiajalla (1300–1500 luvulla) sitä sovellettiin jonkin verran oikeuskäytännössä. Ks. Nousiainen 1993, s. 203–205 ja Lainpelto 2012, s. 29–30.

501 Letto-Vanamo 1991, s. 39–41.

ria kehittyi erilaisten vaiheiden kautta neljän vuosisadan jaksolla, joka koostuu osin varhaismodernin oikeuden ajan loppupuolesta ja osin modernin oikeuden ajan alkuvaiheesta.[502] Legaalinen todistusteoria sai lopulta nykyisen määritelmän mukaisen muotonsa 1600-luvulla, jolloin päädyttiin täyden ja puolen näytön muotoiluun.[503] Tätä ennen oikeudenkäynneissä keskityttiin pohtimaan, oliko asiassa ylipäänsä jotakin näyttöä olemassa, eikä todistelu tai näytön arviointi ollut niin muotosidonnaista kuin todistusteoria antaa ymmärtää.[504] Todistusteorian osalta keskeistä modernin oikeuden alkuvaiheilla oli oikeudenkäymiskaaren säätäminen, joka sisälsi ensimmäistä kertaa säänneltynä normina legaalisen todistusteorian elementit.[505]

Legaalinen todistusteoria on alkujaan kehitetty vakavimpia rikoksia varten. Teoriassa todisteet jaettiin painoarvonsa mukaan alalajeihin, joista tunnustus oli voimakkain, silminnäkijätodistus tuli toisena ja aihetodiste viimeisenä. Kunkin alalajin vahvuus määritti sen, montako kyseistä alalajin todistetta vaadittiin puoleksi tai täydeksi näytöksi ja mistä syntyi vain epäilys.[506] Järjestelmän yksityiskohdat vaihtelivat hieman lähteen mukaan, mutta pääperiaatteet olivat samat. Täysi näyttö (probatio plena) johti varmaan tietoon (credas) ja siten langettavaan tuomioon rikosasiassa. Siihen vaadittiin tunnustus tai kahden esteettömän silminnäkijän todistus, kun taas yhden silminnäkijän todistus aiheutti puolen näytön (probatio semi plena) olemassaolon ja mielipiteen (opinio) syyllisyydestä. Heikoin johtopäätös oli epäilys (suspicatio) syyllisyydestä, joka muodostui aihetodisteesta (indicium). Aihetodisteiden näyttöarvosta oli kuitenkin oikeusoppineiden kesken erilaisia linjauksia ja osa tuomioistuimista alkoi 1400-luvulla katsoa, että aihetodisteet saattoivat muodostaa puolen näytön.[507]

---

502 Moderni oikeus (1700-) on luonteeltaan järjestelmään perustuvaa kirjoitettua oikeutta, joka ei ole riippuvainen uskonnollisesta tai moraalisesta normijärjestelmästä. Modernissa oikeudessa korostuvat perusoikeudet, joiden tunnustamisesta voidaan oikeusvaltion katsoa syntyneeksi. Ks. Pihlajamäki 2004, s. 1–3.

503 Tarkkaa kronologista rajausta legaalisen todistusteorian valtakaudelle on haastava asettaa, mutta lainsäädäntöön se kirjattiin vasta 1700-luvulla. Se nousi merkittäväksi (1500-luvulla) Ruotsissa pääosin kolmesta syystä: roomalaisen oikeuden perintönä, skolastiikan ideologian vaikutuksesta ja oikeuden uudistusten (reformien) aiheuttamasta tarpeesta. Lainpelto 2012, s. 29–30. Ks. eri oppisuuntien vaikutuksesta tarkemmin Nousiainen 1993, s. 203–205.

504 Letto-Vanamo 1991, s. 40–41.

505 Vuoden 1734 laki oli kodifikaatio, koska siinä ei vielä luotu uutta oikeutta, vaan koottiin voimassa olevaa säännöstöä yhteen. Se käsitti valistuksen aikaa edeltäneen 1600–1700-lukujen taitteen luonnonoikeudellisen suuntauksen ihantein koonnoksen, jolla pyrittiin yhtenäistämään ja pitkäaikaistamaan lainsäädäntöä, eikä kysymys ollut puhtaasti valitusajan säännöstöstä. Ks. Ylikangas 1984, s. 163; Kekkonen 2002, s. 84–85 ja Kekkonen 2009, s. 90–104. Luonnonoikeudellinen suuntaus haastoi perinteistä roomalaista oikeutta julistamalla voimassa olevan (positiivisen) oikeuden yläpuolelle periaatteista ja säännöistä muodostuvan ikuisen järjestelmän. Tässä tutkimuksessa ei ole tarkoituksenmukaista perehtyä enemmälti luonnonoikeuden ihanteisiin, mutta tiivistäen sen aatteellinen vaikutus yhteiskuntaan ja siten oikeuskehitykseen oli myös prosessioikeudellisesti merkittävä. Luonnonoikeus antoi nimittäin sysäyksen oikeuslähdeopin muutokselle, jossa alettiin korostaa kansallista sääntelyä. Ks. tarkemmin Kekkonen 2009, s. 73–74 ja 87–89.

506 Pihlajamäki ym. 2007, s. 246–250.

507 Pihlajamäki 1997, s. 79 ja 102; Pihlajamäki 2004, s. 86–87 ja Pihlajamäki ym. 2007, s. 246–250. Ks. näitä laajemmin myös Pihlajamäki 1994.

Rikosasiassa legaalisella todistusteorialla tähdättiin tunnustuksen saamiseen. Tunnustuksen painavuus johti siihen, että tunnustus haluttiin saada muiden riittävien todisteiden puuttuessa kaikin keinoin. Tunnustuksen tuli olla uskottava, laillinen ja oikeudessa annettu, jotta se otettiin notorisena seikkana huomioon. Myös silminnäkijätodistukselta vaadittiin luotettavuutta: sen tuli perustua todistajan itse näkemään tapahtumaan ja se tuli niin ikään antaa oikeuden istunnossa. Kiduttaminen tunnustuksen saamiseksi oli mahdollista rikosasioissa, tosin sen käyttämiseen vaadittiin puolen näytön olemassaolo. Yhden silminnäkijän kertomus tai aihetodisteiden painavuutta korostaneiden oikeudenkäyntien osalta silminnäkijätodisteiden puuttuminen kokonaan saattoi johtaa puolen näytön olemassaoloon ja siten oikeudellisen kidutuksen käyttämiseen.[508] Tuomarilla oli harkintavaltaa niin todisteiden luotettavuuden arvioinnissa kuin siinä, milloin puoli näyttöä täyttyi tai milloin epäilys antoi aihetta kidutukselle.[509]

Totuuden käsite oli yhteydessä kiduttamistoimiin, koska ruumiillisen tuskan aiheuttamisen ajateltiin johtavan syytetyn totuudenmukaiseen tunnustukseen.[510] Siitä huolimatta, että kidutuksella saadusta tunnustuksesta näyttökysymyksen ratkaisijana säädettiin tarkasti, sen käyttäminen ei ollut kovin yleistä. Lisäksi Ruotsissa (mukaan lukien Suomi) ja Englannissa kidutusta käytettiin vähemmän kuin muualla Euroopassa, eikä se saanut lainmukaista asemaa totuuden selvittämisessä, koska täysi näyttö katsottiin voivan saavuttaa muillakin keinoin. Tämä johtui legaalisen todistusteorian näyttövaatimusten löyhentymisestä tuomioistuinten harkinnanvaraisten tuomioiden antamisoikeuden vuoksi. Uuden ajan alussa katsottiin, että tuomioistuimella oli valta antaa langettava tuomio myös ilman täyttä näyttöä, mutta rangaistuksen tuli olla tällöin lievempi kuin mihin täydellä näytöllä olisi päädytty. Tätä kehitysvaihetta voidaan kutsua vapaan todistusharkinnan alkusysäykseksi, vaikka legaalinen todistusteoria piti pintansa niin lainsäädännössä kuin käytännössä koko uuden ajan. Valistuksen aikana legaalinen todistusteoria sai kritiikkiä juuri kidutuksella saatavan tunnustuksen vuoksi.[511]

508 Aihetodisteiden tuli olla relevantteja väitetyn tapahtuman kannalta, jotta ne saattoivat johtaa epäilykseen. Aihetodisteilla ja epäilykseen päätymisellä oli kuitenkin keskeinen merkitys oikeudenkäynnissä, koska epäilyksen toteaminen saattoi jopa johtaa oikeudelliseen kidutukseen mahdollisen tunnustuksen eli täyden näytön saamiseksi. Muista tunnustamistavoista ks. Langbein 2006, s. 27–44.

509 Pihlajamäki ym. 2007, s. 246–250.

510 Ks. kidutuksesta Euroopassa Langbein 2006, s. 3–26. Legaalisen todistusteorian alkuvaiheessa kirkollinen rikosoikeudenkäynti ei hyväksynyt kiduttamista, mutta ilmapiirin muuttuessa sallivaksi, myös kirkko alkoi käyttää kidutusta tunnustuksen saamisen keinona. Pihlajamäki, 2004 s. 86–87.

511 Pihlajamäki 2004, s. 90–92. Ks. Keski-Euroopassa muodostetun vapaan todistusharkinnan esiasteesta, joka syntyi valitusajattelijoiden ja Ranskan vallankumouksen vaikutuksesta ja perustui juryn käyttämiseen Pihlajamäki 1997, s. 105–113.

### *4.3.1 Legaalisen todistusteorian ilmentyminen vuoden 1734 laissa*

Ruotsi-Suomessa legaalinen todistusteoria sai varsinaisen muotonsa ja vahvistuksensa osana kirjoitettua lakia vuoden 1734 lakiuudistuksessa, mikä ansaitsee laajemman todistusoikeudellisen tarkastelun teoreettisen ymmärryksen luomiseksi vapaaseen todistusteoriaan siirtymisen merkitykselle.[512] Legaalisen todistusteorian kirjaamisella lakiin pyrittiin asettamaan kriteerit näytön riittävyydelle. Harkintavallan rajoittamista perusteltiin sillä, että tuomarin harkintavaltaa ajalle tyypillisen skolastisen koulukunnan mukaisesti tuli lainsäädännön nojalla kaventaa.[513] Keskeinen ajatus sääntelyn taustalla oli, että laki on tuomaria parempi harkinnan rajaaja.[514] Legaaliseen todistusteoriaan päädyttiin vallinneen oikeuskäytännön ja ulkomaisen oikeuden vaikutuksesta ja käytännössä jo sovellettu teoria vain kirjattiin normiksi.[515]

Oikeudenkäyntimenettely muuttui radikaalisti vuoden 1734 lain myötä. Aiempi prosessi perustui maanlakeihin, jotka antoivat oikeudenkäyntiä ja todistelua koskevan vallan paikallisyhteisöille ja asianosaisille. Oikeudenkäymiskaari teki prosessista valtiollisen eriyttäen rikosprosessin tuomarin johtamaksi inkvisitoriseksi tutkinnaksi ja siviiliprosessin asianosaisten kirjelmien vaihtoon perustuvaksi prosessiksi. Tuomarin toimintaa ohjasivat edelleen keskiaikaiset Olaus Petrin tuomarinohjeet, joissa annettiin kanoniseen oikeuteen pohjautuvat todistelun säännöt. Säännöt noudattivat legaalista todistusteoriaa, tosin ne painottuivat valaan ja määrittivät todistelun arvioimisen tuomarin tehtäväksi. Valanvahvistajainstituution merkitys väheni maanlakien aikana samalla kun lautakuntien merkitys korostui, mutta yhtä kaikki, toisin kuin tuomarinohjeet asian määrittivät, oikeuskäytännössä todistelun arviointi ei varsinaisesti ollut tuomarin tehtävä.[516] Vaikka tuomarinohjeiden perusteella valanvahvistajainstituutio asettui kyseenalaiseen asemaan, legaalisessa todistelussa valanvahvistajien tehtävä oli ”*todistaa valaa tekevän moraalista integriteettiä*”.[517]

---

512 Kekkosen mukaan on myös huomioitava, ettei vuoden 1734 laki merkinnyt juurikaan uuden oikeuden luomista, vaan vanhan tapaoikeuden kirjaamista. Ks. Kekkonen 1999, s. 20. Tämä on tärkeä havainto myös todistusteorian osalta, sillä edellä kuvatusti legaalinen todistusteoria oli kehittynyt jo satoja vuosia aiemmin ja vakiinnuttanut paikkansa oikeuskäytännössä ennen sen kirjaamista lakiin. Oikeuskäytäntö modernisoitui kirjoitettua lakia nopeammin myös siirryttäessä legaalisesta todistusteoriasta vapaaseen todistusteoriaan, eikä kirjoitetun lain aikainen legaalinen todistusteorian mukainen todistelumenettely oikeudenkäytössä ole ollut kovin pitkäikäistä.

513 Afzelius 1886, s. 81–83. Afzelius kuitenkin kritisoi legaalista todistusteoriaa sen jäykkyydellä ja tuomioistuimen tehtävän, totuuden selvittämisen, vaikeuttamisella.

514 Ks. tarkemmin Afzelius 1886, s. 25–28. Tirkkosen (1949, s. 3–4) mukaan legaalisen todistusteorian kirjaamisella oikeudenkäymiskaareen oli kaksi tarkoitusta. Sillä haluttiin suojella asianosaisia tuomioistuimen mielivallalta sekä paikata oletettua vajausta tuomarien tiedoissa ja elämänkokemuksessa.

515 Engströmer 1911, s. 118. Sääntely noudatti niin roomalais-kanonista kuin tanskalais-roomalaista oikeutta.

516 Nousiainen (1993, s. 332 ja 336) on kuitenkin väitöskirjassaan huomauttanut, että keskiaikaisessa ruotsalaisessa prosessissa todistelu esitettiin valaanvahvistajien, lautakunnan ja todistajien muodossa, eikä todistelulla tarkoitettu nykykäsityksen mukaista totuuden selvittämistä.

517 Valanvahvistajainstituutio lakkautettiin vuonna 1695. Ks. Nousiainen 1993, s. 338 ja 342.

Vuoden 1734 laissa ei tarkalleen eritelty kaikkia todisteiden tyyppejä, vaan annettiin painoarvoa tietyille todistuskeinoille siinä, mitkä voivat johtaa täyteen ja mitkä puoleen näyttöön. Koska lähtökohtaisesti ainoastaan täysi näyttö katsottiin tuomitsemiseen riittäväksi näytöksi, sekä Engströmer että Lainpelto ovat kuvanneet, että lopulta näyttö oli joko täysi tai ei mitään.[518] Klamin mukaan legaalisessa todistusteoriassa perusidea oli, että "*tuomitsemisen vähimmäisedellytykset on määritettävä kiintein kriteerein mielivallan välttämiseksi*", mutta se ei merkinnyt täysin mekaanista todistusharkintaa. Tuomioistuimella oli harkintavaltaa päättää, mitä todisteita se hyväksyi esitettäväksi ja mitä seikkoja tuomari todistajalta kuulustelussa kysyi.[519] Tällä oli vaikutusta näytön riittävyyteen.

Vuoden 1734 laissa täysi ja puolikas näyttö säädettiin 17:29:ssä seuraavasti:

> *29.§. Caxi todistajaa owat täysi todistus, sijnä cuin he yhtä pitäwät. Yxi todistaja itze asiasta, ei mahda käydä enämmästä cuin puolesta todistuxesta: ja silloin pitä sen, jonga päälle cannetan, walalla itzens puhdistaman. Ellei hän ole sen laitainen, että se hänelle myöden annettaa taitan; nijn ei mahda händä asiaan langetettaa.*

Säännöstä kutsuttiin positiiviseksi todistelusäännöksi, jolla määriteltiin näytön vahvuus todistajien määrän mukaan. Lisäksi OK 17:30:ssä säädettiin puolen näytön tilanteessa hyväksyttävistä muista todistuskeinoista ja niiden näyttöarvosta seuraavasti:

> *30.§. Cusa ilmeinen, ja toden muotoisten tietoin päälle perustettu mainio, eli muut sitowaiset asianhaarat ja aihet owat sitä wastan jonga päälle cannetan, mahta myös Tuomari puhdistus walan päällepanna. Mutta ei mahda se muulloin tapahtua, cuin hätätilasa, ja cosca totuus ei muutoin tiedustettaa taida. Jos asia käy hengen päälle; nijn ei pidä puhdistus walalle tuomittaman.*

Kyseessä oli negatiivinen todistelusäännös, jolla säädettiin myös puhdistusvalasta todistuskeinona silloin, kun tapauksessa ei ollut täyttä näyttöä. OK 17:29:n mukaan täyden näytön ollessa kyseessä tuomarilla ei ollut harkintavaltaa tuomitsemisen suhteen, eli tunnustuksen tai kahden todistajan kertomuksen tuli johtaa langettavaan tuomioon. Mikäli puoli näyttöä ei täyttynyt, tuomio oli vapauttava, mutta puolen näytön tilanteissa näyttöä voitiin täydentää, jolloin saattoi aihetodistelun avulla tulla kyseeseen myös täydestä näytöstä vajaa mutta puolta näyttöä korkeampi näyttö.

518 Engströmer 1911, s. 239 ja Lainpelto 2012, s. 55–57.

519 Tuomioistuin saattoi kieltää todistajanlausunnon antamisen jääviyden tai ilmiantajuuden perusteella, mutta myös epäluotettavuuden perusteella. Lisäksi tarjotun tai esitetyn näytön pystyi hylkäämään esteellisyyden vuoksi. Klami ym. 1987, s. 22–23; Pihlajamäki 2004, s. 84–85 ja Kekkonen 2009, s. 35–37.

Kumpikaan näistä, puoli tai yli puoli näyttöä, eivät kuitenkaan johtaneet langettavaan tuomioon. Käytännössä prosessi puolen näytön osalta eteni siten, että puolen näytön tilanteessa syytetty voitiin asettaa myös tunnustusvankeuteen, jonka aikana näytön odotettiin täydentyvän joko tunnustuksella tai lisänäytöllä.[520] Toisin sanoen puoli näyttöä vaati lisää todistelua, joka sekin oli säädelty todistusarvoltaan valmiiksi. Tällöin saattoi tulla kysymykseen myös mainittu yli puolen näytön tilanne, jossa asialle oli yksi todistaja ja aihetodisteita, joista säädettiin silloisessa OK 17:30:ssä "*muut sitowaiset asianhaarat ja aihet*".[521] Vaikka aihetodisteiden näyttöarvo oli säädetty, Steningin mukaan tuomarilla oli niiden arvioinnissa jonkin verran harkintavaltaa.[522] Mielenkiintoinen yksityiskohta oli se, että koska tunnustaminen tarkoitti pääsääntöisesti täyttä näyttöä, eli sen näyttöarvo oli korkein mahdollinen, ei tunnustuksen luotettavuutta tai oikeellisuutta ollut tarvetta selvittää. [523] Teoria ei siten tunnistanut niitä olosuhteita, jotka saattoivat vaikuttaa väärän tunnustuksen antamiseen, vaan lähtökohtaisesti ainoa merkitsevä asia oli se, että tunnustus oli annettu. Tämä osoittaa järjestelmässä merkittävää muodollisen todistusteorian jäännettä, jossa tunnustus koettiin niin olennaiseksi, että se saatiin hankkia myös kiduttamalla, eikä kidutuksen vaikutusta tunnustuslausunnon oikeellisuuteen tarvinnut pohtia.

Vuoden 1734 laki ei erottanut toisistaan rikos- ja riitaprosesseja, mutta niiden erot menettelyssä olivat melko selkeät.[524] Tuomioistuimen laaja tutkimisvalta koski molempia prosessilajeja. Riita-asioita käytiin asianosaisvetoisesti pitkälti kirjallisena menettelynä, mutta todisteluvaihe oli tarpeen mukaan suullinen. Riita-asioissa asianosaisilla oli jonkin verran valtaa prosessin kulkuun, mutta myös kaavan mukaisia tarkkoja velvollisuuksia. Rikosprosessi oli inkvisitorista ja siten tarkkaan säänneltyä. Molempien prosessien osalta todistelun ihanne oli selvä: tuomarin oli "*tutkittava totuus, ja tarkkaan selvitettävä mitä on tapahtunut, tutkittava lain oikea perusta ja tarkoitus ja sen mukaan asetettava tehtävänsä*".[525] Legaalinen todistusteoria määritti sen, millainen näyttöarvo kullakin todisteella on. Uutta legaalisessa todistusteoriassa oli myös se, että todisteita, niin kirjallisia kuin suullisia, kuului esittää ja kullekin oli oma painoarvonsa.[526] Se ei siten sulkenut pois tuomarin harkintavaltaa esitettävästä todistelusta, sillä esimerkiksi riita-asiassa, joka oli lähtökohtaisesti kirjallista, tuomari sai päättää asian siirtämisestä suulliseen käsittelyyn, ja lisäksi todistajan kuulustelu oli tuomarin tehtävä.

---

520 Pihlajamäki 1997, s. 102.

521 Pihlajamäki 1997, s. 79.

522 Engströmer 1911, s. 136–137 ja Lainpelto 2012, s. 55–57. Ks. harkintavallasta Stening 1975, s. 27.

523 Ks. tunnustuksen asemasta legaalisessa todistusteoriassa Wrede 1893, s. 106–108.

524 Prosessi sekä siviili- että rikosasioissa oli samojen sääntöjen määrittämää, koska prosesseja ei tarkalleen erotettu toisistaan. Riita-asiat olivat pääsääntöisesti kirjallisesti käsiteltäviä, kun taas rikosasioissa suosittiin myös istuntoja. Tuomari saattoi vaatia suullista käsittelyä järjestettäväksi myös riita-asiassa ja legaalisen todistusteorian mukaisesti todistajat olivat yksi todistelukeino, joka puolestaan edellytti tuomarin suorittamaa suullista kuulustelua.

525 Nehrman 1759 I:3, s. 29 via Nousiainen 1993, s. 388.

526 Ks. Pihlajamäki 2004, s. 84–85 ja Kekkonen 2009, s. 35–37.

Valat todistuskeinona ovat keskeinen legaalisen todistusteorian ja vapaan todistusteorian totuuskäsityksen eroa identifioiva seikka, joka erottaa todistusteorioiden ideologian vahvasti toisistaan. Mikäli asiassa puuttuivat asiakirjatodisteet ja todistajat, näyttö jäi vajaaksi, jolloin puuttuva todistelu voitiin korvata valalla, jonka vuoden 1734 laki edelleen käsitti yhdeksi todistuskeinoksi. Valan vannomisen merkitys näyttönä muotoaa mielestäni olennaisimmin niin todistelun merkitystä kuin totuuden tavoittelua ja oikeudenkäynnissä hyväksyttävän totuuden määritelmää. Todistuskeinona vala oli kuitenkin riita-asiassa silloisen OK 17:30:n mukaisesti toissijainen todistuskeino.[527] Valoja tunnettiin kahdentyyppisiä: tuomioistuimen määräämät puhdistusvala ja täytevala sekä asianosaisen aloitteesta annettava tarjottu vala.[528] Tuomari pystyi määräämään puhdistusvalan ja täytevalan annettavaksi, kun taas asianosainen sai tarjota tarjottua valaa. Puhdistusvalaa käytettiin, jos valalle vaaditun vastapuoli pystyi esittämään puoli näyttöä, mutta ei täyttä näyttöä.[529] Käytännössä puhdistusvalaa osapuoli pystyi käyttämään vain, jos totuutta ei voitu muutoin selvittää. Täytevalalla asianosainen saattoi tietyissä erikseen määritellyissä asioissa, kuten oikeudenkäynnin hetkellä kuolleena olleen lapsen syntymistä elävänä tai vahingonkorvausasiassa vahingon määrästä annetulla arviovalalla, vahvistaa väitteensä. Täytevala oli ainoastaan tietyissä asiaryhmissä käytettävä muoto, jota asianosainen pystyi käyttämään väitteensä vahvistamiseksi.[530] Tarjottu vala puolestaan rinnastui jossain määrin sovintoon. Näistä rikosasiassa oli sallittua käyttää ainoastaan puhdistusvalaa täytevalan ja tarjotun valan koskiessa vain riita-asioita, joissa asianosainen tarjosi valaa vastapuolelle ja jos vastapuoli hyväksyi valan, asianosainen pystyi valan avulla vahvistamaan väitteensä.[531] Tuomioistuin sai kuitenkin kieltää tarjotun valan käyttämisen, mikäli sen oikeellisuutta oli syytä epäillä.[532]

---

527 Wrede 1936, s. 127–129 ja Nousiainen 1993, s. 389 ja 391–393. Valaa oli mahdollista käyttää riita-asiassa vastapuolen näyttöä vastaan ja näytön täydennyksenä. Nousiainen on lisäksi tulkinnut, että puhdistusvalaa sai toisaalta käyttää vain, jos valan perustelemiseksi oli riittävästi näyttöä, eli asianosaisen tuli ensin pystyä esittämään puoli todistusta. Ks. tarkemmin puhdistusvalasta Nousiainen 1993, s. 391.

528 Nousiainen 1993, s. 391.

529 Puoli todistusta tarkoitti todistustyyppien osalta joko yhtä todistajaa tai ilmeistä ja todennäköisiin syihin perustuvaa huhua ja muita sitovia seikkoja. Puoli todistusta ei legaalisen todistusteorian mukaisesti riittänyt tuomitsemiseen, joten puhdistusvalalla oli tällaisissa tapauksissa jutun ratkaiseva merkitys. Mikäli puhdistusvalalle määrätty ei antanut valaa, hän hävisi riita-asian ja mikäli hän antoi valan, hän vapautui kanteesta. Nousiainen 1993, s. 391–392.

530 Ks. täytevalan käyttötilanteista tarkemmin Vuoden 1734 OK 17:2 ja 17:35 sekä Nousiainen 1993, s. 392–393.

531 Tarjottu vala oli ainoa kumman tahansa riita-asian asianosaisen vastapuolelle tarjoama valamuoto, jonka antaminen vastapuolen tuli hyväksyä, jotta sitä voitiin käyttää. Tarjotulla valalla vahvistettiin lausuma myös tilanteissa, joissa olisi ollut muitakin todistuskeinoja käytettävissä. Näin ollen tarjotun valan käyttäminen oli eräänlainen sovintomenettely. Ks. Wrede 1936, s. 127–129 ja Nousiainen 1991, s. 389, 391–393 ja 401.

532 Nousiainen 1993, s. 393.

### *4.3.2 Legaalisen todistusteorian kritiikki*

Legaalinen todistusteoria on saanut kritiikkiä formaalisuutensa ja jäykkyytensä vuoksi, mutta myös täyden näytön saamisen hankaluuden vuoksi. Esimerkiksi rikosasioissa sitä on kritisoitu sillä perusteella, ettei kaikilla rikoksilla ollut silminnäkijöitä, vaan ainoastaan aihetodisteita, jolloin positiivista todistelusäännöstä ei voitu soveltaa. Negatiivinen todistelusäännös toki oikeutti puhdistusvalan käyttämiseen, mutta sitä kritisoitiin tunnustukseen pakottamisena ja siten epähumaanina.[533] Tirkkonen ja Nousiainen ovat tutkineet legaalisen todistusteorian muotoutumista ja merkitystä oikeushistoriassa. Nousiainen on kuvannut valan aseman muutoksia todistelussa siten, että legaalinen todistusteoria ja inkvisitorinen prosessi muuttivat valan roolia rikosprosessissa. Niiden avulla syytetty voitiin pakottaa antamaan tunnustus, vaikka valanvahvistajainstituutio väistyi. Tällöin asianosaista ei voitu kuulla todistajana, mutta toinen asianosainen pystyi valan avulla vahvistamaan oman näkökantansa asiassa. Nousiaisen mukaan erityisesti vastaajan antama puhdistusvala oli keskeisessä roolissa todistelussa ja käytännössä puhdistusvala toimi kidutuksen lievempänä muotona, niin sanottuna henkisenä kidutuksena. Toisaalta Nousiaisen mukaan siirryttäessä kohti vapaata todistusteoriaa valan merkitys väheni ja lopulta päättyi kokonaan, koska prosessin modernisoituessa myös asianosaista voitiin kuulla samaan tapaan kuin todistajaa ja tuomioistuin sai vallan harkita esitetyn todistelun merkitystä ilman erillisiä sääntöjä siitä, millainen painoarvo millekin todisteelle annetaan.[534]

Tirkkonen on puolestaan analysoinut kokonaisuutena legaalista todistusteoriaa elämänvieraaksi, koska sen aiheuttama todisteiden todistusarvo ei välttämättä ole vakio. Legaalinen todistusteoria muotoaa kunkin todistusperusteen todistusvoiman aritmeettiseen muotoon eikä mahdollista seikan pitämistä todistettuna, mikäli siitä ei ole esitetty ennalta säädetyn vahvuista näyttöä. Legaalinen todistusteoria piti tavoitteenaan aineellista totuutta, minkä vuoksi Tirkkonen lukee sen aineelliseen todistusoikeuteen pohjautuvaksi. Tirkkonen perustelee näkemystään sillä, että legaalisen todistusteorian tarkoitus oli, osin muodollisesta luonteestaan huolimatta, saada tuomari vakuuttuneeksi siitä, että todistettava tosiseikka on tosi. Tirkkosen mukaan legaalinen todistusteoria ei kuitenkaan noudattanut sellaista vanhan germaanisen oikeuden muodollista todistusoikeutta, jossa todistelu rajoittui määrättyjen suoritusten, kuten valan, kaksintaistelun tai jumalantuomion, käyttämiseen. Tällaisessa järjestelmässä tavoitteena ei edes ollut saada tuomaria vakuuttuneeksi asian totuusluonteesta toisin kuin legaalisessa todistusteoriassa oli ajatuksena.[535]

Legaalinen todistusteoria vaikuttaa nykytiedon valossa varsin muodolliselta, mutta omana aikanaan se merkitsi suurta kehitystä todistelussa ja mahdollisti tuo-

533 Ks. Afzelius 1886, s. 85 ja Ekelöf 1991, s. 303.
534 Nousiainen 1991, s. 254–255.
535 Tirkkonen 1949, s. 3–4.

mioistuimen toiminnan ennustettavuuden ja tietynkaltaisen oikeudenmukaisuuden. Tämän näkemyksen vastapuolena on kuitenkin teoriaan sisäänrakennettu epäluottamus tuomareiden harkintakykyä kohtaan. Legaalinen todistusteoria aiheutti lopulta oikeudenkäynnin suullisuuden ja välittömyyden vaatimuksen kehittymisen, koska todistelu tuli esittää tuomioistuimelle. Vaikka legaalista todistusteoriaa on leimattu jäykkyydestä, tutkimusten mukaan tuomari saattoi myös poiketa teorian mukaisesta lopputuloksesta. Näin on havaittu olleen erityisesti siviiliasioissa, joissa teoria katsottiin enemmälti tuomarin harkintaa ohjaavaksi kuin täysin sitovaksi menetelmäksi.[536] Sen sijaan rikosasiassa legaalisen todistusteorian ongelmat ovat nykyisessä perus- ja ihmisoikeuspohjaisessa rikosprosessissa ilmeiset. Päämääränä ei voida pitää tunnustuksen hankkimista, ei varsinkaan keinolla millä hyvänsä, eikä epäillyn tunnuksen näyttöarvo ole kategorisoitavissa.

## 4.4 Vapaan todistusteorian omaksuminen

Legaalisen todistusteorian jälkeen kehittyneen vapaan todistusteorian muotoutumisen vaiheet ovat tämän tutkimuksen kannalta merkittäviä, koska oikeuden pintatasoa tarkasteltaessa kysymys on lähihistoriasta ja voimassa olevan oikeudenkäymiskaaren todistelusäännösten perusteluista.[537] Legaalisesta todistusteoriasta vapaaseen todistusteoriaan siirtyminen ei ole ajallisesti täsmällisesti määriteltävissä. Siirtyminen alkoi oikeuskäytännössä ilmetä tuomarien harkinnanvaraisuuden lisääntymisenä ensin todistajien kelvollisuuden ja siten todisteiden painoarvon punnitsemisena, ja sittemmin harkinnanvaraisuus siirtyi tuomioihin. Käytännössä vapaata todistusteoriaa alettiin siten soveltaa niin vapaamman todistusharkinnan kuin todistelun muodossa jo ennen sen kirjaamista lakiin. Kuitenkin vapaan todistusteorian käyttöönottoa myös hidastivat prosessiin liittyvät rajoitukset. Tuomarin vapaalle todistusharkinnalle oltiin valmiimpia kuin vapaalle todistelulle, jonka katsottiin vaativan osapuolilta asianajajan käyttöä. Prosessilainsäädännön uudistukset jäivät Suomen 1800- ja 1900-lukujen suurten yhteiskunnallisten muutosten jalkoihin, eikä ensiksi autonominen ja sitten itsenäistynyt valtio saanut lakiuudistuksia läpi kuin vasta viime vuosisadan puolivälissä. Oikeuslaitoksen ja oikeudenkäytön modernisointi 1800-luvun alun vuosikymmeninä vaikutti oikeuslaitosuudistuksen lisäksi myös prosessuaalisiin uudistuksiin esimerkiksi todistelussa. Tuolloin myös oikeustieteellinen debatti materiaalisen ja aineellisen totuuden tavoitteesta oli vilkasta. Kysymys liitettiin lautakunnan, valan ja valanvahvistajainstituution merkitys-

536 Ks. Pihlajamäki ym. 2007, s. 246–250.

537 Ideologisesti todistelun vapaus ei ole uusi asia. Lainpelto (2012, s. 29–30) on tutkimuksessaan perustellut vapaan todistusteorian ideologian näkyneen jo roomalaisen oikeuden aikaan keisari Hadrianuksen kirjoituksissa 100-luvun alkupuoliskolla. Niissä Hadrianus esitti, että tuomarin tulisi itse päätellen harkita, mitä tapauksessa tulee pitää näytettynä.

tä koskeviin kannanottoihin, joissa pohdittiin, millainen rooli oikeudenkäynnissä näillä oli.[538] Keskeistä tämän tutkimuksen kannalta oikeudenkäytön modernisoimisessa oli rationaalistuminen, joka ilmeni erityisesti aineellisen totuuden – sellaisena kuin se nykyisinkin käsitteenä ymmärretään – voittona ja vastaavasti muodollisen totuuden häviönä.

Oikeuskulttuurin tasolla muutos on ollut varhaisempaa ja kirjoitettu laki on seurannut vallinneita oikeusoloja.[539] Keskeistä siirtymävaiheen prosessioikeudessa oli se, että vaikka Suomi siirtyi Ruotsin vallasta Venäjän autonomiseksi osaksi vuonna 1809, vaikutuksia Suomen lainsäädäntöön tai oikeuteen ei merkittävästi ollut, sillä useiden oikeudenalojen lainsäädäntö reseptoitiin Ruotsista.[540] Nykyisen oikeusjärjestelmän syntymisen ohessa keskiaikainen oikeudellinen perintö säilyi kuitenkin pitkään myös modernin oikeuden aikana, joskin Ruotsi-Suomen oikeudelliseen kehitykseen alkoivat vaikuttaa liberalismiin ja ihmisoikeuksiin sitoutuneet luonnonoikeudelliset opit enemmän kuin aiemmin merkittävästi vaikuttanut roomalais-kanoninen oikeus.[541]

Keskeinen oikeudellinen suuntaus 1800-luvulle saakka oli roomalais-kanonisen oikeuden reseptio, joka sai haastajia valitusaikaisista kriitikoista. Erityisesti keskiaikainen, liian ankaraksi koettu rikos- ja prosessioikeus saivat uusia ihanteita oikeusvaltioajattelusta, ja kriitikot vastustivat erityisesti kuolemanrangaistuksia ja formaaleja todistusteorioita.[542] Prosessioikeuden uudistamista esittänyt kriitikko Cesare Bec-

538 Nousiainen 1993, s. 317 ja 319. Kiistakysymys koski lähinnä sitä, oliko lautakunta valanvahvistajainstituutiosta erillinen järjestelmä ja mikä oli lautakunnan rooli; ratkaista asiakysymys vai pidettiinkö lautakuntaa todistelukeinona, kuten valanvahvistajainstituutiota, tai kenties tuomioistuimen osana. Nousiaisen mukaan esimerkiksi C.J. Schlyter ja J.J. Nordström katsoivat lautakunnan ja valanvahvistajainstituution erillisiksi elimiksi, ja lautakunnan tehtävänä oli ratkaista vain asiakysymys.

539 Skyberg (2019, s. 240–246) on esittänyt Norjan osalta muutoksen taustaksi poliittis-konstitutionaalisen diskurssin muutoksen käsityksessä valtion ja kansalaisen välisestä suhteesta sekä epistemologisen diskurssin muutoksen siitä, mikä voisi muodostaa varman perustan tiedolle ja millä tavalla. Suomessa vapaan todistusteorian omaksumisen vaihe koostuu modernin oikeuden (1700-) tuoreimmasta ajasta ja historiallisessa ajanjaksotarkastelussa kyse on uudesta ajasta (1800-). Tarkkaa kronologista rajausta legaalisen todistusteorian väistymiselle valtakaudelle on haastava asettaa, sillä vapaa todistusteoria sai jo 1700-luvulla sijaa oikeuskäytännössä, mutta lainsäädäntöön se kirjattiin vasta 1900-luvulla. Toisaalta, koska todistusteoria on juurtunut oikeusjärjestelmän ytimeen, sen muuttuminen on hidasta. Ks. Langbein 1978, s. 19–21.

540 Venäjä oli omaksunut keskitetyn hallinnon periaatteet Ruotsista Pietari Suuren länsimaistamisen myötä. Ks. tarkemmin Ylikangas 1984, s. 170–171. Lisäksi Suomessa julistettiin voimassa oleva lainsäädäntö säilytettäväksi, mikä tarkoitti Ruotsin vallan aikaisten lakien säilymistä. Suomen lainsäädännön kehitys jatkui siten edelleen Ruotsissa tehtävien uudistusten hengessä, mutta vallanvaihdoksen takia kehitys tuli Suomeen hitaammin. Ruotsalaisen oikeuden reseptoinnin voidaan sanoa alkaneeksi Ruotsi-Suomen lakkaamisesta Suomen siirtyessä Venäjän vallan alaisuuteen 1800-luvulla ja reseptio on jatkunut nykypäivään saakka. Ks. Ylikangas 1984, s. 214 ja Kekkonen 1999, s. 24 ja 48.

541 Ylikangas 1984, s. 173 ja Kekkonen 1999, s. 13 ja 47. Ks. valistusaatteen vaikutuksista tarkemmin Pihlajamäki 1997, s. 105–113.

542 Nousiaisen tutkimuksen mukaan yhteiskunnan kehitys siivitti todistusteorian muutospaineita merkittävästi. Siviiliasioissa merkantilistisen sääntelyn vapauttaminen ja varallisuus- sekä yrityssuhteiden

caria (1738–1794) vaati totuuden selvittämistä prosessissa kaavamaisen legaalisen todistusteorian sijaan. Hänen mukaansa tuomarin tuli suorittaa kokonaisharkintaa todistelukysymysten osalta sen sijaan, että todisteiden painoarvo olisi sidottu ennalta määrättyyn kaavaan. Beccaria esitti näkemyksensä vapaana todisteiden harkinnan teoriana, joka hiljalleen alkoi saada sijaa oikeudenkäynneissä.[543] Lopulta Ranskan vallankumous sysäsi Euroopassa käyntiin prosessiuudistuksen, minkä seurauksena 1800-luvun lopulla useat Euroopan valtiot uusivat prosessilainsäädäntönsä, mutta Suomessa legaalinen todistusteoria säilyi laissa edelleen, tosin sen soveltaminen käytännössä loppui 1850-luvulla. Prosessioikeudessa oikeuden modernisoituminen näkyi Suomessa 1800-luvun puolivälissä kiinnostuksena oikeuslaitoksen uudistamiseen. Oikeudenkäytön modernisointiyritys alkoi jo 1861 tammikuun valiokunnassa, jonka tehtäväksi asetettiin oikeudenkäymiskaaren uudistaminen.[544] Työ modernisoimiseksi käynnistettiin, mutta suurempien yhteiskunnallisten uudistusten vuoksi sen toteuttaminen jäi odottamaan seuraavaa vuosisataa.[545]

### *4.4.1 Todistusoikeuden uudistamispyrkimyksistä*

Keskeinen vaikuttaja oikeuslaitoksen ja oikeudenkäyntimenettelyn modernisointia koskevassa selvitystyössä todistusoikeuden osalta oli R. A. Wrede, joka vuoden 1895 valtiopäivillä sai tehtäväkseen tutkia ja kirjoittaa uutta prosessioikeudellista doktriinia. Wrede johti komiteaa, jonka tavoitteena oli ehdottaa Suomelle uutta valtiollista, koulutettujen juristien johtamaa prosessia. Keskeisiä menettelyllisiä uudistustavoitteita komitealla oli prosessin muuttaminen välittömäksi ja suulliseksi sekä todistusoikeudessa vapaaseen todisteiden harkintaan siirtyminen. Komitean ehdotus ei päätynyt eduskuntakäsittelyyn, koska sen katsottiin vaativan lakimiesammattikunnan lisääntymistä, mikä ei saanut kannatusta. Kokonaisuudistus otettiin kuitenkin uudelleen valmisteltavaksi vuonna 1919 ensivaiheenaan tuomioistuinlaitoksen uudistaminen yhtäläiseksi niin maaseudulla kuin kaupungeissa. Tätä uudistusehdotusta johti professori Granfelt, ja se seurasi pitkälti Wreden oppeja. Tämäkään kokonaisuudistus ei edennyt sellaisenaan eduskuntaan, vaan se pilkottiin

---

kehittyminen aiheutti haasteita legaalisen todistusteorian vaatiman täyden näytön vuoksi ja siten valan käyttämisessä puolen näytön lisänä, koska se heikensi aineellisen totuuden selvittämistä. Muodollinen totuus ei enää riittänyt monimutkaistuvien oikeussuhteiden ratkaisemisessa, vaan tarvittiin tuomarin harkintavaltaa. Todistusoikeus alkoikin muuttua vapaammaksi kohti sitä vapaata todistusteoriaa, jonka me nyt tunnemme. Nousiainen 1991, s. 296–298. Ks. Myös kiduttamisesta luopumisen kehitysaskelista Langbein (2006, s. 45–48 ja 61–63), jonka mukaan perinteinen selitys kidutuksen katoamisesta valistuksen aikakauden ja tietoisuuden kasvun myötä kidutuksen kohtuuttomuudesta ei ole kestävä. Hän on esittänyt vaihtoehtoisen teorian, jonka mukaan kidutuksen käytön loppuminen johtui vapaan todistusharkinnan kehittymisestä ja rangaistusjärjestelmien muutoksesta, joiden vuoksi muodolliset todistussäännöt alkoivat menettää asemaansa 1600-luvulla.

543 Kekkonen 2002, s. 95–96 ja Kekkonen 2009, s. 106–108.

544 Nousiainen 1993, s. 472.

545 Kekkonen 2002, s. 95–96 ja Kekkonen 2009, s. 106–108 ja 115.

osittaisuudistusten valmisteluksi valiokuntiin. Keskeinen kiistakysymys oli edelleen ammatti- ja maallikkotuomarien käyttäminen tuomioistuimessa. Uudistusten toteuttaminen jäi sotien jalkoihin, ja todisteluoikeuden osauudistus saatettiin voimaan toisen maailmansodan jälkeen.[546] Se esitettiin eduskunnalle vuonna 1945 toteamuksella siitä, että vapaata todistusharkintaa oli jo sovellettu käytännössä eri todisteiden todistusvoiman punnitsemisessa.[547]

Wreden komitean ehdotus vuodelta 1901 olisi poistanut legaalisen todistusharkinnan kaikista prosessilajeista. Mietinnön mukaan vapaa todistusharkinta oli laajalti jo käytössä, ja vapaan todistusteorian hengessä mietinnössä pidettiin myös vapaata todistelua tärkeänä, koska teorian kanssa ristiriitaista oli säätää laissa siitä, onko joku henkilö kelpoinen todistamaan. Komitea myös katsoi, ettei vapaata todistusteoriaa voi toteuttaa vapaan todistusharkinnan ja vapaan todistelun muodossa, jos prosessi on kirjallista. Tuomioistuimen harkintaa ei ollut mahdollista toteuttaa asiakirjojen perusteella. Tämän todettiin kuitenkin edellyttävän laajempaa prosessiuudistusta, jossa oikeudenkäynnin suullisuus, välittömyys ja julkisuus toteutuisivat niin riita- kuin rikosasioissa, ja rikosprosessissa tuli siirtyä inkvisitorisesta akkusatoriseen menettelyyn.[548] Todistusteorian uudistamisen ihanteeksi asetettiin aineellisen totuuden selvittäminen kaavamaisen näyttökysymyksen ratkaisemisen sijaan.[549] Kirjallinen

---

546 Todistuslainsäädännön uudistamista valmisteltiin kauan. Vuoden 1933 valtiopäiville hallitus antoi esityksen no 39 mm. OK 17 luvun uudistamisesta. Ne käsiteltiin vuoden 1935 valtiopäivillä, mutta jätettiin lepäämään ensimmäisiin vaalien jälkeen pidettäviin varsinaisiin valtiopäiviin. Kuitenkin samaan aikaan vireillä ollut oikeudenkäyntimenettelyn kokonaisuudistus oli hallituksen valmisteltavana. Todistuslainsäädännön uudistusehdotus hylättiin vuonna 1938. Oikeudenkäyntilaitoksen kokonaisuudistus viivästyi pääosin taloudellisten syiden vuoksi, mutta todistuslainsäädäntö katsottiin sittenkin tarpeelliseksi uudistaa nopeammin, mistä syystä hallituksen esityksessä (HE 137/1945 vp) annettiin muun muassa OK 17 luvusta muutosesitys, joka seurasi tarkasti Ruotsin vastaavaa uudistusta. Esitystä käsiteltiin eduskunnassa 2,5 vuotta ja lopulta eduskunnan hyväksymä laki poikkesi merkittävästi hallituksen esityksestä. Samoin hallituksen esityksen perustelut olivat hyvin niukat, eikä niistä ole säädösten tulkinnassa juuri apua. Muutokset johtuivat Tirkkosen mukaan siitä, että hallituksen esitystä varten asiantuntijoita ei juuri käytetty, vaan heidät otettiin mukaan vasta lakivaliokuntavaiheessa, minkä vuoksi lopullinen lain ulkoasu ja sisältö ovat olennaisestikin erilaiset kuin hallituksen esityksessä. Näin ollen hallituksen esityksen avaaminen tässä kontekstissa ei ole tarpeellista. Ks. säädösesityksen vaiheista tarkemmin Tirkkonen 1949 s. 6–7.

547 Tällä tarkoitettiin sitä, että vuoden 1734 lain OK 17:29 ja 30:ää noudatettiin lainkäytössä enää ohjaavasti, eikä ehdottomina oikeussääntöinä.

548 Tämä vaatimus aiheutti osaltaan todistusoikeuden uudistamisen viivästymisen, sillä menettelyllinen kysymys tuli ratkaista ensin. Ks. Nousiainen 1993, s. 550 ja 554 ja Kekkonen 2009, s. 113–114. Huomattavaa kuitenkin on, että vaikka mietinnössä katsottiin menettelyuudistuksen vaativan luopumista suullis-pöytäkirjallisesta menettelystä, tämä muutos toteutettiin kokonaan vasta vuoden 1993 riita-asioiden ja vuonna 1997 rikosasioiden menettelyn uudistamisella. Sinänsä suullis-pöytäkirjallinen menettely ei silloin, kun todistelu muutettiin keskitettyyn, välittömään ja suulliseen menettelyyn, välttämättä estänyt vapaan todistusteorian noudattamista. Ks. kuitenkin menettelyn aiheuttamista todistusharkinnan rajoittumisen riskeistä ainoastaan pöytäkirjattuun aineistoon Huovila 2003, s. 230–239 ja Huovila 2004, s. 797–800.

549 Taustalla todistusteorian uudistusehdotuksissa oli käytännössä myös se, että oikeudenkäynti halut-

prosessi ja legaalinen todistusteorian muodollisuus eivät mahdollistaneet riittävää totuuden selvittämistä. Käytännössä siten totuuden määritelmä oikeudenkäynnissä muuttui. Aiemman ajattelutavan mukaan totta oli se, mikä oli varhaisimpina aikoina jumalantuomiolla tai valalla näytetty, ja myöhemmin se, minkä legaalinen todistusteoria näytön riittävyydellä osoitti. Nyt haluttiin selvittää, mitä oikeasti oli tapahtunut.

OK 17 luvun uudistus, joka sisälsi vapaan todistusteorian mukaiset säännökset, tuli voimaan moninaisten valmisteluvaiheiden jälkeen vuonna 1948.[550] Alkuperäisessä hallituksen esityksessä vapaa todistusteoria on kirjoitettu OK 17:2.1:iin seuraavasti: "*oikeus päättäköön vapaasti, harkittuaan huolellisesti kaikkia oikeudenkäynnissä esiin tulleita seikkoja, mitä asiassa on pidettävä toteennäytettyinä*"[551], mutta KKO esitti "*vapaasti*" sanan poistamista. KKO perusteli muutosehdotusta sillä, että oikeuden harkinta ei saanut perustua mielivaltaan, mikä kuva hallituksen esityksen sanamuodosta saattoi tulla.[552] Lopulta pykäläteksti muokattiin Ruotsin uusittua oikeudenkäymiskaaren (Rättegångsbalk, RB 1942:740) 35:1:ää vastaavaan muotoon "*oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiin tulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena*". Vaikka sana "*vapaasti*" poistettiin, osoitti muotoilu selkeästi vapaata todisteiden harkintaa ja noudatti siten vapaata todistusteoriaa. Keskeistä VanhOK 17:2.1:ssa oli se, että tuomarin ei enää tarvinnut tyytyä tekemään ratkaisuaan pelkästään säänneltyjen todistuskeinojen perusteella, vaan myös

---

tiin muuttaa tuomarivaltaisuudesta maallikkovaltaisemmaksi. Maallikoiden käyttöä oikeudenkäynnissä perusteltiin tuomioistuintoiminnan kontrolloimisella ja totuuden selvittämisellä. Kekkonen 2009, s. 113–114.

550 Uudistus tukeutui suurelta osin ruotsalaiseen todistelua koskevaan sääntelyyn, mikä on luonnollista ottaen huomioon, että monivaiheinen valmistelu tapahtui pääosin Ruotsin vallan aikana. Uudistuksen juuret ovat Ruotsissa vuonna 1810 asetetussa suuressa lakikomiteassa, jonka tarkoituksena oli laatia esitys vuoden 1734 lain uudistamisesta ja jonka tavoitteena oli uudistaa myös oikeuslaitosta siten, että menettely nopeutuisi ja yksinkertaistuisi. Suuri komitea sai työnsä valmiiksi neljä vuotta myöhemmin, mutta se ei johtanut uudistusten tekemiseen. Asia otettiin uudelleen käsittelyyn vielä kaksi kertaa. Ensiksi vuosina 1841–1851 toimi nk. vanha lainvalmistelukunta, jonka tehtävänä oli tarkistaa suuren lakikomitean työ. Tätä hankaloitti kuninkaan asettuminen uudistumista vastaan ja lainvalmistelukunnan sisäiset ristiriidat. Lopulta komitean ehdotusta ei edes esitetty valtiopäiville, mutta komitean lakkauttamisen jälkeen erityiskomiteat jatkoivat yksittäisten osien lakivalmistelua, kunnes vuoden 1874 valtiopäivät pyysivät jälleen laajemman, nk. uuden lainvalmistelukunnan perustamista. Pääosin tuomareista koostunut lainvalmistelukunta antoi vuonna 1884 laajan mietinnön prosessioikeusuudistuksesta. Mietintö oli osin epäjohdonmukainen ja sen tarkastamiseksi asetettiin vahvistettu lainvalmistelukunta. Todistelua koskeva uudistus puolestaan valmistui 1889 ja sen keskeisin ehdotus oli legaalisesta todistusteoriasta luopuminen. Valtiopäivillä toinen kamari kieltäytyi hyväksymästä ehdotusta, koska tuomarin subjektiiviselle harkinnalle ei katsottu olevan riittäviä edellytyksiä ilman säädettyjä arviointikriteerejä. Uudistus epäonnistui jälleen, mutta jo vuonna 1909 laaja uudistustehtävä annettiin prosessikomissiolle, jonka antaman kolmiosaisen periaatemietinnön pohjalta oikeudenkäymiskaari lopulta uudistettiin. Oikeudenkäymiskaaren uudistamisen tarkoituksesta ja sisällöistä Tirkkonen 1942, s. 137–162 ja kokonaisuudistuksen vaiheista seikkaperäisesti Nousiainen 1991, s. 298–301, 431–439, 472–477 ja 556–569.

551 HE 137/1945 vp, s. 4.

552 HE 137/1945 vp Liite 1, s. 18.

muiden asian käsittelyssä havaitsemiensa asiaan vaikuttavien seikkojen perusteella. Perusteena käytettävän seikan ei enää tarvinnut olla todistelun kohteena. Legaalisen todistusteorian vallitessa tämä ei ollut mahdollista.

> Tirkkonen on tiivistänyt vuonna 1949 vapaan todisteiden harkinnan periaatteen ilmentymisen kahteen muotoon, jotka hän erittelee vapaaksi todistusharkinnaksi ja vapaaksi todisteluksi. Ensimmäisen sisältö vastaa nykykäsitystä, mutta vapaan todistelun Tirkkonen määrittää tarkoittavan sitä, että oikeudenkäynnissä "*tiedonlähteenä voidaan käyttää kaikkia asiassa esiin tulleita seikkoja*".[553] Olen päätynyt käsitteistössä erilaiseen lopputulemaan Tirkkosen kanssa. Tämä tutkimus perustuu siihen, että vapaa ja legaalinen todistusteoria ovat laajempia teoreettisia kokonaisuuksia, jotka ilmenevät erilaisina todistelun ja todistusharkinnan säännöksinä. Vapaata todistusteoriaa ilmentävät siten niin periaate- kuin säännöstasolla vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta. Vapaan todisteiden harkinnan rinnastan terminä vapaaseen todistusharkintaan. Vapaa todistelu ei puolestaan ole niin yksiselitteinen käsitteenä. Tirkkosen määritelmä merkitsee nähdäkseni osin niin vapaata todistusharkintaa kuin vapaata todistelua, mutta vapaa todistelu käsittää myös osapuolten lähtökohtaisen vapauden esittää haluamaansa todistelua.

### *4.4.2 Wredeläinen todistusoikeus*

Wreden todistusoikeudellinen näkemys on ollut merkittävä tekijä nykyisen oikeudenkäymiskaaren todistelusäännöksissä vapaaseen todistusteoriaan siirtymisessä. Vaikka kuvailen Wredeä kotimaisen todistusoikeuden ideologiseksi isäksi, eivät hänen johtopäätöksensä olleet uusia. C.J. Lindblad julkaisi vuonna 1842 todisteluoppia koskevan teoksen, jossa hän käsitteli todistelua pohjautuen osin lakikomiteoiden ehdotuksiin. Todistusteorian osalta hän otti lähtökohdakseen Jeremy Benthamin näkemyksen siitä, ettei todistelun arvioimista tule rajoittaa lailla.[554] Lindblad kuvasi historiallisen ja absoluuttisen totuuden keskenään erilaisina, samoin kuin vuoden 1884 komiteamietintökin. Molemmissa katsottiin, ettei historiallinen totuus, jota oikeudenkäynnissä tulisi vaatia, voinut olla ehdotonta tietämystä ja johtaa absoluuttiseen totuuteen, joka puolestaan tarkoitti matemaattista ja metafyysistä varmuutta.[555] Wrede, joka vastasi uuden lainvalmistelukunnan kokonaisuudistustyöstä, seurasi Lindbladin oppeja.[556] Runsaan prosessioikeuden uudistustarpeita koskevan kirjal-

553 Tirkkonen 1949, s. 23.

554 Lindblad 1842, s. 26–35. Lindblad viittasi sekä ranskalaiseen että common law -järjestelmään, joista ranskalaisessa oli todistelua koskevia sääntöjä, mutta ei arviointikriteerejä todistelun uskottavuudelle tai todistusvoimalle. Common law -järjestelmässä puolestaan näitä oli, mutta vähäisesti, eivätkä ne sitoneet jurya.

555 Lindblad 1842, s. 39, 46.

556 Wrede viittasi pitkälti Lindbladin oppeihin todeten, että Lindbladin vuonna 1842 ruotsalais-suo-

lisuuden ohessa hän julkaisi todistelusäännösten osittaisuudistustyön yhteydessä suomalaista todistusoikeutta käsittelevän monografian vuonna 1893 ruotsiksi.[557]

Wrede katsoi, että vaikka legaalinen todistusteoria tuli Ruotsiin nimenomaan kanonisen oikeuden vaikutuksesta syrjäyttäen muinaisruotsalaisen todistusoikeuden, se ei *"ratkaisevasta ja pysyvästä ylivallasta"*[558] huolimatta syrjäyttänyt täysin aiemmin vallinnutta ruotsalaista todistusoikeutta. Roomalaisen, ja pääosin myös muinaisruotsalaisen, oikeuden todistusteoria vastasi pitkälti vapaata todistusteoriaa, mutta germaanisessa oikeudessa ja siten myös myöhemmässä ruotsalaisessa oikeudessa todistelu oli muodollista.[559] Wreden mukaan roomalaisen oikeuden mukainen vapaan todistusteorian vaikutus näkyi vuoden 1734 oikeudenkäymiskaaressa ja sen soveltamisessa, vaikka lakiin kirjattu todistusteoria oli selkeästi legaalinen. Vapaan todistusteorian vaikutus näkyi esimerkiksi siinä, että vaikka eri todisteiden todistusarvot ja todisteiden muodostama riittävän näytön eli varmuuden[560] vaatimus oli laissa säädetty, tuomarilla oli muissa kuin täyden tai puolen näytön tapauksissa harkintavaltaa. Lisäksi todistelu oli vapaata säädettyjen todistuskeinojen rajoissa lukuun ottamatta eriteltyjä epäluotettavia todisteita, ja niidenkin osalta tuomarilla oli jonkin verran harkintavaltaa siinä, minkä hän katsoi sallituksi eli luotettavaksi todisteeksi. Oikeuskäytäntö muuttui vielä tätäkin vapaammaksi sallien myös indisiotodisteet.[561] Wreden mukaan puhtaasti muodollisessa todistusteoriassa todistelu olisi yksipuolista ilman vastatodistelun mahdollisuutta, eikä se puhtaimmillaan mahdollistaisi valan antamista. Suomessa legaalinen todistusteoria oli lievempää,

---

malaista todistusoikeutta koskeva teos oli paras lajissaan. Wrede 1910, s. 5 ja Wrede 1936, s. 7.

557 Afhandlingar i finsk processrätt: grunddragen af bevisrätten enligt gällande lag, joka julkaistiin kahtena niteenä (Wrede 1893 ja Wrede 1894) ruotsiksi ja suomeksi vasta vuonna 1910. Käytän tässä tutkimuksessa sekä alkuperäisteosta että myöhempiä suomennoksia tästä ja Wreden muista keskeisistä teoksista. Perustelen alkuperäispainoksista osittaista poikkeamista teosten heikolla saatavuudella.

558 Wrede 1910, s. 19.

559 Ks. kannanotto todistusteorioiden välisistä suhteista tarkemmin Wrede 1946, s. 149, jossa Wrede tiivistää todistusteorioiden dominoinnin järjestystä: "[vapaan todistusteorian] *kannalla, mikä parhaiten on sopusoinnussa juridisen todistuksen luonteen kanssa, oli roomalainen oikeus. Ruotsalais-suomalaisessa oikeudessa sitä vastoin, samoin kuin germaanisessa oikeudessa ylipäänsä, todistelu oli alkujaan puhtaasti muodollinen, niin että sen tulos riippui lain määräämän toiminnan suorittamisesta. Kun tämä todistusoikeus on vähitellen väistynyt asiallisen todistusoikeuden tieltä tuli lakisääntöinen todistusteoria täällä vallalle. Niin on olennaisesti laita vielä 1734 laissa, vaikka siitä on eräitä poikkeuksia. Sen jälkeen on kehitys todistusten harkinnassa käytännön nojalla käynyt yhä suurempaa vapautta kohti. Tätä kehitystä on ollut omiaan edistämään se, että viime aikoina on vapaa todistusten harkinta erikoislainsäädännöllä saatettu voimaan erinäisillä aloilla.*" Ks. myös Wrede 1936, s. 116–119 ja 238–240.

560 Todistusoikeutta koskevassa vanhassa oikeuskirjallisuudessa puhutaan useammin "*varmuudesta*" kuin siitä, että seikka katsotaan näytetyksi toteen. "*Varmuus*" liitetään erityisesti legaalista todistusteoriaa koskevan ajan kirjallisuuteen, koska tuolloin täyden näytön katsottiin merkitsevän tuomarin saamaa täyttä varmuutta asiasta. Varmuus tarkoittaa siten kyseisen todistusoikeuden mukaista totuuden näyttämistä, eli on ikään kuin kriteeri tai selitys sille, millainen näytetty seikka on. Varmuus mielletään legaalisen todistusteorian käsitteeksi, koska siinä todistelu on prosessuaalista ja määrittää, milloin tuomarin on pidettävä asiaa totena, eli milloin hän saavuttaa "*ehdottoman varmuuden*". Ks. esim. Tirkkonen 1949, s. 12–13.

561 Wrede 1910, s. 19–20.

sillä täyden näytön horjuttamiseen ei edes vaadittu täyttä vastanäyttöä, vaan erimerkiksi kahden todistajan todistuksen horjuttamiseen riitti myös yhden todistajan antama vastatodistus.[562] Wreden käsityksen nojalla voidaan todeta, että Ruotsissa ja Suomessa legaalinen todistusteoria poikkesi muodollisesta todistusteoriasta.[563]

Vapaan ja legaalisen todistusteorian keskeiset erot ja siten syyt vapaan todistusteorian omaksumiselle kiteytyvät mielestäni edelleen aikaa kestävästi Wreden totuusmäärittelyä ja Tirkkosen näyttökynnyksen ongelmia koskevissa kannanotoissa.[564] Tirkkosen kritiikki legaalista todistusteoriaa kohtaan pohjautui kokonaisuutena siihen, että indisiotodistelulle ei anneta täyden näytön arvoa, minkä vuoksi varsinainen todistelu ja aihetodistelu erotellaan toisistaan. Vapaa todistusharkinta ei puolestaan aseta eroa suoran ja epäsuoran todistelun aiheuttaman varmuuden välille, minkä vuoksi tällaisesta käsitteistöstä on todisteiden jaottelussa pääosin luovuttu.[565] Tirkkosen huomiot näyttökynnyksen ongelmista legaalisessa todistusteoriassa tiivistyvät siten, että siinä todistusperusteiden todistusvoima pyritään muuntamaan aritmeettiseen muotoon, joka on keino luoda todisteelle lain sanamuodon mukainen täyden tai puolen näytön luonne. Näiden välille sijoittui ”*enemmän kuin puoli näyttöä*” -luonteinen todiste. Ainoastaan täysi todistus (näyttö) katsottiin riittäväksi, ja mikäli sellainen oli esitetty, vastapuolen tuli näytön kumotakseen esittää yhtä voimakasta vastanäyttöä.

Legaalisessa todistusteoriassa sovellettiin tuomarin harkintaa siinä kohtaa, kun tuomari päätti, minkä tasoinen esitetty todistelu näyttönä oli. Kun siirryttiin legaalisesta todistusteoriasta vapaaseen todistusteoriaan, edelleen tuomitsemiseen vaadittiin tietyin poikkeuksin[566] ”*täyttä näyttöä*”, mutta tuomari ei tehnyt enää näytön luonteeseen liittyvää ratkaisua ennalta määrättyjen kriteerien avulla, vaan vapaasti harkiten. Lisäksi käsitteet ”*enemmän kuin puoli näyttöä*” ja ”*puoli näyttöä*” hylättiin, koska niitä ei enää voinut määritellä samoin kuin aritmeettisuuteen perustuvassa järjestelmässä.[567] Wreden mukaan legaalinen todistusteoria, vaikka sen päämääränä oli asiallinen eli aineellinen totuus, ei todistuskeinojensa vuoksi voinut päätyä kuin

562 Wrede 1946, s. 152.

563 Mikäli legaalinen todistusteoria käsitetään tiukimmassa muodossaan, voidaan myös sanoa, ettei legaalinen todistusteoria ollut Ruotsissa tai Suomessa puhtaimmillaan voimassa koskaan. Tässä tutkimuksessa erotetaan kuitenkin käsitteellisesti toisistaan muodollinen ja legaalinen todistusteoria siten, ettei legaalisen todistusteorian ole tarkoitus ollakaan täysin muodollista samoin kuin jumalantuomioihin ja valoihin perustuva, sinänsä irrationaalisuuteen pohjautuva muodollinen todistusteoria kuvataan.

564 Suomalainen prosessiuudistusmietintö seurasi ruotsalaista valmistelua ja molempien maiden laeista tuli varsin samansisältöiset. Tirkkonen julkaisi pian uuden lain voimaantultua todistelusäännöksiä koskevan kommentaariteoksen, jossa hän Wreden tapaan korosti vapaan todistusteorian ylivoimaisuutta. Tirkkonen 1949, s. 4–5.

565 Tirkkonen 1949, s. 24.

566 Esim. legaaliset presumptiot.

567 Ks. näyttökynnysten käsitteistön muutoksesta tarkemmin Tirkkonen 1949, s. 24–26. Keskeinen muutos siirtymävaiheessa oli myös vaatimus tuomioiden tarkemmasta perustelemisesta. Ks. HE 137/1945 vp, s. 3.

muodolliseen totuuteen.[568] Wreden mukaan ainoastaan vapaa todistusteoria voi johtaa asialliseen totuuteen, koska sen mukaan annetaan *"tuomarille mitä suurin vapaus käyttää kaikkia todistuskeinoja, joilla voi olla jonkinlainen arvo, ja suoda niille vaikutus mikä asianhaarain mukaan niillä asianhaarain mukaan niillä kussakin eri tapauksessa voidaan katsoa voivan olla"*.[569] Wrede katsoi, että legaalinen todistusteoria ei ota huomioon sitä seikkaa, että tuomari saattaa jo yhden todistajankertomuksen nojalla saavuttaa tuomitsemiseen riittävän varmuuden asian todellisesta laidasta, vaikka se ei olisi historiallinen totuus, eikä lain säännöksillä siksi voida määrätä todistusarvoa.[570]

## 4.5 Eräitä nostoja todistusteorian kehityksestä

Yhteenvetona eri todistusteorioista niiden kotimaisen soveltamisen yhteiskunnallisten ja oikeudellisten olojen tarkastelussa on todettava, että vapaan todistelun periaatetta voidaan pitää lähtökohdaltaan realistisempana verrattaessa legaaliseen todistusteoriaan. Vapaassa todistusteoriassa, verrattuna muodolliseen tai legaaliseen todistusteoriaan, todisteilla ei ole säädettyä järjestystä todistuskeinojen keskinäisestä arvokkuudesta tai todisteiden määrästä. Muodolliseen todistusteoriaan tarkempi vertaaminen ei ole edes tarpeellista sen kehittyneisiin oikeudellisiin oloihin soveltumattomuuden vuoksi.

Todistusharkinnan merkitys nykyaikaisissa oikeudenkäynneissä on huomattavasti suurempi kuin aikaisemmin. Vapaa todistusharkinta pyrkii täyttämään legaalista todisteiden harkintaa paremmin myös aineellisen totuuden tavoitetta, koska näytön arvioinnissa voidaan vapauden nojalla huomioida todellisuuden monimuotoisuus.[571] Varhaisempien kannanottojen mukaan vapaa todistusteoria avaa mahdollisuuksia mielivallalle legaaliseen todistusteoriaan verrattuna. Tätä uhkakuvaa hälventää kuitenkin se, ettei täyden näytön vaatimuksesta ole luovuttu, vaan se määräytyy toisin perustein. Toisaalta legaalisen todistusteorian sisältämä

568 Wrede 1910, s. 16–17.

569 Wrede 1910, s. 18.

570 Wrede 1910, s. 17.

571 Ks. Virolainen – Martikainen 2010, s. 274 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 39 sekä vrt. legaalisen todistusteorian sisällön osalta Lainpelto 2012, s. 29–53. Kritiikkiä vapaalle todistusharkinnalle on esitetty myös. Skybergin (2019, s. 256–257) mukaan vapaa todistusharkinta on hyvä esimerkki siitä, mitä kognitiivisessa teoriassa kutsutaan päätöksenteoksi epävarmuuden vallitessa. Rationaliteetti on rajallinen resurssi ja päätökset ovat alttiita useille päätösharhoille, jotka vaikuttavat asiantuntija-arviointeihin yhtä paljon kuin maallikkoarviointeihin, kunhan arviointi ei ole säännelty tietyllä ja pakottavalla menetelmällä. Magnussen ja Melinder (2014, s. 607) ovat todenneet, että kognitiivisen psykologian ja sosiaalipsykologian näkökulmasta oletetusti rationaaliset sosiaaliset arvioinnit ovat usein irrationaalisten tekijöiden vaikutuksen alaisia. Tällaiset tekijät vaikuttavat erityisen voimakkaasti silloin, kun ihmiset kohtaavat toisensa, jolloin näytönarviointi suullisesta kuulemisesta on erityisen altis irrationaalisille vaikutuksille.

ankaruus näytön riittävyydelle on muotoutunut eräänlaiseksi korkeamman asteiseksi todennäköisyydeksi.[572]

Valistuksen ajan hengessä absoluuttinen totuus katsottiin ainoaksi oikeaksi totuudeksi, joka oli ehdoton, ilmeinen ja universaali. Juridinen totuus puolestaan oli todennäköisyyttä eikä absoluuttista, mutta ihmisten kyky havainnoida absoluuttista totuutta teki juridisesta totuudesta probabilistista. Prosessilajien eriytyessä ongelmaksi muodostuivat eri prosessilajien erilaiset tavoitteet ja niiden asettamat vaatimukset tai rajoitukset totuuden tasolle. Rikosprosessissa pidettiin aineellista totuutta tavoitteena, mutta siviiliprosessin osalta kaikki oikeustieteilijät eivät pitäneet prosessin riidanratkaisufunktiota merkityksellisimpänä. Siviiliasiat katsottiin yksityisautonomiaan kuuluvaksi, jolloin asianosaiset saivat sopia, mitkä seikat oikeudenkäynnin osaksi tuodaan, ja tuomioistuin käsittelee asian mutta ei aktiivisesti tutki sitä totuuden selvittämiseksi. Käsittelyperiaatteeseen siirtyminen mahdollisti lopulta osin jo legaalisen todistusteorian aikaan sovelletun osapuolten määräämisvallan. Legaalisessa todistusteorian järjestelmässä nimittäin valalla vahvistettu seikka katsottiin totuudeksi, olipa sen todellinen luonne mitä tahansa. Näin ollen määräämisvaltaa osapuolilla oli jo ennen käsittelyperiaatteeseen päätymistä.[573]

Legaalisen todistusteorian mukainen näyttökynnys oli vuoden 1734 laissa ilmenevällä tavalla erittäin korkea. Siinä kirjoitettiin todisteen luotettavuutta koskeva kokemussääntö laiksi säätämällä täyden ja puolen näytön määritelmä todisteiden lukumäärälle. Legaalisen todistusteorian tärkein tehtävä oli estää syyttömien tuomitseminen, mutta vastavuoroisesti se johti vääriin vapauttaviin tuomioihin, minkä määrittelemisessä piilee totuuden käsityksen osalta paradoksi. Legaalisen todistusteorian tavoitteena on yksiselitteisesti totuuden saavuttaminen, mutta teorian sisältämä totuuskäsitys on historiallisesta totuudesta poikkeava, eikä se vastaa nykyistä korrespondenssiteoriaan pohjautuvaa totuuskäsitystä aineellisena totuutena. Totuus on todisteista tai niiden määrästä irrallista, ja olisi naiivia väittää, että kaikki historialliset tapahtumat ovat selvitettävissä ja todistettavissa, joten samansuuntaisten todisteiden määrän perusteella määrittyvä ehdoton toden tai epätoden toteaminen on modernille todistusoikeudelle vierasta. Yksi näyttöarvoltaan laadukas todiste voi kuvata historiallisen tapahtumankulun täysin, ja vastavuoroisesti kaksi heikkolaatuisempaa todistetta voivat johtaa totuudenvastaiseen lopputulokseen, koska ehkä kaikkia mahdollisia todisteita ei ole edes hankittu eli niistä ei tiedetä.[574] Tiiviste-

572 Halila 1950, s. 19–21.

573 Ks. tarkemmin totuuden tavoitteen eriytymisestä siviili- ja rikosprosessin välillä Nousiainen 1993, s. 281–283. Valan roolina oli vahvistaa asianosaisen väite, mutta se sijoittui osin todisteen ja vaatimuksen välille. Näin ollen siviiliprosessissa valan antaminen käytännössä tarkoitti asianosaisen määräämisvallan käyttöä ja oikeudenkäynnin lopputulokseen vaikuttamista. Ks. valan osalta tarkemmin Nousiainen 1993, s. 283.

574 Tietämättömissä olevat todisteet voisivat johtaa aivan vastakkaiseen lopputulemaan. Tässä kiteytyy

tysti totean, että todisteiden määrä ei voi olla pääasiallinen seikka, joka määrittää totuuden.[575]

Kokonaisuutena legaalinen todistusteoria poikkesi myös vala- ja jumalantuomiomenettelyihin pohjautuvasta muodollisesta todistusteoriasta. Totuuden määritelmä on myös legaalisessa todistusteoriassa ollut muodollinen, vaikka tavoitteena onkin ollut tuomarin vakuuttaminen tapahtumista ja tuomarilla on ollut myös harkintavaltaa siinä, hyväksyykö se valan antamista. Todistelussa katsottiin, että totuus saadaan selville todistelun tarkkojen muodollisuuksien avulla, eikä lopputuloksen kannalta ollut suurta painoarvoa sillä, mitä todellisuudessa oli tapahtunut, vaan totuus oikeudenkäynnissä määräytyi sen mukaan, täyttivätkö todisteet säädettyjä kriteereitä laadultaan ja lukumäärältään. Vastaavasti laissa säädettiin, millainen näyttöarvo kullakin todisteella ja tosiseikalla oli. Tällöin voidaan puhua prosessuaalisesta tai muodollisesta totuudesta puhtaimmillaan, koska totuus vahvistettiin sellaiseksi, kuin esimerkiksi kaksi todistajaa tapahtumasta yhtäpitävästi kertovat.[576] Vaikka totuuden muodostuminen oli muodollista, ei se vastaa nykyistä käsitystä prosessuaalisesta totuudesta. Vielä vähemmän se täyttää aineellisen totuuden määritelmää, joka tosin oli jo tuolloin totuuden ihanteena. Klamin mukaan legaalinen todistusteoria tuottaa erityistä prosessuaalista totuutta, jota ei enää tahdota tunnustaa.[577]

> Nykykäsityksen mukaisessa prosessuaalisessa totuudessa yksittäisen todisteen todistusvoima arvioidaan aineellisen totuuden eli korrespondenssiteorian mukaisen totuuskäsityksen näkökulmasta, kun taas legaalisen todistusteorian yksittäisen todisteen totuusarvoa ei ollut tarpeen selvittää kovinkaan painokkaasti, vaan todisteena hyväksyttyjen todistuskappaleiden, esimerkiksi valojen, lukumäärä oli puolen ja täyden näytön rajanvedossa keskiössä.

Valalla voidaan ajatella olevan valanantajan totuudenmukaisuuteen liittyvää painoarvoa, mutta historiallisen totuuden tutkimista menettelyssä ei edellytetty, vaan

---

tutkimuksen sitaattisivulle nostetun ns. holmesilaisen virhepäätelmän probleemi todistelussa. Päätelmän esitti Sherlock Holmes Conan Doylen (1890, s. 172) kirjoittamassa tarinassa vuonna 1888. Holmesilainen virhepäätelmä ilmenee, kun jonkin selityksen uskotaan olevan totta sillä perusteella, että vaihtoehtoiset selitykset ovat mahdottomia ja ne suljetaan pois yksi kerrallaan, mutta samaan aikaan kaikkia vaihtoehtoisia selityksiä ei edes tiedetä. Päätelmä on tietämättömyydestä johtuva argumentti, argumentum ad ignorantiam, joka väittää, että väitelause on tosi, koska sitä ei ole vielä todistettu vääräksi, tai että väitelause on epätosi, koska sitä ei ole vielä todistettu todeksi. Argumentti sulkee pois mahdollisuuden, että tutkimus on saattanut olla riittämätön todistamaan, että väite on joko tosi tai epätosi. Ks. Walton 1999, s. 368–369 ja 371–372.

575 Vrt. KKO 2013:96 kohta 7 ja KKO 2021:5 kohta 44 sekä Rasilainen 2023, s. 60–65 kokemussäännön ja oikeussäännön välisestä merkityserosta ja niiden analysoinnista suhteessa näytön arviointiin muun muassa em. ratkaisuissa sekä verrattuna ratkaisuihin KKO 2021:44 ja KKO 2022:50.

576 Huovila 2003, s. 166.

577 Klami 1995, s. 12.

tämä ominaisuus jäi valanantajan omalletunnolle. Samoin tunnustuksen automaattinen merkitys täytenä näyttönä on vieras aineelliselle totuudelle. Legaalinen järjestelmä ei myöskään mahdollistanut rikosasioissa tahallisuuden asteen selvittämistä, vaan ainoastaan tapahtumankulun muodollista selvittämistä. Tämän vuoksi rikosoikeuden voisi sanoa painottuneen jossakin määrin tekorikoksiin myös sellaisissa rikoksissa, jotka nykyisin ymmärrämme tahallisuuden asteelta lievempinä, kuten tuottamuksellisina, huolimattomina tai laiminlyönteinä. Legaalisen todistusteorian moderni piirre näyttökynnyksen osalta oli siinä, ettei puolella näytöllä voinut langettavaa tuomiota antaa. Todistusteorian heikkous ja nykyisen totuuskäsityksen vastaisuus puolestaan konkretisoitui siinä, että puolen näytön täydentäminen täyteen näyttöön perustui jo ennakkoon näyttöarvoltaan määrätyn valan antamiseen, jonka totuudenmukaisuutta ei tutkittu.

Vapaaseen todistusteoriaan siirtyminen kuvaa totuuden merkityksen muuttumista oikeudenkäynnissä. Legaalisessa todistusteoriassa totuudeksi katsottiin se, mikä ennalta määrättyjen eri todisteiden punnintasääntöjen mukaan oli totuudeksi määrätty. Vapaa todistusteoria poisti nämä säännöt, jolloin totuuden määritelmä ja rooli tuli uudelleen tarkasteltavaksi. Legaalisessa todistusteoriassa pyrittiin sen aikaiseen totuuden käsitteen mukaiseen totuuden selvittämiseen yliluonnollisiin voimiin vetoamisen sijasta. Legaalisen todistusteorian ajan totuus oli muodollista, kun vapaassa todistusteoriassa ihanteena on aineellinen totuus eli sen selvittäminen, mitä on oikeasti tapahtunut. Tämän katsottiin edellyttävän niin asianosaisten oikeutta esittää todistelua vapaasti kuin lainoppineen tuomarin vapaata harkintavaltaa sille, millaista näyttöarvoa kukin todiste nauttii. Aineellisen totuuden periaate ja vapaa todistusteoria liittyvät kiinteästi toisiinsa siten, että vapaa todistusteoria, jossa todistelua tai todistusharkintaa ei ole normein sidottu, antaa nykykäsityksen mukaan parhaan mahdollisuuden totuuden selvittämiselle. Toisaalta voidaan myös sanoa, että siirryttäessä prosessiuudistusten myötä legaalisesta todistusteoriasta vapaan todistusteorian mukaiseen menettelyyn sekä myöhemmin ihmis- ja perusoikeuksien painoarvon kasvaessa myös aineellisesta totuudesta jouduttiin siirtymään prosessuaalisen totuuden hyväksymiseen – olkoonkin, ettei aineellista totuutta sanan nykyisessä merkityksessä ollut aiemmin edes tarkoitus saavuttaa.

## 4.6 Vapaa todistusteoria

Vapaa todistusteoria on taustaltaan arvokeskeinen ja periaatesidonnainen monitasoinen ilmiö. Se on oikeusjärjestyksemme osa, teoria ja todistusoikeuden perusta, mutta käytännössä vapaa todistusteoria on yksinkertaisesti määriteltävissä ja tarkoittaa sitä, että oikeudenkäynnissä todistelu ja todistusharkinta ovat vapaata. Tämän vuoksi käsitetasolla vapaa todistusteoria voidaan selkeimmin määrittää vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan ulottuvuuksien määrittelemisellä.

Pölösen mukaan vapaa todistusteoria koostuu kahdesta elementistä: 1) tuomioistuimen rajoittamattomasta oikeudesta käyttää todisteena mitä tahansa tietoonsa saamaa tosiseikkaa (vapaa todistelu) ja 2) tuomioistuimen vapaasta ja sääntöihin sitomattomasta todistusharkinnasta eli näyttöarvon määrittämisestä (vapaa todistusharkinta).[578] Pölösen määritelmä on tuomioistuimen näkökulma vapaaseen todistusteoriaan, ja osapuolten näkökulmasta vapaaseen todisteluun kuuluu luonnollisesti myös oikeus vapaasti esittää haluamansa todistelu.

### *4.6.1 Vapaa todistelu*

OK 17:1.1:n mukaan "*asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö asian tutkivalle tuomioistuimelle sekä lausua jokaisesta tuomioistuimessa esitetystä todisteesta, jollei laissa toisin säädetä*". Vapaa todistelu pitää sisällään sekä tuomioistuimen että asianosaisten näkökulman. Ensinnäkin vapaa todistelu merkitsee sitä, että asianosainen saa lähtökohtaisesti esittää oikeudenkäynnissä haluamansa todistelun.[579] Se oikeuttaa asianosaiset esittämään asiassa haluamansa todisteet, jotka heidän on OK 17:7:n mukaisesti itse hankittava.[580] Vapaan todistelun periaatteella ei ole perus- tai ihmisoikeuden suojelutarkoitusta, eikä sillä pidä perustella niiden rajoittamista oikeudenkäynnissä, koska se ei voi tosiasiassa tällaisena rajoitusedellytyksenä toimia.[581] Toiseksi se merkitsee, että tuomioistuimella on rajoittamaton oikeus käyttää todisteena mitä tahansa tietoonsa saamaa tosiseikkaa.[582] Todistelu ei silti ole oikeudellisesti rajoittamatonta.[583]

Jämsän määrittely vapaasta todistelusta yhdestä näkökulmasta tarkasteltuna noudattaa hänen näkemystään myös aineellisen ja prosessuaalisen totuuden käsitteistöstä. Jämsän mukaan vapaa todistelu tarkoittaa, että todistelua ei ole etukäteen rajoitettu joihinkin todistuskeinoihin, vaan kaikki lain sallimin tavoin tuomioistuimen tietoon oikeudenkäynnissä tuotu aineisto saadaan ottaa huomioon faktapremissiä muodostettaessa.[584] Jämsän määritelmän mukaan vapaa todistelu siis itsessään jo sisältää sen, että tuomioistuimen tietoon laillisesti tullut todistelu saadaan ottaa huo-

578 Pölönen 2003, s. 144 ja Riekkinen 2019, s. 74. Riekkisen (2019, s. 75) mukaan kumpikaan periaatteista ei ilmene tiettävästi missään oikeusjärjestyksessä täysin ehdottomana, eikä näin ei ole Suomessakaan, jossa todistelun ja todistusharkinnan vapautta on korostettu merkittävästi.

579 Pölönen – Tapanila 2015, s. 227. HE 46/2014 vp, s. 11 mukaan "*kaikkea mahdollista näyttöä pitää saada esittää oikeudenkäynnissä*".

580 Jämsä 2020, s. 45. Viitatussa kohdassa Jämsä käsittelee rikosasiaa, mutta sama määrittely on kohdistettavissa siviiliprosessiinkin.

581 Pölönen 2003, s. 213. Ts. vapaa todistelu ei täytä perusoikeuksien rajoitusedellytyksille asetettuja vaatimuksia, eli sitä, että se olisi lakisääteisyyden lisäksi täsmällinen, tarkkarajainen ja hyväksyttävä rajoitusperuste. Vapaa todistelu ei siksi ole KKO:n ratkaisujen perusteluissa sellainen oikeussääntö, jolla voitaisiin ratkaista yksittäinen tulkintatilanne.

582 Pölönen 2003, s. 144.

583 Hormia 1978, s. 10.

584 Jämsä 2015, s. 42.

mioon.[585] Pölösen ja Tapanilan mukaan vapaan todistelun periaate ohjaa todistelun sallittavuutta sekä määrittää todisteiden harkinnan eli näytön arvioinnin pääperiaatetta. Näin toki välillisesti onkin. Vapaa todistelu mahdollistaa kaiken aineiston käyttämisen todistusharkinnassa, jossa näytön arviointi suoritetaan. Kuten Jämsän määritelmän osalta myös osassa teosta Pölönen ja Tapanila tuntuvat käsittelevän näitä kahta käsitettä osin epätäsmällisesti. Tähän ei ole kuitenkaan leipätekstissä syytä tarttua enemmälti.[586] Riekkisen käsitteenmäärittely vapaalle todistelulle on mielestäni täsmällisin. Hänen mukaansa "*vapaan todistelun periaate tarkoittaa, että todistelua voidaan esittää vapaasti ja vapaamuotoisesti ilman, että todistelumenettelyä on sidottu tiettyihin laissa nimenomaisesti hyväksyttyihin ja rajattuihin todistuskeinoihin ja -metodeihin*".[587]

### *4.6.2 Vapaa todistusharkinta*

Vapaa todistusharkinta on ajatusprosessi, jota ei säännellä kuten legaalisessa todistusteoriassa, joten vapaudesta itsessään on varsin niukasti säännöksiä. Vapaa todistusharkinta määritellään yleensä niin, että todistusharkinta ei ole oikeusnormein sidottua.[588] Pölösen määritelmän mukaan vapaata todistusharkintaa on tuomioistuimen vapaa ja sääntöihin sitomaton todistusharkinta eli näyttöarvon määrittäminen,[589] jota rajoittaa rationaalisuus- ja objektiivisuusvaatimus, perusteluvaatimus sekä laillisen oikeudenkäyntiaineiston vaatimus, josta ovat seurauksena hyödyntämiskiellot. Vapaa todistusharkinta on tuomioistuimen vapautta määritellä esitetyn todistelun ja muun näytön todistusvoima.[590] Tällöin tuomari tekee ratkaisunsa todisteiden näyttöarvosta ja näytön riittävyydestä vapaasti omaan harkintaansa nojautuen.[591]

Pohjimmiltaan todistusharkinta on tuomioistuimen epistemologista pohdintaa siitä, onko tietty tosiseikka tullut todistusharkinnan kohteena olevalla esitetyllä

585 Näin ollen näyttää sille, että Jämsä on sillä kannalla, että vapaa todistusteoria sisältää myös rajoituksensa, ellei viittaus vapaaseen todisteluun tarkoita enemmänkin vapaan todistusharkinnan vaihetta.

586 Pölönen ja Tapanila lauserakennevalinnasta (2015, s. 35) "*vapaan todistelun tai vapaan todistusharkinnan periaate voidaan kiteyttää niin, että [– – ]*" päätellen rinnastavat vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan periaatteet toisiinsa tai sitten kyseessä on tahaton virheilmaisu. Jälkimmäisen todennäköisyyttä tosin vähentää se, että Pölönen ja Tapanila (2015, s. 36) rinnastavat vapaan todistelun periaatteen samantasoiseksi ilmiöksi kuin legaalinen todistusteoria. Edelleen Pölösen ja Tapanilan mukaan (2015, s. 227) todistusoikeus rakentuu vapaan todistelun periaatteelle, joka koostuu vapaasta todistelusta ja vapaasta todistusharkinnasta. Toisaalta jakso on otsikoitu "*todistamiskiellot vapaan todistusteorian rajoitteina*." Ks. Pölönen – Tapanila 2015, s. 35–36 ja 227.

587 Riekkinen 2019, s. 74.

588 Jämsä 2020, s. 52.

589 Pölönen 2003, s. 144.

590 Pölönen – Tapanila 2015, s. 227. Tässä määritelmässä on huomioitava termistön osalta, mitä kirjoittaja tarkoittaa näytöllä vs. todistelulla. Todistelu on vain todisteiden esittämistä, näyttö sisältää myös muut lain sallimat tuomarin havainnot. Lisäksi tuomioistuin saattaa pitää todistetta näyttönä merkityksettömänä, jolloin näyttö poikkeaa asianosaisen tarkoittamasta todistelusta.

591 Riekkinen 2019, s. 74.

todistelulla näytetyksi toteen.[592] OK 17:1.2:n mukaan ”*tuomioistuimen on esitettyjä todisteita ja muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja harkittuaan päätettävä, mitä asiassa on näytetty tai jäänyt näyttämättä. Tuomioistuimen on perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo vapaalla todistusharkinnalla, jollei laissa toisin säädetä.*” Säännöksen perusteella vapaa todistusharkinta pitää sisällään näyttöarvon määrittelyn, jolloin todistuskeinoilla ja -menettelyllä on vaikutusta näyttöarvoon, vaikka vapaa todistusharkinta itsessään tarkoittaakin sitä, että muodollisia sääntöjä näiden vaikutuksesta näytön arviointiin ei ole.[593] Todistusharkintaan kuuluvat näytönarvioinnin osat, mutta vapaa todistusharkinta ei ota kantaa näyttökysymyksen ratkaisemiseen, johon erilaiset todistusteoreettiset oikeustieteelliset mallinnukset ja harkintametodit on kehitetty.[594]

Vapaasta todistusharkinnasta oli säännös ennen todistelu-uudistusta VanhOK 17:2:ssä, joskin sen sanamuotoa muutettiin uudistuksessa havainnollisemmaksi korostamalla, että todistusharkinnassa otetaan huomioon sekä esitetyt todisteet että muut asian käsittelyssä esiin tulleet seikat. Verrattuna aiempaan sanamuotoon ”*oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiin tulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena*” uudistettu muotoilu ensinnäkin korostaa esitettyjen todisteiden roolia muiden esiin tulleiden seikkojen rinnalla. Hallituksen esityksen mukaan näillä seikoilla tarkoitetaan OK 17:6:n mukaisia olosuhteita. Uudistuksessa vallitsevaa oikeustilaa ei siten muutettu, mutta sanamuotoa selkiytettiin sillä – mielestäni jokseenkin itsestään selvällä – seikalla siitä, että todistusharkinnassa huomioidaan esitetyt todisteet ja tuomioistuin voi vapaasti määritellä esitetyn näytön todistusvoiman. Toiseksi uudistuksessa poistettiin vaatimus todistusharkinnan huolellisuudesta sillä perusteella, että virkamiehen tulee joka tapauksessa hoitaa tehtävänsä huolellisesti valtion virkamieslain (VirkamL, 750/1994) 14 §:n mukaan. Todistusharkinnan huolellisuus korvattiin näyttöarvon arvioinnin kriteereillä ”*perusteellisesti ja tasapuolisesti*”. Hallituksen esityksestä on ymmärrettävissä, että perusteellisuuden kriteeri edellyttää tuomioistuimelta ensinnäkin perehtymistä kuhunkin todisteeseen erikseen ja toiseksi kaikkien todisteiden kokonaisuuden arviointia, kun taas tasapuolisuus edellyttää, ettei tuomioistuimella ole ennakkokantaa esitettyjen todisteiden näyttöarvosta. Lisäksi tasapuolisuus asettaa harkinnalle vaatimuksen olla suosimatta osapuolia.[595]

---

592 Rudanko 2020, s. 47 av. 94 ja s. 198. Tosiseikkakysymyksen lisäksi toinen tuomioistuimen harkinnan pääkohteista on oikeuskysymys. Rudanko (2020, s. 47) huomauttaa, että myös todistusharkinnassa on kysymys oikeudellisesta pohdinnasta silloin, kun todistelun kohteena oleva seikka sisältää oikeudellisen osatekijän.

593 Riekkinen 2019, s. 408. Esimerkiksi luotettavuusarviointiin voivat vaikuttaa valittu todistuskeino tai todistelumenettelyyn liittyvä seikka.

594 Riekkinen 2019, s. 410. Ks. käsitteistöstä jaksossa 3.2 ja hyödyntämiskiellon vaikutuksista jaksossa 7.1.

595 Ks. tarkemmin HE 46/2014 vp, s. 45, jossa todistusharkinnalle on tavoitteena mainittu, että sen tulee olla objektiivisesti tehty ja kestää kriittinen arviointi. Tarkemmista perusteluvaatimuksista säädetään toisaalla (OK 24:4 ja ROL 11:4).

Toinen vähintään sanamuotoon vaikuttava muutos OK 17:1.2:ssa oli todistusharkinnan tavoitellun lopputuloksen ”*[– –] päättää, mitä asiassa on pidettävä totena*” muuttaminen muotoon ”*näytetty tai jäänyt näyttämättä*”. Muutos selkiyttää eroa vapaan todistusharkinnan periaatteen ja näytön vahvuuden vaaditun tason välillä. Näytön vahvuutta koskevat säännökset ovat OK 17:2.2:ssa ja OK 17:3.2:ssa, joissa ei aseteta kriteeriksi totuutta, vaan ”*uskottava näyttö*” ja ”*ei jää varteenotettavaa epäilyä*”. Hallituksen esityksen mukaan seikan näyttäminen todeksi on vanhahtava ilmaisu.[596] Uudistuksella ei nähdäkseni ole muutettu vallinnutta oikeustilaa, vaan totuuden tavoite on edelleen ihanteena. Valitut sanamuodot korostavat enemmälti sitä johtopäätöstä, että aineellisen totuuden saavuttamisesta olisi oltava riittävä varmuus, joka on näyttökynnyksen ilmaisulla säädetty. Sen sijaan kysymys siitä, milloin ilmaistu näyttökynnys ylittyy, on vapaata harkintaa eli oikeussäännöin määrittelemätöntä ratkaisutoimintaa.

Vapaasta todistusharkinnasta annetun OK 17:1.2:n sanamuodon mukaisesti ainoastaan lakitasoisella säädöksellä voidaan säätää poikkeuksia pääsääntöön eli täydelliseen vapauteen, mitä vapaa todistusteoria pitää sisällään teoriatasolla. Muita oikeusohjeita todistusharkinnasta ei voi antaa. Näyttökynnys on lakisääteinen, kuten vapaan todistusharkinnan poikkeukselta edellytetäänkin. Kysymyksessä ei kuitenkaan ole legaalisen todistusteorian ominaispiirre, koska näytön arvioinnille ei aseteta muodollisia oikeussääntöjä, vaan ainoastaan tuomitsemiskynnys on asetettu yhdenvertaiseksi prosessilajeittain.

Pölösen mukaan käytännössä todistamiskieltokin vaikuttaa vapaaseen todistusharkintaan rajoittavasti, jos siitä seuraa hyödyntämiskielto.[597] Tämän kannanotto sisältää tosin käsitelainopillisen probleeman, koska lauseen paikkansapitävyys on riippuvainen todistamiskiellon määritelmästä, joka ei ole vakiintunut. Samoin se näyttäytyy ongelmallisena ainakin todistamiskielloiksi määriteltävien oikeussääntöjen, eli oikeuden ja velvollisuuden kieltäytyä todistamasta, kannalta. Pölösen määritelmässä olennaista on kuitenkin se, että oikeudenkäyntiin kuuluvista todisteista voidaan tehdä minkälaisia päätelmiä tahansa koskien historiallista totuutta eli tosiseikkoja ja niiden muodostamaa kokonaisuutta, eikä tällainen vapaa tosiseikastoharkinta tee menettelystä puolueellista tai epäoikeudenmukaista.[598] Rudanko on todennut osuvasti, että harkinnan vapaudessa ja sen rajoittamiseen kohdistuvissa paineissa tapahtuu heiluriliikettä, mutta periaatteellinen vapaus on kuitenkin ”*kruunujalokivi*”, jonka tärkeyteen pohjautuu niin mannermainen kuin common law -järjestelmä.[599]

596 HE 46/2014 vp, s. 45–46.
597 Pölönen 2003, s. 146.
598 Pölönen 2003, s. 176.
599 Rudanko 2020, s. 61.

> Jämsän[600] mukaan vapaan todistusteorian osatekijät ovat vapaa todistelu ja vapaa näyttöharkinta. Jämsä käyttää määrittelyssä vapaan todistusharkinnan sijaan käsitettä vapaa näyttöharkinta, mikä on huomattava ero käsitteistössä riippuen siitä, miten termit näyttö ja todistus määritellään. Toisaalta Jämsä jatkaa muussa yhteydessä, että todistusharkinnan kohteeksi tulevaa aineistoa kuvataan sanalla näyttö,[601] jolloin vapaan todistusteorian määrittelyssä ei ole asiallista eroa esimerkiksi Riekkiseen ja Pölöseen. Termiero johtuu näytön käsitteen määrittelystä ja näyttöharkinnan sisällöstä verrattuna todisteen ja todistusharkinnan käsitteisiin. Määrittely ei ole vastaavuudeltaan ongelmaton, joten tässä tutkimuksessa käytetään sekaannusten välttämiseksi vapaan todistusharkinnan käsitettä.

Rudanko määrittelee todistusharkinnan vapauden metanormiksi, joka perustuu laissa asetettuihin näyttökynnysnormeihin ja ennakkotapauksiin, jatkaen, että vaikka tämä metanormi vaikuttaa joustavalta, sillä on selkeät rajansa, kuten mielivallan kielto ja tuomitsemiskynnystä koskevat oikeussäännöt. Myös prejudikatiivinen ohjaussääntö rajoittaa vapautta. Todistusharkintaan liittyvät rajoitukset sisältävät muun muassa rationaalisuuden vaatimuksen ja vaativat, että menetelmät täyttävät yleisesti hyväksytyt kriteerit. Todistusharkinnan vapaus sallii tuomareiden arvioida todisteiden uskottavuuden vapaasti, mutta arvioinnin on perustuttava rationaaliseen päättelyyn ja yleisiin kokemussääntöihin.[602]

Rudangon mukaan näyttökynnykset joustavat mutta joustavuuden säilyttämiseksi tietyn todistuskeinon riittämättömyydestä tai tarpeellisuudesta taikka tukitodisteluvaatimusten kytkemisestä tiettyihin tilanteisiin ei tulisi antaa ”*obiter-tyyppisiä*” ohjeita.[603] Tällaiset oikeusohjeet eroavat prejudikatiivisista oikeusohjeista siten, että ne ovat vain sallittuja oikeuslähteitä, mitä Rudanko ei vaikuta pitävän vapaaseen todistusteoriaan kuuluvana. Rasilaisen mukaan vapaa todistusharkinta sisältää edelleen elementtejä, jotka näyttäytyvät legaalisen todistusharkinnan kaltaisina näytön määrälliseen riittävyyteen liittyvinä sääntöinä.[604] Asiaa on kuitenkin tarkasteltava näiden elementtien merkityksen kautta niin normihierarkiaan kuin tuomioistuimen näytönarvioinnin osien sekä niiden normatiivisen luonteen perusteella. Kysymys siitä, voiko näyttökynnyksen ylittämiseksi vaadittavasta todisteiden määrästä antaa oikeusohjeita rikkomatta vapaata todistusharkintaa, linkittyy osaltaan sen eroihin verrattuna legaaliseen todistusteoriaan, jossa näyttökynnys oli äärimmäisen korkea,

600 Jämsä 2020, s. 45.
601 Jämsä 2020, s. 51.
602 Rudanko 2020, s. 177–180.
603 Rudanko 2020, s. 230.
604 Rasilaisen (2023, s. 66) mukaan teoreettiset keskustelut eivät aina tunnista siirtymän merkitystä vapaaseen todistusharkintaan, pyrkien säilyttämään perinteisen todistusharkinnan piirteitä ja aliarvioiden kokemussääntöjen roolia todisteiden arvioinnissa.

joskin siltä osin muodollinen, ettei todisteen laadulla välttämättä ollut kovin suurta merkitystä verrattuna näytön oikeelliseen määrään.

Oikeuskäytännössä syntyy uusia todistustaakkaa ja näyttökynnystä koskevia sääntöjä. Sen vuoksi, että vapaassa todistusharkinnassa on kysymys myös näyttöarvon punninnasta, on todistustaakan jakautumisella keskeinen merkitys todistusharkinnan lopputulokseen. Korkeimman oikeuden ennakkopäätösten merkitys normina ja toisaalta kokemussääntöjen luonne kiinnittyvät vapaan todistusteorian perustavanlaatuisiin elementteihin ja heijastuvat käytännön ratkaisutoimintaan. Ensiksi mainitusta probleemaa kehittelevänä nostan esiin täsmentäviä kannanottoja. Rudangon mukaan näyttökynnyksen asettaminen ja ratkaisu sen ylittymisestä on pidettävä erillään toisistaan, koska ensiksi mainitussa on kysymys normatiivisesta asiasta, jonka määrittää lainsäätäjä tai prejudikatiivinen ratkaisu niin sanottuna kynnysnormina. Tästä on kuitenkin pidettävä yksittäisessä jutussa erillään se epistemologinen kysymys, ylittääkö esitetty todistelu näyttökynnyksen.[605] Rasilaisen mukaan esitetyn näytön vahvuutta ja näyttökynnyksen ylittämistä on haastavaa erottaa toistaan, koska ne molemmat tapahtuvat samassa todistusharkinnassa, missä myös todistusharkinnan vapauden ja näyttökynnyksen yleisen oikeudellisen sitovuuden välillä on jännite.[606]

Ongelma osassa ratkaisukäytäntöä on ratkaisun mahdollinen näyttäytyminen oikeussääntöluonteisena koskien näytön riittävyyden arviointia, mikä on erotettava asiallisesti kokemussäännön vahvistamisesta. Ennakkopäätösperuste edellyttää, että asian ydinkysymys sisältää yleistettävän ongelman. Näyttökysymyksissä tällaiset ratkaisut ovat demonstratiivisia prejudikaatteja, jotka keskittyvät näytön arvioinnin argumentointikeinoihin. Niissä korkein oikeus antaa metodologisia ja pedagogisia ohjeita todistusharkinnan perusteluille, mikä ei rajoita vapaata todistusharkintaa, vaan tekee siitä avoimempaa ja kontrolloitavampaa tai ennakoitavampaa.[607]

Onkin tärkeää tunnistaa, miksi näytönarvioinnin ohjaaminen ennakkopäätöksillä eroaa tai ainakin sen pitäisi erota oikeuskysymysten ratkaisemisesta. Näytönarviointi on epistemologinen, eikä normatiivinen, kysymys, joka perustuu kunkin tapauksen erityispiirteisiin, eikä sille voida asettaa yhtenäisiä sääntöjä.[608]

> Vastavuoisesti oikeusohjein rajoittamisessa kysymykseen vapaan todistusharkinnan osalta tulee näyttökynnyksestä ja hyödyntämiskielloista säätäminen,

605 Ks. Rudangon johtopäätöksestä ja sen taustalla olevien tutkimusten yhteenvedosta ainakin Rudanko 2020, s. 59 av. 131; s. 158 ja s. 181–183. Rudangon (2020, s. 194) mukaan jännite vapaan todistusharkinnan ja sitovan näyttökynnyksen välillä syntyy siitä, että tuomarilla on velvollisuus arvioida todistusaineistoa yksilöllisesti kussakin tapauksessa, samalla kun näyttökynnyksen tulee ohjata oikeudellisesti siten, ettei todistusaineiston arvioinnin lopputulos riipu yksittäisen tuomarin harkinnasta.

606 Rasilainen 2023, s. 66–67.

607 Marjosolan (2021, s. 50–52) mukaan ratkaisut voi tulkita siten, että niissä edellytetään tuomioistuimilta tarkempaa erittelyä käytetyistä argumenteista: Jokainen todiste tulee punnita erikseen huomioiden kokemussäännöt ja todistusharkinnan metodin valinta ilmaistaan avoimesti perusteluissa.

608 Yhteenvedonomaisesti siitä, mitä Rudanko (2020, s. 177–183) on kirjoittanut.

> ei yksittäisten todisteiden näyttöarvon määrittäminen, mikä olisikin varsin haastavaa korkeimman oikeuden prosessissa, koska ennakkopäätösten antaminen näytönarvioinnissa vaatii suullisen käsittelyn järjestämisen ja koska pääosin kirjallisen prosessin vuoksi KKO:n valituslupajärjestelmä ei sovi parhaalla tavalla näyttökysymysten käsittelyyn.[609]

Rikosprosessiin kiinnittyvä tukitodistelu tarkoittaa sellaisten lisätodisteiden hyödyntämistä, jotka vahvistavat päätodistelua. Ruotsalaisen oikeustieteellisen tutkimuksen mukaan tukitodistelu viittaa oikeuskäytännössä kehittyneeseen käsitteeseen, jota käytetään erityisesti seksuaalirikosoikeudenkäynneissä, joissa todistusaineisto usein perustuu yksinomaan yhteen todistuslähteeseen.[610] Tukitodisteluvaatimukset ovat korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä kehittyneitä näytön riittävyyden arviointiin ja tuomitsemiskynnykseen kiinnittyviä ohjeita.[611] EIT:n oikeuskäytännössä on oma tukitodistelua koskevan ilmiön kaltainen yksin tai pääasiassa -doktriini, jonka mukaan EIS 6 artiklan mukaisesta loukkauksesta on kyse silloin, kun syyksi lukeva tuomio perustetaan yksinomaan tai pääasiassa laittomasti hankitulle näytölle.[612]

Ruotsin korkeimman oikeuden (HD) aiemmassa ratkaisukäytännössä langettavan tuomion antaminen yhden todisteen perusteella on ollut mahdollista, mutta 2000-luvulla on siirrytty kohti tukitodistelun vaatimusta.[613] Lainpellon mukaan uusi käytäntö rajoittaa vapaan todistelun periaatetta ja näytön vapaata harkintaa, sillä se asettaa ennakkoehtoja tietyille todisteille. Lainpellon näkemyksen mukaan on vapaan todistusteorian vastaista, jos joko tietyissä rikosjutuissa tai yleisesti vaaditaan tukitodistelua, ja oikeusohjeina pidettävät prejudikaatit tarkoittavat samalla siirtymistä kohti legaalista todistusteoriaa.[614]

---

609 Ks. Taipale 1998, s. 408; Tapanila 2013, s. 434 ja Tapanila 2023, s. 221–222.

610 Tukitodistelu auttaa tuomaria hallitsemaan oikeudenkäynnin epävarmuustekijöitä ja minimoimaan väärän tuomion riskiä, sillä se tarjoaa laajemman ja laadukkaamman todistusaineiston perustan päätöksenteolle. Tukitodistelu on väline, joka tukee tuomarin ratkaisun perusteltavuutta ja oikeellisuutta sekä ratkaisun oikeuttamista jälkikäteisesti. Lainpelto 2012, s. 301–303. Ks. tukitodistelusta laajasti Jämsä 2020, s. 173–181 ja Rudanko 2020, s. 75–78.

611 Jämsä 2020, s. 174.

612 Fredman ym. 2020, s. 515. Ks. doktriinista esim. Andersson 2014, s. 432–442 ja Tapanila 2019, s. 236.

613 Esim. NJA 2005, s. 712, jossa korkein oikeus hylkäsi raiskaussyytteen asianomistajan kertomuksen uskottavuudesta huolimatta, koska tukitodistelua ei ollut. Korkein oikeus viittasi perusteluissa ratkaisuun NJA 1991, s. 83, jossa tukitodistelua oli ollut. Korkein oikeus totesi, ettei tukitodistelun puute sinänsä estä todistusaineistoa olemasta riittävää langettavaan tuomioon, jos tuomioistuin katsoo esitutkinnan perusteella syyllisyyden olevan kiistatta todistettu. Lainpelto on väitöskirjassaan todennut, että tukitodistelua on edellytetty nimenomaan seksuaalirikosjutuissa ja lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikostapauksissa Ruotsissa vuoden 2006 alioikeuden tuomioista 47 %:ssa käytettiin tukitodisteluargumentointia. Ks. Lainpelto 2012, s. 164–165, 183 ja 301.

614 Lainpelto 2012, s. 309–310.

Rudangon mukaan KKO on, verrattuna HD:n ratkaisukäytäntöön, tehnyt harvoin näyttövaatimuksen prejudikatiivista ohjaamista, millä hän tarkoittaa ratkaisussa näyttökynnyksen korostamista.[615] Erona maiden välillä onkin se, että HD:n ennakkopäätökset ohjaavat alioikeuksia näyttökynnyksen määrittelyssä antamalla konkreettisia ohjeita siten, että jos ratkaistava näyttökysymys on samankaltainen, tuomio tulee antaa ennakkopäätöksen mukaisesti, jolloin tuomioistuimen harkintavalta kaventuu. Rudanko ei moiti näin vahvaa prejudikatiivista vaikutusta, mutta hänen mukaansa on olennaista havaita, että ohjeet muodostavat osan laajemmasta järjestelmästä, joka ohjaa todistusaineiston harkintaa ja takaa asianosaisten oikeussuojan.[616]

> EIT:n ratkaisukäytännössä tukitodisteluvaatimuksia vastaavat ohjeet voivat korostaa joko todistelun luotettavuutta tai sen merkitystä. Kun kyse on edellä liukuvan hyödyntämisen ilmiönä kuvatusta laittomasti hankitusta todisteesta, keskeistä on todisteen luotettavuuden varmistaminen, mikä liittyy suoraan tukitodisteluun. Toisaalta, kun tarkastellaan todisteen merkitystä, kuten myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkauksia, tukitodisteluvaatimus ei ole sovellettavissa.[617] Kontradiktorisuudeltaan puutteellisen todisteen tapauksessa todisteen luotettavuuden ja merkityksen välinen yhteys määrittää tukitodisteluvaatimuksen soveltamisen.[618]

Tukitodisteluvaatimuksia esiintyy myös kotimaisessa oikeuskäytännössä. Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2013:96 määrittänyt seksuaalirikosten näyttökynnyksen todeten, ettei se ole alempi kuin muissa yhtä vakavissa rikoksissa, vaikka suoran ja yksiselitteisen näytön hankkiminen on usein vaikeaa.[619] KKO on asettanut ratkaisussa KKO 2013:96 myös tukitodisteluvaatimuksen (kohta 7) ja edellyttänyt syyksi lukevaan tuomioon välillistä näyttöä asianomistajan kertomuksen tueksi. Ratkaisuissa

615 Rudanko 2020, s. 216 ja 76–77.

616 Rudanko 2020, s. 229.

617 Ks. tarkemmin näytönarvioinnista vaikenemisen osalta Tapanila 2019a, s. 243–246 ja peruutetun tunnustuksen osalta s. 246–247. Näiltä osin näytönarviointia on tarkasteltu useissa KKO:n ratkaisuissa. Niissä on korostettu, että vaikeneminen ei saa aiheuttaa haitallisia seurauksia syytetylle ja ettei peruutettu tunnustus saa olla pääasiallinen tai ainoa näyttö langettavassa tuomiossa. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2004:24, jossa vastaaja ei antanut selitystä esineiden hallussapidon laillisuudesta, tämä vaikutti näytönarvioinnissa syytetyn vahingoksi, mikä perustui siihen, ettei uskottavaa selitystä esineiden alkuperästä ollut, eikä niinkään vaikenemiseen. Syytetyn vaikeneminen ei tuottanut hänelle haittaa, mutta vaikenemattomuudesta olisi voinut olla hyötyä väitteiden todistamisessa. Ratkaisussa KKO 2013:77 sen sijaan syytettyjen kertomukset arvioitiin epäuskottaviksi, mutta syytteet hylättiin muun näytön puuttuessa, koska epäuskottavien kertomusten antamista ei voitu käyttää todisteena syytettyä vastaan, koska heillä olisi ollut oikeus myös vaieta.

618 Jämsä 2020, s. 181.

619 Ratkaisun kohta 5. Vastaava näyttökynnystä koskeva kannanotto on ratkaisuissa KKO 2002:47, KKO 2004:160, KKO 2013:27 ja KKO 2013:77.

KKO 2021:5 ja KKO 2021:44 korkein oikeus on viitannut mainittuun ratkaisussa KKO 2013:96 esitettyyn näyttökynnyksen ylittymisen arviointiin (KKO 2021:5 kohta 43 ja KKO 2021:44 kohta 7) ja toistanut ratkaisussa asetetun tukitodisteluvaatimuksen (KKO 2021:5 kohta 44 ja KKO 2021:44 kohta 7).

> KKO on todennut jokaisessa ratkaisussa (KKO 2013:96 kohta 6, KKO 2021:5 kohta 43 ja KKO 2021:44 kohta 7) seuraavasti: ”*Näyttökysymykset vaihtelevat tapauksittain, eikä todisteiden arvottamisesta tai punnintamenetelmistä voida antaa kiinteitä ja kaavamaisia ohjeita. Yleisesti noudatettaviin periaatteisiin kuitenkin kuuluu muun muassa, että todisteita arvioidaan objektiivisesti, tasapuolisesti ja yleisten kokemussääntöjen mukaisesti ja myös yksilöidysti ennen kokonaisarvioinnin tekemistä.*”

Rasilaisen mukaan ratkaisut KKO 2013:96 ja KKO 2021:5 alleviivaat asianomistajan kertomuksen riittävyyden näytöksi olevan nimenomaan oikeusohje eikä kokemussääntö, joka kussakin näyttöharkintatilanteessa toimisi yksilöllisesti. Rasilainen katsoo, että ratkaisujen rakenne kuvastaa sitä, että korkein oikeus on kuvannut pääsäännön vapaasta todistusharkinnasta ja vahvistanut siitä poikkeuksena oikeussäännön asianomistajan kertomuksen riittämättömyydestä syyksi lukevaan tuomioon riippumatta kertomuksen uskottavuudesta ja johdonmukaisuudesta.[620] Tapanila puolestaan korostaa, ettei ratkaisua KKO 2013:96 tule lukea yleistettävänä normina näytönarvioinnille, vaan esimerkkinä ja suuntaviivana tapauskohtaiseen arviointiin.[621]

> Tapanilan mukaan ratkaisua ei ole tarkoitettu ”*universaaliksi näytönarvioinnin normiksi*”, koska tällöin korkeimman oikeuden ei olisi tarvinnut enää uusilla ratkaisuilla vahvistaa sitä.[622] Kannanotto kuvaa ratkaisun asemaa myöhemmässä oikeuskäytännössä demonstratiivisena, ei deklatorisena, prejudikaattina. Nähdäkseni sama koskee esimerkiksi ratkaisussa KKO 2013:25 vahvistettua, alun perin ratkaisussa KKO 2000:35 yleisen ja ehdottoman vaatimuksen kaltaisena esitettyä tulkintaa siitä, ettei tuomiota voi perustaa pel-

620 Ks. Rasilainen 2023, s. 60–62.

621 Tapanilan mukaan ratkaisu KKO 2013:96 on ollut merkittävä, vaikka onkin korostettava, ettei näytönarvioinnista voi antaa kiinteitä ohjeita, ja että todisteita tulee arvioida objektiivisesti ja kokonaisarvioinnin kautta. Ratkaisu täydensi KKO:n aiempia näkemyksiä näytönarvioinnista perustellen, että asianomistajan kertomus ei aina tarvitse muuta, kertomuksesta riippumatonta todistelua, tuekseen. Tällöin kuitenkin edellytetään todisteen tarkempaa luotettavuuden arviointia. Ks. ratkaisujen analysoinnista ja johtopäätöksistä tarkemmin Tapanila 2023, s. 224–226.

622 Useiden ratkaisujen antaminen viittaa Tapanilan mukaan siihen, ettei korkein oikeus miellä näyttöratkaisujen antamista normatiiviseksi ohjaukseksi. Ks. Tapanila 2023, s. 226–227 ja erityisesti s. 227 av. 375 ”*KKO 2021:31, kohdat 10 ja 33, ja KKO 2022:50, kohdat 8–9 ja 33. Merkille pantavaa on, että ensin mainitussa viitataan ainoastaan tapaukseen KKO 2013:96, ei sen sijaan tapaukseen KKO 2021:5.*”

kästään syytetyn myöhemmin peruutettuun tunnustukseen, vaan tarvitaan lisätodistelua tunnustuksen luotettavuuden vahvistamiseksi.[623] Tapanilan mukaan tämä ratkaisu on kuitenkin altis kritiikille, koska siitä saa sellaisen kuvan, kuin korkein oikeus olisi katsonut peruutettuun tunnustukseen kohdistuvan kiinteän todistusharkintaa ohjaavan normin.[624]

Tapanilan mukaan näytönarviointiratkaisuissa on tärkeää huomata, että koska kyse on näytönarvioinnista, korkeimman oikeuden ratkaisulla ei ole sitovaa vaikutusta alemmissa tuomioistuimissa tai edes myöhemmissä korkeimman oikeuden itsensä antamissa ratkaisuissa.[625] Myös Jämsä on pohtinut, onko korkeimmalla oikeudella valtuuksia antaa alempia tuomioistuimia sitovia määräyksiä näytön arvioimiselle. Jämsän mukaan formaalisti katsottuna tämä ei ole mahdollista, koska ennakkopäätökset eivät ole vahvasti velvoittava oikeuslähde. Käytännössä kuitenkin näytön arvioimista koskevat ennakkopäätökset voivat ohjata oikeuskäytäntöä merkittävästi, jolloin voidaan Jämsän mukaan puhua niiden tosiasiallisesta sitovuudesta.[626] Rasilainen on samalla kannalla tosiasiallisesta sitovuudesta. Hänen mukaansa korkeimman oikeuden ennakkopäätöstä ei sivuuteta alioikeuskäytännössä, vaikka seurauksena ei olisikaan esimerkiksi virkavirhe, kuten lain noudattamatta jättämisellä on.[627]

Jämsän mukaan tukitodisteluvaatimus pitäisi nähdä ennen kaikkea näytön riittävyyteen liittyvänä, ei pelkästään näytön arvioinnin, normina, jolloin tukitodisteluvaatimusta voitaisiin pitää jopa deklatorisena oikeusohjeena.[628] Kysymyksessä voi toisaalta yhtä lailla luonnehtia olevan myös kokemussäännöin vahvistetun kriittisen näytönarvioinnin.[629] Joka tapauksessa KKO:n asettamia tukitodisteluvaatimuksia, kuten EIT:n ratkaisukäytännöstä tuttua laittomasti hankitun todisteen aiheuttamaa tukitodisteluvaatimusta, on pidettävä näytönarviointiratkaisuina, jotka perustuvat sekä normatiivisesti asetetun näyttökynnyksen ylittämisen arviointiin että kokemussääntöön. Aiemman ratkaisukäytännön asettaman kokemussäännön vahvistaminen ei tee kokemussäännöstä oikeussääntöä, jollainen olisi vapaassa todistusteoriassa

623 Jämsä 2020, s. 178.

624 Tapanila 2014, s. 21. Ratkaisuun on viitattu useissa KKO:n myöhemmissä ratkaisuissa KKO 2011:91, KKO 2012:45, KKO 2013:25 ja KKO 2016:76, joissa on ollut kysymys sekä hyödyntämiskiellon asettamisesta että näytönarvioinnista ja joiltakin osin nämä vaikuttavat perustelussa sekoittuneen keskenään.

625 Tapanila 2019a, s. 247.

626 Jämsä 2020, s. 174.

627 Rasilainen 2023, s. 61 av. 13.

628 Jämsä 2020, s. 174. Ks. Jämsän tutkimuksesta muiden tutkijoiden kannanotot.

629 Tällaista kriittistä näytönarviointia on tehty myös edellä viitatuissa ratkaisuissa KKO 2013:96, KKO 2021:5 ja KKO 2021:44, joissa korostetaan, että asianomistajan kertomukseen tulee suhtautua kriittisesti ja sitä tulee arvioida suhteessa muuhun näyttöön. Vaikka muu näyttö ei osoittaisi rikoksen tunnusmerkistötekijöitä, kuten pakottamista seksuaaliseen kanssakäymiseen, se voi vahvistaa asianomistajan kertomuksen todenperäisyyttä.

todisteiden määrään kohdistuvana legaaliseen todistusteoriaan kuuluva piirre. Kokemussääntöjen vahvistaminen voi kuitenkin merkitä prejudikatiivista todistusharkintaohjetta. Ongelmalliseksi tällainen ohje voi muodostua, jos prejudikaatteja käytetään siten, että todistusharkinta ja hyödyntämisratkaisun sekoittuvat, kuten liukuvan hyödyntämisen käsitteellä tarkoitetaan.

> Samaan kokemussääntöjen vahvistamisen kategoriaan kuuluvat niin sanotut postihuumejutut KKO 2018:3 ja KKO 2019:2, joista jälkimmäisessä KKO vahvisti ratkaisussa KKO 2018:3 kohdassa 14 luodun kokemussäännön siitä, että vaikka postilähetyksen vastaanottajamerkintä on tärkeä näyttö siitä, kuka lähetyksen on tilannut, se ei yksin riitä todistamaan henkilön syyllisyyttä kiellettyjen aineiden tai tavaroiden maahantuontiin rikosasiassa, vaan syyttäjän on esitettävä muita syyllisyyttä tukevia todisteita, jotta syyksi lukemisen edellytykset täyttyisivät.

#### *4.6.3 Johtopäätöksiä vapaan todistusteorian ulottuvuudesta*

Oikeuden teoriatasolla tai syvärakenteessa vapaa todistusteoria on rajaton, koska todistusoikeuden järjestävänä tai perustavana teoriana se ei rajaudu muihin samantasoisiin teorioihin. Edes perus- ja ihmisoikeudet eivät ole raja vapaalle todistusteorialle, koska ne operoivat oikeuden eri tasolla. Sen sijaan vapaan todistusteorian käytännöllinen sisältö, vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta ovat jo rajoiltaan tai rajoituksiltaan heikommassa asemassa. Ne kuuluvat oikeuskulttuurin tasolle siltä osin, kuin niitä voi kutsua oikeudenalan yleisiksi opeiksi tai yleisiksi oikeusperiaatteiksi. Toisaalta ne ovat rakenteistuneet myös oikeuden pintatasolle muodollisesti oikeussääntöinä ollen tosiasiassa sisällöltään argumentatiivisesti avoimia ja siten lopulta periaateluonteisia.

> Voisi sanoa, että vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta ovat todistusoikeudellisessa oikeuskulttuurissa pääperiaatteita ja käytännön ratkaisutoiminnassa sellaisina heikosti velvoittavia, mutta sen lisäksi oikeuden pintatasolla oikeudenkäymiskaaressa ilmaistulla tavalla vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä, jotka kuitenkin jäävät velvoittavuudeltaan oikeuslähdehierarkiassa perus- ja ihmisoikeuksille toiseksi. Näin ollen perus- ja ihmisoikeudet rajoittavat vapaata todistelua ja todistusharkintaa. Tämä rajoitusvaikutus on moninainen erityisesti EIS:n osittaisen periaateluontoisuuden ja tulkintavaikutuksen sekä sen muodostaman tapaoikeudellisen kotimaiselle oikeudelle jokseenkin vieraan luonteen vuoksi.

Perus- ja ihmisoikeudet ovat myös oikeuskulttuurissa argumentaatioteorian merkittävänä osana ja käytännössä tämän tutkimuksen näkökulmasta OK 17 luvun osalta sanamuodon mukaista tulkintaa seuraavissa tulkintamalleissa myös jokaisessa

vaikuttimena joko suoraan tai välillisesti. Jotta tämän oikeudellisen kehikon hahmottaminen ei olisi liian yksinkertaista, on oikeuskulttuurin tasolle lisättävä vielä aineellisen totuuden merkitys siltä osin, kuin se on katsottava todistusoikeudessa merkittäväksi oikeusperiaatteeksi, joka ei ole rakenteistunut oikeuden pintatasolla havaittavaksi.[630] Muutoin aineellinen totuus tavoitteena, ilmiönä, ideaalina tai ihanteena toimii vapaan todistusteorian perustana. Vapaata todistusteoriaa ei ole ilman aineellisen totuuden ymmärtämistä korrespondenssiteorian mukaiseksi historialliseksi totuudeksi, koska siihen sisältyy olettama totuuden saavuttamisesta. Kuvattu oikeuden tasojen muodostama moninainen normikehikko kuitenkin jättää aineellisen totuuden vahvan arvoperiaatteen tasolle. Se tarkoittaa, ettei aineellista totuutta tarvitse saavuttaa absoluuttisesti, vaan riittää, että todennäköisyys sen saavuttamiselle olisi mahdollisimman suuri.[631]

Vapaa todistusteoria teoriana on kuvatusti rajaton, mutta kysymykseen siitä, onko sen käytännöllisellä sisällöllä eli vapaalla todistelulla ja vapaalla todistusharkinnalla rajoituksia, on vastattava myöntävästi. Molemmista on säädetty normeina poikkeamismahdollisuuksia, koska vapaa todistusteoria ei ole mielivallan väline, eikä sen toteuttamiseksi voi hyväksyä esimerkiksi laittomuuksia todistelussa. Hormia on jo ennen nimenomaista hyödyntämiskieltosääntelyä päätynyt tähän rajaukseen todeten lisäksi, että vapaa todistusteoria on luulotellun täydellisen hyödyntämisvapauden puoltajana arvoton.[632] Vapaa todistusteoria ei ota kantaa tällaisen rajoittamisen mahdollisuuteen, vaan rajoittaminen tapahtuu oikeussäännöin vapaan todistelun rajoittamisen ja lopulta myös vapaan todistusharkinnan rajoittamisen kautta. Todistelumenettelyn vapauteen kohdistuvat rajoitukset heijastuvat todistusharkintaan.[633] Vapaa todistusteoria ilmenee konkreettisimmin oikeudenkäynnissä näiden rajoitusten kautta.

---

630 Tämän kannanoton paikkansapitävyys tosin riippuu siitä, mitä rakenteistumiselta edellytetään ja onko vahvan arvoperiaatteen luonne vapaudesta laissa ilmaistujen yleissääntöjen tärkeimpänä taustatekijänä riittävää rakenteistumista. Puhuttaessa periaatteen rakenteistumisesta oikeuden pintatasolle, sen olisi ilmettävä sääntelystä. Vapaa todistelu ja todistusharkinta ovat periaatteita, jotka ovat rakenteistuneet, samaa en voi sanoa taustaperiaatteestaan sen vahvuudesta huolimatta.

631 Ks. tarkemmin jakso 3.5 ja erityisesti johtopäätökset jaksossa 3.5.6.

632 Hormia 1978, s. 42. Hormian tutkimuksen aikaan oli esitetty päinvastaisia kannanottoja pohjoismaisessa oikeustieteessä jonkin verran ja niissä on Hormian mukaan hyödyntämiskelpoisuuden perusteluksi saatettu esittää, että olisi ilmeisessä ristiriidassa vapaan todistusteorian kanssa, jos tuomioistuin pakotettaisiin jättämään huomiotta todistamiskieltoa rikkoen esitetty oikeudenkäyntisaineisto. Tällöin saattaisi myös käydä niin, että vapaan todistusharkinnan nojalla annettaisiin merkitystä todisteille, jotka on hankittu todistamiskieltoa rikkoen.

633 Rudanko 2020, s. 61.

# ERITYINEN OSA

# 5 ERITYISEN OSAN JOHDANTO

## 5.1 Erityisen osan rakenteelliset valinnat

Yleisessä osassa katsottiin, että vapaa todistusteoria ilmenee konkreettisimmin oikeudenkäynnissä vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan rajoitusten kautta, koska vapaudet itsessään ovat rajattomia eivätkä ne ratkaise sitä, miten teoria näyttäytyy lainkäytössä.[634]

Oikeudenkäynnissä esimerkiksi se, että seikkoja tarkastellaan historiallisesti tapahtumat kokeneiden todistajien kielellisten kertomusten ja yksittäisten reaalitodisteiden kautta, ovat luonnollisia rajoja, joita ei voi määrittää ennakkoon. Vapaan todistelun rajat kulkevat siten käytännön elämän seikoissa saavutettavissa olevan totuuden luonteen vuoksi. Tällä tarkoitan sitä, että historiallista totuutta ei voi toisintaa, eikä tuomioistuin ole ollut havainnoimassa tapahtumankulkua, jolloin aineellisen totuuden saavuttaminen ei ole joko mahdollista, tietoista tai tarpeellista. Käytännössä prosessuaalisen totuuden hyväksyminen riittäväksi totuuden tasoksi muodostaa itsessään rajoituksen vapaalle todistelulle. Voihan prosessuaalinen totuus joskus olla sattumalta sama kuin aineellinen, mutta kukaan ei voi tietää sitä, ei ainakaan tuomioistuin, eivätkä toisaalta myöskään osapuolet, koska kaikki havainnoivat subjektiivisesti ja totuus on kaikille hieman erinäköinen. Reaalitodiste voi jäädä saavuttamattomiin, jolloin oikeudenkäynnissä saadaan vain marginaalinen katsaus todisteisiin, Toisaalta todistajien havainnot ovat kokemusperäisiä, ja yhä enemmän hajontaa niiden yhtäläisyyteen historiallisen tapahtumankulun kanssa saadaan todistajien kielellisen ilmaisukyvyn laadun erojen vuoksi. Lopulta sekä aineellinen totuus että vapaa todistelu ovat periaatetyyppisiä normeja, jotka joutuvat antamaan tilaa toisille periaatteille, kuten prosessiperiaatteille ja tietysti tämän tutkimuksen aihepiirin kannalta keskeisille perus- ja ihmisoikeuksille.

Seuraavassa jaksossa (jakso 6) määritellään tarkemmin todisteen tai todistelutuloksen hylkäävä rajoittaminen siltä osin, kuin rajoituksilla on merkitystä suhteessa hyödyntämiskieltoon, mitä voidaan pitää sekä käsitteellisesti että normitasolla systematisointina. Käsitteenmäärittelyn osalta esitän näkökulmia näiden oikeudellisten ilmiöiden käsitteelliseen problematisointiin ja täsmennän tutkimuksen tarkoitukseen

634 Vapaa todistusteoria on rajaton, mutta sitä oikeuden eri tasoilla ilmentäviä vapaata todistelua ja todistusharkintaa on esimerkiksi perus- ja ihmisoikeusperusteisesti rajoitettu. Olisikin eksaktimpaa puhua näiden sääntelytasolle rakenteistuneiden todistusteorian keskeisten periaatteiden rajoittamisesta, eikä niinkään todistusteorian rajoittamisesta.

sekä rajauksiin liittyvät johtopäätökset. Tarkastelen ensiksi käsitteenmäärittelyn avulla vapaata todistelua rajoittavat normit oikeussääntöjen osalta siten, että esittelen oikeudenkäynnissä ilmenevät rajoitussäännökset ylätasolla ja kehitän rajoituksia koskevaa käsitteenmäärittelyä. Tarkastelu painottuu oikeudellisten ilmiöiden ja käsitteiden määrittelemiseen, mikä osaltaan vaatii tutkimuksen seuraavien jaksojen ulkopuolelle rajattavien säännösten avaamista ylätasolla. Oikeustieteilijät eivät ole saavuttaneet yksimielisyyttä eri rajoitusperusteiden kuulumisesta todistamiskiellon tai hyödyntämiskiellon käsitteiden alle, minkä vuoksi systematisointi tässä tutkimuksessa edellyttää tutkimuksen rajausten ja tutkimusnäkökulman perustelemista osin säännöskohtaisesti.

Tämän jälkeen seuraavien jaksojen hyödyntämiskieltoon seuraamuksena johtava tarkasteluni oikeuden pintatasolla on tarkkarajaista ja selkeää. Tämä edellyttää mainittujen muiden todistelun oikeudellisten rajoitusten tarkastelua, jotta vapaan todistusteorian sisällön jäsentely oikeudenkäynnissä on ymmärrettävää ja oikeussääntötasoiset valinnat perusteltuja. Jaksossa 7 asemoin hyödyntämiskiellon erityisesti suhteessa todistamiskieltoihin. Tämän jälkeisissä kahdessa jaksossa käsittelen hyödyntämiskieltoseuraamukseen johtavat oikeussäännöt ja muodostan niille tarpeen mukaisesti tulkintalauseita sekä peilaan niiden merkitystä oikeudenkäynnissä erityisesti yleisen osan teoreettiseen viitekehykseen. Tarkasteluni jaksojen 8 ja 9 välillä on jaettu säädössystemaattisesti oikeudenkäymiskaaren rakennetta mukaillen siten, että jaksossa 8 tarkastelen oikeutta ja velvollisuutta kieltäytyä todistamasta, eli varsinaisia todistamiskieltonormeja, ja jaksossa 9 hyödyntämiskieltosäännöstä, vaikka käsitteellisesti todistamiskieltoja kuuluu myös viime mainittuun tarkasteluun. Todisteiden hankkimisen laillisuuden arviointi vaatii kokonaisharkintaa, ja toisaalta lainvastaisuuden luonteen ymmärtäminen on olennaista hyödyntämiskiellon asettamisharkinnassa. Tutkimuksen rajaamisen ja laajuuden hallittavuuden vuoksi en paneudu OK 17:25.3:ssa säädettyjä arviointikriteerien tulkintaa laajemmin hankkimistavoista annettuihin oikeussääntöihin, eivätkä siten todistusmetodikiellon asettavat normit ole oikeuskäytännön tyyppitilainteiksikin kutsuttavia esimerkkejä laajemmin tarkastelun kohteena. Lopuksi jaksossa 10 kokoan yhteen tutkimuksen keskeiset havainnot.

## 5.2 Vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan rajoittaminen

Perustavanlaatuisin vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan rajoitus on se, että tuomioistuin voi käyttää näytön arvioinnissa vain sellaista informaatiota, jota sille on oikeudenkäynnissä asianmukaisesti esitetty.[635] Riekkisen mukaan vapaan todistusteorian ja vapaan todistelun periaatteen yleisyydestä huolimatta todisteiden esittäminen ei juuri missään oikeusjärjestyksessä olekaan täysin vapaata.[636] Vapaudet

635 Jonkka 1993, s. 29.
636 Riekkinen 2019, s. 377.

ovat osa normikokonaisuutta, jossa ne joutuvat antamaan tilaa vapautta tärkeämmäksi katsotuille periaatteille, joihin myös tietyt rajoitussäännökset perustuvat. Vapaa todistelu on runsain oikeusohjein säänneltyä menettelyllistä todistusoikeutta rajoitustensa osalta. Sitä rajoittavat todistelun luotettavuuteen, prosessiekonomiaan, kontradiktorisuuteen, perus- ja ihmisoikeuksiin sekä salassapitointresseihin perustuvat oikeudelliset todistelun rajoitteet.[637] Todistamiskiellot ja todistussäännöt rajoittavat ja ohjaavat vapaata todistelua, kun taas todistusoikeudelliset muotomääräykset ainoastaan ohjaavat sitä. Rajoitusten ja ohjauksen kautta vapaa todistelu saa ankaramuotoisuuden leiman prosessioikeuden yleisluonnetta vastaavasti.[638]

Näihin oikeudenkäynnissä ilmeneviin vapaata todistelua rajoittaviin sääntöihin kuuluvat ne todistamissäännöt, jotka vaikuttavat oikeudenkäyntiaineiston muodostumiseen joko aineellisesti tai menettelyllisesti. Tällaisia oikeussääntöjä ovat tuomioistuimen päätösvaltasäännöt todistelun rajoittamisesta, prekluusiosäännökset ja kieltonormit. Kieltonormit voidaan käsitteellisesti jakaa todistamiskieltoihin, käyttökieltoihin ja hyödyntämiskieltoihin.

Vapaata todistusharkintaa rajoittavat tosiasiassa vain sellaiset poikkeuksen asettavat oikeussäännöt, joilla on viime kädessä relevanttia näyttöarvoa mahdollisesti tarjoavan jo hankitun ja oikeudenkäynnissä esitetyn todisteen harkinnasta poissulkeva vaikutus. Viime kädessä ainoastaan ne oikeussäännöt, jotka voivat johtaa hyödyntämiskieltoon, rajoittavat osaltaan tosiasiassa vapaata todistusharkintaa ja estävät aineellisen totuuden tavoittelua. Muut rajoitussäännökset eivät välttämättä toimi näin, vaan muissa olosuhteissa todiste olisi voinut kuulua lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon ja päätyä vapaassa todistusharkinnassa arvioitavaksi, eli vika ei ole todisteessa vaan todisteesta sinänsä riippumattomissa olosuhteissa. Vanhemmasta tutkimuksesta Hormia on jo 1970-luvulla tiivistänyt mielestäni edelleen ajankohtaisen ja ehkäpä kaikista olennaisimman seikan vapaan todistusharkinnan määrittelyyn kytkeytyvästä hyödyntämiskieltoproblematiikasta. Hormian mukaan hyödyntämiskiellon tehoisaksi tekemisen psykologiset vaikeudet ovat yhteydessä vapaan todistusharkinnan periaatteeseen. Hormian mukaan voisi äkkiseltään sanoa, että hyödyntämiskielto on turha, koska vapaa todistusharkinta voi huomioida hyödyntämiskiellon alaiset asiat jo muutenkin, mutta vapaa todistusharkinta ei ole yleislääke,

637 Esimerkiksi vapaaseen todistusharkintaan liittyy tuomarin yksityisten tietojen hyödyntämisen kielto, joka on prosessin avoimuutta ja kontradiktorisuutta tukeva yleisluonteinen rajoitus. Sen mukaan tuomari ei saa sisällyttää asian ratkaisemiseen sellaista yksityistä tietämystä jutun faktoista, joita hän on saanut käsittelyn ulkopuolella. Tästä ovat luonnollisesti poikkeuksena notoriset eli niin sanotusti yleisesti tunnetut seikat, joista ei OK 17:5.1:n nojalla tarvitse esittää näyttöä. Ks. notorisuudesta tarkemmin esim. Rautio – Frände 2016, s. 53–53 ja siellä esitetyt lähteet.

638 Hormia 1978, s. 103. Pölösen (2003, s. 145) mukaan vapaata todistelua rajoittavat erilaiset menettelysäännökset, jotka pohjautuvat esimerkiksi välittömyydelle ja keskitykselle sekä erilaiset todistamiskiellot. Näin sekä Pölönen että Hormia ovat pitäneet todistelusäännöt tai menettelysäännökset erillään todistamiskielloista. Näin on asian nähdäkseni oltava niin suullisuuden, välittömyyden kuin kontradiktorisuuden osalta.

joka voisi korjata minkä tahansa prosessuaalisen virheen. Hormian mukaan asia on juuri päinvastoin, koska vapaa todistusharkinta on voimassa ainoastaan sellaisiin todisteisiin nähden, jotka on laillisesti tuotu prosessiin. Siten vapaa todistusharkinta ei koske todisteita, joita ei olisi lakia noudattaen edes voitu tuoda prosessiin. Tämä taas johtaa siihen, että prosessuaalinen todistelu ei ole vapaata oikeudellisesti rajoittamattoman todistelun merkityksessä.[639]

Tarkemman tarkastelun ulkopuolelle jää todistelun rajoittamisen osalta myös viran puolesta huomioitava tuomion oikeusvoimavaikutus. Positiivisesta oikeusvoimavaikutuksesta on kysymys silloin, kun tuomion perusteeksi asetetaan seikka, joka on aiemmin lainvoimaisesti ratkaistu ja esillä uudessa prosessissa ennakkokysymyksenä.[640] Edellytyksenä oikeusvoimavaikutukselle on kuitenkin se, että sekä aikaisemmassa että uudessa prosessissa käsitellään samaa asiaa.[641] Oikeuskirjallisuudessa erimielisyyttä aiheuttanut seikka on se, muodostaako tuomion oikeusvoimavaikutus todistusteemakiellon. Pölösen mukaan aiemmin annetun tuomion sisältöön liittyvä todistelu on todistusteemakiellon alainen mutta Leppäsen mukaan kyse voi yhtä hyvin olla todistelun tarpeettomuudesta kuin varsinaisesta todistamiskiellosta.[642] Vastaavasti kuin Leppänen, katson kyseessä olevan todistelun tarpeettomuuden tilanne, johon tuomioistuin voi todistelua tarjottaessa viime kädessä reagoida epäämällä todisteen.[643] Tuomion negatiivinen oikeusvoimavaikutus puolestaan tarkoittaa sitä, että annettu tuomio estää toisen kanteen tutkimisen, jos se perustuu samoihin tosiseikkoihin.[644] Negatiivinen oikeusvoimavaikutus rinnastuu prekluusioon ja on oikeudenkäyntien välistä.[645]

---

639 Hormia 1979, s. 166. Hormian ajatuksesta johdettuna yksi vaihtoehto vallitsevalle sääntelymallille olisi se, että todistamiskieltosäännöksiä ei olisi lainkaan, vaan ainoastaan hyödyntämiskieltosäännös, jossa asetetaan kaikkia erilaisia lainvastaisia tai oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä rikkovalle menettelylle harkintakriteerit hyödyntämiskiellon asettamiseksi. Tällainen sääntelyratkaisu tosin olisi vailla riittävää täsmällisyyttä ja tarkkarajaisuutta antaen tuomioistuimelle liiallista harkintavaltaa erityisesti kieltäytymisoikeuksissa.

640 Ks. Tirkkonen 1977, s. 277 ja Virolainen 1995, s. 49.

641 Vuorenpää 1998, s. 18–19, jonka mukaan "*uutta kannetta pidetään aikaisemman kanssa identtisenä ainoastaan silloin, kun se vastaa aikaisempaa sekä subjektiivisessa että objektiivisessa mielessä. Toisin sanoen edellytetään ensinnäkin sitä, että uuden jutun asianosaisina ovat samat henkilöt kuin ensiprosessissa, ja toisaalta sitä, että nostetun kanteen voidaan objektiivisesti ajatellen katsoa koskevan ensiprosessin kanssa samaa asiaa*." Vuorenpää huomauttaa kuitenkin, että tietyissä poikkeustapauksissa annetun tuomion oikeusvoima ulottuu jutun asianosaispiirin ulkopuolelle.

642 Pölönen 2003, s. 183 ja Leppänen 1998, s. 196.

643 Tarkastelen epäämisperusteita jaksossa 6.2, mutta oikeusvoimavaikutus ei ole erityisen mielenkiinnon kohteena, koska harkinta epäämisperusteen olemassaolosta olisi turhaa ja sinänsä ongelmallistakin, ettei epäämiselle olisi vaihtoehtoa.

644 Lainvoimaisen tuomion oikeusvoimavaikutus syntyy uudellakin perusteella, jos se liittyy samaan tapahtumainkulkuun. Sen sijaan eri oikeustosiseikkoihin perustuva ja eri oikeusseuraamusta vaativa kanne ei aiheuta negatiivista oikeusvoimavaikutusta, vaikka kyseessä olisi sama tapahtumainkulku. Linna 2015a, s. 355, 358–359.

645 Välimäki 2016, s. 293–294. Vaitojan (2014, s. 152–153) mukaan siviiliprosessissa tämä tarkoittaa,

Samoin tarkemman tarkastelun ulkopuolelle jäävät legaaliset presumptiot, jotka sinänsä ovat poikkeus vapaasta todistusharkinnasta, koska ne tarkoittavat *"laissa määriteltyä oletusta tiettyjen faktojen olemassa ollessa vallitsevasta asiantilasta"*.[646] Legaalinen presumptio on kuitenkin vastanäytöllä kumottavissa, eikä se siksi tarkoita jäännettä legaalisesta todistusteoriasta, vaan on luonnehdittavissa todistustaakkaa koskevaksi normiksi.[647] Lisäksi todistelua rajoittavat oikeudenkäynnissä todistajasta tai todisteesta johtuvin perustein OK 17:30 koskien alle 15-vuotiaan tai henkiseltä toiminnaltaan häiriintyneen henkilön kuulemista sekä tasavallan presidenttiä koskeva OK 17:32,[648] jotka eivät ole tutkimuksen hyödyntämiskieltonäkökulman kannalta kiinnostavia todistelua rajoittavia kieltonormeja. OK 17:30 ei ole sellainen kieltonormi tai edes poikkeus OK 17:9.1:n todistamisvelvollisuudesta tai OK 17:29.1:n rajoittamattomasta todistajan kuulustelumahdollisuudesta, joka kieltäisi tietyn todistuskeinon, vaan se asettaa edellytykset säädettyihin ryhmiin kuuluvien todistajien kuulemiselle oikeudenkäynnissä. Tämän vuoksi en tarkastele säännöstä mainintaa enempää, vaan huomautan, että sen vastinparina toimiva OK 17:24 on tutkimuksen kannalta kieltonormina mielenkiintoisempi.

Vastaavassa asemassa on presidentin erityisasema todistajana. Se poikkeaa yleisestä todistamisvelvollisuudesta ja kuulustelumahdollisuudesta, ja sitä voisi luonnehtia todistamiskielloksi, kuten Jämsä on tehnyt kutsuen säännöstä ainoaksi puhtaaksi todistusmetodikielloksi.[649] Säännöksen sanamuoto kuuluu yksinkertaisuudessaan seuraavasti: *"Tasavallan presidenttiä ei kutsuta kuultavaksi todistajana."* Tiukasti sanamuodon mukaisesti tulkittuna säännös on kuulemiskutsuun kohdistuva todistelunrajoitus, jolla kielletään vain presidentin kutsuminen kuultavaksi todistajana, eli kielto kohdistuu kutsun tekemiseen,[650] eikä se kiellä presidenttiä todistamasta. Rajoituksen tarkoitus on valtionpäämiehen koskemattomuus, jolloin tiukasti sanamuodon mukainen tulkinta ei kerro normin luonteesta riittävästi. Säännöksen tarkoitus on vähintään toteuttaa presidentin virkatoimeen kuuluva koskemattomuus, mutta myös laajemmin valtionpäämiehen roolin aiheuttama ristiriita siitä, että lainkäyttäjät voisivat kohdistaa presidenttiin pakkokeinoja. Kysymys on siten

että jos asianosainen menettää oikeutensa vedota tiettyihin tosiseikkoihin prosessin kestäessä, hän ei yleensä voi nostaa uutta kannetta niiden perusteella.

646 Vuorenpää 2020, s. 19. Legaalinen presumptio on laillinen olettama, jolla tarkoitetaan oikeussääntöä todisteen merkityksestä. Legaalinen presumptio on kyseessä silloin kun laissa olevan säännöksen nojalla tiettyä seikkaa on pidettävä todennäköisenä jonkin toisen seikan perusteella. Ks. legaalisen presumption käsitteestä tarkemmin Hormia 1979, s. 16 ja Sahavirta 2006, s. 233–234.

647 Vuorenpää 2020, s. 19.

648 Ks. tältä osin myös Rautio – Frände 2016, s. 72.

649 Jämsä 2020, s. 185. Todistusmetodikiellon määritelmällisen problematiikan takia en paneudu kannanottoon enemmälti, vaan viittaan käsitteellistämiseen metodikieltojen osalta yleisesti jaksossa 6.4.2 kuvattuun.

650 Tämä kattaa sekä tuomioistuimen itse toimittamat kutsut että asianosaisen tuomioistuimen suostumuksesta toimittamat kutsut.

prosessisääntelyn kontekstissa toteutetusta koskemattomuuden turvaavasta menettelystä, jolloin säännöksen taustalla on todistamisvelvollisuudesta poikkeaminen mutta ei varsinaisesti todistamiskiellon kaltaista vaitiolovelvollisuutta.[651] Säännös ei edusta myöskään todistamiskieltoihin kuuluvaa kieltäytymisoikeutta, jonka taustalla on tietyntyyppinen yksityiselämään tai salaisuuteen perustuva funktio, jota kieltäytymisoikeudella suojellaan. Kieltäytymisoikeutta käyttävän on vedottava oikeuteensa ja hänellä on velvollisuus kutsusta saapua tuomioistuimeen. Presidentti puolestaan ei voi tulla kutsutuksi tuomioistuimeen todistajaksi, eikä hänen näin ollen tarvitse vedota oikeuteensa kieltäytyä todistamasta. Lakisystemaattisesti on vielä todettava, että koska kieltäytymisoikeutta ei ole kirjattu oikeudenkäymiskaareen, presidentti ei ole kielletty todistuskeino. Tällöin presidentti voi toimia todistajana niin halutessaan.[652] Käytännössä säännös tarkoittaa, ettei presidenttiin voi kohdistaa OK 17:62:n ja OK 17:63:n mukaista pakkokeinon uhkaa todistelun saamiseksi. Presidenttiä koskeva kutsumiskielto on tuomioistuimelle asetettu todistelumenettelyllinen rajoitus, jolla poiketaan OK 17:9.1:ssa asetetun todistamisvelvollisuuden täyttämisestä pakolla.

Tämän katsauksen jälkeen on helppo todeta, että oikeudenkäymiskaaressa on useita säännöstyyppejä, jotka rajoittavat todistelun vapautta ja osin myös todistusharkinnan vapautta. Ne perustuvat oikeudenkäynnin luotettavuuden, välittömyyden ja keskityksen sekä prosessiekonomian turvaamiseen.[653] Oikeuskirjallisuudessa on esitetty erilaisia kannanottoja siitä, ovatko kyseiset säännökset varsinaisesti vapaan todistelun rajoituksia vai eivät.[654] Säännökset rajoittavat todistelua, mutta

---

651 Tarkoitukseltaan osin vastaavanlainen on diplomaattista edustajaa koskeva suoja, jonka mukaan edustajalla ei ole velvollisuutta olla todistajana. Diplomaattinen edustaja on vapaa vastaanottajavaltion rikosoikeudellisesta tuomiovallasta. Hän on vapaa myös sen siviilioikeudellisesta ja hallinnollisesta tuomiovallasta eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta, joita vastaavasti todistamisvelvollisuuden puuttuminen on rajattu. Ks. SopS 4/1970.

652 Koska tuomioistuin ei kuitenkaan voi kutsukiellon sanamuodon ollessa ehdoton, kutsua presidenttiä todistajaksi edes pyytämällä häneltä suostumusta, menettely todistelussa olisi ongelmallinen. Probleemalla voisi olla merkitystä silloin, jos presidentin antamaa kirjallista kertomusta haluttaisiin käyttää todisteena oikeudenkäynnissä, jolloin sovellettavaksi voisi tulla kirjallisen kertomuksen käyttökielto (OK 17:24) tai viime kädessä hyödyntämiskiellon yleissäännös (OK 17:25.3), jolloin presidentin kutsuminen todistajaksi ja hänen antaessa todistuksen vapaaehtoisesti, osoittaisi menettelyvirhettä. Hallituksen esityksen (HE 46/2014 vp, s. 97) mukaan kuitenkin kutsumiskielto aiheuttaisi erityisen syyn poiketa yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen käyttökiellosta jopa rikosasiassa puolustuksen vastakuulusteluoikeutta rikkoen.

653 Ks. tarkemmin prosessiekonomian osalta esim. Lappalainen – Rautio 2021, s. 601–602. Esimerkiksi Pölösen (2003, s. 188) mukaan prosessiekonomian perusteella tehtävissä rajoituksissa ei ole kyse todistamiskielloista. Olen Pölösen kanssa samaa mieltä siitä, että vapaata todistelua rajoitetaan useilla eri perusteilla, eivätkä ne kaikki ole varsinaisia todistamiskieltoja.

654 Tarkastelen tässä jaksossa näitä kysymyksiä asiakohdittain. Viime kädessä jaottelussa on kyse myös siitä, millä tavoin periaatepunninta on tehty lainsäätäjän toimesta ja miten se tehdään säännöksiä sovellettaessa. Toisaalta välittömyys ja keskitys olivat edellytyksiä vapaan todistusteorian käyttöönotolle, mutta luotettavuus voi ainakin totuuden näkökulmasta kärsiä rajoitusten vuoksi. Näin ollen voidaankin todeta, että aineellisen totuuden saavuttaminen oikeudenkäynnissä määräytyy keinoin, jotka ottavat huomioon

eivät välttämättä johda todistelun hylkäävään rajoittamiseen, ja säännöksistä ne, jotka tällaiseen johtavat, eivät ole hyödyntämiskieltoseuraamukseen johtavia normeja. Menettelysäännökset eivät ole lähtökohtaisesti samanlaisia velvoitenormeja eli kielto- tai käskynormeja, kuin todistamis- ja hyödyntämiskieltonormit ovat. Menettelysäännökset kertovat, miten prosessi etenee ja miten eri vaiheissa menetellään, sekä asettavat viranomaisten toimille vaatimuksia. Tällaisten säännösten rikkominen ei tarkoita seuraamuksen sisältävän kieltonormin rikkomista, vaan rikkomisen vaikutus on tarpeen mukaan arvioitava erikseen hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla.[655] Se, ovatko menettelynormit niin sanottuja todistamiskieltonormeja, ei lopulta ole erityisen relevantti kysymys, koska niiden määrittäminen todistusmetodikielloiksi olisi joka tapauksessa vain käsitteellistä. Käytännössä niiden vastaisesti hankittujen todisteiden laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle rajaaminen kulkisi sen päätelmän kautta, johtaako niiden rikkominen hyödyntämiskiellon asettamiseen hyödyntämiskiellon yleissäännöksen perusteella, minkä kautta systematisoiva määrittely on ongelmallista arvioinnin tuomioistuimessa tapahtuva yksittäistapauksellisuuden vuoksi.[656]

Erityisen osan rajausten sitomiseksi vallitsevaan oikeustieteelliseen keskusteluun on tarpeen tehdä käsitteellinen kannanotto viimeaikaiseen tutkimukseen käsitteistön osalta. Otsikon mukainen rajaus vapaan todistusteorian merkityksestä oikeudenkäynnissä erityisesti hyödyntämiskiellon näkökulmasta rajaa useat Jämsän käsittämät ja määrittämät todistelunrajoitteet[657] tarkastelun ulkopuolelle, koska niistä tai niiden rikkomisesta ei suoranaisesti johdu hyödyntämiskieltoa seuraamuksena vaan tällaisten normien rikkominen voi tulla ainoastaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen kautta tarkasteltavaksi. Lisäksi useat todistelunrajoitteet ovat sellaisia todistamissääntöjä, joiden funktiot ovat prosessiperiaatteiden toteuttamisessa, eivätkä itsenäisessä, prosessinulkoisessa suojeltavassa oikeushyvässä. Jämsä määrittää tutkimuksessaan todistamiskiellot eräiksi todistelunrajoitteiden tyypeiksi.[658] Jämsän tutkimuksessa oikeudellinen todistelunrajoite tarkoittaa samaa kuin Hormian käyttämä käsite oikeudellinen todisteluneste. Jämsän mukaan nämä rajoitteet voivat olla mekanismiltaan siinä määrin joustavia, että puhuminen esteestä tai kiellosta voi

asianosaisten perus- ja ihmisoikeudet, erinäiset prosessiperiaatteet ja oikeusvarmuuden. Ervo 2001, s. 407; Lappalainen 2001, s. 142 ja Jokela 1996, s. 40–41. Ks. myös Hormia 1978, s. 1–7 tutkimuksen esikysymyksistä valmistavasta probleemin asettelusta.

655 Tarpeen mukaan siksi, että tuomioistuin tutkii tällaiset ainoastaan väitteestä, koska sillä ei ole lähtökohtaisesti tietoa hankkimistavasta ilman että asia tuodaan esiin joko erillisenä asiana tai pääasian oikeudenkäynnissä.

656 Sellaisia menettelysäännöksiä ei ole mielestäni tarpeellista katsoa todistamiskielloiksi seuraamusluonteen jälkikäteisen ja erilliseen hyödyntämiskieltosäännökseen perustuvan luonteen vuoksi. Tällainen jaottelu ei edistäisi oikeustieteellistä käsitteiden systematisointia tai systematisoinnin hyödynnettävyyttä lainkäytössä.

657 Jämsä 2020, s. 4.

658 Jämsä 2020, s. 4.

antaa väärän kuvan niiden ehdottomuudesta.[659] Hormian käyttämä käsite todisteluneste ja Jämsän määrittämä todistelunrajoite käsittävät esimerkiksi todistajaksi kelpaamattomuuden. Hormian käsittämä tosiasiallinen todisteluneste vastaa Jämsän määritelmän tosiasiallista todistelunrajoitetta, eli ne käsittävät kaikki muut kuin oikeudelliset rajoitteet, esimerkiksi todistajan kuolema, asiakirjan tuhoutuminen tai todistajan muistin heikentyminen.[660]

Jämsä on väitöstutkimuksensa alkusanoissa kirjoittanut, että hänen tutkimusintressinsä kiteytyi siihen, mitä tarkoitetaan sillä, ettei syyksi lukevaa tuomiota voida yksin tai pääasiassa perustaa tiettyyn todisteeseen.[661] Tämän tutkimuksen lähtökohta-ajatus on vastakkainen. Kiinnostuin siitä, milloin todiste on aineellisen totuuden tavoitteen ja vapaan todistelun periaatteen vastaisesti rajattava kokonaan laillisen todistusaineiston ulkopuolelle, jolloin ei ole mahdollista käyttää yksin tai pääasiassa -argumentaatiota näyttöarvoa heikentäen.[662] Relevanttia on eritellä niitä intressejä ja funktioita tällaisten hyödyntämiskieltoon johtavien säännösten taustalla, koska niitä on arvotettu keskeisintä todistusoikeudellista periaatetta, todistelun vapautta, tärkeämmäksi siten, ettei edes aineellisen totuuden tavoite ole merkitsevä.[663] Jämsän tutkimuksessaan muodostamat uudet käsitteistöt ovat mielenkiintoinen avaus todistusoikeuden perinteiselle käsitteistölle.

Todistelun peruskäsitteistön osalta nojaan klassiseen Hormian käsitteenmäärittelyyn. Todistamissäännöt ovat normeja, joiden soveltamisalana on todisteiden esittäminen ja todistusharkinta. Todistamissääntöihin kuuluvat puhtaat muotomääräykset ja järjestysmääräykset sekä todistelumenettelykiellot. Viimeksi mainittuihin kuuluvat todistamiskiellot eli sellaiset todistelumenettelykiellot, joiden rikkomisesta voi seurata hyödyntämiskielto. Sitä vastoin puhtaat muotomääräykset eivät voi johtaa rikkomistilanteessa hyödyntämiskieltoon, eikä niitä ole säädetty samanlaisella vahvempien oikeuksien suojaan perustuvalla intressiperusteella kuin todistamiskieltoja.[664] Todisteiden esittämiseen eli käytännölliseen

---

659 Vaikutusten osalta esim. Pölönen – Tapanila 2015, s. 237–238.

660 Hormia 1978, s. 64–65 ja Jämsä 2020, s. 4.

661 Jämsä 2020, s. V.

662 Siinä missä Jämsä on tutkinut kaikkia todistelua rajoittavia tekijöitä, tämä tutkimus keskittyy vain niihin kieltoihin, jotka johtavat todisteen sulkemiseen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle. Jämsä esittää tutkimuksessaan vakuuttavat perustelut sille, miksi käsitteen todistamiskielto sijaan olisi puhuttava todistamisrajoitteista, jotka ovat laajempi joukko rajoitussäännöksiä. Jämsän tutkimuksen näkökulmasta näin onkin validia perustella. Tämä tutkimus kuitenkin antaa toisesta tarkastelukulmasta näkemyksen, jonka mukaan olisi tärkeää säilyttää termi todistamiskielto ja perusteltua täsmentää se koskemaan vain todistamiskielloista suppeassa muodossa käytettyä määritelmää.

663 Myös Riekkinen 2014, s. 135 on ottanut ytimekkäästi kantaa hyödyntämiskieltojen tutkimiseen toteamalla, että niiden ymmärtämiseksi on tiedettävä kielloilla tavoitellut päämäärät. Riekkisen perustavanlaatuisia kannanottoja edelleen jalostaen totean, että hyödyntämiskielto seurauksena vaatii sen asettamisen syynä olevan normin tavoitteiden määrittämistä. Sama koskee vapaan todistusteorian ja sen rajoitusten liityntää koko todistusoikeudelliseen systeemiin ja siinä tavoiteltuihin päämääriin.

664 Hormia 1978, s. 76–77. Todistamiskiellot ovat pakottavaa oikeutta, joiden suojelutarkoitus ylittää

todistustoimintaan vaikuttavat todistamiskiellot ja puhtaat muotomääräykset. Todistussäännöt puolestaan vaikuttavat todisteiden harkintaan, eli ne ovat todistusharkintasääntöjä.[665]

prosessin. Ks. Hormia 1978, s. 78. Ks. myös Riekkinen 2014, s. 125–125.

665 Hormia 1978, s. 83. Ks. Hormia 1979, s. 19, jonka mukaan todistamiskielto on oikeusnormilause tyyppiä: "*älä tutki tosiasiaa X*", kun taas todistusharkintasääntö kuuluisi "*pidä tämä asia toteennäytettynä*".

# 6 TODISTEEN TAI TODISTELUTULOKSEN HYLKÄÄVÄ RAJOITTAMINEN

## 6.1 Lähtökohtia

Vapaata todistelua ja todistusharkintaa konkreettisimmin rajoittavat oikeussäännöt, jotka johtavat todisteen tai todistelutuloksen hylkäämiseen. Niitä voidaan luonnehtia kuuluvaksi kolmeen kategoriaan: tuomioistuimen päätöksestä tehtäviin todistelun rajoituksiin, prekluusiosäännöksiin perustuviin rajoituksiin ja todistajasta tai todisteesta johtuviin rajoituksiin. Vapaan todistelun rajoittamisesta puhuttaessa en voi rajoitusten systematiikan perustelluksi selvittämiseksi ohittaa kahta ensiksi mainittua ryhmää.[666] Poikkeuksia vapaasta todistelusta voidaan järjestellä eri tavoin, jolloin luontevaa on käyttää perusteina pääasiallisia intressejä ja tavoitteita, joita rajoituksilla edistetään. Todistamiskiellot ovat abstraktilla tasolla tehtyjä arvo- ja tavoitepäämäärävalintoja ja prosessin itserajoituksia, joiden perusteena olevien intressien on katsottu olevan tärkeämpiä kuin aineellisen totuuden tavoittelun intressin tai vapaan todistelun periaatteen.[667] Poikkeuksia vapaaseen todisteluun on lisäksi asetettu todistelun luotettavuuden sekä todisteiden välittömän ja keskitetyn vastaanottamisen turvaamiseksi. Useilla vapaasta todistelusta annetuilla poikkeuksilla on puolestaan omat poikkeuksensa, mikä luo suhteellisen monimutkaisen sääntöjen ja poikkeusten verkon.[668] Ennen hyödyntämiskieltoseuraamuksen tarkempaa oikeuden pintatason tutkimista käsittelen muut keskeiset oikeudelliset rajoitukset vapaalle todistusteorialle, lähinnä vapaalle todistelulle. Tämä on perusteltua syistä, jotka johtuvat rajauksen perusteluista sekä osallistumisesta oikeudelliseen käsitteenmäärittelyyn ja aiempaa tutkimusta reflektoivaan oikeudelliseen keskusteluun.

Todistajasta tai todisteesta johtuvista rajoituksista oma merkittävä ryhmänsä ovat kieltonormeihin perustuvat rajoitukset, joita ovat hyödyntämiskielto, käyttökielto ja todistamiskielto, joita tarkastelen tässä jaksossa laajemmin käsitteinä, sekä hyödyntämiskiellon systematisoinnin vuoksi käyttökiellon osalta säännöksenä kirjallisen kertomuksen käyttökieltoa (OK 17:24). Näistä kolmesta kieltotyypistä

666 Näitä luonnehtisin menettelyllisiksi rajoituksiksi sillä perusteella, että vaikka rajoittaminen johtuu osin todisteen sisällöstä tai luonteesta, rajoitusperuste on prosessin sisäinen, eli prosessiperiaatteisiin ja ylätasolla prosessiekonomiaan perustuva tuomioistuimen päätös. Ks. esim. Pölösen (2003, s. 181 ja s. 186) listaus rajoituksista, joka kattaa käyttökiellot, oikeuden ja velvollisuuden kieltäytyä todistamasta sekä ETL:n säännökset kielletyistä keinoista ja menettelyistä sekä PKL:n telekuuntelukiellot ja teknisen valvonnan kiellot sekä takavarikkokiellot.

667 Ks. Pölönen 2003, s. 197–198 ja Fredman ym. 2020, s. 495.

668 Frände 2015, s. 422.

puolestaan vapaata todistusharkintaa viime kädessä rajoittavat hyödyntämiskiellot, jotka on otettava mahdollisuuksien mukaan huomioon jo prosessin aiemmissa vaiheissa. Tällöin ne rajoittavat myös vapaata todistelua, vaikka niiden primaarinen tarkoitus onkin vasta todisteen laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle rajaamisessa. Hyödyntämiskielto seurauksena on sellainen, jossa aineellisen totuuden ihanne on jo lainsäädäntövaiheessa sivuutettu muun tärkeämmän tavoitteen vuoksi. Tutkimuksen otsikossa ilmaistu rajaus oikeudenkäyntivaiheeseen jättää itsessään tarkastelun ulkopuolelle rikosprosessin aiempien vaiheiden menettelysäännökset, joita ajoittain myös todistusmetodikielloiksi todistamiskieltojen niin sanotussa laajassa merkityksessä luetaan.

Samoin perustein kuin todistamiskielloissa määräytyvät myös esitutkintaa koskevat kiellot ja pakkokeinojen käyttöä koskevat säännökset, samaten verotusmenettelylain (VML, 1558/1995) tiedonsaantisäännökset. Rikosprosessin osalta sen aiempiin vaiheisiin kohdistuviin ETL- ja PKL-säännöksiin sisältyvät OK 17 lukuun osoittavat viittaussäännökset, joiden mukaisesti todistamiskieltosäännöksiä noudatetaan esitutkintavaiheessa ja pakkokeinomenettelyissä. ETL 7:8:ssä säädetään todistajan ilmaisuvelvollisuudesta ja kieltäytymisestä todistamasta ja PKL 7:3:ssä takavarikoimis- ja jäljentämiskielloista. PKL:ssa säädetään OK 17 luvun todistamiskieltoviittauksin myös erityisestä kotietsinnästä (PKL 8:1.3) ja salaisten pakkokeinojen osalta kuuntelu- ja katselukielloista (PKL 10:52). Lähtökohtaisesti, mikäli jokin tieto kuuluu oikeudenkäynnissä OK 17 luvun todistamiskiellon aiheuttavan vaitiolovelvollisuuden piiriin, sitä ei saa paljastaa myöskään esitutkintakuulustelussa eikä tietoa sisältävää esinettä saa takavarikoida. Muutoin ETL:n ja PKL:n menettelysäännökset vaikuttavat tutkimuksessa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) soveltamistilanteessa, jos menettelysäännöstä on rikottu todisteen hankkimisessa ja todisteen hyödyntäminen rikkoisi oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä. Säännöksen tarkastelussa ei tässä tutkimuksessa kuitenkaan keskiössä ole rikottu säännös, vaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen arvioiti asetettujen kriteerien pohjalta.[669] Sen sijaan hyödyntämiskiellosta seuraava vaikutus todisteen kannalta on voimakkain mahdollinen, kuten prekluusiolla, eli olemassa oleva näyttö eliminoidaan prosessista kokonaan, ikään kuin sitä ei olisi koskaan hankittu tai esitetty. Tällöin myös kokonaisuutena näytön määrä vähenee ja mahdollisesti relevantti todiste jää ottamatta huomioon todistusharkinnassa.[670] Hyödyntämiskielto eroaa merkittävästi OK 17:8:n rajoitusäännöksistä, jotka rajaavat ainoastaan niin sanottua tarpeetonta todistelua, ja hyödyntämiskielto voi kohdistua avaintodisteeseen[671]

669 Ks. tutkimuksen rajauksista jakso 1.2.
670 Jämsä 2015, s. 76.
671 Pölönen – Tapanila 2015, s. 230.

## 6.2 Todistelun rajoittaminen tuomioistuimen päätöksellä

Tuomioistuimen päätöksellä todistelua voidaan rajoittaa OK 17:8:n nojalla, jota voidaan kutsua todistelun rajoittamista koskevaksi yleissäännöksi.[672] OK 17:8:n mukaan tuomioistuimen on evättävä näyttö, joka 1) koskee asiaan vaikuttamatonta seikkaa; 2) on muuten tarpeeton; 3) voidaan korvata olennaisesti vähemmällä kustannuksella tai vaivalla saatavissa olevalla todisteella; 4) voidaan korvata olennaisesti luotettavammalla todisteella; tai 5) on asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamattomiin, eikä asian ratkaisemista tule enää viivyttää. Näytön epäämisen funktio on prosessiekonominen sekä viimeistä epäämisperustetta lukuun ottamatta niin sanottua parhaan todistusaineiston periaatetta noudattava.[673] EIT:n ratkaisukäytännön mukaan tuomioistuimella on tietyissä rajoissa harkintavaltaa siitä, milloin todistelu voidaan evätä. Todistelun rajoittamisen on kuitenkin oltava perusteltua ja tuomioistuimen on päätöksessään otettava huomioon oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja osapuolten tasa-arvon turvaaminen. Ratkaisukäytännön perusteella tarpeeton tai päällekkäinen todistelu sekä riidattomia ja notorisia seikkoja koskeva todistelu on mahdollista kieltää.[674]

Oikeussääntönä OK 17:8 vaikuttaa sanamuotonsa perusteella ehdottomalta, koska se edellyttää todisteen epäämistä mainituissa tilanteissa, joita koskeva listaus on tyhjentävä.[675] Vapaan todistelun rajoitussäännöksenä OK 17:8:n soveltamisen olisi kuitenkin oltava suppeaa ja epäämäisharkinnan jopa varovaista sanamuodon ehdottomuudesta riippumatta. Hallituksen esityksessä on yksityiskohtaisissa perusteluissa viitatut harkintakriteerit, ja punninnassa huomioitavat seikat tarkoittavat kyseisen epäämisperusteen olemassaolon arviointia. Näin ollen tuomioistuimen tulee harkita, onko kyseinen tilanne käsillä, ja jos on, näyttö on evättävä, kuten pykälän sanamuoto pakottavasti määrittää.[676]

---

672 Aiemmin tarpeettoman todistelun kiellosta säädettiin VanhOK 17:7:ssä seuraavasti "*Jos todiste, jonka asianosainen tahtoo esittää, koskee seikkaa, joka on asiaan vaikuttamaton tai selvitetty, tahi jos näyttö on huomattavasti vähemmällä vaivalla tai kustannuksella saatavissa toisella tavoin, älköön oikeus salliko todisteen esittämistä.*" Lisäksi materiaalisen prosessinjohdon osalta säädettiin tarpeettomista kysymyksistä VanhOK 17:33.5:ssa, jonka mukaan "*Tuomioistuimen tulee evätä ilmeisesti asiaan kuulumattomat taikka eksyttävät tai muuten sopimattomat kysymykset*" ja VanhOK 5:21.3:ssa: "*Tuomioistuimen tulee valvoa, ettei asiaan sekoiteta mitään siihen kuulumatonta ja ettei asiassa esitetä tarpeetonta todistelua.*"

673 Ks. prosessiperiaatteista jakso 3.3. Käytännössä kysymys on tarkoituksenmukaisuusperiaatteen ja prosessiekonomian periaatteen totuttamisesta.

674 Ks. Ervo 2005, s. 353 ja EIT:n ratkaisukäytännöstä asiassa s. 354–355.

675 Hallituksen esityksen (HE 46/2014 vp) perustelut vastaavat sisällöltään täysin todistelutoimikunnan mietintöä (OMML 69/2012, s. 82–84) eikä mietinnöstä annetuissa lausunnoissa otettu siinä esitettyyn merkittävällä tavoin kantaa. Keskeisimmät huomautukset koskivat säännöksen sanamuodon ja perustelujen ristiriitaa siitä, onko todisteen epäämisen tarkoitettu olevan pakottavaa oikeutta, kuten se lakitekstissä on kirjattu ("*on evättävä*") vai harkinnanvaraista, kuten perusteluissa erityisesti 4 ja 5 kohtein osalta on tarkennettu. Ks. OMML 30/2013, s. 88–89.

676 Hallituksen esityksessä (HE 46/2014 vp, s. 56–57) todetaan, että todisteen epäämiseen olisi suh-

> Oikeusministeriön todistelutoimikunnan mietinnön taustaksi tekemässä selvityksessä tarpeettoman todistelun kiellon epäämisperusteet jaettiin käytännössä kolmeen erilaiseen kategoriaan: 1) Todiste, joka liittyy todistusteemaan, jolla ei ole vaikutusta asiassa; 2) teema, jolle todiste on nimetty, on näytetty tai; 3) todiste on korvattavissa helpommin ja halvemmalla vastaanotettavalla todisteella. Lisäksi todisteen, jolla ei ole todistusvoimaa, katsottiin kuuluvan epäämisperusteiden soveltamisalaan.[677] Ensimmäisessä kategoriassa teemalla, jolla ei ole vaikutusta asiassa, tarkoitetaan sellaista näytettävää oikeustosiseikkaa, joka ei ole edellytys tietyn oikeusseuraamuksen syntymiselle. Kyseessä voi siten olla myös todistustosiseikka, aputosiseikka tai kokemussääntö, joka teemana ei ole relevantti siihen oikeustosiseikkaan nähden, joka toimii asiassa viimekätisenä todistusteemana.[678] Toisessa kategoriassa teema, joka on näytetty, voi tarkoittaa joko teemaa, josta todistelu ei ole lainkaan tarpeen esimerkiksi kanteen myöntämisen, notorisen seikan[679] tai dispositiivisessa asiassa tosiseikan tunnustamisen vuoksi. Se voi tarkoittaa myös tai teemaa, josta lisänäyttöä ei tarvita.[680]

Säännös merkitsee käytännössä tarjotun näytön epäämistä, koska oikeudenkäynnissä jo esitettyä näyttöä ei ole tarpeellista prosessiekonomisista syistä enää evätä. Kronologisesti oikeudenkäynnin kulkua tarkasteltuna todistelun rajoittaminen

---

tauduttava "*jossain määrin varoen*", minkä lisäksi tuomioistuimen olisi suositeltavaa keskustella ennen epäämispäätöksen asianosaisten kanssa todistelun laajuudesta sekä pyrittävä yhteisymmärrykseen tarpeettomasta tai saavuttamattomasta näytöstä luopumisesta vapaaehtoisesti.

677 OMSO 65/2012, s. 21–22. Nykyisessä OK 17:8:ssä aiempaa säännöstä vastaavat perusteet ovat edelleen asiasisällöllisesti voimassa, joskin sanamuotoa on selkiytetty ja perusteet lueteltu erikseen. Aiempaan säännökseen (VanhOK 17:7) verrattuna epäämisperusteita lisättiin. Pykälän 1 ja 3 kohdat säilyivät asiasisällöllisesti ennallaan, 4 ja 5 kohdat olivat kokonaan uusia ja 2 kohtaa laajennettiin.

678 OMSO 65/2012, s. 21 mukaan tällainen voi olla myös rangaistuksen mittaamiseen tai julkisoikeudellisen seuraamuksen perusteisiin tai määrään liittyvästä teemasta.

679 Notorisesta seikasta ei OK 17:5.1:n nojalla tarvitse esittää näyttöä lainkaan. Ks. notorisuudesta tarkemmin esim. Rautio – Frände 2016, s. 53–53 ja siellä esitetyt lähteet.

680 OMSO 65/2012, s. 21. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2014:83 korkein oikeus katsoi, että koska hovioikeus oli lähettänyt asianosaisen hovioikeudelle toimittaman uuden todisteen vastapuolelle tiedoksi, hovioikeus ei ollut pitänyt todistetta tarpeettomana, jolloin näyttöä ei ollut evätty ja vastapuolelle olisi pitänyt varata tilaisuus lausua todisteesta. Ratkaisussa KKO 2019:11 korkein oikeus arvioi todistelun tarpeellisuutta ja sitä, oliko hovioikeudella ollut perustetta evätä asianajajalain mukaista valvontaa koskevassa valitusasiassa saamastaan varoituksesta valittaneen asianajajan vaatimus valvonta-asiassa esittämättömästä henkilötodistelusta ja siten suullisesta käsittelystä hovioikeudessa. Asianajaja oli toimittanut valvontalautakunnalle toimeksiantoa koskevan kirjallisen aineiston, jonka valvontalautakunta oli arvioinut riittäväksi. Hovioikeudessa asianajaja oli nimennyt kyseiseen aineistoon sisältyviä asiakirjoja kirjallisiksi todisteiksi sekä todistajan, jonka todistusteemaksi oli nimetty pääasiassa samat teemat kuin kirjallisille todisteille. Korkein oikeus katsoi, että muun muassa laajan valvonta-asiassa huomioidun ja oikein arvioidun kirjallisen aineiston perusteella suullinen käsittely ei ollut tarpeen sen arvioimiseksi, onko valvonta-asian ratkaisu kohtuuton tai ilmeisen virheellinen ja onko ihmis- ja perusoikeuksien asettamat vaatimukset valvonta-asian käsittelyssä täytetty.

tuomioistuimen päätöksellä osoittautuu haastavaksi silloin, kun kysymys on säännöksen kohdista 2–4. Näytön epääminen muutoin kuin asiaan vaikuttamattoman seikan vuoksi tarpeettomana tai asiaan vaikuttavan seikan korvaaminen olennaisesti vähemmällä kustannuksella tai vaivalla saatavissa olevalla taikka olennaisesti luotettavammalla todisteella edellyttäisi todisteeseen tutustumista, jotta sen tarpeettomuutta tai korvattavuutta voitaisiin arvioida. On vaikeaa ennen todistelun vastaanottamista arvioida, mikä näyttö on tarpeen tai korvattavissa, koska näytön arviointi tapahtuu vasta todistusharkinnassa ja yksittäisen todisteen näyttöarvon määrittäminen ei ratkaise asiaa, vaan kaikesta esitetystä näytöstä muodostuva kokonaisuus. Asiaan vaikuttamattoman seikan (1 kohta) epääminen sen sijaan on selkeämpää, koska pääkäsittelyssä, jossa näyttö otetaan vastaan, on selvää, mistä asiassa on kysymys ja mitkä ovat asiassa ratkaistavat oikeusongelmat.[681] Todistelun rajoittamisen tuomioistuimen päätöksellä pitäisikin kohdistua lähinnä hyvin selkeisiin tarpeettoman todistelun tilanteisiin, jotta päätös voidaan tehdä ilman todisteeseen tarkemmin tutustumista. Muussa tapauksessa rajoittamisella ei ole enää prosessiekonomista merkittävyyttä ja esitetyn tarpeettoman todisteen näyttöarvo voidaan todistusharkinnassa todeta niin vähäiseksi, ettei sillä ole asian ratkaisemisen tai varsinkaan ratkaisun lopputuloksen kannalta vaikutusta.

Seikan huomioon ottaminen viran puolesta tarkoittaa, että tuomioistuimen täytyy oikeudenkäymiskaaren määrittämissä tapauksissa huomioida tiettyjä seikkoja itsenäisesti, jolloin niitä koskeva todistelu rajoitetaan.[682] Tällainen seikka siten päätyy ratkaisussa huomioon otettavaksi, jolloin siinä ei ole kysymys asian kokonaan laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle rajaamisesta, vaan säännösten olettama on, että seikka ei jää todistelun estämisestä huolimatta selvittämättä, koska se korvataan tuomioistuimen tiedolla. Samoin on asian laita silloin, kun prosessiekonomian nimissä todiste korvataan toisella, todistusarvoltaan yhtä hyvällä todisteella.[683] OK 17:8:n 2 kohdan mukaisen muutoin tarpeettoman näytön epäämisen peruste koskee sekä jo näytettyä seikkaa että muuten tarpeetonta todistelua, eli se kattaa käytännössä ainakin OK 17:5.1 ja 2:ssa tarkoitetut yleisesti tunnetut seikat.[684]

---

681 Näin tulisi olla myös riita-asiassa, mikäli valmistelu on ollut riittävää ja riidattomista sekä riitaisista seikoita vallitsee yksimielisyys. Tämän vuoksi 1 kohta ei edellytä enempää tarkastelua.

682 Saarnilehto 2002, s. 6–7. Ratkaisussa KKO 2001:106 korkein oikeus katsoi, että jos kyse on viran puolesta huomioon otettavasta seikasta, seikkaan vetoamattomuus alemmissa oikeusasteissa ei estä seikan huomioimista muutoksenhakuoikeudenkäynnissä siten kuin (silloisen) OK 30:7.1:ssa säädetään.

683 Seikkakäsitteistöstä ks. esim. Torgersen 2009, s. 18 ja Lappalainen – Rautio 2021, s. 592–594.

684 Vrt. OK 17:6:n säännös tuomioistuimen harkintavallasta asianosaisen menettelyn vaikutuksesta todisteena, joka on puhtaasti näytön arviointiin vaikuttava säännös, eikä siten liity todisteen epäämismahdollisuuteen. Esim. ratkaisussa KKO 2018:3 korkein oikeus hylkäsi hovioikeuden langettavan tuomion asiassa, jossa henkilöä syytettiin huumausainerikoksesta, sillä perusteella, että hän oli tuonut postitse maahan huumausainetta. Henkilön nimellä ja kotiosoitteella oli postitse saapunut ulkomailta huumeita sisältävä kirjelähetys. Henkilö kiisti tilanneensa lähetystä tai tietävänsä siitä mitään. Pääosin korkeimman oikeuden ratkaisu koski näytön arviointia ja näytön riittävyyttä, mutta ratkaisussa on otettu kantaa myös

Lisäksi asiassa, jossa sovinto on sallittu, se kattaa seikan, joka on tunnustettu tai josta asianosaiset ovat yhtä mieltä, jolloin seikka asetetaan sellaisenaan ilman todistelua tuomion perustaksi.[685] Huomionarvoista on, että tuomioistuin ei voi evätä näyttöä mainituin perustein asiassa, jossa sovinto ei ole sallittu, vaan se voi ainoastaan päättää todistusharkinnassa OK 17:5.3:n nojalla, mikä merkitys tunnustamisella on asiassa. Tämä rajaus koskee tunnustamisen lisäksi tunnustamisen peruuttamista niin dispositiivisissa kuin indispositiivisissa riita-asioissa ja rikosasioissa.[686] Lisäksi, jos kanne on myönnetty riita-asiassa, jossa sovinto on sallittu, todistelua ei tarvita. Hallituksen esityksessä on katsottu, että näyttö saataisiin 2 kohdan perusteella evätä myös silloin, jos todisteella ei ilmeisesti ole näyttöarvoa tai jos asianosainen tarjoaa "*ylenpalttisesti*" todisteita.[687] Dispositiivisessa asiassa annettu tunnustus sitoo, mutta asianosaisen käsitys tosiseikkojen oikeudellisesta luonnehdinnasta ei sido tuomioistuinta. Asianosaisten yksimielisellä käsityksellä voi kuitenkin olla merkitystä asiaa ratkaistaessa ja toisaalta muutoksenhakutilanteessa asianosaiset voivat rajoittaa vaatimuksensa siten, ettei käräjäoikeuden oikeudellinen luonnehdinta tosiseikoista päädy hovioikeuden tutkittavaksi. Seikalla tarkoitetaan joko kanteen perusteeksi ilmoitettua tai todistelussa esiin tulevaa tosiseikkaa.[688]

---

vapaaseen todisteiden harkintaan ja sitä rikosasiassa täsmentävään OK 17:6.2:n, jonka nojalla lausumatta jättäminen voidaan ottaa huomioon vastaajan vahingoksi vain siinä määrin kuin se ei loukkaa hänen oikeuttaan olla myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen. Korkein oikeus katsoi ratkaisujen KKO 2012:27 ja KKO 2017:12 perusteella, että rikosasian vastaajan voidaan edellyttää kertomuksen uskottavuuden tai vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen arvioimiseksi selventävän puolustuksekseen vetoamia seikkoja syyttäjän todistustaakasta huolimatta.

685 HE 46/2014 vp, s. 55.

686 Esim. Ratkaisussa KKO 2000:35 on arvioitu vastaajan esitutkintakertomuksen merkityksestä näyttönä rikosasiassa tilanteessa, jossa syyte on perustunut huumausainerikoksen osalta ainoastaan syytetyn esitutkinnassa antamaan kertomukseen. Ratkaisu koskee pääosin näytön arviointia, mutta siinä on otettu kantaa esitutkintakertomuksen käyttämisen sallittavuuteen todisteena silloin, kun vastaaja ei ole poissa oikeudenkäynnistä, vaan esitutkintakertomusta käytetään todisteena siitä syystä, että esitutkinnassa annettu tunnustus on peruutettu myöhemmin.

687 Tavoitteena tällä tulkinnalla on estää oikeudenkäynnin viivyttämistä tai vastapuolen kulujen kasvattamista silmällä pitäen nimetty todistelu. Ks. HE 46/2014 vp, s. 55–56. Maininta on tarpeellinen erityisesti riita-asioissa, koska rikosasiassa oletuksena on, ettei syyttäjä tarjoa tarpeetonta todistelua ja syytetyn oikeus puolustautumisen rajoittaa tuomioistuimen mahdollisuutta evätä tämän tarjoamaa näyttöä.

688 OK 17:5 koskee näytön tarpeellisuutta ja näytön arviointia, eikä niinkään näytön epäämistä, jolloin kontekstissa on hyödyllistä tarkastella ennakkopäätösten mukaisia tulkintoja tunnustuksen merkityksestä näyttönä eri prosessilajeissa. Ratkaisussa KKO 2005:123, korkein oikeus palautti riita-asian käsiteltäväksi hovioikeuteen, sillä perusteella, että hovioikeus oli katsonut riidattomaksi seikan, joka ei valituksen perusteella ollut riidaton. Kysymys oli virheestä kiinteistön kaupassa, jonka perusteella käräjäoikeus katsoi virheen olennaiseksi ja määräsi myyjän suorittamaan hinnanalennusta ostajalle. Hovioikeus katsoi, että koska asianosaisten välillä ei ollut erimielisyyttä siitä, etteikö kaupan kohteessa olisi ollut olennaista virhettä, kauppa oli purettava. Korkein oikeus katsoi, että vaikka myyjä oli tyytynyt maksettavakseen tuomittuun hinnanalennukseen, ei myyjä ollut voinut hakea hovioikeudessa muutosta käräjäoikeuden tuomion perusteluihin eli virheen olennaisuuskysymykseen. Hovioikeuden olisi pitänyt tutkia myös virheen olennaisuus, eikä pelkkää seuraamusta. Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2003:54 katsonut myös, ettei suoritettua maksua voida automaattisesti luonnehtia saatavan tunnustamiseksi dispositiivisessa rii-

Parhaimman todistusaineiston periaatteen sovellutus tuomioistuimen todisteen epäämisoikeuksiin OK 17:8:n 4 kohdassa mahdollistaa tuomioistuimelle todisteen epäämisen, mikäli todiste voidaan korvata olennaisesti luotettavammalla todisteella.[689] Säännös soveltuu niin samojen kuin eri todistuskeinojen kesken, ja evättävän todisteen tilalle otetun uuden todisteen tulee olla olennaisesti luotettavampi kuin tarjotun todisteen. Edellytys ei täyty, jos todisteet olisivat samanarvoisia tai jos tarjotulla todisteella olisi todennäköisesti suurempi todistusvoima. Prekluusiosäännös ei tule sovellettavaksi, jos uusi todiste hankitaan tuomioistuimen 4 kohdan perusteella tekemän epäämispäätöksen vuoksi.[690]

Sen sijaan problemaattisemman poikkeaman muihin säännöksen epäämisperusteisiin aiheuttaa OK 17:8:n 5 kohdan mukainen epääminen sillä perusteella, että todiste on asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamattomiin, eikä asian ratkaisemista tule enää viivyttää. Epäämisperusteessa vaikuttavat sekä toimenpiteiden asianmukaisuus että ratkaisun viipyminen, joiden arvioiminen on riippuvainen ratkaistavan asian laadusta ja todisteen oletetusta merkittävyydestä asian ratkaisemisen kannalta. Hallituksen esityksen mukaan tuomioistuimen olisi punnittava eri intressejä myös asianosaisten, erityisesti todisteeseen vedonneen osapuolen, kannalta.[691] Mikäli todistelu evätään tämän kohdan nojalla, tulisi tuomioistuimen harkita, voidaanko edellä selostettua kohtaa 4 soveltaa ja mahdollisesti korvata tavoittamattomiin jäänyt todiste uudella todisteella. Tällöin, mikäli henkilötodistelua korvattaisiin kirjallisella todisteella, aiheuttaa kontradiktorisuusperiaate oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen näkökulmasta rajoituksia korvaavan todisteen käyttämiselle. Epäämisperusteella on siksi tärkeä yhteys OK 17:24:ssä säädettyyn kirjallisen kertomuksen käyttökieltoon. OK 17:8:n 5 kohdan epäämisperuste ja OK 17:24.2:n käyttökiellosta poikkeaminen käsittävät samat edellytykset.[692]

---

ta-asiassa. Korkein oikeus katsoi, että koska henkilö oli maksanut saatavan ilmoituksensa mukaan vain välttääkseen ulosmitatun kiinteistönsä myynnin, takaisinsaantihakemusta ei olisi saanut jättää tutkimatta sillä perusteella, että henkilö oli maksanut saatavan ja siten alempien oikeusasteiden perustelemin tavoin tunnustanut maksuvelvollisuutensa.

689 Tässä tilanteessa paras todistusaineisto tarkoittaa sitä, että samasta tietolähteestä saatavista todisteista käytetään varminta. Ks. HE 46/2014 vp, s. 56.

690 HE 46/2014 vp, s. 56.

691 Ks. HE 46/2014 vp, s. 56.

692 Tällöin tuomioistuimen tulisi evätä henkilötodistelu, jos kuultava on asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamattomiin, eikä asian ratkaisemista tule enää viivyttää, jolloin toisaalta henkilötodistelun korvaamista kuultavan aiemmin antamalla kirjallisella kertomuksella näyttäisi mahdollistavan se, että tuomioistuimessa saa käyttää todisteena esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa. Käsittelen näiden välistä yhteyttä ja soveltamisen problematiikkaa jaksossa 6.4.3.

## 6.3 Prekluusiosäännökset

Prekluusio tarkoittaa oikeudenkäyntiaineiston rajoittamista, jossa asianosainen menettää oikeutensa vedota tiettyihin seikkoihin tai todisteisiin, jos hän ei ole tehnyt sitä määrätyssä vaiheessa oikeudenkäyntiä.[693] Prekluusiosäännökset rajoittavat todistelua menettelyllisestä näkökulmasta, koska ne estävät todisteen esittämisen aktualisoituneen prekluusiouhan vuoksi. Rajoitus ei perustu todisteen ominaisuuteen sinänsä, vaan kyseessä on prosessiperiaatteiden toteuttamiseksi asetettu prosessisanktio, jonka tarkoitus on turvata prosessitoimen suorittaminen ajallaan.[694] Myöhässä esitetyt seikat ja todisteet suljetaan pois käsittelystä, ja tuomio annetaan ikään kuin näitä seikkoja tai todisteita ei olisi esitetty.[695] Prekluusiouhka koskee todisteita, ja se kohdistuu yksittäisiin todisteisiin eli todistuskeinoihin. Prekluusiouhka ei siten kiinnity sallituilla todisteilla esitettäviin muihin kuin aiemmin nimettyihin todistusteemoihin. Vaitojan mukaan prekluusio ei kavenna asianosaisen oikeutta esittää kysymyksiä nimeämälleen todistajalle eikä prekluusiota sovelleta todistajankertomukseen, vaan annettua kertomusta hyödynnetään näyttönä ilman prekluusion aiheuttamia rajoituksia.[696]

> Teemaprekluusiolla tarkoitetaan sitä, että asianosaisen oikeus vaatia näyttöä tietystä todistusteemasta voi rajoittua tai päättyä oikeudenkäynnin aikana, jos teema kuuluu prekluusiouhan piiriin.[697] Uhka voi koskea sekä suoraan relevantteja että välillisesti merkityksellisiä todistusteemoja, mutta kaikki kyseiseen väittämään liittyvä näyttö ei välttämättä prekludoidu.[698] Teemaprekluusio rajoittaa todisteiden hyödyntämistä ja näytön arviointia kaventamalla asianosaisen aktiivista mahdollisuutta väitteidensä toteen näyttämiseen. Asianosaisen eduksi oleva näyttö on otettava näytön arvioinnissa huomioon.[699]

693 Ks. prekluusion suhteesta lähikäsitteisiin Välimäki 2016, s. 296–297.

694 Raution ja Fränden (2016, s. 33) mukaan prekluusiovaikutuksen taustalla on kysymys pyrkimyksestä nopeaan ja kustannustehokkaaseen oikeudenkäyntiin.

695 Välimäki 2016, s. 293–294 ja 297. Prekluusion tarkoituksesta ja merkityksestä myös Vaitoja 2014, s. 151.

696 Vaitoja 2014, s. 171. Teemaprekluusion arviointia laajasti ks. Vaitoja 2014, s. 167–173.

697 Teemaprekluusio on siten eri asia kuin prekluusiouhan asettaminen koskien teemaa. Saranpään (2014, s. 699) mukaan teemaprekluusio tarkoittaa henkilötodisteluun liittyvää kysymystä siitä, voidaanko todistajaa kuulustella todistusteemasta, josta häntä ei ole nimetty todistamaan. Käytännössä määritelmä käsittää kysymykset, jotka koskevat riitaista seikkaa. Ks. tiivistys oikeustieteilijöiden suhtautumisesta teemaprekluusioon Saranpää 2014, s. 699 av. 4.

698 Vaitoja 2014, s. 160–163. Ks. kuitenkin teeman prekludoitumisesta tarkemmin Hirvonen 1995 ja Saranpää 2014.

699 Vaitoja 2014, s. 160–163.

Todisteiden esittämistä koskevasta prekluusiosta säädetään OK 5:22:ssä, OK 6:9.2:ssa, OK 25:17.1:ssa, OK 30:7.1:ssa, OK 31:7.2:ssa ja OK 31:9.3:ssa, joista kaksi ensiksi mainittua koskevat ainoastaan dispositiivisia riita-asioita alioikeusvaiheessa ja kolmas sekä dispositiivisia että indispositiivisia riita-asioita haettaessa muutosta hovioikeudessa käräjäoikeuden ratkaisuun. Neljäs koskee kaikkia riita-asioita ja rikosasioita haettaessa muutosta korkeimmassa oikeudessa hovioikeuden ratkaisuun. Muutoksenhaussa sovellettavan prekluusion katsotaan olevan vähintään yhtä laaja kuin alioikeudessa.[700] Kaksi viimeistä ovat ylimääräistä muutoksenhakua koskevia prekluusiosäännöksiä, ensimmäinen riita-asiaa ja toinen rikosasiaa koskeva.[701] Toisin sanoen alioikeusvaiheessa prekluusiouhkaa ei ole indispositiivisissa riita-asioissa eikä rikosasioissa, mutta riita-asioissa prekluusiouhka on voimassa hovioikeusvaiheessa ja rikosasioissa vasta korkeimmassa oikeudessa.[702] Oikeustosiseikkojen prekluusio siten estää dispositiivisessa asiassa pääkäsittelyvaiheessa ja indispositiivisessa asiassa muutoksenhakuvaiheessa uusiin seikkoihin vetoamisoikeutta.[703] Siviiliprosessissa prosessin sisäisen prekluusion vaikutus on pääsääntöisesti lopullinen.[704] OK 25:17.1 ja OK 30:7.1 koskevat muutoksenhakuvaiheiden prekluusioita, jotka eivät ole vapaan todistusteorian näkökulmasta yhtä keskeisiä kuin alioikeusvaiheessa, koska olennaista tutkimuksen kannalta on prekluusio vapaata todistelua rajoittavana tekijänä. Samoin on asian laita ylimääräistä muutoksenhakua koskevien prekluusiosäännösten osalta.[705]

> OK 31 luvun mukaiset ylimääräiset muutoksenhakumenettelyt eivät kuulu valituslupajärjestelmän piiriin, eikä niihin sovelleta OK 30:7 ja 12:n säännöksiä. Riita-asiassa lainvoimainen tuomio voidaan purkaa OK 31:7.1:n 3 koh-

700 Välimäki 2016, s. 294.

701 Ns. purkuprekluusio. Ks. termistä Vähätalo 2017, s. 509.

702 Oikeuslaitostyöryhmä (Ks. OMML 39/2022) on jättänyt 9.10.2024 lausuttavaksi alustavat toimenpide-ehdotukset, joissa ehdotetaan arvioitavaksi prekluusiouhan asettamisen mahdollistamista nykyistä laajemmin: Rikosasia valmistellaan pääkäsittelykuntoon viivytyksettä esitutkinnan aikana, jolloin tarvittava näyttö ja asianosaisten vaatimukset selvitetään niin, että pääkäsittely voidaan toteuttaa ilman keskeytyksiä. Lisätutkintapyynnöt tehdään loppulausunnossa tai viimeistään valmisteluistunnossa prekluusion uhalla, ja asianosaiset voivat vedota pääkäsittelyssä vain esitutkinnassa esitettyyn aineistoon. Valmisteluistunto olisi viimeinen mahdollisuus nimetä näyttö. Tällöin prekluusiota koskeva sääntely tulisi ulottaa myös ylimääräiseen muutoksenhakuun. (Ks. Lausuntokierros Oikeuslaitostyöryhmän alustavista toimenpide-ehdotuksista asialla VN/34680/2022, s. 14–15, 18 ja 20–22.)

703 Linna 2015a, s. 346.

704 Vaitoja 2014, s. 152–153.

705 Prekluusio koskee ylimääräisessä muutoksenhaussa tuomion purkamisen osalta riita-asiaa ja rikosasiaa syytetyn vahingoksi, josta ks. KKO 2023:65. Ylimääräisen muutoksenhaun sääntely asettaa tiukemmat ehdot syytetyn vahingoksi tapahtuvalle tuomion purkamiselle verrattuna syytetyn eduksi tehtävään purkuun. Syytetyn vahingoksi koituvaan purkuun liittyy määräaika ja prekluusiosäännös uusien seikkojen ja todisteiden osalta. Tämä johtuu siitä, että syytetty ei rikosprosessissa yleensä kanna todistustaakkaa, jonka laiminlyöntiä prekluusiouhalla tulisi kontrolloida. Ks. HE 14/1958 vp, s. 9.

dan nojalla, jos esitetään uusia seikkoja tai todisteita, jotka todennäköisesti olisivat johtaneet toiseen lopputulokseen.[706] Nämä uudet seikat ja todisteet ovat kuitenkin prekluusiouhan alaisia OK 31:7.2:n mukaan. Rikosasiassa, jossa tuomion purkua haetaan syytetyn eduksi, prekluusiouhkaa ei ole (OK 31:8:n 3 kohta). Korkein oikeus voi tällöin myöntää valitusluvan ja käsitellä asian ilman erillistä purkuhakemusta.[707]

Muutoksenhakuvaiheen prekluusiosta on kuitenkin aineellisen totuuden tavoittelun ja prekluusion taustaperiaatteiden välisen punninnan näkökulmasta syytä tehdä lyhyt katsaus. OK 25:17.1:ssa ja siihen viittaavassa OK 26:4.2:ssa kielletään osapuolta vetoamasta muihin todisteisiin kuin käräjäoikeudessa esitettyihin. Prekluusio ei ole ehdoton, vaan saattamalla todennäköiseksi, ettei todisteeseen vetoaminen ollut aiemmin mahdollista tai että vetoamattomuudelle on ollut pätevä aihe, prekluusiosta voidaan poiketa. OK 30:7:ssä on kysymys hovioikeuden toisena asteena antamasta ratkaisusta valittamisesta korkeimpaan oikeuteen, jolloin prosessin lähtökohtaisen kirjallisen luonteen ja siten todistelun kontradiktorisuuden puutteen vuoksi uutta todistelua ei voi esittää.[708] Ratkaisussa KKO 2019:56 arvioitiin prekluusiota ulosottovalitusasian jatkovalituksessa ja uuden todisteen merkitystä jatkokäsittelyluvan myöntämisen edellytyksissä. Korkein oikeus totesi, että "*[– –] prekluusion tarkoituksena on edistää oikeudenkäynnin varmuutta ja keskittämistä sekä vaikuttaa oikeudenkäynnin joutuisuuteen estämällä sen kohteen ja oikeudenkäyntiaineiston hallitsematon laajeneminen oikeudenkäynnin myöhäisessä vaiheessa*". Toisaalta korkein oikeus totesi myös, että arvioitaessa prekluusion soveltumista on punninnassa huomioitava myös se, ettei prekluusion soveltamisen tulisi johtaa oikeudenmenetyksiin tai tarpeettoman laajaan todisteluun alioikeusvaiheessa prekluusion pelossa.[709] Korkein oikeus on ottanut ratkaisussa selvän kannan myös siihen, ettei prekluusio muutoksenhakuvaiheessa hovioikeudessa saa aiheettomasti estää aineelliseen totuuteen pääsemistä.[710]

706 Uudella seikalla tarkoitetaan todistustosiseikkaa, joka on ollut olemassa jo oikeudenkäynnin aikana. Jälkisattumus ei ole purkuperuste. Ks. Vähätalo 2017, s. 509.

707 Välimäki 2016, s. 304–305.

708 Ks. OK 30:7:stä yksityiskohtaisesti Välimäki 2016, s. 300–303.

709 Ks. vastaavasti Välimäki 2016, s. 294, jonka mukaan on syytä tunnustaa, että prekluusiouhka voi johtaa siihen, että asianosaiset varmuuden vuoksi esittävät kaikki mahdolliset seikat ja todisteet, vaikka niiden yhteys vaatimuksiin olisi heikko, mikä voi paisuttaa aineistoa ja heikentää keskittämistä. Ks. myös KKO 2015:28 johtopäätökset prekluusion ristiriitaisista vaikutuksista kohdassa 7, jossa korkein oikeus totesi, että prekluusion tavoitteena on tehdä oikeudenkäynnistä keskitetympää, varmempaa ja nopeampaa estämällä oikeudenkäynnin aiheen ja aineiston laajentaminen myöhäisessä vaiheessa. Toisaalta prekluusio voi myös johtaa oikeudenmenetyksiin, jos tärkeitä todisteita tai seikkoja ei voida enää tuoda esiin.

710 Samoin kuin ratkaisussa KKO 2015:51, jonka kohdassa 22 KKO totesi lisäksi, että prekluusion käyttö muutoksenhakuvaiheessa, erityisesti hovioikeudessa, tähtää siihen, että käräjäoikeuden päätökseen haetaan muutosta vain määritellyssä ja rajatussa laajuudessa, mikä estää oikeudenkäynnin muuttumisen täysin uudeksi käsittelyksi. Ks. myös KKO 1999:63. Ks. pätevän aiheen vaatimuksesta HE 15/1990 vp, s.

Prekluusiosta ilmiönä voidaan oikeuskulttuurin näkökulmasta todeta, että se liittyy prosessiperiaatteista mainittujen keskityksen ja välittömyyden lisäksi vahvasti myös kontradiktorisuuteen, joka edistää osaltaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten mukaista tarkoituksenmukaisuusperiaatetta ja edesauttaa aineellisen totuuden mukaista lopputulosta.[711] Toisaalta kontradiktorisuuden perusteella asianosaisten tulee saada esittää vaatimuksensa ja väitteensä perusteluineen sekä niitä tukevat todisteet, mitä oikeutta prekluusio heikentää. Kuitenkin, koska toisen osapuolen tulee saada mahdollisuus lausua niistä, prekluusio suojaa toista osapuolta yllättäviltä uusilta todisteilta prosessin edetessä. Prekluusiosääntelyllä on korvattu aiempi eventuaaliperiaatteeseen[712] perustuva prosessi, minkä vuoksi käsittely on nopeutunut ja prosessiekonomia parantunut, mutta toisaalta prekluusio voi heikentää varmuutta, jolloin tuomioistuimen ratkaisun aineellinen oikeellisuus voidaan kyseenalaistaa.[713] Prekluusiota sovelletaan laajimmillaan dispositiivisissa asioissa, koska niissä tavoiteltava totuuden taso määräytyy määräämisperiaatteen ja käsittelymenetelmän mukaisesti. Indispositiivisissa asioissa aineellinen totuus on katsottu vahvemmaksi tavoitteeksi, jolloin tuomioistuimelle on jätetty enemmän vastuuta asian selvittämisestä.[714]

Niin sanottu yleinen prekluusiosäännös OK 6:9.2:ssa koskee todisteluun liittyvää ensimmäistä prekluusion aikarajaa eli prekluusiota dispositiivisessa riita-asiassa siirryttäessä valmistelusta pääkäsittelyyn. Sen mukaan asianosainen ei saa asiassa, jossa sovinto on sallittu, pääkäsittelyssä vedota sellaiseen todisteeseen, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa, ellei voida olettaa, että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä. Uusi todiste voidaan kuitenkin ottaa vastaan, jos asianosaiset siihen suostuvat. Säännöksen 1 momentissa on asetettu oikeustosiseikkoja koskeva prekludoitumiskynnys alemmaksi kuin todisteiden osalta. Toisin sanoen todisteita koskeva prekluusio valmisteluvaiheessa tulee kysymykseen harvemmin kuin oikeus-

125–126 ja HE 33/1997 vp, s. 56 ja aiheiden käsittelystä laajasti Vaitoja 2014, s. 188–220.

711 Prekluusio ilmiönä ja käsitteenä tarkemmin jää tämän tutkimuksen ydinkysymysten ulkopuolelle. Prekluusiota koskevaa, edelleen relevanttia, tutkimusta on tehty jopa aktiivisesti 1990-luvulla. Leppäinen on väitöskirjassaan Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta (1998) käsitellyt prekluusiota laajasti. Liljenfeldtin (1994) artikkeli on prekluusiosta ilmiönä on edelleen ajankohtainen. Ruotsalaisesta tutkimuksesta eräin huomioin vertailukelpoinen kotimaiseen sääntelyyn on esim. Lindellin tutkimus Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken (1993) sekä tätä edeltävä Lindellin artikkeli (1989). Keskeinen ero ruotsalaisen ja suomalaisen sääntelyn osalta on se, että RB 42:15a:n 2 kohdan mukaan uuden todisteen esittäminen voidaan sallia myös, jos siihen vetoamisen salliminen ei merkittävästi viivästytä asian käsittelyä.

712 Eventuaaliperiaatteen mukaisessa prosessissa oikeudenkäynti jaettiin vaiheisiin, joissa kunkin vaiheen materiaali tuli esittää. Periaatteen ehdoton soveltaminen saattoi johtaa oikeudenkäynnin materiaaliseen rasittumiseen, jos asianosaiset esittivät kussakin vaiheessa varalta kaiken mahdollisen aineiston.

713 Leppänen 1998, s. 307

714 Yleisesti riitaprosessin tärkeimmäksi tavoitteeksi on asetettu mahdollisimman hyvien edellytysten luominen aineellisesti oikean ratkaisun saavuttamiselle.

tosiseikkoja koskeva prekluusio.[715] Asioissa, joissa sovinto ei ole sallittu, voi pääkäsittelyssä prekluusiosäännöksen estämättä vedota uusiin seikkoihin ja todisteisiin, mutta tuomioistuimen on tarpeen mukaan annettava vastapuolelle mahdollisuus vastatodistelun hankkimiseen ja esittämiseen.[716]

Valmistelusta pääkäsittelyyn siirtymisen prekluusio estää asianosaista salaamasta todisteen[717] vastapuolen yllättämistarkoituksessa ja turvaa vastapuolen mahdollisuuden hankkia vastatodistelua. Lisäksi se mahdollistaa pääkäsittelyn sujuvan kulun ja keskityksen. Toisaalta prekluusion uhka voi aiheuttaa oikeudenkäynnin etupainotteisuutta ja valmistelun pitkittymistä sekä todistelun paisumista, koska osapuolet eivät uskalla päästää asiaa pääkäsittelyyn ennen kuin ovat varautuneet kaikkiin vähänkin mahdollisiin skenaarioihin. Alhainen prekluusiokynnys voi johtaa osapuolten näkökulmasta oikeuksien menettämiseen tai aineellisen totuuden saavuttamattomuuteen. Jotta valmistelusta päästäisiin pääkäsittelyyn joutuisasti, prekluusiokynnyksen tulisikin olla korkea. Asianosaisella on oltava oikeusturvansa takaamiseksi mahdollisuus uuteen todisteeseen vetoamiseen paitsi silloin, jos todisteeseen vetoamatta jättämisen valmistelussa ei voida olettaa johtuneen pätevästä syystä. Osapuolen ei tarvitse näyttää toteen pätevää syytä vetoamattomuudelle silloin, kun kysymys on uuden todisteen esittämisestä. Uuteen todisteeseen vetoavan näyttövaatimuksena on se, että pätevän syyn voidaan olettaa olevan olemassa, jolloin pätevän syyn olemassaolosta riittää tuomioistuimen arvio.[718]

OK 5:22:ssä säädetään prekluusiouhan antamisen mahdollisuus dispositiivisen riita-asian valmisteluvaiheeseen. Sen mukaan tuomioistuimella on mahdollisuus antaa valmistelussa asianosaiselle prekluusiouhkainen kehotus täyttää OK 5:20.1:n tarkoittama velvollisuutensa uhalla, ettei hän määräajan jälkeen saa vedota uuteen vaatimukseen tai seikkaan taikka ilmoittaa uutta todistetta. OK 5:20.1 puolestaan asettaa asianosaiselle valmistelussa velvollisuuden muun muassa ilmoittaa kaikki todisteet todistusteemoineen, jotka hän haluaa esittää, sekä esittää kaikki kirjalliset todisteet, joihin hän vetoaa. Annetun prekluusiouhkaisen kehotuksen laiminlyön-

715 Uusien todisteiden esittämistä pääkäsittelyssä koskevaa prekluusiosäännöstä lievennettiin vuonna 2002 voimaan tulleella oikeudenkäymiskaaren uudistuksella (768/2002). Vrt. aiempi prekluusiosäännös, jonka mukaan asianosainen ei saanut pääkäsittelyssä vedota uuteen seikkaan tai todisteeseen, jollei hän saattanut todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä. Näyttövaatimus prekluusion syrjäyttävälle pätevälle syylle oli aiemmin sama niin uusille tosiseikoille kuin todisteille. Hallituksen esityksen (HE 32/2001 vp, s. 64) mukaan, tuolloin prekluusiosääntely tuli useammin sovellettavaksi todisteiden osalta. Samoin aineellisen totuuden saavuttamattomuus liitettiin todisteita koskevaan prekluusioon.

716 HE 32/2001 vp, s. 64.

717 Tai tosiseikan säännöksen 1 momentissa, mitä en tässä käsittele.

718 Ks. HE 32/2001 vp, s. 13, 20 ja 64, joista yhteenvetona, että mikäli osapuoli vetoaa uuteen tosiseikkaan, vaaditaan pätevästä syystä näyttöä. Tämän tarkoituksena on estää riidan muuttuminen pääkäsittelyvaiheessa tosiseikastoltaan ja perusteiltaan toiseksi kuin mitä se oli valmistelussa. Uuden todisteen esittäminen ei lähtökohtaisesti muuta itse asiaa toiseksi, joten todisteiden osalta prekluusiokynnys on perustellusti korkeampi.

nistä huolimatta asianosainen voi määräajan jälkeen vedota uuteen vaatimukseen, seikkaan tai todisteeseen, jos hän saattaa todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä. Säännöksen perusteella tuomioistuimella on siten mahdollisuus rajoittaa todistelua jo ennen siirtymistä todistelun esittämiseen, mikä käytännössä rajoittaa ennakolta osapuolten vapaata todistelua sattumanvaraisesti siinä mielessä, että uhan realisoituessa todisteella itsessään eli sen laadulla tai oletetulla näyttöarvolla ei ole merkitystä. Tämä on merkittävä ero prekluusion luonteessa rajoitusperusteena verrattuna edellä esitettyyn OK 17:8:n mukaiseen tuomioistuimen päätöksellä tehtävään rajoittamiseen, jossa taustaoletuksena on todistelun tarpeettomuus. Kun verrataan valmisteluvaiheen OK 5:22:ssä säädetyn prekluusion ja OK 6:9:n yleisen prekluusiosäännöksen tarkoituksia ja vaikuttavuutta, voidaan todeta, että yleisen prekluusiosäännöksen tarkoitus on toteuttaa pääkäsittelyn keskitystä. Sen soveltamisala on kuitenkin valmisteluvaihetta kapeampi, koska tuomioistuin saa asettaa asianosaisten sopimisvapauden eliminoivan prekluusiouhkaisen määräajan todisteen nimeämiselle valmisteluvaiheessa, mutta ei pääkäsittelyssä. Tämä ilmenee prekluusiouhkien väistymisperusteiden eroista eli siitä, että OK 5:22 ei sisällä lainkaan osapuolten disponointivaltaa toisin kuin OK 6:9.2.[719]

## 6.4 Kieltonormeihin perustuvat rajoitukset

Todistajasta tai todisteesta johtuviin rajoituksiin kuuluvat oikeudellisista rajoituksista puhuttaessa kieltonormit, jotka ovat jaksossa 2.3 käsiteltyjen normiluokitusten mukaisia oikeussääntöjä. Vielä tarkemmin ne ovat jaksossa 2.5 todetusti vapaasta todistelusta ja todistusharkinnasta yleissääntöinä poikkeuksen tekeviä erityissääntöjä. Kieltonormit rajoittavat siten vapaata todistelua ja todistusharkintaa oikeuden pintatasolla. Tämän lisäksi osa niistä on poikkeuksia yleiseen todistamisvelvollisuuteen. OK 17:9.1:ssa säädetään jokaisen velvollisuudesta saapua tuomioistuimeen kuultavaksi todistelutarkoituksessa sekä luovuttaa esine tai asiakirja tuomioistuimelle todisteeksi taikka sallia katselmuksen toimittaminen, jollei laissa toisin säädetä. Kyseessä on todistamisvelvollisuuden säätävä käskynormi, jonka tarkoituksena on välittää jokaiselle tieto lainsäätäjän tarkoituksesta turvata vapaa todistelu siltä osin, kuin tiettyä todistetta oikeudenkäynnissä asian selvittämiseksi tarvitaan. Todistamisvelvollisuuden käskynormi ei estä sellaisten kieltonormien säätämistä laissa, jotka joko kieltävät todistajaa noudattamasta todistamisvelvollisuutta tai kieltävät viranomaista hankkimasta, esittämästä tai viime kädessä hyödyntämästä todistetta.

719 Todistetta koskevasta prekluusiosta OK 6:9.2:ssa voidaan osapuolten välillä sanamuodon mukaisesti sopia: "*Uusi todiste voidaan kuitenkin ottaa vastaan, jos asianosaiset siihen suostuvat*."

Todistamisvelvollisuuden täyttämiseksi tuomioistuin voi käyttää OK 17:62 ja 63:n mukaisia pakkokeinoja. Todistamisesta kieltäytyminen on siten keskeinen poikkeus pääsäännöstä, jonka peruste on ilmoitettava, sekä saatettava todennäköiseksi sitä tukevat seikat OK 17:23:n mukaisesti. Kieltäytymisen perusteena toimiva kieltonormi on oikeussääntö, jota joko sovelletaan tai ei sovelleta. Poikkeamisperusteen edellytysten täyttyessä todistamiskieltoa sovelletaan, eikä siitä tehdä sellaista kokonaisharkintaa, mitä hyödyntämiskiellon yleissäännös (OK 17:25.3) seuraamusnormina muiden kuin todistamiskieltonormien rikkomiselle asettaa. Tästä voidaan johtaa todistamiskieltojen perimmäinen merkitys: kun lähtökohta on todistaminen kansalaisvelvollisuutena, todistamiskielto kääntää todistamista koskevan ajatuksen päinvastaiseksi ja suojaa todistajan oikeutta tai velvollisuutta olla todistamatta.[720]

Lundqvistin mukaan todisteiden käyttämiseen tai hyödyntämiseen kohdistuvia kieltoja voidaan kritisoida sillä perusteella, että ne asettavat yksityiset edut aineellisesti oikean tuomion edelle, jolloin kieltojen käsittelyssä korostuukin tutkinnan ja suojelun välisten etujen välinen suhteellisuuteen perustuva tasapaino. Lundqvist on esittänyt johtopäätöksenään, että Ruotsissa, jossa kielloilla pyritään suojaamaan tiettyjä oikeudellisia etuja, jotka vastaavat Englannin ja Saksan oikeusjärjestelmien periaatteita, ja jossa lisäksi yksi kieltojen perustavoitteista on välttää EIS:n loukkauksia, olisi tärkeää välttää ääripäitä, joissa todisteet joko aina hylätään tai niitä käytetään ehdottomasti. Todisteiden käyttämiseen tai hyödyntämiseen kohdistuvien kieltojen arvioinnissa olisi sen sijaan keskeistä tasapainottaa tutkinnalliset ja suojelulliset edut ottaen huomioon ihmisoikeussopimukset ja kansalliset oikeusperiaatteet.[721]

Lundqvistin kannanotto on mielestäni relevantti Suomessa nykyisen sääntelyn puitteissa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisalassa siltä osin, että säännöksen soveltamisalaan kuuluvien rikkomusten seurauksissa on harkinnanvaraa hyödyntämiskiellon asettamisen suhteen. Luonnollisesti kunkin hyödynnettävän todisteen näytönarvioinnissa keskeisessä asemassa on todisteen luotettavuus, mikä voi heikentyä myös hankkimistavan seurauksena, vaikka rikkomustilanne ei johtaisikaan hyödyntämiskieltoon. Lundqvistin kannanotosta ei sen sijaan pidä tehdä johtopäätöstä hyödyntämiskiellon korvaamisesta todisteen näyttöarvon alentamisella, koska näyttöarvon alentaminen ei korjaa kokonaisarvioinnissa hyödyntämiskiellon asettamisen perusteena olevaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkausta.

Oikeudenkäynnissä lähtökohta on vapaa todistelu, mihin osapuolten on voitava luottaa. OK 17:1:stä säädetään mahdolliseksi poiketa laissa, mikä asettaa tässä

720 Ks. Ylönen 2018, s. 86.

721 Lundqvist 1998, s. 324–333. Lundqvistin tutkimus painottuu kolmen erilaisen oikeusjärjestelmän vertailuun, mutta tietyt johtopäätökset ovat sekä aikaa että oikeusjärjestysten eroja kestäviä, vaikka ruotsalainen todistelusääntely on uudistettu tutkimuksen valmistumisen jälkeen. Lundqvistin johtopäätös oli, että Ruotsissa ei voida tukeutua englantilaiseen tai saksalaiseen malliin, vaan sen olisi kehitettävä oma, oikeusjärjestykseensä sopiva lähestymistapa, joka ottaa huomioon sekä kansainväliset että kansalliset oikeudelliset näkökulmat

tarkasteltaville kieltonormeille myös säädöshierarkkisen edellytyksen. Kieltonormit ovat osapuolille asetettuja velvoitenormeja, joiden rikkomisella on selvä seuraus. Pohjimmiltaan velvoitenormiluonteisuus edellyttää jopa jäykän normin luonnetta silloin kun seuraamuksena niiden rikkomisesta on hyödyntämiskielto.[722] Tämä edellyttää vapaasta todistelusta poikkeamisen sääntelyä selkeästi lakitasolla ja sääntelytarkkuudeltaan tarkkarajaisin sekä täsmällisin oikeussäännöin. Ainoastaan tällaiset normit voivat olla ennakoitavia prosessin osapuolille.

> Kuitenkin osa vapaan todistusteorian poikkeuksista on kirjoitettu selvästi joustavan oikeussäännön kaltaiseksi, kuten mainittu hyödyntämiskiellon yleissäännös (OK 17:25.3), jonka harkinnassa huomioon otettavia seikkoja arvioidaan kieltonormin täyttymisen edellytyksinä. Se on tuomioistuimelle asetettuna harkintasäännöksenä luonteeltaan enemmälti puolijoustava normi ja poikkeaa merkittävästi primaarisesti vapaata todistelua rajoittavista oikeussäännöistä.[723]

Koska tutkimukseni keskittyy oikeudenkäyntiin ja painottuu erityisesti hyödyntämiskieltoon ilmiönä, määritän tässä kieltonormeiksi hyödyntämiskiellon, todistamiskiellon ja käyttökiellon, joiden käsitteenmäärittely toimii tutkimuksen jatkon pohjana. Tutkimuksen rajaaminen oikeudenkäyntivaiheeseen ja painottaminen hyödyntämiskieltonäkökulmaan sulkee itsessään tietyt käsitteelliset rajanvedot tutkimuksen mielenkiinnon ulkopuolelle. Käsitteistön määritteleminen ja tietyntasoinen problematisointi on kuitenkin tärkeää oikeudellisen ilmiön selkiyttämisen kannalta, ja toisaalta viimeisimpänä Jämsän aloittama keskustelu käsitteistön muutostarpeista ansaitsee tieteellistä vuoropuhelua. Olennaista tutkimuksen kannalta on keskittyä erilaisten todistelunormien ja näistä erityisesti kieltonormien pakottavuuden ja seurausten tarkasteluun, jotta sen normikokonaisuuden tunnistaminen, joilla on hyödyntämiskieltoseuraamus, on mahdollista. Tällöin tutkimuksen kannalta relevanttien oikeusääntöjen tulkinta ja jopa käytännön ratkaisusuositukset ovat mahdollisia, missä kontekstissa keskiössä ovat oikeuden eri tasojen ja oikeuslähteiden etusijan sekä normien luonteen hyödyntäminen systeeminmuodostuksen taustana.

### *6.4.1 Hyödyntämiskielto*

Käsitteenä hyödyntämiskielto on sekä oikeudellinen ilmiö eli seuraamus että erillinen kieltonormi. Hyödyntämiskieltoa käsiteltäessä on olennainen merkitys sillä,

722 Ks. sääntelytarkkuuden käsitteestä ja merkitysestä tarkemmin esim. Puurunen 2017, s. 344–355.

723 Sama koskee todistamiskieltonormien murtamisperusteina säädettyjä erittäin tärkeitä syitä, joiden soveltamisala on kuitenkin kapeampi, koska lähtökohtana on todistelun kieltämisestä poikkeaminen, eikä todistelun vapaudesta poikkeaminen kuten hyödyntämiskiellon yleissäännöksen arvioitavissa perusteissa.

kumpaa asiayhteydessä tarkoitetaan. Ensiksi mainitussa käsityksessä hyödyntämiskielto on niin sanotusti epäitsenäinen eli prosessuaalinen sanktio todistamiskiellon rikkomisesta silloin, kun todistamiskiellosta puhutaan kieltonormina, jonka noudattaminen estää todistelun hankkimisen tai esittämisen ja jonka rikkominen hyödyntämiskieltoseuraamuksen vuoksi estää todisteen päätymisen lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon.[724] Viimeksi mainitussa käsityksessä hyödyntämiskielto on oikeussääntö OK 17:25:ssä, tarkalleen kieltonormi, joka kieltää tuomioistuinta hyödyntämästä hankittua ja mahdollisesti jo esitettyä todistetta.

Ennen todistelu-uudistusta oikeustieteessä käsitettiin hyödyntämiskiellot lähinnä todistamiskiellon toteuttajana, prosessuaalisena sanktiona jonkin todistamiskiellon rikkomisesta.[725] Hyödyntämiskielloille annettiin epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen merkitys, mutta todistelu-uudistuksessa hyödyntämiskiellon tultua nimenomaiseksi säännökseksi on tarkasteltava myös sitä, onko tämä käsitys vanhentunut tai epätäsmällinen. Myös Pölönen on jakanut hyödyntämiskiellot hyödyntämiskieltomääritelmänsä perusteella itsenäisiin ja epäitsenäisiin sen mukaan, onko hyödyntämiskielto seuraamus todistamiskiellon rikkomisesta, jolloin kysymyksessä olisi epäitsenäinen hyödyntämiskielto. Itsenäisen hyödyntämiskiellon taustalla Pölösen mukaan olisi tyypillisesti perus- tai ihmisoikeusloukkaus.[726] Pölösen kuvaaman jaottelun mielekkyys on kiinni todistamiskieltokäsitteen määrittelemisestä, samoin kuin relatiivisen ja absoluuttisen todistamiskiellon osalta on.

Riekkinen on kuvannut hyödyntämiskieltoa oikeussääntönä kieltonormin luonteen kautta siten, että todisteen hyödyntämiskielto tarkoittaa jonkinlaista oikeudellista kieltonormia, joka kieltää todisteen käyttämisen hyväksi jossakin prosessin vaiheessa.[727] Määritelmä on hyödyntämiskieltoa normina määrittävä ja sellaisena

724 Tällaista todistamiskiellon rikkomisesta johtuvaa seuraamusta ei vain ole kirjattu lakiin, koska se seuraa luonnollisesti todistamiskieltonormin rikkomisesta.

725 Virolainen (1998, s. 424) ja Hormia (1978, s. 32) ovat katsoneet, että hyödyntämiskielto on lähtökohtaisesti todistamiskieltoa seuraava sanktio, eli sen luonne on pääosin epäitsenäinen. Hyödyntämiskielto voidaan määrittää myös tavoitteidensa näkökulmasta, eli siitä, onko todistetta mahdollista käyttää tuomioharkinnassa. Tällöin hyödyntämiskiellon määritelmä ei keskity pelkästään todistamiskieltojen seuraukseksi. Pölönen edustaa tätä laveampaa määritelmää, johon erityisesti todistelu-uudistuksen jälkeen olen niin ikään taipuvainen. Todistamiskiellon ja hyödyntämiskiellon käsitteistön tutkiminen jokseenkin toisistaan riippumatta on perusteltua niiden osin erillisten prosessuaalisten vaiheiden, tavoitteiden, ja kohteiden vuoksi. Erityisesti perus- ja ihmisoikeusnormien vuoksi hyödyntämiskieltojen tavoitteisto ja merkitys ansaitsee oman tarkastelunsa. Ks. Pölönen 2003, s. 206; Virolainen – Pölönen 2004, s. 317 ja Vuorenpää 2007, s. 57.

726 Pölönen 2003, s. 206–207. Määrittely on ongelmallinen ensinnäkin siitä näkökulmasta, että on melko vaikea keksiä tilannetta, jossa olisi perus- tai ihmisoikeusloukkaus, mutta joka ei täyttäisi todistamiskiellon käsitettä, jos todistamiskielto määritellään jaksossa 6.4.2 viitatun Pölösen määritelmän mukaan. Sen sijaan en näe ongelmallisena käsittää itsenäisinä hyödyntämiskieltoina hyödyntämiskiellon yleissäännöksen mukaisesti asetettuja hyödyntämiskieltoja. Kuitenkin elementaariset hyödyntämiskiellot eivät ole itsenäisiä, koska niiden taustalla on kieltosäännös, joka todistelun hankkimisen tilanteessa voidaan katsoa todistusmetodikielloksi.

727 Riekkinen 2014, s. 123.

yleistasoinen, sillä se ei tee eroa todistamiskiellon ja hyödyntämiskiellon välille, koska ilmaisuna todisteen hyväksi käyttämisen kieltäminen voi viitata yhtä hyvin todistamiskieltonormiin. Tästä näkökulmasta määritelmä on haasteellinen siltä osin, kuin se tarkoittaisi etäishyödyntämisen kieltämistä.[728]

OK 17:25:n hyödyntämiskieltosäännös koostuu kolmesta tuomioistuimelle kohdistetusta kiellosta, jotka jakautuvat omiin momentteihin. Ensimmäinen (OK 17:25.1) koskee kiduttamalla hankittua todistetta, toinen (OK 17:25.2) itsekriminointisuojaa loukaten hankittua todistetta ja kolmas (OK 17:25.3) on niin kutsuttu hyödyntämiskiellon yleissäännös. Kiellot ovat todistuskeinoneutraaleja, eli hyödyntämiskieltoon voidaan asettaa niin esine- kuin henkilötodiste. Kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämiskieltosäännös ja hyödyntämiskiellon yleissäännös ovat lisäksi soveltamisalaltaan yleisiä, eli ne aktualisoituvat sekä siviili- että rikosprosessissa, kun taas itsekriminointisuojaa koskeva 2 momentti koskee todisteen hyödyntämistä rikosasiassa.[729]

Hyödyntämiskieltosäännös on tarkkarajainen. Tarkastelussa on kuitenkin kiinnitettävä huomiota 3 momenttiin, jonka nojalla arvioitavat normit, jotka ovat usein oikeudenkäymiskaaren ulkopuolisia, eivät ole seuraamukseltaan samalla tavoin täsmällisiä kuin 1 ja 2 momentissa tarkoitetut taustanormit, kiduttamisen kielto ja itsekriminointisuoja, ovat perus- ja ihmisoikeussääntelyn nojalla. Käytännössä 3 momentti sisältää yleissäännön eli hyödyntämisen lähtökohtaisuuden ja erityissäännön eli hyödyntämiskelvottomuuden, jota säännöstä seuraamuksena tulkitaan säännöksessä annettujen kriteerien nojalla. Soveltamisala kattaa ennalta määrittämättömän joukon erilaisia menettelynormeja, joiden rikkomisen vaikutuksia momentin nojalla arvioidaan. Säännös on tarkkarajainen pääsäännölle asetettujen poikkeusten osalta siinä mielessä, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin käsite on määritelty EIS 6 artiklassa ja sen toteutumisen arvioinnille on annettu arvioitavien seikkojen lista. Tarkkarajaisuus hälvenee kuitenkin, mitä pidemmälle säännöksen yksityiskohtaisuuteen pureudutaan.

Hyödyntämiskiellon yleissäännös avoimeksi listaksi jätetyn harkintakriteeristönsä sekä kokonaisharkinnan mahdollisuuden näkökulmasta tekevät siitä puolijoustavan oikeussäännön. Se on vahvasti velvoittava oikeussääntö, eli sitä sovelletaan niin ikään ”*joko/tai*”-tyyppisesti, mutta sen soveltamisen aikaansaaman lopputuloksen arviointi ennalta on hankalaa, ja viime kädessä yksittäisten harkintakriteerien osalta päädytään periaatepunnintaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin normiluon-

728 Etäishyödyntämisellä tarkoitetaan tutkimuksen suuntaaminen laittomasti hankitun todisteen avulla. ”*Käyttäminen hyväksi*” voisi nimittäin kattaa todisteen käyttämisen hyväksi kiellon piiriin kuulumattomien todisteiden hankkimiseksi. ”*Käyttäminen hyväksi*” voisi viitata myös esittämiseen, eikä pelkästään hyödyntämiseen. Pelkkä esittäminen jossakin prosessin vaiheessa ei vielä johda hyödyntämiseen, mutta todisteen käyttäminen hyväksi jossakin prosessin vaiheessa voi tarkoittaa myös esittämistä, koska esittäessään todisteen esitutkintaviranomainen, syyttäjä tai asianosainen tosiasiassa käyttää todistetta hyväksi.

729 Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen osalta kannanotot ks. Pölönen – Tapanila 2015, s. 324.

teen vuoksi. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen arviointi on kokonaisharkintaa, jossa on huomioitava EIT:n oikeuskäytäntö EIS 6 artiklan osalta.[730] Oikeuslähdehierarkian ja tulkintametodien puitteissa oikeussäännön soveltamistilanteen ollessa epäselvä voi tulkinnassa sekä argumenttina että toisaalta itsenäisenä oikeuslähteenä käyttää myös muita EIT:n ratkaisuja, jos suojeltava oikeushyvä on ihmisoikeusperustainen. Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamistilanteessa rikottu taustanormi ei tosin aina kuulu ihmisoikeussäännösten ydinalueeseen, mutta oikeudenmukainen oikeudenkäynti itsessään kuuluu.[731] Mikäli todisteiden hyödyntäminen rikkoo EIS:n muita artikloja, se muodostaa samalla 6 artiklan rikkomisen.[732]

> Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen luonne on haasteellinen myös siksi, että se on kirjoitettu pääsäännön ilmaisevaksi eli OK 17:1:n vapauksia tukevaksi, mutta rajallisissa tilanteissa pääsäännöstä poikkeamisen mahdollistavaksi kieltonormiksi. Pääsäännön osalta normi on selkeä, mutta poikkeuksena hyödyntämiskieltoseuraamus ei kokonaisharkinnan lopputulemana ole erityisen hyvin ennakoitavissa. Tarkkarajaisuutta lisäisi se, jos harkintakriteerien lista olisi tyhjentävä ja jos lainvastainen hankkimistapa tarkoittaisi laintasoisen säännöksen vastaisuutta, jolloin alemman asteisten normien yllätyksellisyys ei heikentäisi ennakoitavuutta prosessitoimijoille. En voi kuitenkaan puoltaa tällaista muutosta, koska mainittu tarkkarajaisuuden aste aiheuttaisi yleissäännöksen muuttumista kasuistiikkaan, mikä ei ole tarpeen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen arvioinnissa.

730 Tarkkarajaisuus on siten yksityiskohdilta puutteellista ja harkintakriteerien tulkintaa sekä soveltamista täydentää EIT:n oikeuskäytäntö, koska EIS 6 artiklan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin tarkempi tulkintatehtävä on EIT:lla. Hyödyntämiskieltosäännös on todistamiskieltonormeista poikkeava juuri tästä syystä. EIT antaa hyödyntämiskieltoon säännöksen mukaan mahdollisesti johtavan loukkauksen EIS:n vastaisuudesta tulkintaratkaisuja. Tuomioistuimen ei tarvitse todistamiskieltojen soveltamisessa yhtä voimakkaasti perehtyä EIT:n oikeuskäytäntöön, koska todistamiskiellot ovat kansallista sääntelyä, osin myös suojeltavan oikeushyvän osalta, ja tarjoavat EIS:n vähimmäisvaatimukset ylittävää suojaa. Poikkeuksena tästä ovat sellaiset ihmisoikeusperustaiset oikeushyvät, joilla ei ole kotimaiseen sääntelyyn kirjattua aineellista säännöstä, kuten itsekriminointisuoja ja kidutuksen kielto, joista viime mainitun seuraamussääntely erikseen hyödyntämiskieltosäännöksessä on perusteltua. Sama koskee itsekriminointisuojan laajennosta. EIT:n tulkintalinjauksia KKO tarvitsee käytännössä aina OK 17:25.3:n soveltamistilanteissa, koska siinä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen arviointi on keskiössä. Tarve ilmenee mahdollisesti kinkkisissä kidutuksen kiellon ja itsekriminointisuojan rikkomista koskevissa tilanteissa.

731 Tällä tarkoitan sitä, että todistelumenettelyssä tehdyt rikkomukset harvemmin kuuluvat aineellisten ihmisoikeuksien ydinalueelle ja menettelyllisenä ihmisoikeusnormina oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus puolestaan asettaa vain vähän ehdottomia, oikeussäännön kaltaisia menettelynormeja yksittäisiin tilanteisiin sovellettavaksi. Ks. EIS:n normiluonteesta ja EIT:n prejudikaattien oikeutta luovasta funktiosta jaksossa 2.4.

732 Lundqvist 2018, s. 257.

Hyödyntämiskielto tulisi määritellä siten, että se on tuomioistuimen vapaata todistusharkintaa rajoittava kielto, joka on seurausta joko oikeuden tai velvollisuuden kieltäytyä todistamasta asettavan oikeussäännön rikkomisesta taikka perustuu erilliseen hyödyntämiskieltosäännökseen. Tässä merkityksessä hyödyntämiskiellon viimesijainen tarkoitus on estää vapaan todistusharkinnan mukaisen näytönarvioinnin suorittaminen kyseiselle todisteelle, vaikka todiste hankkimis- ja esittämiskiellosta huolimatta päätyisikin oikeudenkäynnissä esitetyksi. Hyödyntämiskielto seuraamuksena olisi sen sijaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) tilanteissa saatettava tuomioistuimen harkittavaksi.

### *6.4.2 Todistamiskielto*

Pyrin määrittelemään todistamiskiellon[733] terminä oikeustieteessä hyödyllisimmällä perustellulla tavalla, mutta aukotonta käsitteenmäärittelyä en tavoittele, koska tutkimuksen näkökulmasta sillä ei ole yllättäen niin suurta merkitystä. Hormian mukaan todistamiskiellon kanssa operoiva tutkija ei voi todeta todistamiskielto-termin merkityssisältöä, vaan määrää sen sillä perusteella, missä yhteydessä hän sitä käyttää tutkimuksessaan.[734] Todistamiskiellot on esitettävä todistusoikeuden kokonaiskuvassa, eikä irrallisina.[735]

Norjassa todistamiskielto-termiä on käytetty kolmessa merkityksessä: 1) todisteiden hankkimisen kielto, 2) todisteiden vastaanottamisen kielto tuomioistuimessa, ja 3) todisteiden käyttämisen kielto tutkinnassa, asian valmistelussa tai oikeuden päätösten perustana.[736] Torgersenin mukaan näistä ensimmäinen tulisi jättää todistamiskieltomääritelmän ulkopuolelle, koska todisteen lainvastainen hankkiminen on menettelyvirhe, eli todisteiden laiton hankkiminen itsessään on syy todistelun kieltämiselle, eikä se vaadi erillistä todistamiskieltonormia. Päätelmä on myös Suomessa useiden niin sanottujen todistusmetodikieltojen asemaa selkiyttävä, koska menettelysäännösten rikkominen esimerkiksi rikosprosessin aiemmassa vaiheessa voi aiheuttaa todisteen hyödyntämiskelvottomuuden arvioimisen mahdollisuuden. Toinen merkitys puolestaan tarkoittaa todisteiden esittämiskieltoa silloin, kun esittäminen tapahtuu tuomioistuimessa eli se ei kata tulkintaa, jossa esittämiseksi

733 Todistamiskiellon synonyymi on todistuskielto. Ks. Pölönen 2003, s. 181; Pölönen – Tapanila 2015, s. 229 ja Jämsä 2020, s. 4.

734 Hormia 1978, s. 69–70. Hormia (1978, s. 72) on huomauttanut, että koska oikeustermi on aikansa lapsi, sen merkityksen avaamiseksi termi on sijoitettava oikeaan koordinaatistoon, joka muuttuu ja kehittyy ajan saatossa. Todistamiskiellon käsitteen haasteena on, että sitä käytetään eri merkityksissä, mikä näyttäytyy oikeuskirjallisuudessa. Esimerkkinä tästä se, että Pölösen ja Tapanilan (2015, s. 230) mukaan yksityiselämän suojan ydinaluetta loukkaava todisteen hankkimismenettely ei vaadi edes todistamiskiellon rikkomista johtaakseen hyödyntämiskieltoon. Vuorenpää (2020, s. 121) on puolestaan pitänyt kannanottoa epäloogisena. Ks. myös Vuorenpää 2009, s. 23. Oletettavasti kannanottojen poikkeavuus toisistaan johtuu juuri siitä probleemasta, miten todistamiskielto määritellään.

735 Hormia 1978, s. 75.

736 Torgersen 2009, s. 3.

kutsutaan myös rikosprosessin aiempien vaiheiden esittämistoimia. Tällöin hankkiminen ja esittäminen erotetaan toisistaan.[737] Torgersenin mukaan esittämiskielto tarkoittaa ainakin kieltoa arvioida todistetta, mutta ei välttämättä kiellä todisteen vastaanottamista.[738] Todistamiskielto tulisi Torgersenin mukaan ymmärtää kolmannessa merkityksessä eli kohdistaa tuomioistuimen päätöksen perusteena oleviin todisteisiin, jolloin todistamiskielto estää todisteiden huomioon ottamisen tosiseikkojen määrittelyssä.[739] Tällainen todistamiskielto toteutetaan siten, ettei tuomioistuin saa mitään käsitystä todisteen sisällöstä, jolloin sen oikeusvaikutuksen on tarkoitus rajoittaa oikeudenkäyntiaineistoa. Lopulta kyseessä on myös tuomioistuimeen kohdistuva kielto ottaa todiste huomioon todisteiden arvioinnissa, eli kieltoon liittyy hyödyntämiskieltoseuraamus.

Todistamiskiellon määritelmää voidaan lähestyä käsitteellisesti ja tarkentaa määrittelyä lakisystemaattisen tai normiteoreettisen luonteen sekä kiellon tarkoituksen ja vaikutuksen kautta. Todistamiskielto voidaan määritellä laajasti siten, että sillä tarkoitetaan kaikkia poikkeamia vapaasta todistelusta, tai suppeasti, jolloin todistamiskiellolla ymmärretään ainoastaan laissa säädettyjä kieltonormeja vapaasta todistelusta eli niin kutsuttuja todisteiden hankkimis- ja esittämiskieltoja.[740] Hormian mukaan todistamiskiellon synonyymi on todisteiden esittämiskielto, mutta se ei tarkoita samaa kuin todistamisen este.[741] Todistamiskielto on niin ikään eri asia kuin todisteiden harkintaa ohjaava todistussääntö.[742] Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa on todistamiskieltoja käsitelty joko laajassa tai suppeassa määritelmässä myös siten, että laajassa mielessä todistamiskiellolla tarkoitetaan kaikkia säännöksiä, jotka rajoittavat todistelun vapautta, jolloin todistamiskiellon on katsottu laajimmillaan käsittävän niin todisteiden hankkimiseen ja esittämiseen kuin myös hyödyntämiseen kohdistuvat oikeudelliset rajoitteet.[743] Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa esimer-

737 Todisteiden hankkimisen ja esittämisen ero, silloin kun esittäminen käsitetään hankkimisesta erillisenä toimena, on tärkeä, sillä se vaikuttaa siihen, miten todisteiden laittomasta hankkimisesta seuraa. Joko laiton hankkiminen ei koskaan johda todisteiden esittämiskieltoon, johtaa aina todisteiden esittämiskieltoon, tai laiton hankkiminen voi johtaa todisteiden esittämiskieltoon tietyissä olosuhteissa. Ks. Torgersen 2009, s. 11.

738 Torgersen 2009, s. 3.

739 Torgersen 2009, s. 3–4. Myös Saksassa todistamiskielto viittaa todisteiden jättämiseen arvioinnin ulkopuolelle, ei välttämättä niiden vastaanottamisen kieltämiseen. Meyer-Goßnerin (2005, s. 963) mukaan todisteiden esittämiskielto tarkoittaa "*Ausschluss aus der Beweiswurdigung*", eli todisteiden pois jättämistä arvioinnista.

740 Riekkinen 2014, s. 124–125.

741 Hormia 1978, s. 64–65.

742 Hormia 1978, s. 75.

743 Hormia 1978, s. 64–65 ja 68. Tämä määritelmä ei ole enää todistelu-uudistuksen jälkeen riittävän täsmällinen todistamis- ja hyödyntämiskieltojen käsitteiden erottamisen kannalta, sillä todistamiskielloissa on kysymys todisteen hankkimista tai esittämistä koskevasta kieltonormista ja hyödyntämiskielloissa kiellon rikkomisen seuraamuksesta. Määritelmä ei kerro todistamiskieltojen luonteesta tai vaikutuksesta riittävästi, koska tällaisiin rajoitteisiin mahtuu puhtaasti menettelyllisiäkin normeja, joiden tarkoitus ei ole kieltää tietyntyyppistä todistelua vaan huolehtia keskeisten prosessiperiaatteiden toteutumisesta.

kiksi Jämsä käsittelee todistamiskieltoina ainoastaan todistusteemaan tai todistuskeinoon kohdistuvia rajoitteita lukuun ottamatta myötävaikuttamattomuusperiaatetta, missä merkityksessä todistamiskiellot modifioivat kuultavan velvollisuutta tai oikeutta kertoa merkitykselliset tietonsa tai luovuttaa esineitä tai asiakirjoa.[744]

Todistusoikeuden normisto voidaan jakaa muodolliseen ja aineelliseen siten, että muodolliset normit järjestävät todistelumenettelyn ja aineelliset normit määrittävät vaitiolo-oikeuden ja vaitiolovelvollisuuden laajuuden. Todistamiskieltoja kuuluu molempiin ryhmiin,[745] eli osa todistamiskielloista on säädetty toteuttamaan prosessuaalisia ja osa aineellisia tavoitteita. Hormia on todennut, että todistamiskieltonormit vaikuttavat osaltaan asiaratkaisun totuusarvoon, koska ne vaikuttavat näyttöratkaisun riittävyyteen ja luotettavuuteen. Hän on jakanut määrittelyn siten, että prosessuaalisiin tavoitteisiin kuuluu aineellisen totuuden tavoite ja aineellisiin tavoitteisiin yksilön oikeuksien suoja.[746]

Todistamiskielto on lakisystemaattiselta perusluonteeltaan todisteiden esittämistä pääkäsittelyssä rajoittava normi.[747] Luonteeltaan se on kuitenkin oikeudellinen kieltonormi, jolla lainsäätäjä on rajoittanut vapaan todistelun alaa.[748] Tällöin pelkkä hankkimis- ja esittämiskielloksi määrittely ei ole riittävä rajaus todistamiskieltosäännöksen käsitteelle, vaan normin olisi täytettävä myös kieltonormin edellytykset. Vielä tarkemmin todistamiskielloissa on kysymys velvoitenormeista eli käsky- tai kieltonormeista, joiden rikkominen johtaa prosessuaaliseen sanktioon eli seuraamuksena hyödyntämiskieltoon.

Hormia on ensin katsonut, että todistamiskielto voi perustua myös tavanomaiseen oikeuteen ja olla laissa sääntelemätön,[749] mutta korjannut kannanottoaan seuraavassa tutkimuksessaan varsin radikaalisti todeten, että todistamiskiellot ovat

744 Jämsä 2020, s. 184.

745 Hormia 1978, s. 78.

746 Hormia 1978, s. 50. Yksilön perusoikeuksien suoja sekä tärkeimmät valtion edut murtavat totuudentutkimiskäskyn. Osalla todistamiskielloista on myös todistelun luotettavuutta turvaava funktio. Ks. Hormia 1978, s. 98. Tätä ei pidä kuitenkaan ymmärtää virheellisesti niin, että luotettavuuden arvioiminen olisi nimenmaan todistamiskiellon asettamisharkintaan liittyvä tehtävä, vaan lainsäätäjä on jo ennakkoon valinnut mitkä todisteet ovat luotettavuudeltaan puutteellisia, siksi sitä ei pidä enää tehdä todistamiskiellon asettamisen harkinnassa edes sellaisten ehdollisten todistamiskieltojen osalta, joissa on harkinnanvaraa sen suhteen, onko lähtökohtaisesta todistamiskiellosta poikettava tuomioistuimen arvioiman painavan syyn vuoksi. Luotettavuudeltaan puutteellisille todisteille säädetty todistamiskielto ikään kuin poistaa luotettavuusarvioinnin todistusharkinnasta, koska todisteen ei kuuluisi päätyä tähän vaiheeseen lainkaan, eikä tällaisen todisteen näyttöarvoa voi siksi alentaa hyödyntämiskieltoon asettamisen vaihtoehtona.

747 Jämsä 2020, s. 204.

748 Pölönen 2003, s. 182; Pölönen 2002, s. 1045; Hoppu 2021, s. 745 ja Jämsä 2015, s. 78. Pölönen (2003, s. 182) täsmentää, että todistamiskiellot ovat voimassa koko (rikos)prosessin ajan esitutkinnasta pääkäsittelyyn ja ne velvoittavat yhtä lailla poliisia, syyttäjää ja tuomioistuinta. On kuitenkin havaittava, että määritelmä on liian yleinen ja käsittää myös paljon muita todistelun laajuutta rajoittavia tekijöitä.

749 Hormia 1978, s. 100.

poikkeuksia, jotka edellyttävät nimenomaista säännöstä.[750] Vapaa todistelu on pääsääntö, josta tehtyjen rajoitusten tulee olla sekä laissa säädettyjä että sisällöltään mahdollisimman tarkasti määriteltyjä, jotta totuuden tavoittelu olisi edes teoriassa mahdollista. Samoin velvollisuus todistaa oikeudenkäynnissä on vahva lähtökohta, josta voidaan poiketa vain harvoin. Rajoituksilta poikkeussääntöintä vaaditaan tarkkarajaisuutta ja toisaalta rajoitussäännöstä tulkitaan suppeasti, joten sääntelyn tarkkarajaisuuden ja täsmällisyyden on toteuduttava. Vaikka oikeudenkäymiskaari on kirjoitettu prosessissa toimiville juristeille, ei oikeudenkäynti voi perustua yllättäviin tai sattumanvaraisiin seikkoihin varsinkaan todistelun osalta, joka on koko prosessin sisällöllinen ydin ja määrittää tuomion lopputuloksen.

Todistamiskiellon voi määritellä vaikutustensa kautta. Lundqvistin[751] mukaan todistamiskieltoon kuuluu sekä kielto hankkia näyttöä että kielto käyttää kyseistä näyttöä. Jämsän[752] mukaan tällaisen määritelmän mukainen todistamiskielto käsittäisi myös itsenäiset hyödyntämiskiellot, jotka eivät edellytä todistamiskiellon rikkomista, mutta nähdäkseni se voi yhtä lailla kuvata myös sitä, että todistamiskiellosta seuraa hyödyntämiskielto. Tätä näkökulmaa tukee myös se, että todistamiskielto tarkoittaa tiettyä normiaineistoa ja viranomaiskäyttäytymistä, josta poikkeaminen on oikeustosiasia, jonka prosessuaalisena oikeusseuraamuksena on hyödyntämiskielto. Hormian, Virolaisen ja Pölösen mukaan todistamiskiellon rikkomisesta pitäisi pääsääntöisesti seurata kielto hyödyntää kielletyin keinoin saadun todisteen hyödyntäminen näyttönä.[753] Hyödyntämiskielto tulee siten ajankohtaiseksi, jos todistamiskiellon alainen todiste kaikesta huolimatta esitetään oikeudessa.[754] Tällöin on virheellistä sanoa, että todistamiskiellot rajoittavat vapaata todisteiden harkintaa.[755] Hormia on täsmentänyt, että vaikka näin tosiasiassa lopulta onkin, ei todistamiskiellon funktio ole suoraan tämä, vaan se on hyödyntämiskiellon funktio

750 Hormia 1979, s. 41. Näin myös Pölönen 2003, s. 186, jonka mukaan "*todistamiskiellosta voidaan puhua vain, jos laissa on osoitettu selvät, pakottavat normit jonkin todisteen kiellettynä pitämisestä*."

751 Lundqvist 1998, s. 26.

752 Jämsä 2015, s. 78.

753 Ks. Hormia 1978, s. 32; Hormia 1979, s. 162 ja Virolainen 1998, s. 424 ja 426. Pölönen (2003, s. 224) perustaa näkemyksensä siihen, että hyödyntämiskielto olisi asetettava, jos todisteen hyödyntämisestä johtuisi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin rikkominen, perus- tai ihmisoikeusloukkaus tai muu asian laatu huomioiden suhteettoman vakava perus- tai ihmisoikeusrajoitus. Vrt. tätä näkemystä siihen, että Pölösen (2003, s. 205) mukaan todistamiskiellon rikkominen ei aina johda hyödyntämiskieltoon, minkä lauseen paikkansapitävyyden toteamiseksi on paneuduttava todistamiskiellon käsitteeseen ja todistamiskieltonormin säädöstekniseen puoleen. Lundqvist on katsonut, että epäoikeudenmukaisesti hankitun todisteen hyödyntämismahdollisuudelle on olemassa raja, jonka ylittäminen merkitsee hyödyntämiskieltoa. Ks. Lundqvist 1998, s. 230–231. Vrt. KKO 2006:107, jonka mukaan ehdottomat todistamiskiellot ovat poikkeuksellisia ja toisaalta KKO 1995:66, jonka mukaan osa todistamiskielloista on tulkittavissa ehdottomasti hyödyntämiskieltoa vaativiksi.

754 Riekkinen 2019, s. 409.

755 Hormia 1978, s. 66–67.

todistusharkinnan oikeudelliselta osalta.[756] Tällainen hyödyntämiskiellon seuraamusvaikutus on ainakin vahvasti velvoittavilla oikeussäännöillä, jotka on kirjoitettu kieltonormin muotoon ja joita sovelletaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) asemesta.

Todistamiskielto on alun perin oikeustieteessä luotu termi nimenomaisille kielloille todistaa. Tällöin käsite sisältää tarkalleen ottaen ainoastaan säännökset, joiden nojalla todistajalla on velvollisuus kieltäytyä todistamasta. Todistamiskielto-termiä käytetään OK 17 luvun uudistuksen esitöissä käsitteen piiriin kuuluvien säännösten yksilöimisessä ja osin käsitettä myös määritellään hallituksen esityksessä, jonka mukaan todistamiskieltoja ovat säännökset, jotka osoittavat velvollisuutta kieltäytyä todistamasta.[757] Oikeus kieltäytyä todistamasta rinnastetaan vaikutuksiltaan velvollisuuteen kieltäytyä todistamasta, silloin kun oikeuteen vedotaan.[758] OK 17 luvussa on väliotsikko "*velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta*", jonka alle sijoittuvat 10–23 §:t, joista 10–21 §:t sisältävät varsinaisen kieltonormin. Säännökset ovat pakottavia ja rajoittavat sitä, mistä aiheista ja millä tavoin voidaan todistaa.[759] Näitä kaikkia OK:n sisältämiä kieltoperusteita, sekä oikeuksia että velvollisuuksia kieltäytyä todistamasta, voidaan kutsua todistamiskielloiksi.[760] Tämä on perusteltua siitä näkökulmasta, että henkilön käyttäessä OK:ssa säädettyä oikeuttaan kieltäytyä todistamasta oikeusvaikutus on sama kuin varsinaisilla todistamiskielloilla, jotka asettavat velvollisuuden kieltäytyä. Kysymys on vain siitä, että kieltäytymisoikeuden haltijalla on päätäntävalta sen suhteen, käyttääkö hän oikeuttaan vai ei.

Velvollisuudet kieltäytyä todistamasta ovat selkeitä velvoitenormeja, jotka asettavat toimintaohjeet määritellylle taholle siten, että niissä kielletään henkilöä todistamasta. Oikeudet kieltäytyä todistamasta ovat siinä mielessä kieltonormeja, että niiden soveltuessa kielto tällaista oikeutta rikkovan todistelun esittämiselle kohdistuu muihin oikeudenkäynnin osapuoliin. Toisaalta oikeus kieltäytyä todistamasta on todistajalle luonteeltaan salliva oikeusnormi, joka antaa oikeuden toimia asetetusta pääsäännöstä eli todistamisvelvollisuudesta poikkeavalla tavalla. Voisi karkeasti myös ilmaista, että velvollisuus kieltäytyä todistamasta kuuluu kieltonormeihin, kun

---

756 Hormia 1978, s. 76.

757 HE 46/2014 vp, s. 11. OK 17 luvun uudistamista koskevista esitöistä ei kuitenkaan saa täydellistä käsitteenmäärittelyä todistamiskiellolle.

758 HE 46/2014 vp, s. 92.

759 Ks. Pölönen 2003, s. 183–184.

760 Ks. tarkemmin esim. Rautio – Frände 2016, s. 33. Jämsä sen sijaan lukee todistamiskielloiksi ainoastaan sellaiset laissa säädetyt velvollisuudet tai oikeudet kieltäytyä todistamasta, joiden tarkoituksena on suojata jotain julkista tai yksityistä salassapitointressiä, jolloin todistamiskieltonormien osalta olisi kyse OK 17:10–16:n ja OK 17:19–22:n säännöksistä. Jämsä 2020, s. 183. Jämsä jättää OK 17:17 ja 18:n säädösjoukon ulkopuolelle, mikä on tarpeetonta. Läheisen kokonaiskieltäytymisoikeuden sekä itse- ja läheiskriminointisuojan salassapitointressi on yksityinen. Riippumatta siitä, ettei kysymyksessä ole eritelty salaisuus, on intressinä perhe- ja yksityiselämän suojaan liittyvä salassapito, johon turvautumisesta disponoi todistaja.

taas oikeus kieltäytyä todistamasta kuuluu enemmälti käskynormeihin sillä perusteella, että se käskee viranomaista tilanteessa, jossa todistaja päättää käyttää oikeuttaan – jonkun oikeus on toisen velvollisuus. Velvoitenormi sisältää aina taustaltaan jonkin suojeltavan oikeushyvän, jota normin asettamalla käskyllä tai kiellolla suojataan. Molempien tyyppien käsittelyä saman ylänimikkeen alla puoltaa myös se, että niillä on yhtäläinen seuraamus eli hyödyntämiskielto. Kumpaakaan kieltotyyppiä ei tarkastella hyödyntämiskiellon yleissäännöksen eli OK 17:25.3:n kautta. Tämän vuoksi velvoitenormi soveltuu erityisen hyvin todistamiskieltojen normiluokaksi ja erottelee ne muista todistamissäännöistä, jotka vaativat rikkomistilanteissa suojeltavan oikeushyvän eli oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen arvioinnin hyödyntämiskiellon yleissäännöksessä (OK 17:25.3) seuraamusnormikseen.[761]

> Päätelmää tukee myös se, että todistamiskieltoja on tarpeen analysoida ja systematisoida erityyppisten loukkausten näkökulmasta, jolloin todistamiskielloiksi on syytä nimittää ainoastaan hyödyntämiskieltoseuraamuksellisia normeja, joilla suojellaan prosessinulkoista oikeushyvää. Todistamiskieltonormeiksi käsitetystä todistamiskielloista voidaan tällöin sanoa, että lainsäätäjä on hyväksynyt todisteiden rajaamisen oikeudenkäynnin ulkopuolelle painavin syin, joiden perusteella on säädetty vaitiolo-oikeudesta, joka johtaa oikeuteen olla todistamatta ja vaitiolovelvollisuudesta, joka johtaa velvollisuuteen kieltäytyä todistamasta eli todistamiskieltoon.[762]

Tällä jaottelulla voi OK 17:25.1:n taustalla olevan kiduttamisen kiellon normin[763] lukea kuuluvaksi todistamiskieltonormeihin, joista on selkeyden vuoksi annettu erillinen hyödyntämiskieltosäännös, koska kieltoa ei ole ollut tarpeen säätää OK:ssa uudelleen sen sisältyessä ylikansalliseen sääntelyyn.[764] Samoin todistusmetodikielloksi voidaan lukea myös kiduttamisen määritelmän täyttämätön, lievempi kohtelu, jota kuitenkin arvioidaan OK 17:25.3:n nojalla paitsi, jos kysymyksessä on epäillyn

761 Velvoitenormit voidaan myös erotella ensiasteen ja toisen asteen eli ns. metatason velvoitenormeihin niiden kohteen mukaan. Tällöin ensiasteen normit määrittävät ihmisten velvollisuuksia toisiaan tai julkista valtaa kohtaan ja metatason normit velvoittavat primaarisesti viranomaisia, mutta kompetenssinormeina vaikuttavat myös ihmisiin. Todistamis- ja hyödyntämiskiellot kuuluvat pääasiassa metatason normeihin, niiden varsinaisen sovellettavuuden kohdistuessa oikeudenkäyntivaiheeseen ja kohdistuvan viime kädessä tuomioistuimen päätöksentekoon sekä rikosprosessissa myös prosessin aiempiin vaiheisiin ja poliisi- sekä syyttäjäviranomaisiin. Tällaisina metatason normeina ne kuuluvat prosessioikeuden täytäntöönpanonormeihin, koska niiden perimmäinen funktio on ihmisten välisten velvollisuuksien ja oikeuksien sekä yksityisten oikeushyvien suojaamien ensiasteen normien tehoisaksi tekeminen. Toisaalta osa todistamiskielloista itsessään määrittää sekundaarisesti ensiasteen normin tavoin ihmisten velvollisuuksia toisiaan kohtaan. Ks. tarkemmin normiteoriasta ja normien tunnistamisesta sekä velvoitenormien jaottelusta Siltala 2000, s. 671–672.

762 Sanamuoto HE 46/2014 vp, s. 11.

763 EIS 3 artikla, YK:n kidutuksen vastaisen sopimuksen 15 artikla, KP-sopimus 7 artikla ja PL 7.2 §.

764 Ks. Pölönen 2003, s. 188 av. 31. Samoin Jämsä 2020, s. 299.

tai syytetyn tunnustus, mistä seuraa EIT:n oikeuskäytännön mukaisesti hyödyntämiskielto ilman erillistä harkintaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisesta. Sen sijaan OK 17:25.2 on erikoisempi tapaus systematiikan näkökulmasta. Sen ensimmäinen lause on todistamiskieltotaustainen hyödyntämiskielto, eli sekä lakiteknisesti että asiallisesti asian mainitseminen erillisessä hyödyntämiskieltosäännöksessä on turhaa. Toisaalta valinta lienee kielellinen, koska momentissa säädetty laajennos itsekriminointisuojan vaikutukselle ei ole todistamiskieltotaustainen, vaan se on teknisesti pelkkä seuraamusnormi, koska se ei kiellä todisteen hankkimista ja esittämistä, vaan ainoastaan sen hyödyntämisen toisessa prosessissa.

Yksin hyödyntämiskieltoseuraamuksen aiheutuminen ei puolestaan ole todistamiskiellolle käsitteenä riittävä määritelmä, koska hyödyntämiskielto voi seurata muustakin säännöksestä, joka määrittää todisteen hankkimista. Tällöin sovelletaan hyödyntämiskiellon yleissäännöstä (OK 17:25.3) seuraamusnormina, jonka asettama pääsääntö on, että lainvastaisesti hankittua todistetta saa hyödyntää todisteena. Osaa normeista, joiden rikkomisen perusteella hyödyntämiskielto asetetaan, voi luonnehtia myös käsitteellisesti todistamiskielloiksi, mutta ei varsinaisesti todistamiskieltonormeiksi.[765] Tällaisia ovat useat sellaiset todistusmetodikiellot, jotka eivät ole edellä mainittuja velvollisuuksia tai oikeuksia kieltäytyä todistamasta, mutta jotka ohjaavat pakottavasti todisteiden hankkimista ja joiden noudattamatta jättäminen aiheuttaa oikeuskäytännön mukaisesti oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin rikkomisen. Ne eivät ole kieltomuotoisia normeja, vaan laissa säädetyn tasoisia todisteiden hankkimissäännöksiä, joista poikkeaminen johtaa päätelmään lainvastaisesta hankintatavasta. Todisteiden hankkimiskäytännössä tulisi asiaa tarkastella siten, että mikäli toiminta ei ole nimenomaisesti sallittua, se on kiellettyä.[766] Mikäli tällöin oikeuskäytännössä tyypillisesti katsotaan, että tietyn metodisäännöksen rikkominen johtaa hyödyntämiskieltoon OK 17:25.3:n harkinnan nojalla, voidaan hankkimisnormia kutsua käsitteellisesti todistamiskielloksi. Toisin sanoen normit, jotka johtavat OK 17:25.3:ssa säädetyn hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla hyödyntämiskiellon asettamiseen, eivät välttämättä ole todistamiskieltonormeja.

Tältä pohjalta ei olisi mielekästä lukea todistamiskiellon käsitteeseen myöskään niitä todistelusäännöksiä, jotka johtavat todistelutuloksen kieltämiseen eli

765 Perustan väitteeni velvoitenormin muodolle ja sille, että hyödyntämiskiellon yleissäännös on kutsumanimensä mukaisesti yleissääntö, jonka sijaan sovelletaan erityissääntöä, mikäli sellainen on samassa asiassa annettu. Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen sisäinen hierarkia on lisäksi kirjoitettu niin, että se asettaa ensin yleissäännöksi lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämiskelpoisuuden ja vasta tästä poikkeuksena oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista loukkaavien todisteiden hyödyntämiskelvottomuuden. Näin ollen oikeussäännöt, jotka johtavat hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamiseen, eivät ole täsmällisiä ja tarkkarajaisia kieltonormeja, joiden rikkomisesta olisi ilman ennakkoratkaisujen antamaa tulkintaa asetettu selkeä seuraamus. Niihin sisältyy kuitenkin merkittävä määrä niin sanottuja todistusmetodikieltoja, jotka käsitteellisesti kuuluvat todistamiskieltojen piiriin.

766 Lundqvist 2018, s. 581–582. Näkemys korostaa valtion velvollisuutta välttää oikeuksien loukkaamista.

hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) soveltamiseen, joka ei perustu menettelynormin rikkomiseen yksistään vaan painotus on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin säännöksen rikkomisessa ja jo hankitussa todisteessa.[767] Tällöin hyödyntämiskiellolla käsitteenä ja toisaalta todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännösten erottelulla OK:ssa hankkimisen ja esittämisen eli menettelyn kieltäviin normeihin ja seuraamusnormiin ei olisi mitään merkitystä. Tällainen määrittely ei myöskään palvelisi perustavanlaatuista väitettä siitä, ettei hyödyntämiskieltoa voi korvata näyttöarvon alentamisella.[768] Toisaalta puhtaat muotomääräykset ja todistamiskielloista metodikiellot ovat haastava erottaa toisistaan, koska osittain rikkomistapa voi ratkaista sen, onko kyseessä säädetyn muotoseikan menettelyllinen rikkominen vai sittenkin EIS 6 artiklassa tarkoitetun oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkaus. Tällöin seuraamuksen olemassaolo (hyödyntämiskielto) on yksi selkeä jakoperuste, koska puhtaalla muotomääräyksellä ei tällaista ole ja toisaalta hyödyntämiskielto seuraamuksena liittyy ainoastaan todistamiskieltoihin.[769] Se seikka, että hyödyntämiskiellon yleissäännös kattaa myös puhtaita muotomääräyksiä, ei tee niistä todistamiskieltonormeja, koska lähtökohtana ja pääsääntönä on näiden normien rikkomisesta huolimatta todisteen hyödyntäminen, mistä hyödyntämiskiellon yleissäännös on varsin harkinnanvarainen poikkeus.

Todistamiskielto-käsitettä voidaan käyttää joko tarkoittaen varsinaista kieltoa eli sitä, mikä todistelussa on kielletty, tai todistamiskieltonormia, joka asettaa poikkeuksen todistamisvelvollisuuden pääsäännölle. Asiayhteydestä ilmenee, kumpaa merkitystä tarkoitetaan, mutta käytännön selkeyden vuoksi on hyvä todeta, että todistamiskielto on todistamiskieltonormin sisältämä kieltolause ja todistamiskieltonormi voi lisäksi sisältää ehtoja, joilla lähtökohtaisesta kiellosta voidaan poiketa.[770]

> Todistamiskieltosäännöksiin on kirjattu kieltojen soveltamisen ehdot, jolloin esimerkiksi painavat syyt tai rikosasiassa epäillyn teon niin sanottu ylitörkeys aiheuttavat poikkeuksen kiellon soveltamiselle. Vastaavasti näin on silloin, kun kiellolla suojattu henkilö antaa suostumuksen tai luvan todistamiselle, jolloin kysymys on väistymisperusteesta.[771] Murtamisperusteen täyttävän

767 Yleissäännös kohdistuu todisteen elinkaaressa hankkimisen jälkeiseen vaiheeseen. Tällöin kyseessä on hyödyntämisen eli todisteen todistusharkintaan saattamisen estäminen. Tämä tekee normista puhtaan seuraamusnormin.

768 Tällaisen alentamisen voi tehdä millä tahansa luotettavuuteen vaikuttavalla syyllä, eikä se ole säädeltävissä.

769 Hormia 1978, s. 80–81.

770 Asia on huomionarvoinen todistamiskieltojen systematisointitapojen osalta.

771 Vastaavaa johtopäätöstä ei ole tarpeen tehdä oikeusperusteisista todistamiskielloista, koska todistajan oman päätösvallan käyttäminen siitä, käyttääkö hän oikeuttaan vaieta, ei ole oikeudellisesti erityisen mielenkiintoinen, koska tuolloin todistamiskieltonormia ei tarvitse edes soveltaa. Mielenmuutosten tilanteessa tai roolin vaihtuessa kesken prosessin asia on kuitenkin toinen, mihin palaan ko. säännösten kohdalla erikseen. Sanottu koskee myös todistamiskieltoja, joissa on asetettu väistymisperuste kieltonor-

> olosuhteen vallitessa kieltonormi ei täyty, mikäli tuomioistuin päättää käyttää murtamisperustetta, eli todistamiskieltoa ei ole kyseisessä tilanteessa.[772]

Olen ottanut todistamiskiellon käsitteenmäärittelyyn ja säännösten systematisointiin lähtökohdaksi kiellon normiteoreettisen luonteen, prosessinulkoisen oikeushyvän suojelemisen funktion ja lähtökohtaisen hyödyntämiskieltoseuraamuksen. Tällöin käyttökiellot menettelysäännösten rikkomisen vakavimpana seurauksena ja osa hyödyntämiskiellon yleissäännökseen johtavista taustanormeista eivät ole todistamiskieltoja.

### *6.4.3 Kirjallisen kertomuksen käyttökielto*

Pääkäsittely on pääperiaatteen mukaan suullinen, jolloin henkilötodistajan kuuleminen, joka tapahtuu pääkäsittelyssä, on niin ikään suullista. Kuten yleisessä osassa on tullut ilmi, vapaa todistelu palvelee oikeudenkäynnissä totuuden selvittämistä. Kuitenkin jos totuuden tavoittelua pidetään vapaan todistelun perustana, on johdonmukaista suhtautua skeptisesti todisteisiin, joiden luotettavuudessa on puutteita. Nämä epäilykset eivät välttämättä johda todisteen täydelliseen poissulkemiseen, vaan ongelman voi myös ratkaista laskemalla todisteen todistusarvoa. Tällöin ei tosin voi olla kysymyksessä hyödyntämiskiellon asettamisen harkinta, mikä ilmenee myös OK 17:24:ssä säädetystä kirjallisen kertomuksen käyttökieltoa koskevasta kielellisestä valinnasta lakisystematiikasta.

Kirjallisen kertomuksen käyttökielto on OK 17:24:n yläkäsite kertomuksista, joita tuomioistuimessa ei saa käyttää todisteena. Se kattaa kaksi kieltoluokkaa, joista on molemmista säädetty poikkeamismahdollisuuksia. Ensimmäinen on OK 17:24.1:n kielto käyttää todisteena oikeudenkäynnin varalta laadittua yksityisluontoista kertomusta, joka on annettu vireillä olevan tai alkavan oikeudenkäynnin varalta, eli niin sanottu yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen käyttökielto. Kertomusta voidaan kuitenkin käyttää todisteena momentissa erikseen luetelluissa poikkeuksissa, joita koskeva lista on tyhjentävä, mutta sen viimeinen kohta tarjoaa tuomioistuimelle mahdollisuuden erityisestä syystä sallia käyttäminen.[773] Toinen on

---

milla suojatun muun henkilön antaman suostumuksen tai luvan nojalla.

772 Tällaisessa tilanteessa arvioitavaksi voi tulla hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) nojalla hyödyntämiskiellon asettaminen, mikäli menettely todisteen hankinnassa ei ole rikkonut todistamiskieltonormia, mutta on muulla tavoin ollut säädetyn vastaista. Ks. seikkaperäisesti todistamiskieltojen ehdollisuudesta ja ehdottomuudesta jaksossa 7.4.2.

773 Poikkeukset: "*1) riita-asiassa, jossa sovinto on sallittu, asianosaiset suostuvat sen käyttämiseen todisteena, 2) vastaaja toimittaa sen tuomioistuimelle kiistäessään 5 luvun 14 §:ssä tarkoitetun kantajan juoksevaan velkakirjaan, vekseliin tai shekkiin perustuvan vaatimuksen vastauksensa yhteydessä kiistämisensä todennäköisten syiden tueksi, 3) muualla laissa toisin säädetään tai 4) tuomioistuin sen erityisestä syystä sallii.*" OK 17:7:n mukaan riita-asiassa, jossa sovinto on sallittu, asianosaisten on hankittava asiassa tarpeelliset todisteet, mutta tuomioistuimella on kuitenkin asian laadusta riippumatta oikeus hankkia omasta aloitteestaan asiantuntijalausunto. Koska todisteiden hankkiminen on dispositiivisessa riita-asiassa yksinomaan

2 momentin kielto käyttää todisteena esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa.[774] Säännös sisältää itsessään mahdollisuuden lakitasoisella oikeussäännöllä poiketa käyttökiellosta sekä lisäksi silloin, jos lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella taikka OK 17:8:n 5 kohtaa vastaavalla tavalla silloin, jos hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää.[775] Kolmas momentti koskee muualla kuin pääkäsittelyssä järjestettyä kuulemista rikosasiassa. Siinä säädetään kuulusteltavan henkilöön, kuten ikään ja henkisen toiminnan häiriintymiseen, perustuvista poikkeuksista sallia esitutkinnassa kuvattujen videotallenteiden tai muiden kuva- ja äänitallenteiden käyttäminen todisteena, jos syytetylle on varattu asianmukainen mahdollisuus esittää kuulusteltavalle kysymyksiä.[776] Säännöksellä suojellaan heikossa asemassa olevaa kuulusteltavaa ja toisaalta turvataan kontradiktorisuus, vaikka suullisuudesta poiketaan.[777] Tuomioistuimen on huomioitava kirjallisen kertomuksen käyttökielto viran puolesta.

Kirjallisen kertomuksen käyttökielto perustuu tavoitteeseen siitä, että ainoastaan todiste, joka on esitetty pääkäsittelyssä, voidaan ottaa huomioon asiaa ratkaistaessa, ja vielä eksaktimmin se perustuu OK 17:47:n todistelumenettelysäännökseen

---

asianosaisten tehtävä, on tarpeen jättää asianosaisten päätettäväksi myös todisteen laatu. Näin ollen kirjallinen kertomus todistajan henkilökohtaisen kuulemisen sijaan on mahdollista, mikäli asianosaiset suostuvat sen käyttämiseen. Hallituksen esityksen (HE 46/2014 vp, s. 83) mukaan, säännös ei loukkaa asianosaisen oikeusturvaa, koska hän päättää vasta kirjalliseen kertomukseen tutustuttuaan, suostuuko hän sen esittämiseen todisteena kertomuksen antajan suullisen kuulemisen sijaan.

774 Ks. aiemman sanamuodon osalta HE 82/1995 vp, s. 143, jossa muulla tallenteella tarkoitetaan esimerkiksi äänitettä tai videotallennetta.

775 Toisin sanoen todistajan tavoittamattomuustilanteissa, jonka arvioinnista ks. jaksossa 6.2, tuomioistuimella on mahdollisuus joko evätä näyttö kokonaan tai sallia esitutkintapöytäkirjaan tai vastaavaan dokumenttiin kirjatun lausuman käyttäminen. Edellytykset vastaavat OK 17:8:n 5 kohdan mahdollisuutta näytön epäämiseen.

776 Merkittävä osa kannanotoista säännöksen luonteesta todistelun rajoittamisessa on OK 17 luvun uudistamista edeltävältä ajalta, minkä vuoksi säännösten yhteneväisyys on tässä olennaista huomioida sekä käsitteellistää, jotta kannanotot voimassa olevan sääntelyn kontekstissa ovat selkeämpiä. Nykyinen OK 17:24 koostuu aiempaan sääntelyyn suhteutettuna siten, että OK 17:24.1:n kirjallisen yksityisluonteisen kertomuksen käyttökiellon pääsääntö vastasi todistelu-uudistusta edeltävän VanhOK 17:11.1:n 1 kohtaa. OK 17:24.2:n esitutkintapöytäkirjaan merkityn lausuman käyttökielto vastaa puolestaan VanhOK 17:11.1:n 2 kohtaa lukuun ottamatta uutta kiellosta poikkeamisen perustetta kuultavan tavoittamattomuustilanteessa. Voimassa olevan OK 17:24.3:n sisältämä käyttökielloista poikkeamisen mahdollisuus video- tai muuhun siihen rinnastettavaan kuva- tai äänitallenteeseen tallennetun kuulustelun käyttämiseksi todisteena kuultavan suojelutarkoituksessa silloin, kun kontradiktorisuus toteutuu, vastaa pääosin VanhOK 17:11.2:a.

777 Suojeluperuste sisältyy Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (2012/29/EU) rikoksen uhrien oikeuksia, tukea ja suojelua koskeviin vähimmäisvaatimuksiin sekä neuvoston puitepäätöksen (2001/220/YOS) korvaamisesta. Ks. suojeluperusteista tarkemmin direktiivin 22 artiklassa ja resitaaleissa 55–58. Ks. hyväksyttävästä syystä henkilökohtaisesta kuulemisesta poikkeamiseen esim. Aigner v. Itävalta (10.5.2012) ja kuulustelumahdollisuuden arvioinnista Vronchenko v. Viro (18.7.2013).

henkilökuulemisen suullisuudesta, jonka mukaan todistelutarkoituksessa kuultavan asianosaisen ja todistajan tulee esittää kertomuksensa suullisesti viittaamatta kirjalliseen kertomukseen.[778] Käyttökielloista poikkeuksena on todistelu, joka on erillisten säädösten nojalla saatu ottaa vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella mutta jota ei oteta OK 17:59.1:n mukaan uudelleen vastaan pääkäsittelyssä.[779] Myöskään poissaolokäsittelyssä[780] vastaajan antama kirjallinen vastaus ei siten ole luonteeltaan kirjallinen todiste, jonka merkitystä olisi tarpeellista arvioida hyödyntämiskiellon yleissäännöksen näkökulmasta, koska kysymys on siitä, sallitaanko todistajan kuuleminen tällä tavoin kirjallisesti vai edellytetäänkö hänen henkilökohtaista kuulemistaan. Rikkomustilanteessa kyseessä on siis menettelyvirhe, joka voi olla korjattavissa oikeassa muodossa esitettävällä todistelulla.[781] Lainsäätäjä ei ole halunnut antaa kontradiktorisuuden puutteiden johtaa täydelliseen hyödyntämiskelvottomuuteen, mihin Fränden mukaan on syynä totuuden tavoittelu. Todisteella, jossa on puutteita lähinnä luotettavuudessa, on silti jonkinlainen todistusarvo, ja lopulta todiste voi olla ratkaiseva oikeudenkäynnin lopputulokselle.[782]

Kirjallisen kertomuksen käyttökiellon tarkoitus on turvata pääkäsittelyn suullisuutta sekä todistelun välittömyyttä ja kontradiktorisuutta.[783] Kontradiktorisuuden vaatimus muodostaa keskeisen osan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta. Voidaan sanoa, että puutteet kontradiktorisuudessa luovat itsenäisen perusteen poikkeuksille vapaan todistelun säännöstä. Vapaan todistelun rajoitusperusteena kirjallisen kertomuksen käyttämiselle kontradiktorisuus palvelee niin osapuolten kyselyoikeuksia kuin todistelun luotettavuuden arviointia osana todistusharkintaa

778 Virolainen 2000, s. 675.

779 Rautio – Frände 2016, s. 30–31. OK 17:59.2:ssa säädetty tuomioistuimen selonteko pääkäsittelyssä sen ulkopuolella vastaanotetun todistelun yhteydessä kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta jää oikeushistoriaan erikseen laissa säädettävänä ajankohtana. Jatkossa suullinen todistelu voidaan ottaa tarpeellisilta osin uudelleen vastaan myös kuva- ja äänitallenteelta. Ks. HE 133/2021 vp.

780 Ks. ROL 6:6.1 pääkäsittelyn suullisuudesta ja poikkeamisesta (ROL 6:6.3) suullisuuteen poissaolokäsittelyn (ROL 8:1) osalta, jolloin tuomioistuimen on ROL 5:9.1:n mukaisesti kehotettava syytettyä vastaamaan haasteeseen kirjallisesti. Ks. HE 82/1995 vp, s. 86.

781 Ks. menettelyvirheen arvioinnista esim. KKO 1992:76, jossa korkein oikeus on todennut hovioikeuden menettelyvirheen asiassa, jossa oli käytetty kirjallista yksityisluonteista kertomusta todisteena sen sijaan, että kertomusten antajia olisi kuultu todistajina. Ks. myös KKO 1978 II 70, jossa Ruotsissa oleskelleen henkilön oikeudenkäynnin varalta antamaa yksityisluontoista kirjallista kertomusta ei saanut käyttää jutussa todisteena kuulematta kertomuksen antajaa henkilökohtaisesti todistajana. Korkein oikeus katsoi, että koska asiassa ollut esitetty erityistä syytä mainitun kertomuksen käyttämiselle todisteena ja koska kertomuksen antajaa olisi voitu kuulustuttaa todistajana Ruotsin tuomioistuimessa, eikä tätä ollut tehty, jätettiin huomiotta, mitä kertomuksessa oli esitetty. Korkein oikeus hylkäsi aiheettomana vaatimuksen jutun palauttamisesta alioikeuteen kirjallisen todistuksen antaneen henkilön kuulustuttamiseksi.

782 Frände 2015, s. 425.

783 Rautio – Frände 2016, s. 164. Fränden (2015, s. 423–424) mukaan säännöksen taustalla on keskeisenä kontradiktorisuuspuutteiden lisäksi todistelun välittömyyden puuttuminen, jonka painoarvoa säännöksen soveltamisharkinnassa on tosin vaikeampi määrittää.

havainnoimalla kuultavaa.[784] Henkilöä tulisi kuulla todistajana eikä käyttää hänen asiassa antamaansa kirjallista kertomusta kirjallisena todisteena, koska tällöin tuomioistuin ei voi tehdä havaintoja kertomuksen luotettavuudesta. Digitaalisten todisteiden, kuten OK 17:24.3:n poikkeamisperusteessa mainittujen, osalta tuomioistuimella on kirjoitettuun kertomukseen verrattuna parempi mahdollisuus kertomuksen luotettavuuden havainnointiin.

Tirkkonen on määritellyt, että kirjallinen todiste sisältää kirjallisessa muodossa annetun selityksen.[785] Kirjallinen todiste on siten esine tai reaalinen todistuskappale, jonka todistusvoima liittyy todisteen kirjalliseen sisältöön, eikä todistajan antama kirjallinen kertomus siksi ole kirjallinen todiste, vaan todistajan kuuleminen kirjallisesti, mikä on käyttöalaltaan rajattua.[786] Rudanko on esittänyt erinomaisen tiivistyksen todisteen luonteesta ja määrittelystä, minkä läpikäyminen taustoittaa näkemystäni käyttökiellon luonteesta. Rudangon mukaan todiste voidaan määritellä tietosisällöksi, josta tuomioistuin tekee päätelmiä teeman paikkansapitävyydestä. Todiste on joko reaalitodiste tai henkilötodiste,[787] jolloin sillä on merkitystä ulkoisena ilmiönä eli todistajan suullisena puheena tai asiakirjan fyysisenä kappaleena kieltojen jaottelussa. Todistusharkinnassa puolestaan merkitystä on todisteen sisällöllä, millä käsitetään todisteen osoittamat todistustosiseikat, aputosiseikat, muut seikastot tai väitteet tällaisista seikoista ja seikastoista.[788]

---

784 Kontradiktorisuus on keskeinen osa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista, eikä pelkkä kuulemistilaisuuden varaaminen ole riittävä tae, vaan asianosaisilla on oltava tasa-arvoinen mahdollisuus osallistua aktiivisesti ja tosiasiallisesti itseään koskevaan oikeudenkäyntiin. Fredman ym. 2020, s. 64. Ks. myös jakso 3.3. HE 46/2014 vp, s. 85 mukaan kontradiktorisuuden turvaamista arvioidaan rikosasiassa OK 17:24:n osalta sillä perusteella, onko syytetyllä ollut asianmukainen mahdollisuus esittää kysymyksiä. Käytännössä arviointikriteerinä on vastakuulusteluoikeuden toteuttamista koskevien OK 17:48 ja 49:n asettama mahdollisuuksien turvaamisen taso. Syytetyllä on oltava oikeus kuulustella myös syyttäjän todistajaa, jonka avulla syytteen paikkaansa pitävyyttä pyritään todistamaan. HE 82/1995 vp, s. 143. Jokela 2000, s. 316. Ks. esim. KKO 1991:84, KKO 1995:66. Poikkeuksena on kuitenkin esitutkintakertomus, muu asiakirja tai lausuma, jonka antajaa ei voida kuulustella edes pääkäsittelyn ulkopuolella. Ks. Jokela 2000, s. 319.

785 Tirkkonen 1964, s. 86.

786 Rajausperusteena on Hormian mukaan se, että tällaiset kertomukset ovat epäluotettavia. Hormia 1979, s. 129. Ks. myös Lappalainen – Rautio 2021, s. 610–617.

787 Henkilötodiste käsittää kaikki henkilöiden ns. omasanaiset kertomukset, eli asianosaiset, todistajat, asiantuntijat ja muut kuultavat. Poikkeuksena voi olla esimerkiksi lääkärintodistus, joka ei ole asiantuntijan kertomus, vaan todistuksena kirjallinen todiste. Mikäli lääkärin halutaan kertovan omista sellaisista havainnoistaan, jotka eivät ole ns. diagnoositietoa tai lääketieteellistä arviointia, hänet olisi kuulava suullisesti todistajana tai lääketieteellisistä seikoista yleisesti kertoessaan, asiantuntijana, jos kirjallista asiantuntijalausuntoa ei katsota riittäväksi. Ks. jakson 3.2 käsitteenmäärittely todistamiskeinoista. Asiantuntijalausunto annetaan kirjallisena, mutta ongelmallista kontradiktorisuuden näkökulmasta on, jos se sisältää tosiasiassa todistajankertomuksen, joka olisi annettava suullisesti. Ratkaisussa KKO 2021:73 on katsottu, että läheisen kertomus lääkärille ei ole ollut OK 17:24.2:ssa tarkoitettu kirjallinen kertomus vaan asiantuntijalausunto, joka otetaan nimenomaisesti kirjallisena vastaan.

788 Rudanko 2020, s. 73–75.

EIS 6.3 artiklan d kohta oikeudesta kuulustella ja kuulustuttaa todistajia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksena on osa kontradiktorisuutta.[789] Kysymys rikosasiassa siitä, saako kuulustelupöytäkirjaan kirjattua todistajanlausumaa hyödyntää oikeudenkäynnissä, ratkaistaan niin ikään kontradiktorisuuden toteutumista arvioimalla. EIS:n nojalla ei ole asetettu ehdotonta estettä kirjallisen todistajankertomuksen käyttämiselle ja tuomion perustamiselle tällaiseen aineistoon.[790] EIT:n ratkaisuja mukailevassa punninnassa empiirinen todistusharkinta ja juridinen normielementti sitoutuvat toisiinsa.[791] Silloin, kun punnitaan kontradiktorisuusperiaatetta ja heikommassa asemassa olevaa asianomistajan suojelua keskenään, EIT:n ratkaisukäytännön mukaan on kontradiktorisuuden osin väistyessä kiinnitettävä huomiota näytön kriittiseen arviointiin.[792] Tällöin esitutkintakertomuksen käyttäminen on mahdollista EIT:n oikeuskäytäntöä mukaillen varsin tiukoin edellytyksin. EIT:n oikeuskäytännössä prosessin tarkoituksenmukaisuusnäkökohdilla todistajan oikeudenkäyntiin saamisen hankaluudessa ei ole juuri merkitystä, vaan syytetyn kuulusteluoikeus on ensisijainen. EIT:n oikeuskäytännön mukaan tällaisessa tilanteessa esitutkintakertomuksen käyttäminen edellyttää, että syytetyn kuulusteluoikeuden toteuttamiseksi on ryhdytty kaikkiin tarpeellisiin toimenpiteisiin ja että kontradiktorisuuden puutteesta kärsivä todiste ei ole ratkaiseva, vaan pidemminkin täydentävä.[793]

Esitutkintakertomusta koskeva sääntelykokonaisuus muodostuu OK 17:47.2:sta (VanhOK 17:32.2), joka on poikkeus 1 momentissa säädetystä asianomistajan tai

789 Ks. jakso 2.4.2 EIS 6 artiklan sisällöstä.

790 Ks. Fredman ym. 2020, s. 69, jonka mukaan, esimerkiksi rikosasiassa, mikäli syytetyllä on ainakin avustajansa välityksellä ollut jossakin prosessin vaiheessa mahdollisuus esittää kysymyksiä todistajille, kirjallinen kuuleinen voi olla mahdollista.

791 Hirvelä 2006, s. 201 ja Huovila 2003, s. 178.

792 Pölönen 2003, s. 80 ja ratkaisukäytännöstä P.S. v. Saksa (20.12.2001) ja S.N. v. Ruotsi (2.7.2002), joita Hirvelä (2006, s. 192–193) kommentoi siten, että vastakuulusteluoikeuden rikkomista koskeva laiminlyönti ei välttämättä johda todisteen hyödyntämiskieltoon. Tällöin todiste voidaan hyväksyä, jos vastakuulusteluoikeutta ei ole voitu hyväksyttävästä syystä toteuttaa, eikä kyseessä ole ainoa samaan suuntaan osoittava tai ratkaiseva näyttö. Hirvelä argumentoi EIT:n ratkaisukäytännön osalta, että langettavaa tuomiota ei voi perustaa kokonaisuudessaan tai ratkaisevilta osiltaan näyttöön, jossa vastakuulustelumahdollisuutta ei ole ollut ja e-contrario tilanteissa, joissa vastakuulustelu on toimitettu, muodollista estettä langettavan ratkaisun perustumiseen tällaiseen näyttöön ei ole. Kriittisestä näytön arvioinnista ks. jaksossa 4.6.2.

793 Tapanila 2008, s. 143 ja 149. Esim. Mild ja Virtanen v. Suomi (26.7.2005) ja Taal v. Viro (22.11.2005). Myös korkein oikeus on antanut useita kontradiktorisuuden puutteeseen liittyviä ratkaisuja, joissa EIT:n ratkaisukäytännön linjauksia ja EIS 6.3 artiklan d kohdan syytetyn kuulusteluoikeutta on sovellettu: KKO 2006:107 ja KKO 2007:36. Lisäksi vielä varhaisemmasta oikeuskäytännöstä KKO 2000:71. Näistä ratkaisuista KKO 2007:36:ssa KKO katsoi, EIT:n langettavan ratkaisun jälkeen, että syytetyn kuulusteluoikeuden rikkominen tilanteessa, jossa tuomio perustui ratkaisevissa määrin tällaisiin todisteisiin, johti ylimääräisen muutoksenhaun kautta hovioikeuden tuomion purkamiseen. Mainituissa muissa ratkaisuissa korkein oikeus on sallinut esitutkintakertomusten hyödyntämisen todisteena, vaikka syytetyn kuulusteluoikeus ei ole toteutunut. Ks. tarkemmin EIT:n oikeuskäytännöstä ja KKO:n ratkaisuista Tapanila 2008, s. 140–146.

todistajan pääkäsittelyssä kuulemisen suullisuusvaatimuksesta sekä OK 17:24.2:sta. OK 17:24.2 kieltää esitutkintapöytäkirjan käyttämisen, ellei laissa toisin säädetä, paitsi jos lausuman antajaa ”*ei voida*” kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää.[794] OK 17:47.2:ssa puolestaan säädetään OK 17:24.2:n mahdollistama poikkeus. Sen mukaan kuultavan aikaisempaa esitutkintaviranomaiselle, syyttäjälle tai tuomioistuimelle antamaa kertomusta saa käyttää todisteena siltä osin kuin suullinen kertomus poikkeaa aikaisemmasta kertomuksesta tai kuultava ei enää oikeudenkäynnissä anna kertomusta. Tämän kirjallisen kertomuksen käyttökiellosta tehdyn poikkeuksen (OK 17:47.2) osalta on keskeistä havaita, että se ei mahdollista poikkeamista ohi todistamiskiellon eli oikeuden ja velvollisuuden kieltäytyä todistamasta, jos se rikkoisi todistuskeinoneutraalisuutta.

Korkein oikeus on ottanut sallivan linjan ratkaisussa KKO 2007:101 henkilötodistelun korvaamisesta esitutkintakertomuksella, kun todistajia ei saatu kutsuttua oikeudenkäyntiin asiassa, jossa heitä oli yritetty riittävästi tavoittaa oikeudenkäyntiä varten, eikä heidän todistamisensa ollut ratkaiseva tekijä näytön riittävyydelle.[795] KKO totesi, että myös EIT:n ratkaisukäytännön mukaan tavoittamatta jääneen todistajan esitutkintakertomuksen käyttäminen oikeudenkäynnissä edellyttää, että todistajan tavoittaminen on ollut mahdotonta ja toimivaltaiset viranomaiset ovat aktiivisesti etsineet todistajaa. Ratkaisussa KKO 2018:54 on puolestaan otettu kantaa oikeudenkäynnissä saapuvilla olleen ja pois jääneen asianomistajan osalta käyttökiellon ja todistelumenettelysäännöksen systematiikkaan. KKO katsoi, että asianomistajan esitutkinnassa antamaa kertomusta sai käyttää todisteena siltä osin, kun pääkäsittelyssä kuultavana ollut asianomistaja poikkesi esitutkinnassa antamastaan kertomuksesta. Sen sijaan asianomistajan, joka jätti saapumatta pääkäsittelyyn, esitutkintakertomusta ei saanut käyttää todisteena, koska OK 17:24.2:ssa säädetyt edellytykset vastakuulustelumahdollisuudesta poikkeamiselle, eli sekä tavoittamattomuus asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta että asian ratkaisemisen viivyttämiskelvottomuus, eivät täyttyneet.[796] Merkitystä ei annettu sille, että vastaaja

794 Kuulemista ”*ei voida*” toimittaa esimerkiksi tilanteessa, jossa todistaja on kuollut. Estyminen voi johtua myös tätä lievemmistä perusteista.

795 Ratkaisun KKO 2007:101 otsikko: ”*Kolmea ulkomaalaista henkilöä ei voitu kuulla todistajina käräjäoikeuden pääkäsittelyssä, kun heitä ei ollut saatu kutsuttua eikä kuuleminen ollut järjestynyt myöskään oikeusaputeitse. Heidän esitutkinnassa antamansa kertomukset voitiin ottaa oikeudenkäynnissä huomioon, koska heitä oli aktiivisesti yritetty tavoittaa eikä syyksi lukeva tuomio ratkaisevilta osin perustunut näihin esitutkintakertomuksiin*.”

796 Aiemmin ratkaisussa KKO 2017:93 korkein oikeus oli päätynyt samankaltaiseen ratkaisuun ja jättänyt todisteena huomioon ottamatta vastaajan toimeksiantajiksi väitettyjen henkilöiden kirjalliset kertomukset, jotka ilmenivät heitä koskevasta ulkomaisesta tuomiosta. Korkein oikeus perusteli ratkaisuaan ensinnäkin sillä, että väitettyjä toimeksiantajia ei ollut nimetty kuultaviksi asiassa eikä heitä siten ollut edes yritetty tavoittaa ja toiseksi sillä, ettei vastaajalla ole ollut mahdollisuutta kuulustella heitä missään prosessin vaiheessa. Muiden seikkojen osalta korkein oikeus salli ulkomaisen tuomion käyttämisen todisteena.

hyväksyi kertomuksen käyttämisen, koska tuomioistuimen on otettava käyttökielto viran puolesta huomioon, eikä poikkeamisperuste rikosasiassa kata osapuolen disponointia.

#### 6.4.3.1 Nostoja suhteesta todistamiskieltoihin

Oikeuskirjallisuudessa kirjallisen kertomuksen käyttökiellon kuulumisesta todistamiskieltoihin on oltu erimielisiä. Pölönen ei ole lukenut kieltoja suoraan todistamiskielloiksi, kun taas Riekkinen on. Riekkisen mukaan ne ovat lähtökohtaisesti sekä esittämis- että hyödyntämiskieltoja.[797] Riekkinen on pitänyt yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen käyttökieltoa luonteeltaan relatiivisena todistamis- ja hyödyntämiskieltona ja esitutkintapöytäkirjaan merkittyjen lausumien käyttökieltoa muodollisesti absoluuttisena todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännöksenä.[798] Pölönen on luonnehtinut käyttökieltoja toisistaan poikkeavalla tavalla siten, että yksityisluonteista kirjallista kertomusta (nyk. OK 17:24.1) hän on pitänyt todistelun välittömyyttä ja luotettavuutta suojaavana todistelusääntönä, josta on mahdollista poiketa.[799] Sen sijaan esitutkintakertomuksen käyttöön liittyvä sääntely kokonaisuutena muodostaa hänen mukaansa ainakin osittain todistamiskiellon säännösten sääntöluonteisuuden tai ehdottomuuden perusteella. Pölösen mukaan myös esitutkintapöytäkirjaan merkityn lausuman käyttökiellon voidaan sanoa olevan sääntöluonteinen, vaikka säännös edellyttää tapauskohtaista harkintaa siitä, milloin todistajan kuuleminen on mahdotonta.[800] Pölösen mukaan harkintavalta kohdistuu ”*ei voida*” -tilanteen olemassaolon harkintaan.[801] Uudemmassa todistusoikeudellisessa tutkimuksessa muun muassa Rudanko (2020) ei ole käsitellyt käyttökiellon luonnetta ja Jämsä on tyytynyt toteamaan, että käyttökiellon ja todistamiskiellon erottamisella toisistaan on lähinnä teoreettista merkitystä.[802]

Käyttökiellot eivät ole tavoitteiltaan tai kirjoitusasultaan täysin verrattavissa todistamiskieltonormeihin. Ensiksi käyttökiellot ylätasolla toteuttavat parhaan to-

797 Riekkisen (2014, s. 144) mukaan on ”*loogista pitää sellaisia kieltoja, jotka kohdistuvat pelkän hankkimisen, esittämisen tai niissä noudatettavan menettelyn sijaan kielellisesti käyttämiseen todisteena, lähtökohtaisesti sekä esittämis- että hyödyntämiskieltoina. Muunlainen tulkinta olisi lain sanamuodon ja käyttää-sanan arkimerkityksen vastainen.*”

798 Riekkinen 2014, s. 143.

799 Pölönen 2003, s. 187–188. Pölösen (2003, s. 186) mukaan ”*Säännöksessä on kyse tuomioistuimen harkintavallassa olevasta ohjeellisesta, välittömyysperiaatetta korostavasta menettelytapasäännöstä, josta poikkeuksen tekeminen on mahdollista osin 'vapaan' fakultatiivisesti (yksityisluontoisen kertomuksen käyttö), osin laissa lähemmin säädetyissä puitteissa (todistajan kuulemisen mahdottomuus ja kertomuksen muuttaminen).*”

800 Kieltonormina OK 17:24.2 on käytännössä harkintakriteerein aivan yhtä tarkkarajainen oikeussääntö kuin esimerkiksi hyödyntämiskiellon yleissäännös OK 17:25.3:ssa, joten sääntöluonteisuus on mielestäni selvä. Eri asia on se, onko normiluonne riittävä peruste kategorisoida säännös todistamiskielloksi. Sen sijaan OK 17:47.2 on puhtaasti todistelumenettelysäännös, jonka funktio on 1 momentin henkilötodistelun suullisuuden pääsäännöstä poikkeaminen kertomuksen muuttamisen tai vaikenemisen tilanteessa.

801 Pölönen 2003, s. 186.

802 Jämsä 2020, s. 411.

distelun periaatetta, jota kuvastaa myös tuomioistuimen oikeus evätä näyttöä (OK 17:8). Toiseksi ne toteuttavat kontradiktorisuutta, suullisuutta ja välittömyyttä eli yleisiä oikeudenkäynnille asetettuja tavoitteita, eivätkä ne edistä jonkin subjektin (todistajan) vapaata todistelua vahvempaa oikeushyvää tai perustu salassapito- tai vaitiolovelvollisuuteen, kuten todistamiskiellot. Kontradiktorisuus on prosessissa käyttökieltojen taustana menettelyllinen seikka, vaikka se perustuukin oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, missä se ei tosin ole lainkaan ehdoton. Samoin yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen käyttökielto ei ole ehdoton, vaan se antaa tuomioistuimelle valtuudet harkita tapauskohtaisesti, voidaanko lausumaa käyttää säädettyjen poikkeamisperusteiden nojalla, eli kysymys on relatiivisesta kiellosta.[803] Käyttökiellot ovat nähdäkseni todistuskeinokiellon kaltaisia säännöksiä, jotka eivät kuitenkaan johda luonnollisena seurauksena hyödyntämiskieltoon sellaisena, kuin mitä hyödyntämiskielto on syytä oikeustieteessä ymmärtää. Käyttökiellon kohteena olevan todistelun hankkiminen ei ole sinänsä ollut kiellettyä, vaan todistelu on hankittu muodossa, joka rikkoo tilanteessa kontradiktorisuutta, eli todistuskeino siinä merkityksessä kuin kysymys on reaalisesta tai henkilöllisestä keinosta, on kielletty.

Käyttökiellon tilanteessa tuomioistuimen on viran puolesta jätettävä todiste oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle.[804] Kontradiktorisuuden turvaamiseksi sama asia voidaan todistaa nimeämällä kirjallisen kertomuksen antanut henkilö kuultavaksi, jolloin kyse on uudesta todisteesta.[805] Tosin jo kaksi vuosikymmentä sitten tutkijat ovat argumentoineet, että korkeimman oikeuden suhtautuminen todistelun virheisiin kontradiktorisuudessa on muuttunut. Korkein oikeus ei enää ole palauttanut tällaisia juttuja alempaan oikeusasteeseen virheen korjaamiseksi, vaan on perustellut näytönarvioinnin osalta, että tuomiota ei saa perustaa ainoana todisteena esitettävään kontradiktorisuuspuutteiseen näyttöön. Rikosasiassa tällainen syyte on hylättävä.[806] Sen sijaan itsekriminointisuojaan ja läheiskriminointisuojaan

803 Ks. esim. Lundqvist 1998, s. 28–29, 241–243 ja Pölönen 2003, s. 206. Hormian mukaan tuomioistuimen harkinnassa on huomioitava käsiteltävän asian vakavuus, todisteen merkitys ja osapuolten suostumus kirjallisen kertomuksen esittämiseen ja henkilötodistajan kuulemisesta luopumiseen. Hormia 1979, s. 134–135.

804 LaVM 19/2014 vp, s. 8.

805 Ks. esim. KKO 2011:20, jossa korkeimman oikeuden perustelujen mukaan hovioikeuden olisi tullut tehdä päätös kirjallisen todisteen hyväksyttävyydestä, jolloin vastaaja olisi saanut mahdollisuuden nimetä lausunnon antaja todistajaksi asiassa. Korkein oikeus katsoi, että hovioikeus oli tehnyt menettelyvirheen tilanteessa, jossa vastaaja on rikosasiassa esittänyt hovioikeuden pääkäsittelyssä asiantuntevaksi todistajaksi katsomansa henkilön laatiman kirjallisen lausunnon, jonka todisteeksi ottamista syyttäjä ja asianomistaja eivät olleet vastustaneet. Asiasta ei ollut tehty erillistä käsittelyratkaisua hovioikeuden pääkäsittelyssä, vaan lausunto on merkitty kirjalliseksi todisteeksi ja sen sisältö on ollut keskustelun kohteena pääkäsittelyssä. Lausunnon antajaa ei ole nimetty kuultavaksi henkilökohtaisesti, mutta hovioikeus on tuomiossaan jättänyt lausunnon huomioon ottamatta yksityisluontoisena kertomuksena.

806 Huovila 2003, s. 177 ja Pölönen 2003, s. 86–97. Ks. esim. KKO 2007:101 kohta 10, jossa vastavuoroisesti todetaan johtopäätöksenä *"Esitutkintakertomukset ovat tukeneet kuultujen todistajien kertomuksiin perustuvaa näyttöä, mutta esitutkintakertomukset eivät ole olleet ratkaiseva näyttö asiassa. Näin ollen*

vedoten todistamasta kieltäytyminen oikeudenkäynnissä johtavat tilanteeseen, jossa esitutkintakertomuksen hyödyntäminen todisteena tarkoittaisi sekä syytetyn kuulusteluoikeuden loukkaamista että todistajan vaitiolo-oikeuden murtamista. Mikäli kysymys on tilanteesta, jossa näistä ainoastaan kontradiktorisuutta toteuttava syytetyn kuulusteluoikeus oikeudenkäynnissä estyy syystä, että kuulustelu ei käytännön syistä ole mahdollista, ei kyseessä ole todistamiskieltoasia, vaan puhtaasti kontradiktorisuusperiaatteen täyttymättä jääminen.[807]

> Kirjallisen kertomuksen käyttökiellon yhteydessä ei tarvita OK 17:25.3:n mukaista punnintaa, vaan käyttökiellon seuraus on se, että todistelu on otettava vastaan oikeassa muodossa tai sitä ei esitetä lainkaan. Käyttökiellon tilanteessa todistelua samassa asiassa saa esittää, eli kirjallinen kertomus sinänsä voidaan korvata henkilötodistajalla. Henkilötodistelun nimeämisen vaiheen osalta on kuitenkin kiinnitettävä huomio prekluusioon. Kirjallisen kertomuksen käyttökielto ei siksi ole todistuskeinokielto, koska se kohdistuu yleisesti kaikissa todistettavissa asioissa juuri todistajan tai asiantuntijan antamaan kirjallisen kertomuksen ongelmallisuuteen todisteena, koska se ei ole kirjallinen todiste, vaan henkilötodistelua kirjallisessa muodossa. Tällöin kielto ei kohdistu todistuskappaleeseen asiakirjatodisteena, eikä kyseiseen todistajaan tai asianomistajaan henkilönä.[808] Käytännössä tuomioistuin voi reagoida kirjallisten kertomusten käyttämiseen ennen niiden esittämistä eli todistelun nimeämisen jälkeen valmisteluvaiheessa ja rikosasiassa viimeistään pääkäsittelyssä ennen todisteen vastaanottamista. Dispositiivisessa riita-asiassa todistelun hyväksyminen on lisäksi osapuolten päätettävissä. Mikäli kertomus on jo esitetty käyttökiellon

---

*esitutkintakertomusten huomioon ottamiseen oikeudenkäynnissä ei ole tälläkään perusteella ollut estettä*." Vrt. KKO 2008:84, jossa asia palautettiin käräjäoikeuden käsiteltäväksi siltä osin, kuin käräjäoikeuden pääkäsittelyn aikaan seksuaalirikoksen asianomistaja oli ylittänyt 15-vuoden iän, jolloin KKO katsoi (kohta 7), ettei hänen kertomuksensa osalta voitu tehdä poikkeusta kuulemisesta henkilökohtaisesti pääkäsittelyssä, vaikka esitutkinnassa hänen kertomuksensa on videoitu nuoren iän perusteella lain sallimin tavoin. Myös KKO 2006:107 viittaa osaltaan palauttamisharkintaan, koska siinä perusteltiin, ettei lisätodistelua ollut pyydetty. Kyseessä on äänestysratkaisu, jossa kasi jäsentä olivat eri mieltä perusteluista ja lopputuloksesta. Eri mieltä olevat jäsenet katsoivat, samoin kuin enemmistö, koska rikoksesta epäillylle ei ollut varattu esitutkinnassa ennen käräjäoikeuden pääkäsittelyä mahdollisuutta esittää asianomistajalle kysymyksiä, tämän videoituja esitutkintakertomuksia ei ollut mahdollista käyttää todisteena. Erimielisyys koski sitä, voitaisiinko tallenteita hyödyntää oikeudenkäynnissä jonkin muun säännöksen tai prosessuaalisen periaatteen nojalla. Eri mieltä olevat jäsenet katsoivat, ettei esitutkinnassa hankitun kirjallisen todisteen käyttökiellon pääsäännöstä voinut tapauksessa poiketa, koska poikkeamisperusteet eivät täyttyneet kyselyoikeuden puuttumisen vuoksi. Näiden ratkaisujen perusteella Huovilan ja Pölösen viittaama KKO:n käytäntö ei ole aivan selvä kirjallisten kertomusten tilanteissa.

807 Tapanila 2008, s. 142.

808 Kyse on siten enemmälti todistuskeinon (merkityksessä todisteen muoto) noudattamisesta tietyssä tilanteessa. Todisteet jaetaan todistuskeinoihin jakson 3.2 käsitteenmäärittelyn mukaisesti, joista käyttökielto kieltää poikkeamasta kirjallisen todisteen ja henkilötodistelun välillä.

> vastaisesti, pitäisi muotovirhe pyrkiä korjaamaan todistajan kuulemisella henkilökohtaisesti, jolloin kysymyksessä olisi käytännössä uusi todiste.

Tuomioistuin voi OK 17:8:n nojalla evätä näytön, joka koskee asiaan vaikuttamatonta seikkaa, mutta OK 17:24 koskee käyttökieltoa kirjalliselle kertomukselle, jolla voisi olla vaikutusta asian ratkaisemiseen. Kielto koskee ainoastaan asianosaisen ja todistajan antamia kirjallisia kertomuksia, eikä asiantuntijan, jonka osalta on erikseen säädetty lausunnon kirjallisesta muodosta. Tämän takia käyttökiellot ovat nähdäkseni samoin kuin OK 17:8 laskettavissa niin sanottuihin todistelunrajoitteisiin, koska ne palvelevat prosessin sisäisiä tavoitteita, joiden noudattamisesta tuomioistuin prosessinjohtajana huolehtii.

> Käyttökielto lienee siten luonteeltaan jonkinlainen prosessuaalinen todistuskeinokielto, jonka rikkomisen luonnollinen seuraamus ei ole hyödyntämiskielto, jota viimeistään todistusharkintavaiheessa arvioidaan, vaan käyttökiellon rikkomisen seuraamus on tuomioistuimen menettelyvirhe. Tämän vuoksi on aiheellista termistön selkeyden vuoksi kutsua säännöstä pelkästään käyttökielloksi, joka todistelumenettelysääntönä kuuluu todistamissääntöihin, kuten todistamiskielto, eikä muodostaa todistamiskielloille niin sanotun prosessuaalisen todistamiskiellon alakäsitettä.

Yhteenvetona totean, ettei kirjallisen kertomuksen käyttökiellossa ole kysymys todistamiskiellosta tässä tutkimuksessa käyttämässäni todistamiskiellon merkityksessä, eikä kyseessä lähtökohtaisesti ole myöskään rikkomistilanteissa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisen piiriin kuuluva kielto, vaan kirjallisessa muodossa vastoin laissa säädettyjä poikkeamisperusteita tarjottava todistajan kuuleminen asetetaan käyttökieltoon.[809] Tätä johtopäätöstä tukee myös se, että kirjallisen kertomuksen käyttökielto OK 17:24:ssä ei estä kuultavan aikaisemman viranomaiselle antamansa kertomuksen käyttämistä todisteena, jos kuultavan kertomus on muuttunut tai kuultava ei enää oikeudenkäynnissä anna kertomusta, mutta on antanut sen aiemmin. Muuttuneen kertomuksen tilanteessa aiempaa kertomusta saadaan käyttää todisteena vain siltä osin, kuin kertomus on muuttunut. Kuitenkin jos todistaja kieltäytyy vaitiolo-oikeuden nojalla oikeudenkäynnissä todistamasta, vaikka hän olisi antanut kertomuksen esitutkinnassa, esitutkintakertomusta ei lähtökohtaisesti saa käyttää todisteena.[810]

---

809 Jaksossa 6.4.4 tarkastelen vielä käyttökiellon ja hyödyntämiskiellon välistä suhdetta ja käytännössä merkityseroja.

810 Ks. vanhemmasta oikeuskäytännöstä esim. KKO 1995:66. Huomattava, että todistelu-uudistuksen myötä asianomistaja-asemassa olevan läheisen kertomusta voidaan käyttää mielenmuutoksesta huolimatta OK 17:18.2:n tarkoittamissa tilanteissa.

### *6.4.4 Hyödyntämiskiellon suhteesta käyttökieltoihin*

Kirjallisen todisteen käyttökiellon ja hyödyntämiskiellon rinnastaminen on perusteltua lopputuleman vuoksi, eli todisteen rajaamisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle kieltonormin perusteella. Verrattaessa käyttökieltoa hyödyntämiskiellon yleissäännökseen (OK 17:25.3) yhtäläisyyksiä löytyy enemmän kuin verrattaessa todistamiskieltoihin, koska molempien perusteena voi olla menettelynormi ja prosessin sisäinen intressi, mutta merkittävä ero tulee seurauksen lähtökohtaisuudesta. Kirjallisen todisteen käyttökiellon säännöksen soveltuessa todistetta ei voi ottaa osaksi oikeudenkäyntiaineistoa muutoin kuin säädettyjen poikkeamisperusteiden täyttyessä, kun taas OK 17:25.3:ssa pääsääntönä on todisteen hyödyntämiskelpoisuus, josta voidaan poiketa harkintakriteerien nojalla. Ideologisesti käyttökielto ei muutenkaan ole hyödyntämiskiellon tavoin yleisluonteinen seuraamus, vaan rajattuihin tilanteisiin soveltuva todistamissääntö, joka palvelee prosessin kulkua ja prosessiperiaatteiden toteutumista, eikä ainakaan ensi sijassa tiettyä prosessinulkoisen oikeushyvän suojelua.

Todistelu-uudistusta edeltävässä tutkimuksessa sekä Pölönen että Riekkinen ovat rinnastaneet todisteen hyödyntämisen ja käyttämisen synonyymeiksi. Riekkinen on tosin ainoastaan rinnastanut hyödyntämisen ilmaisuun "*käyttäminen hyväksi*", kun taas Pölösen mukaan hyödyntämiskielto on synonyymi todisteen käyttökiellolle.[811] Riekkinen on pitänyt kirjallisen todisteen käyttökieltoa todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännöksenä, mutta huomauttanut aiheellisesti, että koska rikotun käyttökiellon suojatarkoituksesta lähtien voidaan argumentoida hyödyntämisen olevan mahdollista, jos kiellon vastaisesti hankitun kertomuksen hyödyntäminen ei todistusharkinnassa enää pahenna tilannetta, säännösten hyödyntämiskieltoluonteisuus voidaan perustellusti kyseenalaistaa.[812] Jämsän mukaan ratkaisevaa käyttökiellossa on sen kohdistuminen esittämisvaiheeseen, koska tuomioistuimen on tehtävä ratkaisu käyttämisen sallimisesta ennen todistelun vastanottamista. Myös tämä näkemys tukee käyttökiellon erottamista seuraamuksena hyödyntämiskiellosta.[813] Pölösen mukaan esitutkintakertomuksen käyttökiellossa on kysymys niin sanotusta relatiivisesta hyödyntämiskiellosta.[814] Melko päinvastaisin perustein käyttökieltoa hyödyntämiskielloksi ovat luonnehtineet Rautio ja Frände, joiden mukaan OK 17:24 on hyödyntämiskieltosäännös siinä mielessä, että siinä säädetyssä käyttökiellossa ei ole murtamismahdollisuutta, jolloin hyödyntämiskielto on aina säännöstä rikottaessa seuraamus.[815] Tarkastelen kannanottoja sekä lakisystemaattisesta että kieltojen tarkoituksen näkökulmasta.

---

811 Riekkinen 2014, s. 123 ja Pölönen 2003, s. 205. Ks. käsitteistön erottamisesta tarkemmin jakso 3.4.3.

812 Riekkinen 2014, s. 144. Hyödyntämiskiellon tarkoitus puolestaan on poistaa loukkauksen vaikutus kokonaan.

813 Jämsä 2020, s. 411. Ks. myös Hormian (1979, s. 125–137) luonnehdinta käyttökiellon ja hyödyntämiskiellon välisestä suhteesta.

814 Pölönen 2003, 326.

815 Rautio – Frände, 2016 s. 188.

> Hyödyntämiskielto ja käyttökielto on erotettu termeinä toisistaan OK 17:24 ja 25 yhteisessä väliotsikossa ilmaisulla *"kirjallisen kertomuksen käyttökielto sekä todisteen hyödyntämiskielto"*, mistä voidaan päätellä, että lainsäätäjän tarkoitus on ollut pitää hyödyntämisen ja käyttämisen käsitteet erillisinä, eikä kirjallisen kertomuksen käyttökielto ole rinnasteinen hyödyntämiskiellon kanssa.[816] Pelkästään tästä lakiteknisestä ratkaisusta ei voi päätellä käyttökiellon oikeudellisesta luonteesta paljoakaan, mutta lainsäätäjä lienee tehnyt vähintäänkin esitysteknisesti selkiyttävän ratkaisun yhdistäessään sekä yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen käyttökiellon että esitutkintakertomusten käyttämistä koskevan sääntelyn samaan pykälään ja toisaalta siirtäessään ne juuri tähän kohtaan oikeudenkäymiskaarta. Kumpikaan niin sanottu käyttökielto ei nimittäin kiellä todistamasta tietystä seikasta tai tietyllä tavoin hankitulla todisteella, vaan ainoastaan kieltää todistajankertomuksen antamisen kirjallisena. Sääntelyn väliotsikoinnin lisäksi käyttökielto on käsitteellisesti erotettu OK 17:25.3:a koskevissa lain esitöissä hyödyntämiskiellosta.[817]

Hirvelä on tutkimuksessaan ottanut kantaa nimenomaan lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten todistelun poikkeuksiin suullisuudesta ja välittömyydestä. Hän on kritisoinut alle 15-vuotiaan videokuulemisessa rikotun kontradiktorisuuden hyödyntämiskieltoluonteisuutta sillä perusteella, että hyödyntämiskiellon ollessa nimenomaisesti *"joko/tai"*-tyyppisesti sovellettava oikeusnormi, joka seuraamuksena jättää todisteen lähtökohtaisesti kokonaan todistusharkinnan ulkopuolelle, myös (VanhOK 17:11.2 mukaisen) videokuulemisen jättäminen laillisen todistusaineiston ulkopuolelle olisi helpompaa kuin vastaavan jättäminen hyödyntämättä sellaisen kuultavan osalta, josta ei ole säädetty erikseen.[818]

---

816 Vrt. Virolainen 1998, s. 425, joka luonnehtii yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen ja esitutkintapöytäkirjan lausumien käyttämisen kieltämisen erityiseksi hyödyntämiskielloksi.

817 Esimerkiksi HE 46/2014 vp, s. 92 erottaa termistön siten, että todistamiskiellon ja käyttökiellon oikeudellinen seuraamus on hyödyntämiskielto tai käyttökielto korostaen vielä erikseen, että oikeuskäytännön mukaan todistamiskiellon tai käyttökiellon vastaista todistetta ei saa hyödyntää tai käyttää. Tämän perusteella käyttäminen ja hyödyntäminen on haluttu erottaa terminologisesti toisistaan, mikä lienee valinta, vaikka yleiskielessä voitaisiin ajatella käyttämisen ja hyödyntämisen olevan sama asia. Näin ei aivan yksiselitteisesti ole, vaan käyttäminen viittaa tässä kontekstissa myös todistustosiseikan välittämiseen tuomioistuimen tietoon oikeassa muodossa. Todistuskeinojen jaottelu ei tunne henkilötodistelun antamista kirjallisena kertomuksena. Tämän jälkeen hallituksen esityksessä erotetaan OK 17:25.3:n soveltamisalan osalta todistamiskiellot ja käyttökiellot toisistaan siten, että todistamiskiellon murtumisen jälkeen todisteen ollessa hyödynnettävissä, voi todisteen asettaa hyödyntämiskieltoon yleissäännöksen nojalla. Käyttökieltojen osalta tällaista ei ole erikseen mainittu. Ks. oikeuskäytännöstä nimenomaan käyttökiellon osalta KKO 2006:107, KKO 2007:101 ja KKO 2008:84.

818 Hirvelä 2006, s. 201. Hirvelän kritiikki perustuu siihen, että tilanteessa, jossa todiste asetettaisiin hyödyntämiskieltoon, se jätettäisiin oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, eikä näyttöharkintaa tehtäisi, mikä ei Hirvelän mukaan ole kontradiktorisuuspuutteisen todisteen kohdalla tarpeellista. Hänen mu-

Tästä näkökulmasta ratkaisulla KKO 2008:68 on ollut tärkeä merkitys käyttökiellon ja hyödyntämiskiellon luonnehdinnan osalta.[819] Ratkaisulla on myös merkitystä hyödyntämisratkaisun tekemisen ja näyttöarvon määrittämisen välisen eron kannalta. Asiassa oli kysymys alle 15-vuotiaan asianomistajan kertomuksesta ja kuulemisesta rikosasiassa sekä siitä, saiko asiassa käyttää lastenpsykiatrian lausuntoa ja videotallennetta todisteena. Lastenpsykiatrian yksikön lausunto oli kirjoitettu 27.5.2004 psykologin kolmen tammi–huhtikuussa 2004 lapselle suorittaman haastattelun perusteella. Niistä viimeinen on esitutkinnan aikana poliisin pyynnöstä kuvattu, ja siitä on muodostunut kysymyksessä oleva videotallenne. Haastatteluissa vastaaja ei ollut edustettuna, eikä vastaajalle ollut varattu tilaisuutta esittää lapselle kysymyksiä. Kysymyksessä ovat siten lausunnon osalta yksityisluonteinen kirjallinen kertomus, joka sisältää niin sanottua kuulopuhetodistelua eli muun henkilön kuin esitutkintaviranomaisen kirjaamaa kuultavan kerrontaa, ja todistajan kuuleminen pääkäsittelyn ulkopuolella. Vielä tarkemmin kysymyksessä on nykyiseenkin OK 17:24.3:iin sisältyvä poikkeamismahdollisuus kirjallisen kertomuksen käyttökiellosta, koska kysymyksessä oli alle 15-vuotias epäillyn seksuaalirikoksen asianomistaja, jonka kuuleminen voidaan suorittaa esitutkinnassa laaditun videotallenteen avulla, mikäli kontradiktorisuus on turvattu.[820]

Riekkisen mukaan ratkaisun KKO 2008:68 perusteluista ei ole luettavissa selkeää kannanottoa hyödynnettävyydestä.[821] Samoin on asiaa arvioinut Saranpää perus-

---

kaansa ongelma on nimenomaan se, että ”*sääntötyyppinen ratkaisutapa tarkoittaisi, että esimerkiksi tapaukset, joissa lapsen vastakuulustelua ei lapsen kuoleman tai sairastumisen vuoksi voitaisi enää toimittaa, jäisivät jo lähtökohtaisesti rikosvastuun ulottumattomiin*.” Hirvelän mukaan tästä on erotettava todisteen näyttöarvon määrittäminen suhteessa muuhun todisteluun, mikä kontradiktorisuuspuutteelliselle todisteelle voidaan tehdä. Tällöin Hirvelän mukaan ”*tapauskohtaisen harkinnan mukaisesti se mahdollisesti joudutaan jopa jättämään todistusharkinnan ulkopuolelle ja soveltamaan siihen käytännössä hyödyntämiskieltoa tai ottamaan se huomioon muuta todistelua tukevana periaatteella 'rikkana rokassa'*”. Ks. Hirvelä 2006, s. 200–201. Tämä luonnehdinta on nähdäkseni yksi avaintekijä siihen päätelmään, että käyttökiellon rikkominen ei johda hyödyntämiskieltoseuraamukseen kuten todistamiskiellon rikkominen, vaan se voi johtaa käyttökieltoon, mikä ei ole ehdoton seuraamus.

819 KKO 2008:68 otsikko on seuraava: ”*Tuomitessaan A:n lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä hovioikeus oli todennut, että näyttö perustui pääasiassa lapsen psykologille kertomaan. Näyttönä lapsen kertomasta oli esitetty ainoastaan psykologin todistajana antama kertomus. Lapsen ja psykologin keskusteluja ei ollut tallennettu eikä A:lla ollut mahdollisuutta esittää lapselle kysymyksiä. Näissä olosuhteissa syyksilukemista ei saanut perustaa pääasiassa psykologin kertomukseen. Kun muukaan näyttö ei ollut riittävä syyksilukemiseen, syyte hylättiin. (Ään.)*”

820 Ratkaisussa KKO 2006:107 korkein oikeus on sallinut ratkaisua KKO 2008:68 vastaavassa asetelmassa videotallenteen käytön todisteena kontradiktorisuuspuutteesta huolimatta, koska vastaajalla on ollut esitutkinnan alusta saakka puolustaja, eikä vastaaja ole kyselymahdollisuutensa puuttumatta jäämisestä huolimatta vaatinut lisätutkintaa, mikä olisi korjannut kontradiktorisuuspuutteen. Vastaaja on myös itse vedonnut samaiseen videotallenteeseen todisteena, ja hänellä on vielä korkeimmassa oikeudessakin ollut suullisen käsittelyn vuoksi mahdollisuus esittää käsityksensä videotallenteen näyttöarvosta. Ratkaisu KKO 2008:68 on kuitenkin käyttökiellon luonnehtimiseksi merkitsevämpi ratkaisu.

821 Riekkinen 2014, s. 144. Tapanilan mukaan tämä osoittaa, että KKO:n tulkinnat voivat vaihdella ja hyödyntämiskieltoa koskeva linja ei ole aina yhtenäinen. Ks. Tapanila 2019, s. 234 av. 529.

tellen lisäksi, että hyödyntämiskiellon asettamiselle olisi ollut painavia syitä, koska kirjallinen kertomus oli muodostanut pääasiallisen syyksi lukemista tukevan näytön ja videoidulla kertomuksella ei ole ollut vastaajan kyselymahdollisuutta. Saranpään mukaan hyödyntämiskiellon asettaminen olisi estänyt prosessiperiaatteiden sivuuttamisesta aiheutuneen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkaamisen.[822] Tähän kannanottoon on helppo yhtyä, koska selkeä hyödyntämiskiellon asettaminen olisi rajannut virheellisellä menettelyllä hankitut ja esitetyt kertomuksen ja todisteen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle. Kysymyksessä ei kuitenkaan ole ollut hyödyntämiskiellon asettaminen. Siitä viestii voimakkaimmin perustelujen seuraava kohta: ”*Kun lisäksi otetaan huomioon, että lapsen kertomukset on annettu haastatteluissa, jota varten vastaaja ei ole voinut esittää lapselle kysymyksiä, on selvää, että syyksilukevaa tuomiota ei näissä olosuhteissa voida ratkaisevasti perustaa siihen, mitä haastattelut tehnyt psykologi kertoo haastattelujen sisällöstä ja niitä koskevista tulkinnoistaan.*” Mikäli korkein oikeus olisi arvioinut hyödyntämiskiellon asettamista, sen ei olisi pitänyt viitata siihen, että kiellon asettamisen vaihtoehtona olisi näyttöarvon alentaminen.[823] Korkein oikeus on nähdäkseni arvioinut siten nimenomaan käyttökiellon asettamista yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen osalta sillä, että se ei ollut kirjallinen todiste vaan kuulopuhetodistelua, eli välillistä henkilötodistelua kirjallisessa muodossa esitettynä, ja kontradiktorisuutta loukkaava kyseisessä asetelmassa sinänsä sallittu videokuuleminen oikeudenkäynnin ulkopuolella. Tällöin tilanteessa ei tarvitse arvioida hyödyntämiskieltoseuraamusta, koska menettelysäännöksiin kuuluva käyttökielto on ollut riittävä torjumaan näytön.

Käyttökiellon asettamisen tilanteessa, koska tuomioistuimella on asiassa harkintavaltaa, voidaan KKO:n mukaan päätyä myös siihen ratkaisuun, ettei käyttökieltoa aseteta, jos menettelyvirhe voidaan korjata huomioimalla virheen vaikutus näytönarvioinnissa. Tuomioistuimen harkintavalta asettamisessa ilmenee yksityisluonteisen kirjallisen kertomuksen osalta, jos tuomioistuin todistelun ”*erityisestä syystä*” sallii, sekä esitutkintakertomuksen käyttämisen osalta, jos henkilöä ”*ei voida*” kuulustella suullisesti, ja heikommassa asemassa olevan henkilön videoidun kuulustelun osalta, jos syytetylle on varattu ”*asianmukainen mahdollisuus*” kysymysten esittämiseen. Tästä näkökulmasta kirjallisen kertomuksen käyttökielto ei ole tarkkarajainen samalla tavoin kuin todistamiskiellot ovat, vaan tarkkarajaisuus kohdistuu kertomuksen määrittelyyn seuraamuksen ollessa osin harkinnanvarainen.

---

822 Saranpää 2008, s. 706. Kuitenkin viime kädessä käyttökiellon funktiota kuvaava on mielestäni Saranpään johtopäätös tuomioistuimen havainnointimahdollisuuden puutteesta, jonka mukaan ”*ratkaisussa lapsen väitettiin tuottaneen yksityiskohtaisen kertomuksen hyväksikäytöstä, eikä kertomuksen alkuperää ja syntymekanismia voitu kontrolloida.*” Tämä korostaa eittämättä suullisuuden ja välittömyyden merkitystä, mutta myös oikeamuotoisen todistuskeinon tärkeyttä. Saranpään (2008, s. 707) mukaan tuomiosta muodostuisi todennäköisemmin aineellisesti väärä, vaikka näyttö vaikuttaisi vakuuttavalle.

823 Vrt. Saranpää (2008, s. 707), joka on arvioinut, että kirjallisen kertomuksen osalta tosiasiallisesti näytön arviointi suoritettiin samalla tavalla, kuin jos se olisi asetettu hyödyntämiskieltoon.

Tästä syystä tarkkarajaisuus on harkinnanvaraisten elementtien osalta samantyyppistä kuin hyödyntämiskiellon yleissäännöksessä, joskaan harkintakriteereitä ei ole luetteloitu, mikä tarkoittaa sitä, että argumentointi lienee tehtävä normin suojelutarkoituksesta lähtien.[824] Käyttökiellot eivät ole täysin ehdottomia, koska niihin on säädetty arvioitavia elementtejä, jotka tosin ovat hyödyntämiskiellon yleissäännöstä merkittävästi vähäisempiä. Kirjallisen kertomuksen luonteesta kontradiktorisuutta toteuttavana käyttökieltona, eikä hyödyntämiskieltona, kertoo myös se, että OK 17:24.3:ssa edellytettyä vastakuulusteluoikeutta rikkoen jo esitetty todiste voidaan edelleen asettaa hyödyntämiskieltoon OK 17:25.3:n nojalla.[825]

Saranpää on katsonut, ettei käyttökiellon alaisissa tilanteissa ole aina kyseessä pelkkä muotovirhe, vaan kontradiktorisuuden loukkaaminen voi tarkoittaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumatta jäämistä ja johtaa viime kädessä rikosasiassa syytteen hylkäämiseen.[826] Tällainen vaikutus on käyttökiellon asettamisella, mikä Huovilan mukaan vertautuu oikeusvaikutuksiltaan hyödyntämiskiellon asettamiseen sillä perusteella, että jos kontradiktorisuuspuutteellinen todiste todistusharkinnassa havaitaan ratkaisevaksi todisteeksi, se on jätettävä hyödyntämättä juuri avaintodisteasemansa vuoksi, jolloin syyte hylätään.[827]

Kysymys käsitteistön erottamisessa on ensinnäkin siinä, että käyttökiellolle on mahdollista asettaa vaihtoehdoksi näyttöarvon alentaminen muotovirheen vaikuttaessa todisteen luotettavuuteen. Se, että kontradiktorisuuden rikkominen osana oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä voi johtaa käyttökieltoon OK 17:24:n nojalla, on nähdäkseni lainsäätäjän valinta erottaa selkeimmät muotovirheet todistelun esittämisen muodossa kaikista muista muotovirheistä, joihin voidaan soveltaa OK 17:25.3:a. Toiseksi käyttökiellon funktio on saada todiste esitetyksi prosessiperiaatteet täyttävin menettelyin, jolloin käyttökiellon tulisi aktualisoitua jo aiemmassa vaiheessa kuin vasta todistusharkinnassa, jolloin todistelu voitaisiin esittää muodollisesti oikein ja kontradiktorisuus turvaten. Tällöin käyttökielto asettuu seuraamusvaikutukseltaan todistamiskiellon rikkomisen ja hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisen välimaastoon. Käyttökiellon asettaminen on estettävissä oikeaoppisella todistuskeinon käyttämisellä, joten sen vaikutus ei ole teoriassa fataali kuten hyödyntämiskiellolla. Todistamiskieltoon johtavaa seikkaa ei voi poistaa todisteesta menettelyllisin keinoin. Käyttökieltojen ajatus on, ettei käyttökiellon vastaista todistetta saa käyttää, kun taas hyödyntämiskiellon yleissäännös asettaa muun lainvastaisesti hankitun todisteen lähtökohtaisesti hyödyntämiskelpoiseksi.

824 Ks. esim. lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten käsittelystä lasten kertomusten arvioinnin haasteista Tapanila 2023, s. 243–246 ja Korkman 2022, s. 197–210.

825 Tällöin kieltosystematiikan osalta on todettava, että kieltojen välillä on yhteys. Näistä tilanteista tarkemmin ks. jaksossa 9.5.

826 Saranpää 2008, s. 707.

827 Huovila on katsonut tämän tarkoittavan hyödyntämiskieltoa. Huovila 2003, s. 177 ja erityisesti av. 51.

Hyödyntämiskielto olisi myös lähtökohtaisesti asetettava siten, että todiste rajautuu kokonaan näytönarvioinnin ulkopuolelle, kun taas käyttökiellon osalta kuvatusti voidaan tehdä sekä kyseisen esitetyn näytön että kokonaisnäytön arviointia ennen käyttökiellon olemassaolon toteamista.

> Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen ja kontradiktorisuudeltaan puutteellisten todisteiden kieltämisen yhtäläisyyksiä kuvaa hyvin jo aiemmin viitattu käyttökieltoa koskeva ratkaisu KKO 2007:101, jossa on selvästi eroteltu toisistaan todisteen sallittavuus ja näyttöarvon alentaminen jakaen niiden arviointi erillisten otsikoiden alle ja erottaen relevantit oikeuskysymykset toisistaan. Ratkaisussa korkein oikeus katsoi, että todisteen käyttäminen on ollut mahdollista kontradiktorisuuden puutteista huolimatta, koska esitutkintakertomukset eivät ole olleet ratkaiseva näyttö asiassa. Kontradiktorisuuden puutetta voidaan tällä tavoin huomioida hyödyntämiskiellon yleissäännöksen mukaisessa hyödyntämiskiellon asettamisharkinnassa todisteen merkityksen kautta, mutta kuten todettua, tämä ei ole kirjallisen kertomuksen käyttökiellon tilanteessa ensisijaisesti tarpeellista.[828]

### *6.4.5 Hyödyntämiskiellon suhteesta todistamiskieltoihin*

Hyödyntämiskiellon suhde todistamiskieltoon voidaan sekä kuvata kieltojen tarkoituksen ja vaikutuksen kautta että käsitteellistää itsenäisen ja epäitsenäisen hyödyntämiskiellon avulla. Viime mainittua voidaan haastaa tässä jaksossa esitetyn kieltonormeihin perustuneen rajoittamismääritelmän pohjalta. Hyödyntämiskielto voi johtua joko todistamiskiellon rikkomisesta eli olla tässä mielessä epäitsenäinen tai perustua hyödyntämiskieltosäännökseen.[829] Pölösen mukaan itsenäisessä hyödyntämiskiellossa on kyse "*tulevaisuuteen suuntautuvasta harkinnasta, jossa todisteen tulevan hyödyntämisen katsotaan johtavan oikeudenvastaiseen lopputulokseen*". Itsenäisten hyödyntämiskieltojen perusteena on argumentoitu olevan kysymys ihmis- ja perusoikeuksia perustavanlaatuisesti loukkaavasta todistelusta, joka voi liittyä esimerkiksi poliisin tutkimismetodeihin, pakkokeinotoimivaltuuksien ylittämiseen tai väärinkäyttöön.[830] Kysymys on yksilön perus- ja ihmisoikeuksien viimekätisestä turvaamisesta, mutta samat taustanormit koskevat luonnollisesti koko prosessioike-

828 On tehtävä ero sen välillä, onko kontradiktorisuuden loukkaus näihin rajattuihin käyttökieltotilanteisiin liittyvä vai tarkoittaako se muutoin lainvastaisesti hankitun todisteen aiheuttamaa kontradiktorisuuspuutetta, joka voi esiintyä myös puolustautumisoikeuksien loukkaamisena tai todistamiskiellon kiertämisenä. Kontradiktorisuuspuutteet ratkaistaan siten osin loukatun oikeushyvän mukaan joko OK 17:24.3:n tai 17:25.3:n nojalla.

829 Rautio – Frände 2016, s. 30.

830 Pölönen 2003, s. 206. Riekkisen (2014, s. 141) mukaan puolestaan tällaisia perus- ja ihmisoikeuksia olisivat yksityiselämän suoja (PL 10 §, EIS 8 artikla) sekä prosessuaaliset perusoikeudet (PL 21 §, EIS 6 artikla) ja ihmisarvo (PL 1.2 §).

utta ja sen tavoitteistoa. Itsenäisen hyödyntämiskiellon tavoitteena olisi siten viedä näiden oikeuksien toteuttamisen suoja yksittäisen todisteen hyödyntämisharkinnan tasolle.

Samat funktiot ja tavoitteet sekä ihmis- ja perusoikeustasoiset normit ovat kuitenkin vaikuttaneet todistamiskieltojärjestelmän säätämisen taustalla. Moni epäitsenäiseen hyödyntämiskieltoon mahdollisesti johtava todistamiskieltonormi oikeudenkäymiskaaressa toteuttaa osaltaan perus- ja ihmisoikeuksia, jolloin sopii kysyä, onko hyödyntämiskiellon itsenäisyyden peruste erityisen täsmällinen tästäkään näkökulmasta.[831] Tällä tavoin perus- ja ihmisoikeuksia suoraan loukkaavien hankintatapojen ilmeneminen on melko harvinaista, joskaan ei täysin mahdotonta nykyisen OK 17:25.3:n nojalla.[832] Perus- ja ihmisoikeuksia loukaten hankittu todiste kuulunee käytännössä aina jonkin hankkimis- tai esittämiskiellon piiriin, varsinkin, jos sen on hankkinut viranomaistaho. Kiduttamalla hankittu todiste voisi sinänsä olla tällainen itsenäisen hyödyntämiskiellon piiriin kuuluva todiste, mutta kiduttamisen kielto on niin absoluuttinen säännös, että se on luonnehdittava todistusmetodikielloksi.[833] Toisaalta hyödyntämiskiellon käsite ja asema ovat selkiytyneet todistelu-uudistuksessa, koska lainvalmisteluaineistossa on nimenomaisesti otettu kantaa siihen, että todistamiskiellot ja niihin rinnastettavat vaitiolo-oikeutta rikkoen hankitut todisteet johtavat luonnollisesti hyödyntämiskieltoon ja varsinainen hyödyntämiskieltosäännös OK 17:25:ssä on erillinen oikeusohje.

Olennaista on kuitenkin ymmärtää myös, että todistelun vapaus ei voi rajoittaa perus- ja ihmisoikeuksia kuin tietyin edellytyksin. Todistamis- ja hyödyntämiskiellot osaltaan turvaavat näitä oikeuksia. Tavallisella lailla ei voi rajoittaa perusoikeuksien ydinaluetta, jolloin on johdonmukaista todeta myös, ettei todisteiden hankintaa koskevien menettelysäännösten soveltaminen saa myöskään rikkoa perusoikeuksien ydinaluetta.[834] Mikäli perusoikeuksien ydinalueeseen kuuluvaa oikeutta on olennaisesti ja peruuttamattomasti loukattu todisteen hankkimis- tai esittämisvaiheessa, voi hyödyntämiskielto seurata huolimatta siitä, täyttääkö menettely mitään nimenomaista todistamiskieltosäännöstä. Todistamiskieltonormien sääntely on varsin

831 Itsenäisten hyödyntämiskieltojen olemassaoloa on tutkittava kotimaisesta ennakkoratkaisukäytännöstä, sillä todistamiskiellot ovat kansallista sääntelyä, minkä vuoksi EIT:n ratkaisuista ei ilmene se, onko kyseessä todistamiskielto. EIT ottaa kantaa nimenomaan ihmisoikeusperusteisiin seikkoihin ja siihen estävätkö ne hyödyntämisen. Kuitenkin voi olla, että todellisuudessa kotimaisen lainsäädännön nojalla sama rikkomusperuste olisi huomioitavissa myös todistamiskiellon avulla.

832 Sitä, milloin perus- ja ihmisoikeuksia loukkaava hankkimistapa voi johtaa hyödyntämiskieltoon, käsitellään tarkemmin tyyppitapausten osalta jaksossa 9.5.

833 Vrt. Jämsä (2015, s. 76), jonka mukaan "*Myös EIT:n ratkaisutoiminnassa kehittyneitä de facto hyödyntämiskieltoja voi tässä mielessä pitää itsenäisinä niiltä osin, kuin kyse on ehdottomista kielloista – EIS:han ei sisällä mitään nimenomaisia säännöksiä, joita voitaisiin pitää todistamiskieltoina.*"

834 Muita perusoikeuksia voidaan tavallisella lailla rajoittaa tietyin edellytyksin. Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 5, jonka mukaan rajoitusten on oltava eduskuntalain tasolla säädettyjä, tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määritettyjä ja hyväksyttäviä.

tarkkarajaista, eikä niitä pidä tulkita laajentavasti vaan sanamuodon mukaan siten, että vapaata todistelua mahdollisimman pitkälle noudatetaan. Tämä oikeussääntöjen soveltamisen näkökulma johtaa tilanteeseen, jossa jokin todisteen hankkimismenettely ei täytä todistamiskieltonormia. Tällöin se voi saada hyödyntämiskieltoseuraamuksen OK 17:25.3:n mukaisen harkinnan nojalla. Kuitenkin, mikäli menettely rikkoo olennaisesti perusoikeuksien ydinaluetta, hyödyntämiskielto tulee asettaa jopa ilman intressipunnintaa todistelun vapauden ja menettelyn moitittavuuden tai suojellun intressin välillä.[835] Tällainen oikeuskäytännössä asetettu ohjaussääntö, kuten rikosprovokaatiolla hankitun todisteen hyödyntämiskielto, olisi tässä merkityksessä itsenäinen hyödyntämiskielto. Rikosprovokaatiolla hankitun todisteen hyödyntämiskielto ei perustu säädettyyn todistusmetodikieltonormiin, joskin se on varsin kielletty todistusmetodi, koska hyödyntämiskieltoseuraamus asetetaan ilman erillistä harkintaa pelkästään toteamalla provokaation tapahtuneen.[836] Kysymyksessä on viranomaisen toimivallan ylittäminen ja mahdollisesti rikoksen tunnusmerkistön täyttyminen hankkimismenettelyssä. Käsitemäärittelyn näkökulmasta voidaan pohtia, ovatko muut OK 17:25.3:n nojalla asetetut hyödyntämiskieltoseuraamukset niin sanottuja itsenäisiä hyödyntämiskieltoja.

Riekkisen mukaan itsenäinen hyödyntämiskielto tarkoittaa tilanteita, joissa todisteen hankkiminen ja esittäminen ovat sujuneet sinänsä lain mukaisesti, mutta syytetyn ihmis- ja perusoikeuksien toteuttaminen puoltaa hyödyntämiskiellon asettamista.[837] Tällainen itsenäisen hyödyntämiskiellon määritelmä ei tue johtopäätöstä siitä, että OK 17:25.3 aiheuttaisi itsenäisen hyödyntämiskiellon, koska se edellyttää hankkimistavan lainvastaisuutta. Määritelmä kattaa kuitenkin itsekriminointisuojan laajennoksen piiriin kuuluvan hyödyntämiskiellon (OK 17:25.2). Rautio ja Frände pitävät selvästi OK 17:25.3:n perusteella asetettavia hyödyntämiskieltoja itsenäisinä. Heidän mukaansa tosin, jos todiste on hankittu oikeudenkäynnin ulkopuolella, voidaan puhua itsenäisestä hyödyntämiskiellosta.[838] Tällainen määrittely on epätäsmällinen, koska ETL:ssa ja toisaalta PKL:ssa on oikeudenkäymiskaaren todisteiden esittämisvaiheeseen oikeudenkäynnissä sovellettavaa todistamiskieltosääntelyä vastaavia säännöksiä todisteiden hankkimisesta. Lisäksi OK 17 luvun todistamiskieltosäännöksiä sovelletaan myös prosessin aiemmissa vaiheissa ja esitutkintaviran-

835 Ks. perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä Viljanen 2001, s. 230–242 ja toisaalta intressipunninnasta rikosvastuun toteuttamisen sekä syytetyn oikeustuvan väillä Virolainen 1998, s. 426.

836 Käsittelen rikosprovokaatiota jaksossa 9.5.1. Jämsän (2020, s. 310) mukaan rikosprovokaatio on todistusmetodikielto, vaikka siitä ei ole erikseen säädetty kieltonormia.

837 Riekkinen 2014, s. 131 esittää Pölöseen (2003, s. 212 av. 105) viitaten lisäksi, että hankitulle todisteelle voi seurata esittämiskielto, mikäli sitä havaitaan rasittavan itsenäinen hyödyntämiskielto. Selvissä tapauksissa, kuten rikosprovokaation tilanteissa tai OK 17:25.1:ssa säädetyn kiduttamalla hankitun todisteen tai 2 momentin ns. itsekriminointisuojan laajennoksen osalta, mikäli kaksi viime mainittua itsenäisiksi hyödyntämiskielloiksi luetaan, voi näin nähdäkseni olla. Epäselvissä tilanteissa asia tulisi saattaa tuomioistuimen päätettäväksi hyödyntämiskieltoharkinnan suorittamiseksi.

838 Rautio – Frände 2016, s. 187.

omainen voi saattaa asian epäselvässä tilanteessa tuomioistuimen ratkaistavaksi tai poliisi voi myös saattaa asian syyttäjän harkittavaksi. Nähdäkseni ei voi olla niin, että sama todiste katsottaisiin prosessin alkuvaiheessa eli lähinnä hankkimisen jälkeen itsenäisen hyödyntämiskiellon alaiseksi, mutta oikeudenkäyntivaiheessa esittämisvaiheessa epäitsenäisen hyödyntämiskiellon alaiseksi. Oikeudenkäymiskaaressa säädetyt todistamiskieltonormit ovat osa hankkimis- ja esittämiskieltojen kokonaisuutta. Sen sijaan Rautionja Fränden kannanotto, johon mieluusti yhdyn, kohdistuu hyödyntämiskiellon itsenäisyyteen liittyvään todistamiskiellon murtamisen jälkeiseen arviointiin. Mikäli todistamiskielto murretaan, mutta todisteen hankinnassa on (muita) lainvastaisuuksia, sen hyödyntämisen sallittavuutta arvioidaan OK 17:25.3:n nojalla. Rautionja Fränden mukaan tällöin hyödyntämiskielto on muuttunut luonteeltaan itsenäiseksi, jolloin todisteen asettaminen hyödyntämiskieltoon arvioidaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen kriteerien mukaisesti.[839]

Mikäli eri menettelysäännöksiä katsottaisiin laajasti todistamiskieltojen piiriin kuuluvaksi ja epäitsenäisyys liittyisi minkä tahansa normin rikkomiseen, itsenäisiä hyödyntämiskieltoja ei olisi lainkaan olemassa. Tällaisella määritelmällä todistamiskielloiksi kuuluisi kontrolloimaton joukko eritasoisia normeja, joiden rikkomisen vaikutus ei olisi ennustettavaa, eikä joukko muodostuisi yhtenäiseksi, vaan lähenisi liiaksi todistamissäännön käsitteen kanssa. Hyödyntämiskiellot nimittäin ovat siinä mielessä menettelyllisiä säännöksiä, että ne ovat seuraus jonkin toisen normin rikkomisesta. Hyödyntämiskiellon epäitsenäisyys ei siksi liity minkä tahansa normin rikkomiseen, vaan epäitsenäisyys liittyy ainoastaan todistamiskieltoihin. Tällöin päädymme hyödyntämiskieltojen luokittelussa problematiikkaan ja kehäpäätelmään siitä, miten todistamiskielto määritellään. Toteankin, että itsenäisiä hyödyntämiskieltoja, mikäli termiä on tarpeellista edes käyttää, voisivat olla rikosprovokaatiolla hankittua todistetta koskeva hyödyntämiskielto ja itsekriminointisuojan laajennokseen (OK 17:25.2) perustuva hyödyntämiskielto niiden ollessa vailla laissa säädettyä kieltonormia.[840] Lisäksi määritelmän voisi periaatteessa täyttää prosessin ulkoista oikeushyvää suojaamaton menettelynormi, mikäli se johtaisi hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) nojalla hyödyntämiskiellon asettamiseen.[841] Tällöin

839 Rautio – Frände 2016, s. 188.

840 Normiteoreettisesti voisi ajatella, että rikosprovokaatiossa kysymys on oikeussäännöstä, joka on annettu EIT:n linjausratkaisulla Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998). Oikeuslähdehierarkkisesti voisi edelleen perusteella, että viranomaisen rikosprovokaation tunnusmerkit täyttävä toiminta rikkoo ihmisoikeuksien ydinaluetta niin vakavasti, että EIT:n prejudikaatti on tämän oikeussäännön osalta oikeuslähdestatukseltaan auktoriteetti- ja asialähteenä vahvasti velvoittava. Kotimaiseen sääntelyperinteeseen ei kuitenkaan istu rikosprovokaation kieltämisestä sääntely, koska viranomaisilta velvoitetaan PL 2.3 §:n nojalla viime kädessä rikosoikeudellisesti sanktioidusti lain tarkoin noudattamista.

841 Näistä viime mainittu olisi relatiivinen hyödyntämiskielto ja kaksi ensiksi mainittua absoluuttisia. Katsonkin tässä yhteydessä, että hyödyntämiskiellon relatiivisuudella tarkoitetaan nimenomaan kieltonormin harkinnanvaraisuutta, eli todistelu-uudistuksen jälkeen tällainen harkinnanvarainen hyödyntämiskielto olisi OK 17:25.3:n nojalla asetettava hyödyntämiskielto. Tällöin muun kuin todistamiskiel-

itsenäistä hyödyntämiskieltoa osoittaisi kuitenkin hyödyntämiskiellon yleissäännöksen vaikutus eli EIS 6 artiklan rikkominen, ei rikottu menettelysäännös.

## 6.5 Todistamis- ja hyödyntämiskieltokäsitteistön uudistamispyrkimyksistä

Viimeaikaisesta kieltokäsitteistöön ja systematiikkaan liittyvästä tutkimuksesta nostan esiin Riekkisen ja Jämsän esittämät muutokset. Riekkinen on esittänyt, että terminologiaan voisi Suomessa saada selkeyttä saksalaisella suuntauksella, jossa todistamiskielto-termi tarkoittaisi hankkimis- ja esittämiskieltoja laajempaa yläkäsitettä, johon sisältyisivät myös hyödyntämiskiellot. Riekkinen esittää, että todistamiskielto-termi voitaisiin korvata yksinkertaisesti käyttämällä niistä termejä hankkimis- ja esittämiskiellot tai keksiä näille uusi, sekä hankkimisen että esittämisen kattava yhteinen termi ja vapauttaa todistamiskielto yläkäsitteeksi.[842] Riekkisen näkemys terminologian uudistamisesta on ymmärrettävä, koska se vastaisi tarpeeseen niputtaa kaikki tosiasiassa vapaata todistelua rajoittavat niin menettelylliset kuin aineelliset säännökset yhteen, koska niillä voi olla sama vaikutus todisteen hyödyntämiskelpoisuuteen. Sinänsä ei ole merkitystä, päädytäänkö todiste rajaamaan laillisen todistusaineiston ulkopuolelle hankkimis-, esittämis- vai käyttökiellon perusteella, puhumattakaan siitä, onko kyseinen seikka luokiteltavissa todistusmetodi-, todistuskeino- vai todistusteemakiellon piiriin vai kenties pelkästään menettelylliseksi käyttökielloksi. Edellä perustellusti pidän kuitenkin kieltokäsitteet erillisinä, koska niillä on erilaiset funktiot: primaarisesti ne kuuluvat prosessin eri vaiheisiin, ja lisäksi ne ovat normiteoreettisesti erilaisia.[843]

Riekkinen[844] on kyseenalaistanut suppean todistamiskiellon käsitteen ja sen erottamisen jyrkästi hyödyntämiskiellosta, koska hyödyntämis- ja esittämisratkaisut voidaan tehdä samalla kertaa. Riekkinen kuitenkin toteaa, että todistamiskiellot suppeassa käsityksessä perustuvat hankkimisen ja esittämisen väliseen yhteyteen. Hyödyntämiskiellon määrittely siten, että se kieltää todisteen esittämisen tuomiois-

---

tonormin (tai käyttökieltonormin, koska sen rikkomisesta seuraa käyttökielto, eikä hyödyntämiskiellon yleissäännöstä sovelleta) rikkomisen seurauksena mahdollisesti asetettava hyödyntämiskielto olisi aina relatiivinen pois lukien rikosprovokaatiotilanteet. Rikosprovokaation tunnusmerkit täyttävällä menettelyllä hankittu todiste on aina asetettava hyödyntämiskieltoon, vaikka siihen sovelletaankin OK 17:25.3:a.

842 Riekkinen 2014, s. 126 av. 7. Riekkisen mukaan Suomessa todistamiskieltoa käytetään vakiintuneesti sen suppeassa merkityksessä.

843 Virolainen on myös korostanut todisteiden hankkimista ja esittämistä tarkoittavan todistamiskiellon erottamista käsitteellisesti todisteiden hyödyntämiskiellosta, jonka hän määrittää tarkoittavan kieltoa käyttää todistuskiellon vastaisesti saatuja todisteita hyväksi esitutkinnassa, syyteharkinnassa ja oikeudenkäynnissä. Virolainen 1998, s. 424. Virolaisen määritelmä puoltaa näkemystä siitä, että hyödyntämiskiellot ovat lähtökohtaisesti epäitsenäisiä.

844 Riekkinen 2014, s. 128–129.

tuimessa,[845] on puutteellinen normin seuraamusluonteisuuden vuoksi. Toisaalta myös määritelmä siitä, että hyödyntämiskielto kohdistuisi pelkästään todistusharkintavaiheeseen,[846] on puutteellinen, koska hyödyntämiskiellot on huomioitava prosessin aiemmissa vaiheissa. En kuitenkaan ole vakuuttunut mahdollisuudesta puhtaaseen kolmijakoon, jossa käytetään käsitetasoina ainoastaan hankkimis-, esittämis- ja hyödyntämiskieltoja. Tällainen kolmijako olisi looginen siitä näkökulmasta, että tällöin eri prosessivaiheiden aktit muodostaisivat oman kronologisesti etenevän kokonaisuutensa, mutta ongelmalliseksi tässä muodostuisi kaksi keskeistä seikkaa: Ensinnäkin hankkimis- ja esittämiskiellot ovat eritasoisia käsitteitä kuin hyödyntämiskielto. Toiseksi hankkimis- ja esittämiskiellot kohdistuvat aktiiviseen toimintaan, kun taas hyödyntämiskielto on seuraamus, jonka syynä voi olla niin hankkimis- ja esittämiskiellon kuin jonkin muun normin rikkominen.

Jämsän keskeisin väite on, että perinteinen todistus- ja hyödyntämiskieltoihin jaoteltu käsitteistö todistelua rajoittavina ilmiöinä ei sovellu riittävästi kuvaamaan ja jäsentämään nykyistä oikeudellisten todistelunrajoitteiden järjestelmää, jota rikastaa erityisesti EIT:n oikeuskäytäntö.[847] Jämsän väitteeseen on helppo yhtyä, koska hyödyntämiskieltoseuraamus, johon OK 17 luvun todistamiskiellot myös johtavat sen lisäksi, että hyödyntämiskielloista on nykyisin oma oikeussääntö OK 17:25:ssä, eivät suinkaan ole ainoita säädännäisiä todistelua rajoittavia tekijöitä. Näkökulma ei kuitenkaan huomioi sitä, ovatko tällaiset muut kuin nimenomaiseen kieltomuotoon kirjoitetut säännökset varsinaisesti todistelua rajoittavia tekijöitä siten, että säädettyjen edellytysten täyttyessä ne sulkevat tietyn todisteen kokonaan oikeudenkäynnin ulkopuolelle, vai onko tällaisissa muissa kuin hyödyntämiskieltoseuraamukseen johtavissa rajoitteissa kyse enemmälti todisteen näyttöarvoon vaikuttavista tekijöistä. Rajoitteet voivat johtaa myös todisteen näyttöarvon alentamiseen, jolloin kyse voi olla myös näytön arvioinnista vapaan todistusharkinnan vaiheessa sen sijaan, että puhuttaisiin varsinaisesta todistusaineiston rajaamisesta tai rajoittamisesta eli sulkemisesta kokonaan todistusaineiston ulkopuolelle siten, ettei näytönarviointia kyseisen todisteen osalta suoriteta lainkaan.

> Jämsä on esittänyt perustana ehdotetulle todistelunrajoitteen käsitteelle sen, että kaikki oikeudelliset rajoitteet ovat jaoteltavissa kolmen erilaisen ominaisuuden perusteella ja antavat näin täsmällisemmän kuvan todistelunrajoitteista kuin todistamis- ja hyödyntämiskieltokäsitteistö.[848] Tutkimuksessa esitetty malli on kaikkien oikeudellisten todistelunrajoitteiden kontekstissa

845 Tapanila 2014, s. 7.
846 Pölönen 2003, s. 205.
847 Jämsä 2020, s. 2.
848 Jämsä 2020, s. 3. Tämän lisäksi Jämsä on luonut "*kolmen V:n mallina*" kuvatun systeemin hyödyntämisratkaisun tekemiselle. Mallissa hyödynnettävyys riippuu todistelumenettelyssä tapahtuneen oikeudenloukkauksen vakavuudesta, vaikuttavuudesta ja vakauttamisesta.

erittäin hyödyllinen. Sen sijaan oman tutkimusnäkökulmani osalta haastavuus ilmenee siinä, että Jämsän tutkimus painottuu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta johtuviin todistelunrajoitteisiin, minkä osalta hän viittaa, ettei esimerkiksi todistamiskieltoja voida johtaa luontevasti tästä vaatimuksesta, eikä hyödyntämiskiellon käsitekään sovellu täysin niiden kuvaamiseen.[849]

Myös se seikka, että todistelunrajoitteita tulee soveltaa etupainotteisesti aina, kun se on mahdollista,[850] ei ole aivan yksinkertainen rajoitteiden kokonaisuudessa. Mikäli puhuttaisiin vain OK 17 luvun mukaisista todistamiskielloista, joihin rinnastuu oikeus olla todistamatta sekä hyödyntämiskielloista ainakin OK 17:25.1:n osalta, mahdollisesti myös itsekriminointisuojan laajennoksen käsittävän OK 17:25.2:n osalta, en esittäisi lausutusta huomiota. Kuitenkin sellaisten todistelunrajoitteiden rikkominen, joista voisi olla seurauksena hyödyntämiskiellon asettaminen yleissäännöksen nojalla, vaatii osakseen tuomioistuimen harkintaa. Lisäksi todistamiskieltojen olemassaolon toteaminen voi vaatia todistelua OK 17:23.1:n mukaisesti. Tämän vuoksi epäselvissä ja monimutkaisissa tilanteissa hyödyntämisratkaisun tekeminen olisi annettava joko ennakkoon tai pääasian yhteydessä tuomioistuimen ratkaistavaksi.[851]

## 6.6 Yhteenveto

Kirjallisen kertomuksen käyttökielto ei ole todistamiskielto sillä perusteella, että se liittyy enemmälti todistelun suullisuuden ja kontradiktorisuuden turvaamiseen ja kohdistuu kaikkiin kertomuksiin riippumatta niiden sisällöstä tai mahdollisesti suojeltavasta intressistä. Todistamiskielloilla on nähdäkseni oltava jokin selkeästi tunnistettava oikeushyvä, jonka suojaamiseksi kielto on asetettu, eikä sellainen ole pelkästään todistelumenettelyyn liittyvä valinta prosessin suullisuudesta. Vuorenpää puolestaan on luokitellut myös OK 17:8:n ja OK 17:24:n todistamiskieltonormeiksi.[852] Tarkastelen tässä tutkimuksessa jatkossa vain hyödyntämiskiellon asettamista, minkä vuoksi käyttökielto ei ole enempää mielenkiinnon kohteena. Pääasiallinen syy rajaukselle on käyttökiellon menettelyn kulkua turvaava funktio, joka ohjaa henkilötodistelua otettavaksi vastaan oikeassa muodossa. Se turvaa prosessin sisäisiä intressejä, eikä kyseessä ole hyödyntämisen rajoittamisesta prosessin ulkoisten syiden perustella.

849 Jämsä 2020, s. 3.
850 Jämsä 2020, s. 461.
851 Näin myös rikosasiassa, vaikka syyttäjä on näytön laajuuden osalta avainasemassa esitutkintaprosessin aikana ja pystyy tarvittaessa ohjaamaan myös esitutkintaviranomaista hyödyntämiskysymyksissä.
852 Vuorenpää 2020, s. 23.

Tässä tutkimuksessa todistamiskiellot ja hyödyntämiskiellot erotetaan toisistaan sekä käsitteinä että ilmiöinä. Valinta perustuu siihen, että todistamiskielto kohdistuu pääasiassa todisteen hankkimiseen ja esittämiseen, kun taas hyödyntämiskielto on viime kädessä todistus- ja tuomioharkintavaiheessa määrättävä seuraamus. Näin ollen, vaikka ajallisesti vaiheet voivat kohdistua samaan hetkeen, todistamiskiellon ja hyödyntämiskiellon vaikutukset ovat erilaiset. Todistamiskielto estää todisteen hankkimisen tai esittämisen, kun taas hyödyntämiskielto estää jo hankitun ja esitetyn todisteen huomioon ottamisen tuomioistuimen todistusharkinnassa, jolloin hyödyntämiskiellon alaisen todisteen osalta näytön arviointia ei suoriteta.[853] Mikäli todiste asetetaan hyödyntämiskieltoon, tuomioistuin ei voi antaa sille lainkaan painoarvoa ratkaisussa, jolloin kysymys on nimenomaisesti vapaan todistusharkinnan rajoittamisesta. Todistamiskiellon luonnollinen seuraamus on hyödyntämiskielto, minkä vuoksi hyödyntämiskielto ilmiönä on se, mitä tutkimuksen otsake hyödyntämiskiellolla tarkoittaa, ei siis pelkkä hyödyntämiskieltosäännös, joka taas ei koske todistamiskieltoja siinä merkityksessä kuin ne tässä tutkimuksessa esitän.

Yksinkertaistettuna merkitys todistamiskieltojen ja hyödyntämiskieltojen käsitteellisen erottelun välillä on, että todistamiskiellot ovat aineellisia tai prosessuaalisia säännöksiä, jotka rajoittavat vapaata todistelua, kun taas hyödyntämiskielto on prosessuaalinen seuraamus virheellisestä menettelystä. Tämä virheellinen menettely voi seurata joko todistamiskieltonormin tai muun säännöksen rikkomisesta. Todistamiskielto määrittää sen, millaisella metodilla todistetta ei saa hankkia, mistä teemasta tai millä keinolla todistetta ei saa hankkia tai esittää. Hyödyntämiskielto puolestaan on se seuraamus, jonka viime kädessä tuomioistuin asettaa todisteelle, jotta se jäisi laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, ja vielä tarkemmin, ei päätyisi näytön arvioinnin osaksi. Hyödyntämiskielto on ikään kuin viimeinen oljenkorsi estää laittoman todistusaineiston ottaminen tuomion perustaksi. Voisi toki sanoa, että aina, jos rajoitetaan vapaata todistelua, rajoitetaan myös vapaata todistusharkintaa, mutta tässä kontekstissa voidaan lähteä myös siitä ajatuksesta, että vapaata todistusharkintaa on se, että tuomioistuin saa vapaasti harkita kaikkea oikeudenkäynnissä esitettyä aineistoa. Hyödyntämiskiellon asettaminen rajoittaa tätä vapautta, koska todiste, jonka olemassaolo on jo tuotu tuomioistuimen tietoon tai se on jo esitetty tuomioistuimessa, jätetään todistusharkinnan ulkopuolelle ikään kuin todistetta ei olisi ollutkaan.[854]

---

853 Voidaan myös ajatella, että hyödyntämiskiellosta päättäminen edeltää varsinaista todistusharkintavaihetta, sillä hyödyntämiskiellon alaista todistetta ei oteta harkintaan mukaan, vaan se rajataan kokonaan tapauksen todistusaineiston ulkopuolelle. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa kuitenkin hyödyntämiskiellon päättämisen vaiheesta ilmaisua *"todistus- ja tuomioharkinnassa"*. Tämä on ajallisesti suppein mahdollinen käsitys hyödyntämiskiellon päättämishetkestä, vaikka todellisuudessa tuomioistuin voi tehdä ratkaisun asiassa pääkäsittelyn aikana, kuitenkin viimeistään todistus- ja tuomioharkintavaiheessa, jossa todistamiskiellon vaikutus ilmenee, kun sen rasittamaa todistetta ei ole otettu harkittavaan oikeudenkäyntiaineistoon. Ks. Virolainen – Martikainen 2010, s. 272 ja Pölönen 2003, s. 316 ja 321.

854 Tällöin hyödyntämiskiellon konkreettinen vaikutus ilmenee siinä, ettei tuomioistuin ota näytön arvioinnissa kantaa hyödyntämiskiellon alaiseen todisteeseen lainkaan.

Seuraavassa jaksossa, jossa asemoidaan hyödyntämiskielto, tarkastellaan hyödyntämiskiellon vaikutusta ja tarkoitusta eli käytännössä hyödyntämiskieltoa ilmiönä tai seuraamuksena, missä kontekstissa itsenäisyydellä tai epäitsenäisyydellä ei ole kuin käsitteellistä merkitystä.[855] Olennaista myöskään tämän tutkimuksen systematisoinnissa ei ole se, mitkä kaikki muutkin asiat kuuluvat todistamiskiellon käsitteen alle, koska OK 17 luvun säännökset ovat täsmällisiä ja tarkkarajaisia kieltonormeja, jolloin niiden nimike tai termi on semantiikkaa. Olennaista on niiden oikeudellinen vaikutus, jolloin niitä ei pidä sekoittaa muihin todistamissääntöihin. Oikeudenkäynnin näkökulmasta on keskeistä olla kiinnostunut vain siitä, päätyykö todiste lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon vai rajataanko se aineiston ulkopuolelle kokonaan. Tällöin on luontaista, että ainoastaan säännökset, joista aiheutuu hyödyntämiskieltoseuraamus, ovat oikeudellisesti mielenkiintoisia, koska muiden todistelusäännösten rikkominen voi johtaa ainoastaan todisteen näyttöarvon alentamiseen, mikäli rikkomus on aiheuttanut todisteen luotettavuuden heikkenemistä. Tästä näkökulmasta ei ole erityisen merkitsevää, mitä todistamiskiellon tai todistelurajoitteen käsitteellä tarkoitetaan.[856]

855 Olen valinnut tutkimuksen rakenteen tutkimuksen hyödyntämiskieltonäkökulmaa tukevaksi, jolloin normin todistamiskieltoluonteella ei ole erityistä merkitystä, vaan tarkastelen selkeimpiä todistusmetodikieltotapauksia osin hyödyntämiskieltosäännöstä koskevassa jaksossa.

856 Sama koskee hyödyntämisrajoite-käsitettä, jonka probleemi piilee suhteessa näytön arviointiin, enkä pidä tarpeellisena määrittää, mitkä menettelyrikkomukset tai olosuhteet rajoittavat näyttöarvon määrittelyä yksittäisen todisteen kohdalla. Tällainen ajatus muistuttaa myös legaalisesta todistusteoriasta.

# 7 HYÖDYNTÄMISKIELLON ASEMOINTI

## 7.1 Hyödyntämiskiellon tarkoitus ja vaikutus

Vapaata todistusteoriaa ei tule käyttää hyödyntämiskieltoja – eikä hyödyntämiskieltoja vapaata todistusteoriaa – vastaan puhuvana argumenttina, vaan hyödyntämiskiellot ovat vapaan todistusteorian reunaehtoja.[857] Kuitenkin on selvää, että jos hyödyntämiskielto on olemassa ja se asetetaan, ei vapaa todistusharkinta oikeuta käyttämään tällaista todistetta edes osittain. Hyödyntämiskielto ei ole korvattavissa punnitsemalla rikosasiassa syytetyn rangaistuksen lieventämistä[858] tai todisteiden todistusarvon vähentämistä.[859] Viime mainittu johtuu siitä, että hyödyntämiskielto rajoittaa vapaata todistusharkintaa ja on siten vapaasta todistusteoriasta irrallinen perus- ja ihmisoikeusperusteinen reunaehto sen sisältämien vapauksien toteutumiselle käytännössä.

> Vapaan todistelun periaatteita rajoittavat osin perus- ja ihmisoikeustaustaiset normit, jotka ilmenevät prosessissa hyödyntämiskieltoseuraamuksena, johon voidaan päätyä todistamiskielto- tai hyödyntämiskieltonormien soveltamisella. Näin voidaan sanoa, koska lopulta todistamiskiellotkin johtavat hyödyntämiskieltoon.

Hyödyntämiskielto ilmiönä tai seuraamuksena voidaan määrittää tavoitteen ja tarkoituksen kautta. Jämsän mukaan hyödyntämiskiellon tavoitteena on ”*palauttaa oikeudenkäynnin menettelyllinen tasapaino ja oikeudenmukaisuus poistamalla oikeudenloukkauksen vaikutukset yksittäisestä prosessista*”.[860] Lundqvist on määritellyt hyödyntämiskiellon tarkoituksen siten, että kielto palauttaa loukatun oikeuden ja täyttää valtion positiiviset velvoitteet taaten samalla yksilön oikeuden lailliseen ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.[861] Pölösen ja Tapanilan mukaan puolestaan hyödyntämiskieltojen tarkoitus on ”*reagoida todistamiskiellon vastaiseen menettelyyn jälkikäteen (ex post) tai sitten tehdä päätös itsenäisen hyödyntämiskiellon asetta-*

857 Tämän on nostanut varsin voimakkaasti esiin Hormia 1978, s. 42–43.
858 Furcht v. Saksa (23.10.2014).
859 Jalloh v. Saksa (11.7.2006).
860 Jämsä 2015, s. 78.
861 Lundqvist 2018, s. 317. Ks. oikeuden palauttamisesta myös Schatschaschwili v. Saksa (15.12.2015) kohta 101.

*misesta*".[862] Tämän tarkoitusmäärittelyn relevanttius on kiinni siitä, miten itsenäiset hyödyntämiskiellot määritellään, mutta siltä osin kuin kyse on todistamiskiellon ja hyödyntämiskiellon suhteesta, on tärkeää havaita, että hyödyntämiskielto ilmiönä on erotettava todistamiskiellosta. Siltä osin tarkoituksen määrittely on oikein, koska se osoittaa nimenomaisesti, että todistamiskiellosta seuraa hyödyntämiskielto, eli käsitteet ovat erilliset.[863]

Varhaisemmista hyödyntämiskieltomääritelmistä Hormia on kuvannut hyödyntämiskiellon seuraamusluonnetta siten, että hyödyntämiskielto on todistamiskiellon prosessuaalinen tehoste, jonka tehtävänä on estää aistein havaitun sisällyttäminen todisteiden harkintaan eli todistustosiasioiden arvioimiseen.[864] Seuraamus tulee ajankohtaiseksi, kun ennen tuomion julistamista havaitaan, että oikeudenkäynnissä on tapahtunut todisteiden vastaanottaminen, mistä saatu todistelutulos ei ole hyödyntämiskelpoinen.[865] Hyödyntämiskieltokäsite seuraamuksena on määritelty oikeustieteellisessä tutkimuksessa ylätasolla melko yhtenäisesti, mutta tarkemmalle tasolle menevät kuvaukset seuraamuksen vaikutusten osalta eriytyvät. Pölönen on määritellyt hyödyntämiskiellon käsitteenä seuraavasti: "*Yleisesti määritellen hyödyntämiskielloissa voidaan sanoa olevan kyse siitä, voidaanko kiellonvastaisesti hankittu tai muuten (perus)oikeuksien rajoittamiseen johtava todiste hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon, eli voidaanko sitä hyödyntää (käyttää) todistus- ja tuomioharkinnassa.*"[866] Pölösen määritelmä kytkee hyödyntämiskiellon todistusharkinnan vaiheeseen eli korostaa hyödyntämiskieltokäsitettä seuraamuksena.[867] Määritelmä on epätarkka, koska siinä viitataan kahteen eri tavoin virheelliseen todisteeseen: kiellonvastaisesti hankittuun todisteeseen ja perusoikeuksien rajoittamiseen johtavaan todisteeseen.[868]

---

862 Pölönen – Tapanila 2015, s. 234.

863 Todistelu-uudistuksen jälkeen on lisäksi tärkeää havaita, että määrittely on edelleen validi, koska se ei väitä mitään hyödyntämiskieltosäännöksen sovellettavuudesta todistamiskiellon rikkomiseen reagoinnissa.

864 Hormia 1978, s. 257.

865 Hormia 1979, s. 163.

866 Pölönen 2003, s. 205.

867 Ks. myös Pölönen ja Tapanila (2015, s. 232–233), joiden mukaan lopulta hyödyntämiskielto tarkoittaa aina "*kieltoa ottaa tietty todiste huomioon todistusharkinnassa*". Tässäkin korostetaan kieltonormiluonnetta, mikä ei ole sinänsä täysin täsmällistä, koska käyttökiellon aktualisoituessa voidaan myös päätyä kieltämään todisteen huomioon ottaminen todistusharkinnassa, vaikka käyttökiellon primaarinen merkitys onkin saada todiste menettelyllisesti oikein esitettyä, jotta käyttäminen voitaisiin sallia. Pölönen ja Tapanila ovat tähän tosin lisänneet, että erityisesti jos kontradiktorisuusvirheet luetaan hyödyntämiskiellon käsitteen alaan, voi todistelutuloksen rajaaminen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle tapahtua vielä pääkäsittelyn päättymisen jälkeen todistusharkintavaiheessa. En täysin yhdy tähän kannanottoon, koska kontradiktorisuusvirheet osittain kuuluvat jaksossa 6.4.3 käsittelemäni käyttökiellon alle, mitä en pidä synonyyminä hyödyntämiskiellolle.

868 Lainauksessa puhutaan hyödyntämiskiellon määritelmästä, mikä ei sinänsä ole todistelu-uudistuksesta riippuvainen, mutta huomattakoon tässä yhteydessä, että Pölösen määritelmä on kaksikymmentä vuotta vanha. Tuolloin kieltonormien systematiikka on ollut epäselvä, mikä on eittämättä vaikuttanut myös käsitteistön vakiintumattomuuteen.

Määritelmän ongelma piilee rikosprosessin osalta hyödyntämiskiellon huomioimisen vaiheessa, mille pelkkä tuomioistuinvaihe on käsitteenmäärittelytasolla liian suppea. Hyödyntämiskielto tulee huomioida rikosasiassa jo esitutkinta- ja syyteharkintavaiheessa, mutta viimeistään tuomioistuimessa, ja hyödyntämisratkaisun voi aina saattaa tuomioistuimen päätettäväksi. Määritelmä tältä osin on kuitenkin oikeusteoreettisessa kontekstissa oikea, koska hyödyntämiskiellon primaarinen merkitys on vapaan todistusharkinnan rajoittaminen eli viime kädessä jo oikeudenkäynnissä esitetyn todisteen rajaaminen laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle.

Pölönen, Riekkinen ja Jämsä ovat katsoneet hyödyntämiskiellon asettamisen oikeudenkäynnissä tarkoittavan todisteen hyödyntämättä jättämistä eli sitä, ettei todistetta oteta todistusharkinnassa huomioon, vaan se suljetaan laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, eli todisteen osalta näytön arviointia ei suoriteta lainkaan, eikä sillä ole merkitystä todistusharkinnassa.[869] Jämsä on määritellyt näyttöharkinnan näkökulmasta tarkasteltuna hyödyntämiskiellon sellaiseksi menettelylliseksi säännökseksi, ”*joka rajoittaa pyrkimistä aineelliseen totuuteen ja pakottaa tuomioistuimen perustamaan ratkaisunsa prosessuaalisen totuuden varaan mahdollisesti hyvinkin tietoisena siitä, että se ei lainkaan vastaa aineellista totuutta*”.[870] Pidän edellä lausuttuja ainoina mahdollisina tulkintoina hyödyntämiskiellon käsitteestä seuraamuksena. Jatkan kuitenkin määrittelyjä tarkentavalla reunahuomautuksella todistusharkinnan kronologista kulkua ajatellen. Todistusharkinta jakautuu pelkistetysti kahteen osaan: kunkin todisteen näyttöarvon määrittämiseen erikseen ja sen jälkeen kokonaisuutena.[871] Näiden kahden näyttöarvon määrityksen välinen ajankohta on se viimeinen hetki, kun hyödyntämiskielto voi tosiasiassa enää saada vaikuttavuutta. Hyödyntämiskiellon alainen todiste ei saa vaikuttaa näytön arvioinnin kokonaisuuteen eikä siten päätyä myöskään näytön riittävyyden arvioinnissa osaksi oikeudenkäyntiaineistoa. Optimaalista olisi, jos hyödyntämiskiellon alainen todiste ei päätyisi lainkaan esitettäväksi oikeudenkäynnissä, mutta mikäli näin on päässyt käymään ja hyödyntämisratkaisua harkitaan OK 17:25.3:n nojalla, on

869 Riekkinen 2019, s. 314 ja 409; Jämsä 2015, s. 106 ja Jämsä 2020, s. 77. Jämsän (2015, s. 106) mukaan hyödyntämiskielto tällä tavoin estää oikeudenloukkauksen rasittaman todistelun tulemisen osaksi laillista näyttöä. Pölönen on tarkentanut vastaavaa määritelmää lisäämällä, että ”*näytönarviointia ei voida suorittaa ollenkaan sellaisen todisteen osalta, joka on suljettu pois todistusaineistosta*” Pölönen 2003, s. 205.

870 Jämsä 2015, s. 77. Samassa tutkimuksessa Jämsä esittää, että hyödyntämisen täydellinen estyminen ei kuitenkaan olisi lähtökohtaisesti välttämätöntä. Toisaalta Jämsän (2020, s. 3) mukaan hyödyntämiskiellolla tarkoitetaan todistamiskiellon mahdollista oikeusseuraamusta eli todistamiskiellon vastaisesti esitetyn todisteen sulkemista oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle. Tällä määritelmällä Jämsä näyttää sitovan hyödyntämiskiellon käsitteen ainoastaan todistamiskiellon rikkomisen seuraamukseksi vaiheessa, jossa esittäminen on jo tapahtunut. Riippuen todistamiskiellon määritelmästä, määritelmä voi olla kattavuudeltaan joko validi tai puutteellinen. Määritelmä ei tunnista itsenäisiä hyödyntämiskieltoja ja viittaa hyödyntämiskiellon olevan ainoastaan mahdollisen seuraamus todistamiskieltoa rikkoen esitetylle todisteelle.

871 Huomautan, että vapaa todistusharkinta ei käytännössä etene tällä tavoin järjestelmällisesti, koska kysymys on tuomarin ajatusprosessista, eikä kaavamaisesta menettelystä. Pelkistetty jako on tässä esitetty ainoastaan hyödyntämiskiellon määrittämiseksi seuraamuksena.

näytönarviointia todisteen osalta tosiasiassa tehtävä, koska yksi hyödyntämiskiellon asettamisen arviointikriteereistä on todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta. Tällöin tuomioistuimen on tutustuttava todisteeseen ja pystyttävä määrittämään sen näyttöarvo vastaanotetun näytön kokonaisuudessa. Mikäli hyödyntämiskielto asetetaan, tuomioistuimen on pystyttävä sulkemaan jo havainnoitu todiste oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle siten, ettei se vaikuta ratkaisuun.[872] Tällä perusteella näytön arvioinnin vaihe on kriittinen hyödyntämiskiellon vaikuttavuuden kannalta ja käytännössä viimeinen mahdollinen vaihe hyödyntämisratkaisun tekemiseksi.

Virolainen on sekä varhaisemmassa tutkimuksessaan että todistelu-uudistukseen tähtäävästä todistelutoimikunnan mietinnöstä antamassaan lausunnossa korostanut sitä, että todistamiskiellon seuraus pitäisi lähtökohtaisesti olla hyödyntämiskielto,[873] eikä todistelun vapaudelle tulisi antaa suurempaa painoarvoa kuin hyödyntämiskiellolle. Virolainen on kannattanut myös hyödyntämiskiellon yleissäännöksen säätämistä. Nähdäkseni Virolainen on siten kannattanut varsin monipuolista hyödyntämiskiellon soveltamismahdollisuutta.[874] Kauempana Virolaisen kannasta on Viljanen, jonka mukaan todistamiskielloista ja käyttökielloista voisi seurata hyödyntämiskielto, mutta ei välttämättä muista lainvastaisuuksista todisteiden hankkimismenettelyissä.[875] Sinänsä Viljasen näkökulma vastaa voimassa olevaa lainsäädäntöä, jossa yleinen hyödyntämiskieltosäännös on rajattu poikkeus todisteiden laajasta hyödynnettävyydestä. Näiden kahden tulkinnan väliin mahtuu myös Jokelan esittämä malli, jossa ei annettaisi tarkkaa sääntelyä hyödyntämiskielloista tai tarkkoja kriteerejä hyödyntämiskiellon asettamiselle, vaan hyödyntämisratkaisu tehtäisiin punnitsemalla rikkomuksen vakavuutta ja loukatun oikeushyvän merkitystä. Jokelan mallissa olisi mahdollista myös alentaa todisteen näyttöarvoa, jos hyödyntämiskieltoon ei harkinnassa päädyttäisi mutta todisteen hankkiminen on kuitenkin ollut lainvastaista.[876]

---

872 Hyödyntämiskelvottoman todisteen sulkemista näytönarvioinnin ulkopuolelle seikasta jo muodostetun mielikuvan jälkeen, eli hyödyntämiskiellon tosiasiallista vaikuttavuutta, on tutkittu erilaisin metodein tuomareiden ja juryn jäsenten osalta. Niistä yleistettynä johtopäätöksenä voi todeta, että unohtaminen on hyvin vaikeaa. Mielikuvan luomisen jälkeen havainnoitsija voi kärsiä jopa kognitiivisista vinoumista yrittäessään unohtaa hyödyntämiskelvotonta näyttöä, mikä voi vahvistaa todisteen vaikutusta päätöksentekoonsa. Ks. esim. Schaffer 1984; Cope 1988; Wistrich ym, 2005; Steblay ym. 2006 ja Hougham 2011. Myös kotimainen tutkimus aiheesta olisi mielekästä oikeusjärjestysten eroavuuden ja tuomioistuinten kokoonpanojen erojen vuoksi.

873 Virolainen 1998, s. 424–426 ja OMML 30/2013, s. 198–199.

874 Epäselväksi Virolaisen lausunnosta (OMML 30/2013, s. 198–199) jäi, kannattiko hän myös todistamiskielloista seuraavan hyödyntämiskiellon erillistä kirjaamista lakiin vai kannattiko hän niiden kuulumista hyödyntämiskiellon yleissäännöksen piiriin. Huomionarvoista on myös se, että Virolaisen lausunto viittasi todistelutoimikunnan mietintöön, jonka mukaisessa sanamuodossa laki ei tullut voimaan. Hyödyntämiskiellon yleissäännös osoittaa sanamuodoltaan, että hyödyntämiskiellon asettaminen ei ole pääsäätö lainvastaisesti hankitun todistusaineiston tapauksissa.

875 Viljanen 2013, s. 155.

876 Jokela 2008, s. 561–562. Esim. KKO 2000:35, KKO 2011:91 ja KKO 2013:25. Vrt. OMSO 65/2012, s. 64.

Oikeudenkäymiskaaren uudistuttua Jokelan kannanoton jälkeen on selvää, että lainsäätäjä ei omaksunut Jokelan esittämää mallia. Pidän Jokelan esittämää ongelmallisena näyttöarvon alentamisen osalta, koska se ei sovellu hyödyntämiskiellon merkitykseen vapaata todistusharkintaa rajoittavana tekijänä. Todistusharkinnassa on pidettävä erillään hyödyntämisratkaisun tekeminen ja näytön arviointi.

Hyödyntämiskiellot ovat tulleet kotimaiseen oikeuskäytäntöön vahvasti EIT:n ratkaisujen myötä. EIT on painottanut, että kansallisen lainsäädännön on turvattava mahdollisuus yksityiselle henkilölle vaatia todisteen poistamista menettelystä, jos se on hankittu lainvastaisesti. Rikosasioissa EIT on katsonut, että mikäli yksityisen henkilön oikeus on todisteiden hankkimisessa selkeästi sivuutettu tai jos oikeusvaltioperiaatetta on rikottu taikka pakkokeinoja käytetty mielivaltaisesti, tulee kysymykseen ainoastaan hyödyntämiskielto, jotta loukattu oikeus voidaan palauttaa.[877] Tällöin oikeusvaltioperiaatteen rikkominen voi johtaa siihen, että koko menettely todetaan mitättömäksi, ei vain todistelu. Tätä lievemmissä tilanteissa on huomioitava hankkimistavan lainvastaisuus, loukatun arvon tai oikeuden luonne sekä tarve suojata näitä hylkäämällä todisteet prosessista.[878] Pölösen mukaan hyödynnettävyys on ollut pääsääntö riippumatta siitä, onko todisteet hankittu laillisesti.[879] Edelleen hyödynnettävyys on vahva pääsääntö, kuten hyödyntämiskiellon yleissäännöksen kirjoitusasukin ilmaisee, mutta toisaalta EIS:n tulkintavaikutus on johtanut myös kahteen nimenomaiseen hyödyntämiskieltosäännökseen, kiduttamalla ja itsekriminointisuojaa loukkaamalla hankitun todisteen hyödyntämisen kieltämiseen.[880]

Hyödyntämiskielto seuraamuksena on siinä mielessä menettelylliseen todistusoikeuteen kuuluva oikeuskysymys, että hyödyntämiskiellon asettaminen merkitsee todisteen rajaamista oikeudenkäynnin ulkopuolelle formaalilla perusteella, jolloin tuomioistuin jättää relevantin todistelutuloksen huomioon ottamatta todistusharkinnassa.[881] Tällöin tuomari ei voi antaa todisteelle minkäänlaista merkitystä vapaan todistusteoriankaan nojalla.[882] Jämsän mukaan hyödyntämiskiellon asettamisen syynä on sellainen oikeusturvan loukkaus, ettei faktojen selvittämiselle ole tarvetta, mikä tarkoittaa abstraktimmalla oikeuskulttuurin tasolla, että arvoperiaatetta on loukattu niin vakavasti, ettei vapaata näyttöharkintaa voi toteuttaa.[883]

Formaalisuuden korostaminen voi vaikuttaa tarpeettomalta, mutta pidän sitä tärkeänä hyödyntämiskiellon ja todistamiskiellon välisen suhteen kuvaamisessa.

877 Ks. esim. Othman (Abu Qatada) v. Yhdistynyt kuningaskunta (9.5.2012).
878 Ks. esim. Jalloh v. Saksa (11.7.2006).
879 Pölönen 1997, s. 1226.
880 Hyödyntämiskieltosäännöksen osalta sanottu koskee viime mainitun osalta käytännössä itsekriminointisuojan laajennosta, koska itsekriminointisuojaa todisteen hankkimisen ja esittämisen osalta rikosprosessissa koskee todistamiskieltonormi.
881 Pölönen 2003, s. 205–206. Ks. myös Hormia 1978, s. 263 ja Riekkinen 2014, s. 131.
882 Riekkinen 2014, s. 131.
883 Jämsä 2015, s. 77–78.

Ominaisuus viittaa nimenomaisesti siihen, että todisteen todistusarvo, erityisesti luotettavuus, ei ole syy laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle rajaamiselle, vaan rajausperusteena toimii jokin toinen arvo, eikä todisteen luotettavuuden huomioiminen näyttöarvon määrittelyssä ole vaihtoehto hyödyntämiskiellon asettamiselle.[884] Formaali peruste ikään kuin ohittaa mahdollisuuden liukuvalle hyödyntämiselle, mutta ei tee perusteesta mitenkään vähäpätöistä, koska formaalisuuden aiheuttamat perusteet on määritelty laissa ja niiden säätämiselle on tehty arvopunninta, jossa muu arvo on totuutta tärkeämpi. Näin ollen formaalisuus tulee siitä, että rajaaminen perustuu säännökseen, ei siitä, että säännös itsessään olisi vähämerkityksellinen tai ainoastaan menettelyllinen.[885] Formaalisuudesta ja laajemmin oikeussäännön ehdottomasta luonteesta riippumatta todiste, joka tukee syytetyn syyttömyyttä, on lähtökohtaisesti aina hyödynnettävissä. Poikkeuksena tästä on kiduttamalla hankittu todiste, sillä sellaista rasittaa yleinen ja absoluuttinen hyödyntämiskielto muissa asioissa kuin kidutuksen tapahtumisen todistamisessa.[886]

Toisin sanoen seuraamusluonteensa osalta hyödyntämiskielto ei pidä sisällään kannanottoa suojeltavasta oikeushyvästä, pois lukien OK 17:25.3 siltä osin, kuin hyödyntämiskelpoisuuden arviointia peilataan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukseen. Kuitenkin hyödyntämiskielto oikeussääntönä on tietyissä määrin katsottava aineelliseksi, koska se ei ole sanktioluoteinen eli asetettavissa pelkästään taustanormin rikkomisen perusteella, vaan oikeussääntönä hyödyntämiskielto saa oman sisältönsä. Suomessa on todettu, että esitutkintaviranomaisen todisteen hankinnassa tehty pelkkä muodollinen virhe ei johda pääsääntöisesti hyödyntämiskieltoon, eivätkä epäitsenäistenkään hyödyntämiskieltojen funktiot keskity virkavallan väärän toiminnan sanktioimiseen, vaan siihen soveltuu virkamieslainsäädäntö ja virkarikossääntely.[887]

## 7.2 Hyödyntämiskiellon systematisoinnista

Yhteenvedonomaisesti ilmaistuna tuomioistuimen asettaessa todisteen hyödyntämiskieltoon koko todiste tai osa todisteesta jää laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, jolloin sitä ei todistusharkinnassa oteta lainkaan huomioon. Mikäli

884 Tässä yhteydessä on huomautettava, että formaalin seuraamuksen käsitettä ei pidä sekoittaa normin sääntöformalismiin. Ks. jakso 2.3.

885 Tällöin rajaaminen on menettelyllistä prosessioikeutta, eli toiseen säännökseen perustuvaa, mutta ei intressi rajauksen perusteena.

886 OMML 69/2012, s. 122. Absoluuttisuuden käsitteestä kuitenkin huomio jaksossa 9.2 kiduttamalla hankitun todisteen osalta.

887 Vrt. Yhdysvaltojen common law -järjestelmässä hyödyntämiskieltoa vastaavalle ilmiölle on tunnistettu kaksi tavoitetta: poliisin väärinkäytösten estäminen ja oikeudenkäytön integriteetti. Ks. näistä funktioista tarkemmin Riekkinen 2014, s. 142–143. Vrt. Hormia (1979, s. 163), jonka mukaan hyödyntämiskielto on sanktio todistamiskiellon rikkomisesta, minkä asettamista todistamiskiellolla suojatun oikeushyvän suojelu edellyttää.

tuomioistuimen päätös hyödyntämiskiellon asettamisesta on kielteinen, eikä hyödyntämiskieltoa siten aseteta, todiste otetaan huomioon näyttöharkinnassa samoin kuin muutkin todisteet, eli sen näyttöarvo määritellään normaalisti. Ennen todistelu-uudistusta hyödyntämiskieltojen määritelmä ja käyttöala olivat jokseenkin vakiintumattomia, vaikka oikeuskäytäntö on ollut paikoittain linjakasta. Nähdäkseni epäselvyys erityisesti käyttöalassa ei ole kokonaan poistunut, vaikka normitasolla on menty selkeämpään suuntaan. Keskeisimmät epäselvyydet ovat koskeneet edellä kuvattua käsitemäärittelyä siitä, seurasiko todistamiskiellon rikkomisesta väistämättä (epäitsenäinen) hyödyntämiskielto ja millä perusteilla niin sanottu itsenäinen hyödyntämiskielto voitiin määrätä.

Oikeustieteellisissä kannanotoissa on melko yhdenmukaisesti katsottu, että hyödyntämiskielto voi seuraamusluonteeltaan joko perustua todistamiskieltoon eli olla epäitsenäinen seuraamus tai se voi olla todistamiskiellosta riippumaton eli itsenäinen kielto. Lisäksi on katsottu, että itsenäinen tai epäitsenäinen hyödyntämiskielto voi olla vaikutuksiltaan joko pakottava eli absoluuttinen tai jäädä tuomioistuimen harkintaan eli olla relatiivinen.[888] Absoluuttinen hyödyntämiskielto on ehdoton, eikä tuomioistuimella ole päätäntävaltaa siitä, onko sen alaista todistetta mahdollista käyttää tuomion perusteena. Tällöin tuomioistuin ei voi harkita kielletyn menettelyn täyttyessä hyödyntämiskiellon asettamista. Relatiiviset hyödyntämiskiellot puolestaan mahdollistavat tuomioistuimen harkinnan. Absoluuttinen hyödyntämiskielto on oikeudenkäymiskaaren uudistuksen jälkeen helppo tunnistaa, sillä sellaisia ovat erikseen OK 17:25.1 ja 2:ssa säädösteknisesti hyödyntämiskielloksi säädetyt kiduttamista ja itsekriminointisuojaa laajennoksensa kera koskevat hyödyntämiskiellot. OK 17:25.3 on puolestaan harkinnanvarainen hyödyntämiskieltosäännös, joka osoittaa relatiivisuutta siten, että siinä annetaan avoimeksi jätetty lista tuomioistuimen hyödyntämiskiellon asettamisharkinnassa punnittavia seikkoja, joiden nojalla hyödyntämisratkaisu tehdään.[889] Absoluuttisuutta ja relatiivisuutta on hyödyntämiskiellon osalta käytetty tuomioistuimen harkintavallan kuvaamisen lisäksi myös siinä merkityksessä, onko suojeltavalle oikeushyvälle asetettu suoja ehdoton.[890]

---

888 Riekkinen 2014, s. 135; Riekkinen 2019, s. 409 ja Jämsä 2020, s. 206. Riekkisen (2019, s. 409) mukaan *"Hyödyntämiskielto voi tulla harkittavaksi myös erinäisten muiden säännösten pohjalta tai suoraan ihmisoikeusvelvoitteiden nojalla, vaikka todisteen hankinta ei sinänsä olisi ollut ainakaan kansallisen lain vastaista."* Riekkisen (2014, s. 134) mukaan itsenäisyys tai epäitsenäisyys liittyy hyödyntämiskiellon perusteeseen, kun taas absoluuttisuus tai relatiivisuus liittyy sen vaikutukseen.

889 Pois lukien rikosprovokaatiotilanne, johon sovelletaan hyödyntämiskiellon yleissäännöstä, mutta ei tehdä lainkaan säännöksen osoittamaa harkintaa.

890 Esimerkiksi Riekkinen (2014, s. 134) on kuvannut absoluuttisuutta käytettävän kahdessa eri merkityksessä: joko siinä, ettei tuomioistuimella ole harkintavaltaa hyödyntämiskiellon asettamisessa tai siinä, että kukaan ei voi disponoida asiassa, ei edes kiellolla suojattu taho. Selkeintä on katsoa absoluuttisuuden tarkoittavan sellaista kieltonormia, josta ei ole säädetty murtamis- tai väistymisperusteita tai tuomioistuimen kokonaisharkintavaltaa. Tällöin määritelmä kattaa samoin perustein sekä todistamis- että hyödyntämiskiellot. Toisaalta Riekkisen (2014, s. 135) mukaan merkitystä hyödyntämiskiellon absoluuttisuudella

> Hyödyntämiskiellon absoluuttisuus tai relatiivisuus eroaa todistamiskiellon vastaavasta ominaisuusluokituksesta, siltä osin kuin hyödyntämiskielto seuraamuksena on muodollinen, ja todistamiskiellot ovat joko muodollisia tai aineellisia. Sikäli kun hyödyntämiskiellon absoluuttisuudella viitataan suojeltavan oikeushyvän ehdottomaan suojeluun ilman suojatun henkilön disponointimahdollisuutta, ominaisuuksien ero on selkein.[891] Aineellisten todistamiskieltojen, joita ovat kaikki teemakiellot ja osa keinokielloista, osalta absoluuttisuus tai relatiivisuus perustuu siihen, sisältyykö kieltonormiin kiellosta poikkeamisen perusteita. Näitä voivat olla suojatun suostumukseen tai laveasti katsottuna vaikenemisoikeuden käyttämiseen taikka murtamiseen liittyvät perusteet. Menettelyllisissä todistamiskielloissa, joita ovat lähinnä metodikiellot, ei ole suojatun henkilön disponointimahdollisuutta. Tämä ei silti tee metodikielloista absoluuttisia, koska niistä suuri osa koskee rikosprosessin esitutkintavaihetta ja todisteiden hankkimistapoja, joita arvioidaan puolestaan relatiivisen hyödyntämiskieltosäännöksen eli OK 17:25.3:n nojalla.[892]

Aiemmin hyödyntämiskiellot voitiin jakaa myös laissa säädettyihin ja sääntelemättömiin katsoen, että ensiksi mainituista oli vielä kahdenlaisia hyödyntämiskieltoja: tavallisen lain tasolla säädettyjä ja perustuslaillisia.[893]

> Seuraamusluonne ja vaikutusluonne hyödyntämiskiellon jakoperusteena sisältävät merkittävän epäselvyystekijän sen osalta, mitä todistamiskielloksi määritellään ja lisäksi miten todistamiskieltojen vaikuttavuutta systematisoidaan. Itsenäiset hyödyntämiskiellot perustuvat tässä perinteisessä määrittelyssä suoraan perus- ja ihmisoikeuksia loukkaaviin todisteisiin, joista ei ole säädetty erillistä todistamiskieltonormia. Myös osa hankkimis- ja esittämiskielloista perustuu perus- ja ihmisoikeuksiin, mutta tällöin niistä seuraava hyödyntämiskielto on sanktio rikotusta hankkimis- ja esittämiskieltonormista, mikä tekee vastaavasta hyödyntämiskieltoseuraamuksesta epäitsenäisen. Tällaiset normit ovat todistamiskieltonormeja, mutta lisäksi tuomioistuin voi määrätä todisteen hyödyntämiskieltoon, vaikka todistamiskieltonormia

---

tai relatiivisuudella onkin erityisesti itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta.

891 Ks. laajemmin käsitteistöstä Riekkinen 2014, s. 134–135.

892 Mikäli itsenäisiksi hyödyntämiskielloiksi katsottaisiin OK 17:25:ssä säädetyt hyödyntämiskiellot, eli myös kiduttamisen kiellon, itsekriminointisuojan vastaiset (lähinnä laajennos, koska rikosasiassa itsekriminointisuojasta on jo todistamiskieltosäännös) ja hyödyntämiskiellon yleissäännökseen pohjautuvat kiellot, joiden perusteena on lähtökohtaisesti OK:n ulkopuoliset (metodi)kiellot, asia toki on näin, koska kuten edellä on kuvattu, 1 ja 2 momentit ovat absoluuttisia kun taas 3 momentti on selkeästi relatiivinen jo sanamuotonsa nojalla. Todistamiskieltojen absoluuttisuudesta ja relatiivisuudesta ks. jaksossa 7.4.2.

893 Ks. aiemmista jaotteluista Riekkinen 2014, s. 134–135.

> ei olisi rikottu. Sillä, onko kyse epäitsenäisestä vai itsenäisestä hyödyntämiskiellosta, ei ole tällaisessa tilanteessa merkitystä, koska lopputulos, todisteen hyödyntämättömyys tuomion perustana, on käsillä joka tapauksessa. Hyödyntämiskiellon yleissäännös (OK 17:25.3), jonka soveltamista ei edellä todistamiskieltonormin rikkominen, on hyvin vahvasti perus- ja ihmisoikeuksiin perustuva, koska siinä punnitaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista.

Hyödyntämiskiellon yleissäännös (OK 17:25.3) on muotoiltu lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämisen kieltämismahdollisuuteen, mutta pääsääntönä on hyödynnettävyys. Yleissäännös ei taas koske todistamiskieltonormia rikkoen hankittua todistetta, joten sen soveltamisala on ennalta määrittämätön. Jos OK 17 luvussa säädettyä todistamiskieltoa rikotaan, hyödyntämiskielto seuraa luonnollisesti, mutta muut lainvastaiset hankkimistavat eivät pääsääntöisesti johda hyödyntämiskieltoon.[894] Hyödyntämiskieltojen ala tulisi pitää suppeana erityisesti rikosasioissa rikosten selvittämisintressin ja sekä riita- että rikosasioissa oikeusturvan toteutumisen vuoksi. Näkemykseni hyödyntämiskieltoproblematiikasta ylätasolla yhtyy parhaiten Fränden näkemykseen, jonka mukaan vain tärkeimpiä perusoikeuksia rikkovat menettelyt aiheuttavat kategorisesti hyödyntämiskiellon, mutta muut lainvastaisuudet todisteen hankkimisessa sisältävät heikon hyödyntämiskielto-olettaman, jolloin hyödyntämisratkaisu tehdään punnitsemalla todisteen merkitystä ja loukkauksen vakavuutta.[895] Tästä syystä hyödyntämiskiellon yleissäännös onkin ollut paikallaan. Lainvastaisinkin metodein hankitut todisteet ovat lähtökohtaisesti hyödyntämiskelpoisia. Tapanilan mukaan *"hyödyntämiskiellon tulee olla todistusoikeuden ultima ratio eli sanktion tulee kohdistua vain kaikkein vakavimpiin lainvastaisuuksiin"*.[896] Tämän mahdollistaa se, että kaikki tärkeimmät, totuuden tavoittelua vahvemmat oikeushyvät on kirjattu todistamiskieltosäännöiksi eli intressipunninta on useiden selvien tapausten osalta tehty lainsäätäjän toimesta ennakkoon.

---

894 Lisäksi, jos johtavat, ei etäishyödyntäminen ole kuitenkaan kiellettyä eli sanktionäkökulmaa ei oikein suomalaisessa oikeudessa voi perustella. Tästä esitän poikkeuksena todistusmetodikiellot, jotka oikeuskäytännössä on katsottu hyödyntämiskieltoon johtaviksi. Todistusmetodikieltojen heikohkosta hyödyntämiskieltoseuraamuksesta ja hyödyntämiskieltojen yleissäännöksen poikkeussääntöisyydestä sekä etäishyödyntämisen sallittavuudesta voidaan johtaa probleemi: onko sääntelykokonaisuuden taustalla ajatus siitä, että jos todistamiskieltoa rikotaan, mutta todiste olisi muuttumaton tämän menettelyn seurauksena, eikä virheellinen menettely johda todisteen luotettavuuden heikkenemiseen, se olisi todennäköisemmin hyödynnettävissä menettelyvirheestä huolimatta?

895 Frände 2009, s. 378.

896 Tapanila perustelee tätä sillä, että jos jokaiseen todistelun virheeseen reagoitaisiin määräämällä ankaramman sanktion, se saattaisi heikentää hyödyntämiskiellon legitimiteettiä ja tehokkuutta. Tämä tarkoittaa, että hyödyntämiskieltoa tulisi soveltaa harkitusti ja vain silloin, kun menettelyssä on tapahtunut erityisen vakava ja selvä lainvastaisuus, jotta sen merkitys ja vaikutus säilyisivät oikeudenkäynnin legitiiminä ja tehokkaina osina. Tapanila 2019, s. 236.

Hyödyntämiskiellon yleissäännös koskee lainvastaisesti[897] hankittua todistetta, mutta lainvastaisuuden ulkopuolelle on jätetty laissa säädettyjen todistamiskieltojen, käyttökieltojen ja vaitiolo-oikeuksien rikkominen,[898] koska näiden säännösten vastainen menettely eli hankkimis- tai esittämiskiellon rikkominen johtaa joka tapauksessa siihen, ettei tällaista todistetta saa hyödyntää tai käyttää. Tällöin todistamis- tai käyttökieltoja sovelletaan hyödyntämiskieltosäännöksen asemesta, eikä erillistä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumiseen liittyvää hyödynnettävyysarviointia tarvitse tehdä, sillä sen on lainsäätäjä jo tehnyt. Myös Viljasen mukaan lähtökohtana on, että todistamis- tai käyttökieltojen vastaisesti saatuja todisteita ei saa hyödyntää, eikä niissä ole harkinnanvaraisuutta samoin kuin nykyisen hyödyntämiskiellon yleissäännöksen piiriin kuuluvan lainvastaisen hankintamenettelyn osalta on asian laita.[899] Mikäli OK 17 luvussa säädetty todistamiskielto on murrettavissa, todistetta voidaan hyödyntää murtamisen jälkeen. Kuitenkin jos todiste on muulla tavoin hankittu laittomasti, hyödyntämiskiellon yleissäännös tulee harkittavaksi.[900]

> Todistelutoimikunnan mietinnöstä annetuissa lausunnoissa asia nostettiin esiin tulkintaongelmana todistamiskieltojen ja hyödyntämiskiellon yleissäännöksen välisestä suhteesta.[901] Lisäksi korkein oikeus nosti lausunnossaan esiin epäloogisuuden siitä, että hyödyntämiskiellon yleissäännös lainvastaisesti hankitusta todisteesta saattaisi todistelutoimikunnan mietinnön perusteella koskea myös esimerkiksi itsekriminointisuojan vastaisesti hankittua todistetta, josta kuitenkin on oma hyödyntämiskieltosäännöksensä, joka taas perustuu asiassa annettuun todistamiskieltoon.[902] Mietinnöstä annetuissa lausunnoissa useat lausunnonantajat korostivat hyödyntämiskiellon seuraamista todistamiskiellon rikkomisesta. Sekä Virolainen että Fredman ehdottivat täsmennystä kirjattavaksi lakiin.[903] Tällainen näkemys

897 Mietinnön (OMML 69/2012, s. 122) perusteluissa on todettu, että käsitettä ”*laki*” tulee tulkita laajasti ottaen huomioon myös oikeuskäytäntö.

898 HE 46/2014 vp, s. 92 mukaan vaitiolo-oikeudet rinnastetaan todistamiskieltoihin, koska laissa ikään kuin säädetään todistamiskielto, jonka asianomainen henkilö suostuessaan todistamaan kumoaa.

899 Viljanen 2013, s. 156.

900 OMML 69/2012, s.122 ja HE 46/2014 vp, s. 92 mukaan tällaiseksi tilanteeksi ei voida kuitenkaan lukea sitä, että kiellolla suojeltu on antanut suostumuksen todisteen käyttämiseen, mutta suostumus on saatu laittomin keinoin. Tällöin todisteen käyttämiselle ei ole aitoa suostumusta eikä todistamiskielto väisty. Ks. myös Espoon käräjäoikeuden lausunto asiassa OMML 30/2013, s. 187.

901 OMML 30/2013, s. 182–198.

902 Korkeimman oikeuden mukaan, tällöin sääntely ei vastaisi itsekriminointisuojaa koskevien oikeudenloukkausten osalta sitä tulkintaa, jota ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön on kansallisessa oikeuskäytännössä katsottu edellyttävän, koska niissä hyödyntämiskielto on vahvempi pääsääntö. Ks. OMML 30/2013, s. 182.

903 OMML 30/2013, s. 186 ja 198. Virolainen (OMML 30/2013, s. 198) ehdotti asian kirjaamista hyödyntämiskiellon yleissäännökseen siten, että ”*todistamiskieltoon liittyisi lähtökohtaisesti samalla hyödyntämiskielto, josta voitaisiin tietyin, ehdotetun 17 luvun 25 §:n 2* [nyk. 3] *momentissa mainituilla tai niihin*

> on sinänsä perusteltu, mutta huomionarvoista jälkikäteen havainnoituna on se, että todistamiskieltojen vastainen toiminta ei kuulu hyödyntämiskiellon yleissäännöksen piiriin, vaikka rikkominen lainvastaista onkin. Lainvastaisuus viittaa muihin menettely- tai aineellisiin säännöksiin todistamis- ja käyttökieltojen ollessa itsenäisesti arvioitavia. Fredman lausui eriävässä mielipiteessään lisäksi, että hyödyntämiskiellon yleissäännöksestä tulisi ilmetä, että todistamis- ja käyttökieltoja sovelletaan hyödyntämiskieltoa koskevan säännöksen sijasta eikä silloin edellytetä hyödyntämiskieltoon edellytettyjä painavia syitä.[904]

Riekkinen on esittänyt sinänsä selvän, mutta hyvin merkittävän havainnon hyödyntämiskiellon yleissäännökseen (OK 17:25.3) perustuvan hyödyntämiskiellon asettamisen mahdollisuudesta: "*Todisteen hankkimistapaan ja hankinnan yhteydessä tapahtuneeseen käsittelyyn liittyvät, todisteen luotettavuuden vaarantavat puutteet puoltavat hyödyntämiskieltoa, mutta vain silloin, kun todiste on hankittu lainvastaisesti. Olemassa ei ole harkinnanvaraista yleissäännöstä hyödyntämiskiellosta, joka koskisi laillisesti hankittua aineistoa, eikä todisteen hankkimis- tai käsittelytapojen negatiivinen vaikutus todisteen luotettavuuteen ole yksinään itsenäinen hyödyntämiskieltoperuste.*" [905] Riekkisen huomio on tärkeä, minkä vuoksi sitä ei voi liiaksi olla tässä tutkimuksessa korostamatta. Kysymys on pohjimmiltaan kieltonormin luonteesta ja oikeusturvasta sekä prosessivarmuudesta, joiden nojalla ainoastaan kieltonormilla voidaan estää ja sanktioida tietty toiminta prosessissa. Mikäli tietynlaista todistetta ei ole säädetty kielletyksi tai sen hankkiminen ei ole ollut lainvastaista, on todisteen prosessiin tuovan voitava luottaa siihen, että todistetta voi hyödyntää.[906] Riekkinen täsmentää, että esimerkiksi todisteen hankkimisessa tapahtuneille puutteille annettaisiin tällöin merkitystä vasta todisteen näyttöarvon määrittelyssä. Hankkimistapaan liittyvällä luotettavuusarvioinnilla on ero reaalitodisteiden ja henkilötodisteiden välillä, koska hankkimistavan puutteet eivät välttämättä vaikuta millään tavoin reaalitodisteen sisältöön tai luotettavuuteen, vaan todiste voi olla

---

*rinnastettavissa olevilla perusteilla poiketa.*" Virolainen katsoi, että "*jos lainkohta kirjoitetaan mietinnössä ehdotetulla tavalla, johtaisi käytäntö tietenkin siihen, ettei lakiin kirjatuilla todistamiskielloilla olisi kovin suurta merkitystä, koska todistamiskiellon vastaisesti hankittu tai saatu todiste olisi aina selkeän pääsäännön mukaan hyödynnettävissä.*" Pidän Virolaisen näkemystä perusteltuna, mutta todistamiskieltojen ennakoitavuuden näkökulmasta voimaantullut sääntelymalli on parempi, koska kuhunkin todistamiskieltonormiin, jotka osoittavat mahdollisuutta todistamiskiellon murtamiseen, on kirjattu asia kohdennetusti. Oikeuskäytännön yhtenäisyys ja toisaalta kieltonormien tarkkarajaisuus mielestäni puoltavat tätä. Helsingin käräjäoikeus (Ks. OMML 30/2013, s. 188) on niin ikään nostanut lausunnossaan esiin selkiyttävän ilmaisun tarpeen.

904 Ks. OMML 69/2012, s. 485–493. Fredman perusteli tätä nimenomaan hyödyntämiskiellon luonteella todistamiskiellon oikeudellisena seurauksena.

905 Riekkinen 2019, s. 409.

906 Samoin Hormia 1978, s. 106.

täysin muuttumaton. Sen sijaan kuulustelun lainvastaisuus voi vaikuttaa merkittävästikin kertomuksen totuudenmukaisuuteen. Huomionarvoista on, että kun hyödyntämiskiellon yleissäännöstä sovelletaan lainvastaisesti hankittuun todisteeseen, luotettavuudeltaan puutteellinen todiste voidaan sulkea pois oikeudenkäyntiaineistosta. Jos taas mitään lainvastaista ei ole hankkimisvaiheessa tapahtunut, todisteen luotettavuus arvioidaan näyttöarvon määrittelyssä, ja siten se tulee osaksi oikeudenkäyntiaineistoa.[907]

Erityisessä osassa muodostettu systematisointi ja jaksoissa 8 ja 9 käytetty oikeussääntöjen tarkastelun rakenne perustuu todistamiskiellon ja todisteen hyödyntämiskiellon väliseen yhteyteen: hankkimis- ja esittämiskieltonormin rikkominen tarkoittaa samalla todisteeseen kohdistuvaa hyödyntämiskieltoseuraamusta. Tarkastelu kattaa siten sekä suppeassa merkityksessä käsitettyjen todistamiskieltojen eli oikeudenkäymiskaaressa säädettyjen kieltonormeiksi luettavien hankkimis- ja esittämiskieltojen, lopulta vaitiolo-oikeuden ja vaitiolovelvollisuuden vastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämisen kieltämisen, muualla säädetyt todistusmetodikiellot että hyödyntämiskieltosäännöksen piiriin kuuluvat hyödyntämisen kieltämisen tilanteet.

### *7.2.1 Näkökulmia hyödyntämisrajoitteen käsitteestä*

Useat oikeustieteilijät ovat viime aikoina nostaneet esiin hyödyntämiskiellosta erillisen hyödyntämisrajoitteen käsitteen. Riekkisen mukaan hyödyntämiskieltojen lisäksi todistusharkinnan vapautta rajoittavat EIT:n ratkaisukäytännössä syntyneet, ”*teoreettiselta luonteeltaan ja käytännön vaikutuksiltaan epäselvät hyödyntämisrajoitukset*”.[908] Jämsä on erottanut hyödyntämiskiellon käsitteellisesti muista niin sanotuiksi hyödyntämisrajoitteiksi kuvaamistaan rajoitussäännöksistä siten, että hyödyntämiskielto on kyseessä silloin, kun hyödyntämistä rajoittava normi on vaikutuksiltaan ehdoton.[909] Myös Tapanila tunnistaa hyödyntämisrajoituksen käsitteen korostaen kuitenkin, että se ei ole sama asia kuin hyödyntämiskielto, koska hyödyntämiskielto poistaa todisteen kokonaan näytönarvioinnista, kun taas hyödyntämisrajoitus vaikuttaa todisteen arviointiin näyttönä.[910] Yhdyn sekä Jämsän että Tapanilan määrittelyyn hyödyntämiskieltosäännöksen vaikutuksista, mutta en pidä termejä hyödyntämisrajoite tai hyödyntämisrajoitus tässä tutkimuksessa keskeisenä, koska ne antavat käsitteenä harhaanjohtavan kuvan hyödyntämisen käsitteestä ja mahdollisesti joissain konteksteissa käytettynä viittaavat hyödyntämiskelpoisen todisteen näyttöarvon määrittelemiseen säännöstasolla, mikä ei kuulu vapaan todistusteorian piiriin.

907 Ks. Riekkinen 2019, s. 409–410.
908 Riekkinen 2019, s. 75. Näitä Riekkisen viittaamia hyödyntämisrajoituksia on laajasti tutkinut Jämsä (2020).
909 Jämsä 2015, s. 84–90 ja Jämsä 2020, s.101–102 ja 206.
910 Tapanila 2019, s. 237.

Hyödyntämisrajoitteen käsite on hyödyntämiskieltokäsitettä laajempi ja korostaa joustavuutta. Ongelmallisen tilanteesta tekevät juuri EIT:n ratkaisukäytännössä ilmenneet yksin tai pääasiassa -tyyppiset lausumat, jotka kuuluisivat tällaisen hyödyntämisrajoitteen piiriin ja rajoittavat vapaata todistusharkintaa näytön arvioinnin osalta, mutta eivät merkitse hyödyntämiskiellon asettamista.[911] Käytännössä näyttöharkinta ei ole täysin vapaata, koska oikeuskäytäntö ja erityisesti ennakkopäätökset, ohjaavat näytön arviointia ja muodostavat kokemussääntöjä. Korkein oikeus arvioi näyttökysymyksiä ja on antanut useita ennakkopäätöksiä niiden arvioinnista. Vaikka poikkeaminen näistä ennakkopäätöksistä ei ole virkavirhe, tuomarin tulee perustella poikkeamisensa hyvin välttääkseen ratkaisunsa muuttumisen muutoksenhaussa. Puhtaasti näytönarviointia koskevissa ratkaisuissa on päätelty, että todistelun hyväksyminen ei ole väärin, mutta kiistanalaiselle todisteelle ei tulisi antaa ratkaisevaa painoarvoa, erityisesti jos syytteen tueksi on muuta näyttöä. Tämä näkyy korkeimman oikeuden käyttämässä termistä ”*näyttöarvon alentaminen*”.[912] Tällaiset ratkaisut eroavat kuitenkin hyödyntämiskiellon piiriin kuuluvista prejudikaateista, joissa otetaan kantaa nimenomaisesti todistelun kieltämiseen tai sallimiseen, eikä todisteen näyttöarvoon.

Hyödyntämisrajoite-käsitettä problematisoi se, että siihen kuuluvat myös kontradiktorisuuspuutteesta kärsivien todisteiden hyödyntämiskysymykset, joiden osalta soveltuisi kirjallisen kertomuksen käyttökiellon (OK 17:24) ulkopuolelle jäävissä tilanteissa hyödyntämiskiellon yleissäännös (OK 17:25.3). Tällöin haasteena on, miten arvioidaan hyödyntämiskelpoisuutta arvioimatta luotettavuutta, jonka taas voisi arvioida vasta kun on ensin päätetty, saako todistetta hyödyntää.[913] OK 17 luvussa säädetyt todistamiskiellot on huomioitava ennen kuin arvioidaan todisteen luotettavuutta. Sama koskee hyödyntämiskieltosäännöstä (OK 17:25) 1 ja 2 momenttien osalta ja todistamiskieltonormien sanamuodon perusteella myös erityisten syiden nojalla murtamisperusteisia todistamiskieltoja.[914] Sen sijaan OK 17:25.3:n, jonka soveltamisala kattaa pääasiassa todistelumenettelysäännöksiä hankkimisen ja

911 Ks. hyödyntämisestä jaksossa 3.4.3. Hyödyntämisrajoite on erotettava hyödyntämiskiellosta, mikäli hyödyntämisrajoite-termiä halutaan käyttää. Hyödyntämiskielto tarkoittaa, että puutteelliseksi katsottu todiste jätetään kokonaan huomiotta oikeudenkäynnissä, kun taas hyödyntämisrajoituksessa puutteellinen todiste hyväksytään, mutta sen näyttöarvoa alennetaan. Tapanilan (2019, s. 236) mukaan hyödyntämisrajoituksessa harkitaan todisteen näyttöarvoa liukuvasti, ottaen huomioon menettelyvirheen vakavuus ja todisteen merkitys kokonaisnäytön osana. Samaan on viitannut liukuvan hyödynnettävyyden käsitteen osalta Riekkinen (2014, s. 169–171) mutta on huomioitava, että tällöin ei kysymys ole lainkaan hyödyntämiskiellosta ja liukuvuuskin on jokseenkin haastava käsite.

912 Fredman 2018, s. 84.

913 Ks. lisää Jämsä 2020, s. 101–102.

914 Keskeistä on kuitenkin huomata, että erityisten syiden luettelo murtamisperusteissa tai arvioitavien seikkojen luettelo hyödyntämiskiellon yleissäännöksessä eivät ole tyhjentäviä. Ainoastaan viime mainitussa yksilöidään todisteen luotettavuus laittoman hankkimistavan näkökulmasta, mistä voisi päätellä, että ainakaan lainsäätäjä ei ole katsonut tarpeelliseksi korostaa luotettavuusaspektia todistamiskieltojen murtamisperusteissa.

mahdollisesti esittämisen vaiheessa, yksi arviointikriteeri hyödyntämiskiellon asettamiselle on todisteen luotettavuus siltä osin kuin laiton hankkimistapa on voinut siihen vaikuttaa.

## 7.3 Hyödyntämiskiellon ajallisesta ja asiallisesta ulottuvuudesta

Hyödyntämiskieltoon liittyy ajallisen ja asiallisen ulottuvuuden ilmiöt, jotka todisteiden hankintaa koskevan sääntelyn vuoksi kiinnittyvät pääasiassa rikosprosessiin, mutta merkityksettömiä ne eivät ole myöskään siviiliprosessissa. Hyödyntämiskiellon ajallista ulottuvuutta koskevaa tilannetta, jossa tuomioistuinvaihetta ennen prosessissa ilmenee jotakin todistetta rasittavan hyödyntämiskielto ja todiste jätetään sen vuoksi käyttämättä, kutsutaan ennakoivaksi hyödyntämiskielloksi.[915] Esitutkinnan aikana tehdyt päätökset kuuluvat EIS 6 artiklan soveltamisen piiriin ja niitä on arvioitava todisteiden hyödyntämiskiellon näkökulmasta. Tällä tavoin varmistetaan, että prosessin kaikissa vaiheissa noudatetaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteita ja suojataan yksilön oikeuksia.[916] Hyödyntämiskielto voi siten tulla vaikuttavaksi jo ennen oikeudenkäyntivaihetta, vaikka esitutkintaviranomainen ei voikaan asettaa hyödyntämiskieltoa.[917] Todisteiden hankinta ja arviointi tapahtuu jo esitutkinnassa ja syyteharkinnassa, eikä selvästi hyödyntämiskiellon alaisia todisteita saa esitutkinnassa hankkia tai käyttää syyteharkinnassa.[918] Esitutkintavaiheessa vaikutukselliseksi tulevasta ennakoivasta hyödyntämiskiellosta ei ole nimenomaista säännöstä, eikä sitä varsinaisesti ole oikeustieteessä tunnustettu, mutta käytännössä tilanne voi tulla prosessissa esiin.[919]

Ennakoivan hyödyntämiskiellon ilmiö osaltaan korostaa hyödyntämiskiellon tuomioistuinpainotteisuutta.[920] Esitutkintaviranomaiset voivat ainakin selvissä

915 Myös ennakollinen hyödyntämiskielto. Vuorenpään (2020, s. 140) määritelmän mukaan kysymys tilanteesta, jossa syyttäjä päättää jättää lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämättä asettamalla se *ennakolliseen* hyödyntämiskieltoon. Näin olisi toimittava, jos todisteen hankinnassa on tapahtunut riittävän vakava oikeudenloukkaus tai vastaavissa tapauksissa on jo olemassa vakiintunutta oikeuskäytäntöä hyödyntämiskiellon asettamisen tueksi.

916 Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.12.1996) kohta 67.

917 Sen lisäksi, että hyödyntämiskiellon alaista todistetta ei voi käyttää oikeudenkäynnissä todisteena, sitä ei myöskään tule esitutkinnassa hankkia, eikä sellaista todistetta voi käyttää myöskään syyteharkinnassa tai esitutkinta- tai pakkokeinopäätösten perusteena. Vaikka esitutkintaviranomaisen ja syyttäjän (myös yhdessä yhteistyövelvoitteensa nojalla) on otettava hyödyntämiskieltosäännökset huomioon ennen pääkäsittelyä, on tuomioistuin viime kädessä taho, joka hyödyntämisratkaisun tekee. Fredman ym. 2020, s. 514–515.

918 Ks. tarkemmin HE 46/2014 vp, s. 86.

919 Esim. Pölönen (2003, s. 205) katsoo hyödyntämiskiellon soveltamisen harkinnan tuomioistuimen todistus- ja tuomioharkinnan yhteyteen, mutta Virolainen (1998, s. 424) määrittää hyödyntämiskiellon ulottuvan myös esitutkintaan ja syyteharkintaan.

920 Pölönen – Tapanila 2015, s. 233.

tapauksissa sulkea todisteen jo ennen tuomioistuinvaihetta aineiston ulkopuolelle, mutta heillä on aina mahdollisuus viedä asia tuomioistuimen ratkaistavaksi.

> Todistamiskiellon tarkoitus on estää todisteen hankkiminen tai esittäminen, eli todistamiskiellon olemassaolo on todennettavissa ja sen vaikutus ilmenee jo prosessin aiemmassa vaiheessa todistajan vedotessa oikeuteensa tai velvollisuuteensa kieltäytyä. Todistamiskiellon soveltaminen voidaan saattaa lopulta tuomioistuimen ratkaistavaksi nimeämällä todistaja edelleen pääkäsittelyssä todistamaan, jolloin hänen on esitettävä kieltäytymisensä peruste, jolloin tuomioistuin ratkaisee kysymyksen todistamisvelvollisuudesta.[921] Todistamis- ja hyödyntämiskiellon välillä on tällöin yhteys. Mikäli ennen todisteen esittämistä ilmenee, että todisteen hyödyntäminen ei olisi mahdollista hyödyntämiskieltoseuraamuksen vuoksi, voi kyseeseen tulla esittämiskielto.

Lundqvistin mukaan EIS 3 artiklan rikkomisen ja itsekriminointisuojan loukkaamisen tulisi johtaa ennakoivaan hyödyntämiskieltoon,[922] mistä johtaen Suomessa tuomioistuin olisi siten hyödyntämiskieltosäännöksen (OK 17:25) soveltamisen esisijainen foorumi. Säännös on sanamuodon mukaisesti osoitettu tuomioistuinta velvoittavaksi. Riekkisen mukaan todisteen hyödyntämiskieltoa koskeva OK 17:25 rajoittaa ensisijaisen merkityksensä nojalla vapaata todistusharkintaa, mutta sen voidaan katsoa rajoittavan ennakoivasti myös vapaata todistelua.[923] OK 17:25.3:ssa säädetty hyödyntämiskielto voi seurata vakavistakin perus- ja ihmisoikeuksien loukkauksista, vaikka seuraamusta koskeva oikeussääntö onkin harkinnanvarainen. Tällöin relevantti kysymys on, voiko sen mukainen hyödyntämiskielto aktualisoitua

---

921 Voi myös olla, että todiste on jo esitetty esitutkinnassa, jos esimerkiksi henkilötodistajaa on jo kuultu, mutta se esitetään uudelleen oikeudenkäynnissä, jolloin todistamiskieltoon vasta vedotaan. Tuomioistuin voi päättää hyödyntämiskiellosta itsenäisesti, mutta sen ei odoteta aktiivisesti selvittävän todisteiden laillisuutta, sillä tuomioistuimen rooli on passiivinen todisteiden hankinnassa ja niiden esittämisessä. Esitutkintamateriaalin syvällinen kartoitus ei ole tuomioistuimen tehtävä, vaan oikeudenkäynnin osapuolilla on vastuu todisteiden laillisuudesta ja niiden esittämisestä. HE 46/2014 vp, s. 86 ja Tapanila 2019, s. 248–243.

922 Lundqvist (2018, s. 258) perustelee tätä sillä, että EIT käyttää ilmaisuja *"käyttö rikosoikeudellisessa menettelyssä"* ja *"todisteiden käyttö"*, jotka viittaavat koko menettelyn laajuuteen. Oikeudenkäyntiä edeltävien tapahtumien on todettu voivan suoraan ja ratkaisevasti vaikuttaa oikeudenmukaisen menettelyn toteutumiseen. Tämä näkökulma on vahvistettu EIT:n oikeuskäytännössä. Esim. Jalloh v. Saksa (11.7.2006) kohdat 107 ja 107.

923 Riekkinen 2014, s. 132–133 ja Riekkinen 2019, s. 378. Ts. hyödyntämiskielto pitää ottaa huomioon jo aiemmissa prosessin vaiheissa, jolloin rikosprosessissa tuomioistuin ei tee hyödyntämisratkaisua lainkaan, eikä tule edes tietoiseksi siitä, että vapaata todistusharkintaa on ikään kuin rajoitettu ennalta, koska todistetta ei edes tuotu tuomioistuimeen harkittavaksi, vaan se on hankittu ja mahdollisesti esitetty prosessin aiemmissa vaiheissa. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015, s. 232–234. Ennakoivan hyödyntämiskiellon tilanteessa on perusteltua tosin sanoa, ettei se rajoita tosiasiassa vapaata todistusharkintaa, koska harkinta käsittää totuuden prosessuaalisen luonteen vuoksi vain niiden todisteiden vapaan harkinnan, jotka tuomioistuimen on ylipäänsä mahdollista huomioida, eli ne, jotka on esitetty oikeudenkäynnissä.

ja estää todisteen käyttämisen esitutkinta- ja syyteharkintavaiheessa. Epäselvissä todistamiskiellon rikkomisen tai hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisen piiriin kuuluvissa tilanteissa tuomioistuin on oikea taho ratkaisemaan todisteen hyödyntämistä koskevan kysymyksen, jolloin esitutkintaviranomaisen tai syyttäjän olisi saatettava asia tuomioistuimen ratkaistavaksi.[924]

Hyödyntämiskiellon huomioiminen ennen oikeudenkäyntiä tarkoittaa käytännössä sitä, että esitutkinnassa jo hankittua todistetta ei liitetä esitutkinta-aineistoon eikä siten saateta syyttäjälle asian siirtyessä syyteharkintaan, tai sitä, että syyttäjä rajaa syyteharkinnassa todisteen tuomioistuimelle laatimansa haastehakemuksen ulkopuolelle eli ei nimeä todistetta.[925] Tällöin todiste ei päädy oikeudenkäyntiaineistoksi, eikä tuomioistuimen tarvitse rajata todistetta laillisen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, eli tehdyn virheen vaikutus päättyy jo ennen oikeudenkäyntivaihetta.[926]

> Haastavan ennakoivan hyödyntämiskiellon toteamisesta tekee se, jos kyseessä on avaintodiste, eikä laillista todistetta ole saatavilla. Tällöin voi käydä niin, että syyttäjä tekee syyttämättäjättämispäätöksen puutteellisen näytön perusteella. Toisaalta, koska hyödyntämiskiellon etäisvaikutusta ei Suomessa lähtökohtaisesti ole, on esitutkintaviranomaisella mahdollisuus hyödyntää hyödyntämiskiellon alaista todistetta tutkinnan suuntaamiseksi siten, että laillinen todiste saadaan hankittua. Tämän vuoksi ennakoivan hyödyntämiskiellon merkitys oikeudenkäynnin lopputuloksen kannalta voi olla vähäinen.

Hyödyntämiskiellon aineellista tai asiallista ulottuvuutta koskee hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksen käsite.[927] Hyödyntämiskiellon etäisvaikutus on tilanne, jossa hankkimis- ja esittämiskiellon vastaisesti hankittu todiste voi johtaa toisen, sinänsä kiellosta vapaan, todisteen jäljille. Käytännössä etäisvaikutus aiheuttaisi sen, että hyödyntämiskielto ulotettaisiin hyödyntämiskiellon rasittaman todisteen lisäksi myös kaikkiin kyseisen todisteen avulla hankittuihin todisteisiin, joita ei

---

924 Rikosprosessissa todistelun esittäminen on enimmäkseen syyttäjän vastuulla, mutta hän ei välttämättä ole tietoinen kaikista todisteiden hankkimistapoihin ja laillisuuteen vaikuttavista seikoista. Tuomioistuin on oikea taho arvioimaan hyödyntämiskiellon olemassaolon ja arvioimaan niitä olosuhteita ja menettelyitä, jotka voivat mahdollisesti aiheuttaa hyödyntämiskelvottomuuden. Tällaista päätöksentekoa ja usein varsin monimutkaista punnintaa ei tulisi liiaksi korostaa kuuluvan esitutkintaviranomaiselle tai syyttäjälle, vaan painotus hyödyntämiskelpoisuuden arvioinnissa on tuomioistuimella. Ks. HE 46/2014 vp, s. 86 ja Tapanila 2019, s. 248–243.

925 Pölönen – Tapanila 2015, s. 232. Vrt. Hormia 1978, s. 263 ”*Oikeuden aate ja oikeusvarmuus vaativat, että prosessuaalinen kysymys kiellonvastaisesti saadun esitutkintatodisteen hyödyntämiskelpoisuudesta ratkaistaan vasta tuomitsevassa instanssissa.*” ja av. 27 ”*toisaalta olisi yksipuolista nähdä vastuun oikeusjärjestyksen ylläpitämisestä kuuluvan >periaatteessa> vain tuomitsevalle viranomaisille.*” Ks. myös HE 52/2002 vp, s. 27.

926 Hormia 1979, s. 163.

927 Ks. Pölösen määritelmä etäisvaikutuksesta Pölönen 2003, s. 316.

kuitenkaan rasita hyödyntämiskielto, mutta niiden jäljille on päästy laittomin keinoin hankitun todisteen avulla.[928] Hyödyntämiskiellon ulottuvuutta koskeva keskeinen kysymys on, pitäisikö sitä soveltaa välittömästi lainvastaisesti hankittuun todisteeseen vai myös niihin todisteisiin, jotka on löydetty hyödyntämiskiellon piiriin kuuluvan todisteen avulla, jolloin kyse on välillisesti lainvastaisesti hankitusta todisteesta.[929]

Yhdysvalloissa kehittynyt etäisvaikutuksen käsite on monimutkainen, mutta Suomessa on yleensä katsottu, ettei hyödyntämiskiellolla ole etäisvaikutusta.[930] Tämä johtuu siitä, että yhden todisteen lainvastainen hankkiminen voisi tehdä koko rikosprosessin perusteettomaksi. Etäisvaikutusta on tarkastellut sallivammin Pölönen, joka esittää, että etäisvaikutus voisi ilmetä neljässä eri muodossa: lainvastaisen kuulustelun paljastamissa reaalitodisteissa, laittomasti hankittujen todisteiden perusteella annetussa tunnustuksessa, laillista kuulemista edeltävässä laittomassa kuulemisessa tai tilanteessa, jossa lainvastaisesti kuulusteltu ilmaisee kolmannen henkilön, jota voidaan kuulla laillisesti.[931] Pölösen sallivaa kannanottoa etäisvaikutukselle on kritisoitu sillä perusteella, että etäisvaikutuksen haittojen takia sitä tulisi soveltaa varovaisesti ja vain räikeän lainvastaisuuden tapauksessa.[932] Hankkimis- ja esittämiskiellot ovat tarkkaan rajattuja, eikä niitä lähtökohtaisesti voi laajentaa muihin todisteisiin, jotka on löydetty kiellon piiriin kuuluvan todisteen avulla.[933] Käytännössä tuomioistuimen tulisi tarkastella hankkimis- ja esittämiskieltoja lain sanamuodon mukaan siten, ettei se aseta kiellon alaiseksi sellaista todistetta, jonka hankkimista ei nimenomaan ole laissa kielletty. Etäisvaikutuksen soveltaminen on poikkeuksellista, eikä Pölösen näkemystä voida pitää vakiintuneena tulkintana. Sitä ei myöskään pidetä laajasti hyväksyttynä periaatteena oikeuskäytännössä.[934]

---

928 Määritelmästä ks. Hormia 1978, s. 292–301; Pölönen – Tapanila 2015, s. 232 ja Vuorenpää 2020, s. 140. Esimerkiksi Pölönen (2003, s. 315–317) on suhtautunut etäisvaikutukseen sallivasti, kun taas esimerkiksi Hormian (1978, s. 296–300) mukaan etäisvaikutuksen hyväksyminen on prosessikäytännölle vierasta.

929 Riekkinen 2014, s. 123.

930 Riekkinen 2014, s. 171–174. Vrt. Ruotsi, jonka osalta Lundqvist (2018, s. 568) tuntuu suhtautuvan hyväksyvästi etäishyödyntämisen kieltämisen mahdollisuuteen, mutta mahdollisesti tarkoittaen ainoastaan EIS 3 artiklaa rikkovaa todistetta ratkaisun Gäfgen v. Saksa (1.6.2010) nojalla.

931 Ks. tilanteista tarkemmin Pölönen 2003, s. 316.

932 Riekkinen 2014, s. 176 ja Tapanila 2019a, s. 291–293.

933 Vrt. esimerkiksi hallituksen esityksessä itsekriminointisuojan loukkaamista koskevan hyödyntämiskiellon osalta esitettiin muotoilu "*rikosasiassa ei saa hyödyntää*", joka oli laajempi verrattuna nimenomaan tuomioistuimelle osoitettuun kiduttamalla hankittua todistetta koskevaan tai yleissäännöksen perusteella asetettavaan hyödyntämiskieltoon siten, että sen välitön soveltaminen ulottuisi myös tuomioistuinkäsittelyä aikaisempaan vaiheeseen, kuten esitutkintaan. Sen sijaan todistamiskiellon kohdentaminen hankkimisen ja esittämisen vaiheisiin ei sisällä mainittua problematiikkaa. Muotoilu olisi saattanut tarkoittaa myös hyödyntämiskiellon etäisvaikutusta, koska sanamuodon mukaan se olisi kohdistunut myös esitutkinnan suuntaamiseen. Sanamuoto muutettiin esityksen jälkeen. Ks. HE 46/2014 vp, s. 169 ja 222.

934 Riekkinen 2014, s. 175–176 ja Tapanila 2019a, s. 293.

Kiduttamalla hankittua todistetta koskee etäisvaikutus, ja siihen rinnastettavalla menettelyllä EIS 3 artiklaa loukaten hankitun todisteen osalta etäisvaikutus tulee harkittavaksi, samoin kuin tilanteissa, joissa epäilty tunnustaa rikoksen ensimmäisessä kuulustelussa taivuttelun tai harhaanjohtamisen seurauksena.[935]

> Tällöin etäisvaikutus voi tulla kysymykseen, jos epäilty toistaa saman kertomuksen myöhemmässä laillisesti toteutetussa kuulustelussa ilman, että hänellä on ollut oikeutta avustajaan tässä myöhemmässä kuulustelussa.[936] Toisaalta, jos epäilty toistaa myöhemmässä kuulustelussa saman kertomuksen keskusteltuaan ensin asiasta avustajansa kanssa, eikä ensimmäistä kuulustelua kyseenalaisteta, hyödyntämiskieltoa ei todennäköisesti katsota tarpeelliseksi. Tällöin oletetaan, että epäillyllä on ollut mahdollisuus harkita ja vahvistaa kertomustaan avustajansa kanssa, mikä vähentää ensimmäisen kuulustelun lainvastaisuuden vaikutusta.[937]

Mikäli lainvastaisen kuulustelun avulla löydetään kuultavaksi toinen henkilö tai löydetään reaalitodiste, laiton kuulustelu ei suoraan loukkaa epäillyn itsekriminointisuojaa. Reaalitodisteen kohdalla voidaan perustella, että tällainen todiste olisi olemassa riippumatta epäillyn tahdosta. Hyödyntämiskielto kattaa lähtökohtaisesti vain todisteet, jotka ovat välitön seuraus laittomasta hankintatavasta, eikä etäishyödyntämistä ole kielletty, mutta sen kieltäminen ei ole täysin poissuljettuakaan. Tilanne on samantyyppinen kuin esimerkiksi Norjassa.[938]

Välillisen hyödyntämisen salliminen tarkoittaa käytännössä sitä, että laittomasti hankittu aineisto voi johtaa uuteen aineistoon, joka ei ole laittomasti hankittua, mutta sen jäljille on päästy laittomin metodein. Tältä osin ylimääräisen tiedon käyttämiseen kulminoituu rikosprosessissa kaksi probleemaa, jotka ovat sidoksissa hyödyntämiskieltosääntelyyn: salaisin pakkokeinoin hankitun niin sanotun ylimääräisen tiedon käyttämiselle asetettujen edellytysten ja hyödyntämiskiellon

935 Ks. tarkemmin jakso 9.2. Ks. Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998). Myös ratkaisussa Gäfgen v. Saksa (1.6.2010) laajennettiin hyödyntämiskiellon soveltamista niin, että se kattaa myös sellaisten todisteiden myöhemmän saatavuuden, jotka ovat johdettu laittomasti hankituista todisteista. Pölönen ja Tapanila (2015, s. 326) ovat katsoneet etäishyödyntämisen kiellon koskevan yleisesti elementaarisia kieltoja, mikäli menettelyllä saatu todiste on kausaalisessa yhteydessä elementaarisella kiellolla hankittuun todisteeseen ja on välittömästi merkityksellinen syyksi lukemiselle. Tällöin epäselvyyttä voi aiheuttaa se, miten elementaarinen kielto määritellään. Siihen voi kiduttamalla hankitun todisteen lisäksi kuuluvaksi myös muut kuin kiduttamalla hankitut todisteet, jos hyödyntämiskielto asetetaan EIS 3:n rikkomisen perusteella. Tällöin voi tulla sovellettavaksi myös OK 17:25.2 (OK 17:18 rikottuna todistamiskieltosäännöksenä) ja OK 17:25.3. Tapanilan mukaan (2019a, s. 295) etäisvaikutus voi tosin liittyä vain kaikkein törkeimpiin itsekriminointisuojan loukkauksiin, jotka ovat rinnastettavissa EIS 3 artiklaa loukkaavaan menettelyyn.

936 Tapanilan (2019a, s. 291–293) mukaan etäisvaikutus voisi tulla kyseeseen myös silloin, jos epäilty myöhemmin peruuttaa tunnustuksensa.

937 Tapanila 2019a, s. 293–294. Ks. Gäfgen v. Saksa (1.6.2010) ja Jalloh v. Saksa (11.7.2006).

938 Torgersen 2009, s. 496–497.

yleissäännöksen harkintakriteerien tulkinnan yhdenmukaisuus ja ennakollisen hyödyntämiskiellon asettaminen.

PKL 10:55:n mukainen ylimääräinen tieto on lainmukaisen salaisen pakkokeinon käytön myötä kertynyttä tietoa, joka on perusterikoksen tutkinnan kannalta merkityksetöntä.[939] Tällainen tieto ei liity suoraan tutkinnan kohteena olevaan rikokseen, vaan on sen sivutuotteena saatua tietoa. Salaisten pakkokeinojen käyttö liittyy esitutkinnassa rikosten selvittämiseen ja estämiseen rikostorjunnan tehokkuusvaatimuksen nojalla. Niiden käyttö eroaa muista pakkokeinoista siinä, että niitä toteutetaan kohteen tietämättä, mikä rajoittaa merkittävästi kohdehenkilön reagointimahdollisuuksia, ja sikäli niitä käyttämällä puututaan perus- ja ihmisoikeuksien ydinalueeseen.[940] Ylimääräisen tiedon käyttäminen rikoksen selvittämisessä PKL 10:56:n mukaisesti tarkoittaa tiedon välitöntä hyödyntämistä, jolloin tietoa käytetään todisteena tai pakkokeinon perusteena.

Poliisilain (PolL, 872/2011) 5:54:n ja PKL 21 luvun mukaisesti ylimääräisen tiedon käyttö rikosten selvittämisessä on rajoitettua.[941] Ylimääräisen tiedon käyttämisestä todisteena päättää PKL 10:56:n mukaan tuomioistuin. Päätös ylimääräisen tiedon käytöstä näyttönä tehdään yleensä pääasian käsittelyn yhteydessä, mutta se voi tehdä myös erillisen päätöksen esimerkiksi suullisessa valmistelussa.[942] Ylimääräistä tietoa saa ilman tuomioistuimen lupaa käyttää rikoksen selvittämisessä, jos tieto koskee sellaista rikosta, jonka tutkinnassa kyseistä pakkokeinoa olisi saatu käyttää. Tämän lisäksi esitutkintaviranomaiset voivat käyttää ylimääräistä tietoa rikosten estämisessä, syyttömyyden todistamisessa ja poliisin tutkintatoimien suuntaamisessa.[943] Näistä viime mainittu tarkoittaa todisteen välillistä hyödyntämistä, jolloin tietoa käytetään esimerkiksi tutkintalinjan valitsemiseen tai tutkinnan kohdentamiseen haluttuun suuntaan, mutta ei suoraan näyttönä tai pakkokeinon perusteena. Ylimääräisen tiedon hyödyntäminen esitutkinnan suuntaamistarkoituksessa voi kattaa myös vähäisempiä rikoksia, mikä käytännössä laajentaa salaisten pakkokeinojen soveltamisalaa.[944]

---

939 Ikonen 2019, s. 810 ja Ikonen – Kokko 2023, s. 94–95. Tarkennettuna, sillä tarkoitetaan telekuuntelun, televalvonnan, tukiasematietojen hankinnan ja teknisen tarkkailun kautta saatua tietoa, joka ei liity tutkittavana olevaan rikokseen tai koskee muuta rikosta kuin sitä, johon lupa tai päätös on myönnetty. Tämä voi sisältää tietoa epäillyn tai muun henkilön muista rikoksista, mutta erottuu lainvastaisesti saadusta tiedosta, joka johtuu esimerkiksi kuuntelukiellon rikkomisesta tai asianmukaisen pakkokeinopäätöksen puutteesta. Ikonen 2020, s. 946.

940 Ikonen – Kokko 2023, s. 89. Tämän vuoksi salaisen pakkokeinon käyttö edellyttää suhteellisuusperiaatteen mukaista harkintaa. Ks. Ikonen – Kokko 2023, s. 88–90.

941 Ks. myös HE 222/2010 vp, s. 347–438.

942 Tuomioistuimen arviointiin sisältyvät ylimääräisen tiedon käyttöedellytykset, etuudet ja arvot, jotka liittyvät käytettyyn pakkokeinoon, sekä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset, EIT:n ratkaisukäytäntö ja ennakkopäätökset. Ks. tästä tarkemmin Ikonen – Kokko 2023, s. 100–101. Kannanotto ei käsitä hyödyntämiskiellon näkökulmaa, eli sitä, jos ylimääräinen tieto onkin hankittu lainvastaisesti, jolloin tuomioistuin voi viime kädessä soveltaa OK 17:25.3:n hyödyntämiskieltosäännöstä.

943 Ks. Ikonen 2019, s. 810–813.

944 HE 222/2010 vp, s. 357–358 ja HE 14/2013 vp, s. 21–22. Ks. tarkemmin Ikonen 2019, s. 808;

> Tällöin ylimääräinen tieto on saatu laillisin pakkokeinoin, mutta se koskee eri seikkaa kuin mistä todistelua oli pakkokeinolla tarkoitus hankkia. Näin näyttää siltä, että laittomasti hankitun todisteen hyödyntäminen olisi laajempaa ja sallitumpaa kuin todisteen, joka saatiin laillisin metodein ylimääräisenä tietona. Esitutkinnassa on tärkeää ottaa huomioon mahdolliset hyödyntämiskiellot ja varautua todistamaan rikos vaihtoehtoisin todistein, jos osa todisteista päätyisi tuomioistuimen määräämän kiellon alaisiksi. Tämän vuoksi hyödyntämiskiellot ovat yhteydessä myös salaisten pakkokeinojen käyttämiseen ja erityisesti niiden avulla hankitun ylimääräisen tiedon hyödyntämiseen missä tahansa prosessin vaiheessa.[945]

Ylimääräisen tiedon käyttäminen suhteessa OK 17:25.3:n hyödyntämiskiellon yleissäännökseen ja hyödyntämiskiellon etäisvaikutukseen ei kuitenkaan ole aivan selvä. Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2019:36, joka koski telepakkokeinojen käyttämistä, viitannut hyödyntämiskiellon yleissäännökseen ja todennut vapaan todistelun periaatteen puhuvan hyödyntämisen puolesta, mutta kuitenkin torjunut hyödyntämiskieltosäännöksen soveltamisen ylimääräistä tietoa koskevassa asiassa.[946]

---

Ikonen 2020, s. 951–952 ja Ikonen – Kokko 2023, s. 101.

945 Ks. problematisoinnin taustoista tarkemmin Tolvanen 2014, s. 312.

946 Korkein oikeus päätyi ratkaisussa asettamaan käyttökiellon puhtaasti PKL 10:55 ja 56:ssä ylimääräisestä tiedosta annettujen säännösten perusteella. Esittelijän mietinnössä ja eri mieltä olevan jäsenen lausunnossa kysymystä loppulausunnon osalta arvioitiin itsekriminointisuojan ja etäishyödyntämisen kautta päätyen siihen, ettei itsekriminointisuojaa ole rikottu, eikä telekuuntelunauhoitteelle asetetulla hyödyntämiskiellolla voi olla etäisvaikutusta loppulausuntoon siten, että sekin asetettaisiin hyödyntämiskieltoon, koska se on annettu vapaaehtoisesti ja itsekriminointisuojasta tietoisena. Esittelijän mietinnössä esitetyt perustelut saavat tukea vapaan todistelun periaatteesta ja OK:n todistamiskieltoja sekä hyödyntämiskieltoa koskevasta sääntelystä. Korkein oikeus kuitenkin linjasi, ettei ylimääräisen tiedon käyttämistä todisteena arvioida hyödyntämiskieltosäännöksen nojalla ja liitti esitutkinnassa annetun loppulausunnon niin ikään ylimääräiseksi tiedoksi, kuten telekuuntelutallenteen, koska loppulausunto oli annettu tämän ylimääräisen tiedon johdosta, eikä sen siksi voitu katsoa tarkoittavan tunnustusta tai esitutkinnassa annetun kertomuksen muuttamista. Korkein oikeus korosti yksityisyyden suojan ja luottamuksellisen tiedon merkitystä. Ks. KKO 2019:36 kohdat 13–15. Siltä osin, kuin kyse oli siitä, missä tarkoituksessa todiste on annettu ja sen merkityksestä hyödyntämisratkaisussa, ks. myös KKO 2009:88 ja toisaalta KKO 2016:17, jossa korkein oikeus totesi (kohta 19), että aikaisemmasta vapaan todistelun periaatteeseen pohjautuvasta, ylimääräisen tiedon käyttämisen sallivasta suhtautumisesta on siirrytty rajoitetumpaan suhtautumiseen, jossa ylimääräisen tiedon käyttämiseen näyttönä suhtaudutaan entistä rajoitetummin ja viittasi varovaisesti siihen, että PKL 10:56:n edellytykset soveltuvat myös, kun tuomioistuin päättää ylimääräisen tiedon käyttämisestä näyttönä. Ks. ylimääräisen tiedon käyttöä koskevista ratkaisuista myös KKO 2007:58, johon verrattuna ratkaisu KKO 2019:36 merkitsi myös tulkintamuutosta. Korkein oikeus katsoi äänestysratkaisussa KKO 2007:58, että teknisen kuuntelun avulla saatua äänitallennetta voitiin käyttää vastaajaa vastaan todisteena rikoksentekijän suojelemista koskevan syytteen toteen näyttämiseksi, vaikka käräjäoikeuden myöntämä kuuntelulupa oli kumottu ja teknisellä kuuntelulla hankittu todiste laittomasti hankittu. Ratkaisussa oli kysymys viime kädessä hyödyntämiskieltoharkinnasta, joka noudatteli nykyistä hyödyntämiskiellon yleissäännöksen mukaista kriteeristön arviointia.

Hyödyntämiskiellon etäisvaikutusta vastaan voidaan Vuorenpään mukaan saada tukea siitä, että ennakollisen hyödyntämiskiellon harkinnassa on otettava tulkintalinjaa PKL 10:56.1–4:sta koskien salaisilla pakkokeinoilla saadun ylimääräisen tiedon käyttämistä, vaikkakin viime mainitussa on kyse laillisesti hankitusta aineistosta ja hyödyntämiskieltopohdinnassa taas laittomasti hankitusta.[947] Vuorenpään mukaan tämä olisi mahdollista ratkaista sillä, että ennakoiva hyödyntämiskielto asetettaisiin samoin perustein kuin mitä ylimäärätiedon käyttämisestä on säädetty.[948] Yhdyn ratkaisuehdotukseen, koska tällöin salaisten pakkokeinojen käyttäminen ei johtaisi tilanteeseen, jossa todisteita hankittaisiin etäishyödyntämisen kiellon puutteesta johtuen toiseen kuin pakkokeinojen varsinaisena kohteena olevan jutun tutkintaan, jos kyseinen rikosepäily ei ole sen laatuinen, että siihen saisi kohdentaa salaisia pakkokeinoja.

> Ylimääräisen tiedon käyttämisen rajoite voidaan ratkaisussa KKO 2019:36 tehdyn tulkinnan nojalla luonnehtia PKL:n käyttökielloksi, joka soveltuu hyödyntämiskiellon asemesta esitutkintavaiheessa. Tällaisessa tulkinnassa se on käyttökieltonormi, jonka seuraus, samalla tavoin kuin kirjallisen todisteen käyttökiellon osalta, on suoraan normin rikkomisesta johdettu käyttökielto, jota sovelletaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) asemesta samoin kuin todistamiskieltoja.[949] Tällöin todisteen rajaaminen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle eli ylimääräisen tiedon käyttämisen rajat PKL 10:56.1 ja 2:ssa tarkoittavat samalla sallittavan esitutkinta- ja oikeudenkäyntiaineiston rajoja. Johdonmukaisesti tällöin todisteen hyödyntämiskieltoa koskevan yleissäännöksen perusteella ei voida laajentaa myöskään niitä edellytyksiä, joilla ylimääräistä tietoa käytetään todisteena syytteen tueksi.[950] Tässäkin tulkinnassa ylimääräistä tietoa voidaan käyttää syyttömyyttä tukevana selvityksenä.[951] Ylimääräisen tiedon käyttökielto ei siten ole todistamis- tai

947 Vuorenpää 2020, s. 140. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015, s. 275–276 ja Rautio – Frände 2016, s. 191–192.

948 PKL 10:56 heijastaa lainsäätäjän tekemää arviointia rikosten selvittämisen tarpeen ja rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuuden sekä perusoikeuksien loukkausten välillä, kun kyse on ylimääräisen tiedon käytöstä. OK 17:25.3, joka koskee laittomasti hankitun todisteen hyödyntämisestä, ei koske ylimääräistä tietoa, joka ei ole lainvastaisesti hankittu todiste, eikä johdonmukaisesti sen nojalla voida laajentaa PKL:n määrittelemiä ehtoja ylimääräisen tiedon käytölle. Tällainen laajennus tekisi tarpeettomaksi lainsäätäjän punninnan ylimääräisen tiedon käyttämisen edellytysten sääntelyssä. Vuorenpää 2020, s. 141–145.

949 Toisaalta asiaa voi tarkastella myös sillä perusteella, että todistamis- ja käyttökieltoja sovelletaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) asemesta, mikä OK:n systematiikassa tarkoittaa esimerkiksi OK 17:24:ssä säädetyn kirjallisen kertomuksen käyttökiellon itsenäistä soveltamista. Ks. jakso 6.4.4. Vaikka tässä on kysymys OK:n ulkopuolella säädetystä käyttökiellosta, olisi johdonmukaista, että lopputulema samoin metodein laillisesti hankitun aineiston suppeammasta hyödynnettävyydestä verrattuna laittomasti hankittuun, olisi yhdenmukainen.

950 VaaHO:2017:3 ja THO:2019:1.

951 Ikonen 2020, s. 954–955.

hyödyntämiskielto, mutta se ei myöskään toteuta vapaata todistelua, vaan muodostaa eräänlaisen välitilan.[952]

## 7.4 Hyödyntämiskielto todistamiskiellon rikkomisen seuraamuksena

Todistamiskielto kohdistuu vapaan todistelun rajoittamiseen, mutta viime kädessä sen vaikutus ilmenee hyödyntämiskieltona. Hyödyntämiskielto voi kytkeytyä hyödyntämiskieltosäännöksen nojalla myös muihin lainvastaisiin menettelyihin kuin nimenomaisiin todistamiskieltonormeihin. Todistamiskieltonormin rikkomisessa on kysymys siitä, että henkilön oikeutta tai velvollisuutta kieltäytyä todistamasta rikotaan ja viime kädessä todistamiskieltonormista poiketaan ilman siihen säädettyä oikeutusta. Tämä tarkoittaa sitä, että todistetta ei saa hankkia, ja jos se on hankittu, sitä ei saa esittää. Jos todiste esitetään, sitä ei saa hyödyntää.

Todistamiskielloilla suojataan jo ennakkoon totuutta tärkeämmäksi arvotettuja oikeushyviä, kun taas hyödyntämiskiellon yleissäännös suojaa ennakolta määrittelykelpoisuuden näkökulmasta moninaisia ja tulkinnanvaraisia tilanteita, joissa oikeudenmukainen oikeudenkäynti potentiaalisesti vaarantuu. Lundqvistin mukaan todistamiskieltojen tarkoituksena on yksilön suoja, eikä niiden tavoitteena ole ylläpitää menettelyn moraalista tai eettistä puhtautta. Todistamiskiellot eivät myöskään toimi kurinpitotoimenpiteenä, eikä niillä ole korjaavaa roolia.[953] Ne rajoittavat myös vapaata todistusharkintaa, koska niiden luonnollinen seuraamus voi olla hyödyntämiskielto. Kuitenkin lopulta hyödyntämiskielto on se oikeudellinen seuraamus, joka rajoittaa asiallisesti vapaata todistusharkintaa, olipa sen normiperusta todistamiskielto- tai hyödyntämiskieltosäännös.

Epäitsenäinen hyödyntämiskielto on todistamiskiellon prosessuaalinen tehoste, joka aktualisoituu silloin, kun todistamiskieltonormia on rikottu. Hyödyntämiskiellon itsenäisyyden ja epäitsenäisyyden sekä absoluuttisuuden ja relatiivisuuden määrittelyllä on vaikutusta myös todistamiskieltojen absoluuttisuuteen ja relatiivisuuteen. Todistamiskielto käsitteenä on oikeustieteellinen luomus, minkä vuoksi käsitteen käyttöala on epämääräinen, ja riippuen käsitteen käyttöalan laajuudesta myös sen absoluuttisuus ja relatiivisuus saavat erilaisia merkityksiä. Tarkastelen tässä jaksossa todistamiskieltoja hyödyntämiskieltoseuraamuksen näkökulmasta, missä merkityksessä todistamiskieltojen sisäinen systematisointi kiteytyy todistamiskiellon rikkomisen vaikutuksiin.

952 Fredman ym. 2020, s. 1176.
953 Ks. Lundqvist 1998, s. 165–169 ja Lundqvist 2013, s. 193–198.

### *7.4.1 Todistamiskieltojen kohde*

Todistamiskiellot ovat jaettavissa kolmeen ryhmään, joita ovat todistusteemakiellot, todistuskeinokiellot ja todistusmetodikiellot.[954] Todistusteemakielloilla tarkoitetaan säännöksiä, jotka kieltävät todistamisen jostakin teemasta. Todistuskeinokielloilla puolestaan estetään tietyn keinon käyttäminen todistelussa, niin hankkimisessa kuin esittämisessä, rajoittamatta kuitenkaan samasta teemasta todistamista muilla keinoilla. Se siis ilmaisee, millä keinolla todisteita ei saa hankkia tai esittää. Todistusmetodikielto taas kieltää tietyn tavan hankkia tai esittää todisteita, jolloin teema ja keino voivat olla sallittuja mutta menettely, jolla todiste on hankittu, on virheellinen.[955] Yksittäinen todistamiskieltosäännös voi osoittaa useampaa eri kieltotyyppiä. Samoin eri kieltotyypit voivat kohdistua myös samaan todisteeseen.[956] Oletetut virhelähteet ja salassapitointressit ovat keskeiset syyt todistelun rajoittamiselle joko todistuskeino- tai todistusteemakielloin. Hyödyntämiskiellon tarkastelu vaatii tiedon siitä, minkä oikeushyvän suojaamiseksi hyödyntämiskieltoon johtava todistamiskielto on annettu.[957] Salassapitoperusteisissa mielenkiintoista on, miksi salassapitovelvollisuus on säädetty. Oletettuihin virhelähteisiin perustuvat kieltäytymisoikeudet, kuten läheisen oikeus kieltäytyä todistamasta ja itsekriminointisuojaan perustuva oikeus kieltäytyä todistamasta, muodostavat oman yksityisyyden ja perhe-elämän suojaan perustuvan kieltotyypin.[958] Todistusmetodikielloissa on kyse enemmälti menettelyn moitittavuudesta kuin varsinaisesta virhelähteestä todisteen sisällössä. Useampi kieltotyyppi voi olla kysymyksessä saman todisteen osalta, ja osa todistamiskieltonormeista kohdistuu useampaan kiellettyyn elementtiin.[959] Kiellettyjä todistusteemoja, kiinnittyvätpä ne kiellettyyn keinoon tai eivät, koskee lisäksi todistuskeinoneutraalisuus, joka linkittää teeman eri keinoihin siten, että teemakiellon alaisesta seikasta ei saa todistaa muillakaan todistuskeinoilla.[960]

---

954 Esim. Hormia 1978, s. 20–21 ja 103–104; Lappalainen 2001, s. 143; Pölönen, 2003 s. 182–188 ja Vuorenpää 2013, s. 470. Hormia tosin käyttää todistusmetodikiellosta nimitystä todistelumetodikielto, mikä tarkoittaa asiasisällöllisesti samaa kuin vastaava uudempi termi. Ks. Hormia 1978, s. 67–68, ja tarkemmin jaottelun perusteista Hormia 1979, s. 1–4, 47–49 ja 146–147.

955 Näitä kolmea luokkaa käytetään yleisesti kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa, ks. esim. Pölönen 2003, s. 183–184 ja Vuorenpää 2013, s. 470. Ks. todistamiskieltojen jaottelusta yksityiskohtaisemmin Pölönen 2003, s. 182–188.

956 Pölönen 2003, s. 183–184.

957 Hormia 1978, s. 25 ja 105.

958 Vuorenpää 2020, s. 22. Vuorenpää viittaa mainittujen virhelähteiden vaivaamien todisteiden osalta todisteen luotettavuuden heikkenemiseen, miltä osin huomioitava, että tämä luotettavuuspunninta on tehty jo sääntelyvaiheessa, eikä se kuulu todistamiskiellon asettamisen harkintaan. Itsekriminointisuojaan ja läheissuhteeseen perustuvat kieltäytymisoikeudet tosin suojaavat niin ikään salaisuuspiiriä, mutta eivät kiinnity konkreettiseen salassapito- tai vaitiolovelvollisuuden asettamaan normiin, jolloin tietojen piiri, joita ne konkreettisesti koskevat, on epämääräinen.

959 Hormia 1978, s. 21.

960 Pölönen 2003, s. 183–184 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 228.

#### 7.4.1.1 Todistusteemakiellot

Todistusteemakiellolla kielletään jotakin tosiseikkaa koskeva todistelu, eli se vastaa kysymykseen, mistä ei saa todistaa. Todistusteemakielto kuuluu todisteiden esittämiskieltoihin estäen määrätyn seikaston selvittämisen. Se kohdistuu rikosasiassa koko prosessiin, eli tietty teema on kielletty esitutkinnasta tuomioon saakka, jolloin se estää viime kädessä tuomaria selvittämästä tiettyä asiantilaa tai tapahtumankulkua.[961] Se estää rikosasiassa myös suuntaamasta tutkintaa sellaisiin seikkoihin, joista voidaan tehdä päätelmiä tietyn teeman todennäköisyydestä.[962] Todistusteemakieltoja ovat valtion salaisuuksiin (OK 17:10), tuomioistuimen päätösneuvotteluihin (OK 17:11.1) ja anonyymin todistajan henkilöllisyyteen (OK 17:21), liikesalaisuuteen (OK 17:19) ja lähdesuojaan (OK 17:20) perustuvat todistamiskiellot. Myös virkasalaisuuksista tietyt asianosaisilta salassa pidettävät tiedot (OK 17:12.2) ja todistajansuojeluohjelmaa koskevat tiedot (OK 17:12.4) ovat kirjoitusasultaan teemakieltoja, mutta käytännössä ne ovat myös keinokieltoja, koska kyseisiä virkasalaisuuksia ei pitäisi olla kenenkään muun henkilön tiedossa.[963]

Todistusteema on relevantti tosiasia eli yleensä oikeustosiasia, joka on edellytyksenä oikeusseuraamuksen määräämiselle. Ketjutodistelutilanteessa todistusteema voi olla myös todistustosiasia.[964] Todistusteemakiellot estävät tiettyä teemaa koskevan todistelun kokonaan ja määräävät, mitä ei saa todistaa.[965] Niiden tarkoitus on estää kaikenlainen todistelu teeman olemassaolosta,[966] eikä merkitystä ole sillä, millä keinolla todistelua pyritään esittämään.[967] Todistusteemakiellon alaiseen teemaan liittyviä todisteita ei saa esittää, jolloin myös teemaan liittyvät kysymykset henkilötodistelussa ja niihin vastaaminen on tuomioistuimen kiellettävä. Todistusteemakiellot onkin ymmärrettävä ulkoprosessuaalisista erittäin arkaluonteisista intresseistä johtuviin suojaamistarpeisiin säädetyiksi, sillä niiden alaiset seikat ovat kaikin todistuskeinoin kielletty.[968]

Edelleen tarkennettuna todistusteemakielto määrittää, mitä ei saa saattaa todistelun kohteeksi. Tällöin mikä tahansa tietolähde salassa pidettävän seikaston valottamiseksi on kielletty. Hormian mukaan todistusteemalla saatetaan tarkoittaa myös oikeustosiasioista koostuvaa joukkoa, jutun koko asiakysymystä, jolloin todistelun rajoitus näyttäytyy toteennäytettävän seikaston rajoituksena. Todistusteemakielto

961 Hormia 1978, s. 68 ja 257.
962 Pölönen 2003, s. 182.
963 Hormia (1979, s. 5–47) ja Pölönen (2003, s. 183) määrittävät todistusteemakiellon aiheuttaviksi myös rikostuomion oikeusvoiman ja Hormia lisäksi erityiset oikeushyvät.
964 Ketjutodistelutilanteessa eri todisteet ovat sellaisessa järjestyksellisessä suhteessa toisiinsa, että kukin todiste on relevantti todisteiden yhdessä muodostamalle lopputulemalle, joka on todistusteema. Ks. ketjutodistelusta esim. Jokela 2008, s. 556–557 ja Virolainen – Martikainen 2010, s. 556–557.
965 Riekkinen 2014, s. 125 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 228.
966 Hormia 1978, s. 68,
967 Hormia 1978, s. 68; Hormia 1979, s. 1–4; Lundqvist 1998, s. 27 ja 161; Pölönen 2003, s. 183.
968 Hormia 1979, s. 1 ja Pölönen 2003, s. 182.

aktualisoituu prosessuaalisena ilmiönä myös silloin, kun asiantilan selvittäminen kohdistetaan tiettyihin aputosiseikkoihin, jotka koskevat kiellettyä teemaa.[969] Todistusteemakielto kieltää kaikki kyseisen seikaston selville saamisen keinot.[970] Hormian mukaan teemakielto on hyvin poikkeusluontoinen reunailmiö aineellisen totuuden tutkimisen periaatteen maailmassa, eikä lähtökohtaisesti kiellettyjä teemoja todistelussa tulisi olla.[971] Kokonaisen teeman kieltäminen rajoittaa merkittävästi todistelun alaa, ja puhtaat todistusteemakiellot ovatkin harvalukuisia ja merkitykseltään rajallisia.[972] Tämän vuoksi todistusteemasta ja todistusteemakiellosta puhuttaessa viitataan yleensä käytännössä yksittäiseen oikeustosiasiaan, josta on kiellettyä todistaa. Hormian mukaan todistusteemakiellot ovat tyypillisesti relatiivisia, mutta väitteen merkittävyyttä vähentää relatiivisuuden käsittäminen ja säädösmuutokset.[973] Jämsä käsittää todistelun rajoitteen yhtenä kohteena teeman, mutta se on hänen muodostamassaan käsitteenmäärittelyssä eri asia kuin varsinainen todistusteemakielto, joka on oikeus tai velvollisuus kieltäytyä todistamasta jostakin yksilöidystä tiedosta, jolloin suojaa saa tieto sinänsä.[974]

#### 7.4.1.2 Todistuskeinokiellot

Todistuskeinokielto, joka kuuluu todisteiden esittämiskieltoihin, kieltää tietyn keinon käyttämisen todistelussa, eli sen tarkoituksena on estää tietyn todistuskeinon käyttäminen todistelussa.[975] Kysymyksessä voi olla myös kyseisellä keinolla kielletty todistelu tietystä seikasta, eikä todistuskeinokielto lähtökohtaisesti kiellä todistelun esittämistä samasta asiasta toisen todistuskeinon avulla.[976] Virkasalaisuuksien piiriin (OK 17:12) kuuluu todistamiskieltonormeja, jotka kohdentuvat monin eri tavoin teemoihin ja keinoihin. Samoin sovitteluun liittyvä todistamiskielto (OK 17:11.2 ja 3:ssa) on yhdistetty todistusteema- ja todistuskeinokielto. Todistuskeinokielto-

969 Hormia 1978, s. 68 ja Hormia 1979, s. 3–4. Todistusteema on seikasto, tietty tosiasioiden kokonaisuus.

970 Hormia 1979, s. 49.

971 Hormia 1979, s. 25. Hormia korostaa, että rikosprosessissa erityisesti totuuden tutkiminen tapahtuu viran puolesta ja todistusharkinta on vapaata, jolloin prosessiteknisten seikkojen ajaminen todistusteemakielloilla tulisi olla harvinaista, jos lainkaan mahdollista.

972 Jämsä 2020, s. 90 ja 185. Jämsä (2020, s. 185) listaa ns. puhtaiksi todistusteemakielloiksi OK 17:10, 17:11.1, 17:12.2, 17:12.4 ja 17:19.

973 Hormia 1979, s. 46.

974 Jämsä 2020, s. 90 ja 185.

975 Ks. jaksossa 3.2 todistuskeinojen käsitteenmäärittely.

976 Pölönen 2003, s. 184; Riekkinen 2014, s. 125; Pölönen – Tapanila 2015, s. 228 ja Jämsä 2020, s. 91. Tällaisia todistuskeinoja ovat em. lähteiden mukaan kootusti esimerkiksi virkamies, lääkäri, asiamies ja pappi sekä itsekriminointisuojan ja niin sanotun läheiskriminointisuojan näkökulmasta rikoksesta epäilty ja tämän läheinen. Myös lähdesuojaan perustuvilta osin toimittaja voi olla kielletty todistuskeino, mutta toisaalta lähde on myös kielletty teema, jos lähdesuojan tarjoamaa oikeutta käytetään. Kielletyksi keinoksi osan tutkijoista listaama presidentti ei edellä jaksossa 5.2 esittämälläni tavalla kuulu määrittelemieni todistamiskieltojen piiriin.

ja, joihin yhdistyy myös kielletty todistusteema, ovat oikeudenkäyntiasiamiestä, -avustajaa ja tulkkia koskevat todistamiskiellot (OK 17:13) sekä lääkäriä tai muuta terveydenhuollon ammattihenkilöä (OK 17:14) sekä uskonnollisen yhdyskunnan edustajaa (OK 17:16) koskeva todistamiskielto. Todistuskeinokieltoja ovat itsekriminointisuojaan, läheiskriminointisuojaan ja läheisen kokonaiskieltäytymisoikeuteen perustuvat todistamiskiellot (OK 17:17 ja OK 17:18).

Oikeudenkäynnissä suoritettava todistelu tapahtuu todistuskeinojen avulla, missä todistuskeino on ulkoinen, aistein havaittava väline, jonka avulla todistustosiasiat ja indisiot saatetaan tuomioistuimen tietoon. Tosiseikoille ominaista on, että ne kuuluvat menneisyyteen, minkä vuoksi todistuskeinon avulla rekonstruoidaan nämä historialliset tosiseikat, joita ei voi enää suoraan havainnoida tai toisintaa.[977] Todistuskeinona erityisesti useat henkilötodisteet ovat kiellettyjä esimerkiksi salassapito- ja luottamuksensuojaintressien vuoksi, jotka lainsäätäjä on katsonut varmuusperiaatteen edellyttämää tiedonintressiä tärkeämmäksi.[978]

Todistuskeinokielto itsessään ei estä todistelua kyseisestä teemasta toisella (sallitulla) todistuskeinolla, jolloin todistelun teema on sallittu, mutta keino kielletty.[979] Puhdas todistuskeinokielto ei koske mitään määrätyn sisältöistä tietoa, jolloin muuta todistuskeinoa käyttämällä voidaan silloin esittää todistelua samasta teemasta. Todistuskeinokieltoa ei kuitenkaan voi ohittaa tai kiertää puhtaasti muodollisella perusteella, eli todistuskeinokieltoon sisältyy todistusmetodin sallittavuutta koskeva rajaus.[980]

Vaikka todistuskeinokielto on esittämiskielto siinä mielessä, että kielto aktualisoituu vasta esitettäessä, se on voimassa rikosasiassa jo esitutkinnassa kieltäen esitutkintaviranomaista myöskään hankkimasta todistetta.[981] Todistuskeinokiellot eivät ole samalla tavoin todistelun hankkimiselle ehdottomia, kuin todistusteemakiellot ovat, koska todistuskeinokielto jättää seikaston selvittämisvelvollisuuden voimaan, jolloin siitä on dispositiivisia asioita lukuun ottamatta viranomaisen hankittava muilla keinoin näyttöä, jonka esittäminen ei ole kiellettyä.[982]

#### 7.4.1.3 Todistusmetodikiellot

Systematisoinnin kannalta haastavin todistamiskieltoryhmä ovat todistusmetodikiellot, minkä vuoksi niiden problematisointi tutkimusaiheen näkökulmasta vaatii

977 Hormia 1979, s. 47. Käytännössä kaikki todistelu on välillistä toimintaa, koska tapahtuneeseen hetkeen ei voi jälkikäteen palata. Hormian (1979, s. 49) mukaan todistuskeinokielto merkitsee, että määrättyä todistuskeinoa ei saa määrättyjen asianhaarojen vallitessa käyttää sinänsä tutkittavissa olevan asiantilan selvittämiseen.

978 Pölönen 2003, s. 184 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 228.

979 Ks. Todistuskeinokiellon käsitteenmäärittelystä Hormia 1979, s. 47–49.

980 Jämsä 2020, s. 185. Jämsä on antanut tästä esimerkkinä sen, että kuulustelun suorittanut poliisi paljastaisi todistuskeinokiellon suojaamalta henkilöltä lainvastaisesti saadun tiedon.

981 Hormia 1978, s. 259.

982 Ks. Hormia 1979, s. 49 ja 125–137.

todistusteema- ja todistuskeinokieltoja tarkempaa käsittelyä. Esimerkiksi Pölönen pitää todistusmetodikiellon käsitettä sisällöllisesti tyhjänä tai merkityksettömänä rikosprosessissa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vuoksi,[983] eikä todistusmetodikiellon käsitteenmäärittelyn avulla tehtävä säännösten systematisointi ole riittävän käyttökelpoinen ilman todistamiskieltojen yleisen normiluonteen käsittelyä.

Todistusmetodikielto tarkoittaa sitä, että todistelu on kiellettyä, jos menettely todistetta hankittaessa tai esitettäessä on virheellistä, vaikka todistusteema ja -keino olisi sallittu.[984] Todistusmetodikielto vastaa kysymykseen, millä tavalla sinänsä sallittua todistuskeinoa ei saa hankkia tai ei saa esittää oikeudelle.[985] Todistusmetodikielto kieltää todistusmetodin eli hankkimis- tai esittämistavan.[986] Todistusmetodi tarkoittaa perinteisesti metodia, jolla todiste hankitaan ja esitetään, mutta Jämsän mukaan sitä voidaan käyttää myös koskien tapaa, jolla tuomioistuin näytön arvioinnissa hyödyntää todistetta.[987] Tässä tutkimuksessa todistusmetodilla on perinteinen merkitys, enkä sekoita todistusmetodia käsitteenä todistusharkinta- tai näytönarviointimetodiikkaan.[988] Jämsän mukaan rajanveto todistusmetodikiellon ja todistuskeinokiellon välillä on häilyvä, eikä aina edes merkityksellinen.[989] Kotimaisessa systematiikassa tällä jaottelulla on kuitenkin sovellettavan sääntelyn kannalta selkiyttävää merkitystä säännöksen rikkomisen seuraamuksen todennäköisyyden kannalta.[990]

Metodikielloilla ei kielletä mitään tiettyä todistetta, vaan kielletty todistelu on lopputulos menettelystä, joka olikin virheellinen, eli niiden kohdalla voi sanoa olevan kyse jonkin menettelysäännöksen rikkomisesta. Metodikiellon tarkoitus ei yleensä ole suojella prosessinulkoista aineellista oikeushyvää, vaan järjestää laillinen menettely. Tällaista kieltoa rikkovasti voidaan hankkia relevantti tai epärelevantti todiste. Todistusmetodikiellot ovat säännöksiä siitä, millainen tapa hankkia tai esittää todisteita on kiellettyä. Esimerkiksi jos todistajaa on painostettu tai johdateltu todistaman sallitun teeman osalta, kyseessä ei ole kielletty teema tai keino, vaan

983 Pölönen 2003, s. 188. Ks. rikosoikeudellisesta laillisuusperisaatteesta normiteoreettisesti Lahti 2022, s. 436–437.

984 Jonkka 1992, s. 79 ja Pölönen 2003, s. 187.

985 Hormia 1979, s. 146. Vrt. Hormia 1978, s. 21, jonka mukaan se vastaa kysymykseen, millä tavalla ei saa todistaa. Hormia puhuu ainoastaan esittämiskielloista, kun taas hankkimisen ja esittämisen ovat maininneet Riekkinen 2014, s. 125–126 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 228.

986 Jämsä 2020, s. 299.

987 Jämsä 2020, s. 92.

988 Olkoonkin, että käsite todistelumetodi voisi olla käytännön toimintaa paremmin kuvaava.

989 Jämsä 2020, s. 92.

990 Jaottelulla todistuskeino- ja todistusmetodikiellon välille on merkitys siltä osin, kun käsitteistö on muodostettu siten, että todistuskeinokiellot ovat oikeudenkäymiskaaressa säädettyjä ja niistä seuraa hyödyntämiskielto ilman erillistä seuraamusta koskevaa sääntelyä, kun taas todistusmetodikiellot sisältyvät lähtökohtaisesti muihin prosessilakeihin (pois lukien kielletyt kysymykset pääkäsittelyn kuulustelussa) ja seuraamukseltaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) piiriin, missä lähtökohtana on hyödynnettävyys.

kiellettyä on metodi, jolla keinoa käytetään.[991] Myös muutoin virheellisesti hankittu todiste voi kuulua todistusmetodikiellon piiriin. Samoin, jos laissa on säädetty todisteen hankkimistavasta, tavan rikkominen johtaisi todistusmetodikieltoon.[992] Puhdas todistusmetodisäännös, eli puhdas muotomääräys, rajoittaa ainoastaan tapaa, jolla todiste hankitaan tai esitetään, jolloin virheen voi korjata oikealla menettelyllä.[993]

Selvä rajaus on, että todistusmetodikiellot tulee erottaa toisesta todistelumenettelyä koskevasta normiluokasta, todistusoikeudellisista muotomääräyksistä, joihin ei liity prosessuaalista sanktiointia. Kuitenkin sanktiointi muotomääräyksille voi sisältyä OK 17:25.3:n hyödyntämiskiellon yleissäännökseen, jolloin määritelmä ei olekaan täysin aukoton, koska se ei vastaa siihen, ovatko hyödyntämiskiellon asettamiseen johtavat muotomääräykset kuitenkin todistusmetodikieltoja jälkikäteen arvioituna. Normi ei ole puhdas muotomääräys, jos sen suojelutarkoitus ulottuu prosessin ulkopuolisiin oikeushyviin ja yksilönsuojaan. Toisin sanoen puhdas muotomääräys eli järjestysmääräys osoittaa tavan, jolla todistelu suoritetaan. Huomattava kuitenkin on, että etsinnän lainvastainen toteuttaminen voi itsessään rikkoa todistamiskieltoa hankkimisen virheellisyyden osalta, joten tutkintametodien edellytysten täyttyminen ja tutkinnan suorittamisen metodiikka on erotettava jaottelussa toisistaan. Merkitsevää erottelussa on normin suojelutarkoitus. Mikäli normi on annettu prosessiin osallistuvien henkilöiden turvaamiseksi ja siihen liittyy sanktiona hyödyntämiskieltomahdollisuus, on kyse todistamiskiellosta.[994]

Hormian mukaan myös todistusmetodikielto, kuten todistuskeino- ja todistusteemakieltokin, kuuluvat todisteiden esittämiskieltoihin velvoittaen esitutkintaviranomaisia kuulustelumetodikieltona.[995] Todistusmetodikieltojen painopiste on esitutkintamenettelyssä, jossa toteutettava oikeushyvä perustuu persoonallisuuden oikeussuojaan.[996] Hormian näkökulma hänen varhaisemmassa tutkimuksessaan on tältä osin pelkästään rikosprosessuaalinen, mitä metodikielto ei ylätasolla ole, vaan se voi tulla sovellettavaksi myös siviiliprosessissa. Määritelmä ei näin ollen ole tyhjentävä. En voi samasta syystä yhtyä Hormian määritelmään esitutkintaviranomaisia velvoittavana kieltona, minkä osalta on ymmärrettävä myös se, että todistusmetodikieltoja osin sovelletaan myös yksityisen henkilön hankkimaan aineistoon. Nähdäkseni kysymys on nimenomaisesti todisteen hankkimiseen kohdistuvasta kiellosta prosessin aiemmissa vaiheissa, ja viime kädessä vasta oikeudenkäynnissä voidaan puhua todistusmetodikiellosta esittämiskieltona. Tämä on niin ikään poikkeava

991 Lappalainen 2001, s. 143.

992 Esimerkiksi isyyden selvittämistä varten tehdystä tutkimuksesta säädetään, että sen voi tehdä vain laillistettu lääkäri, jolloin tutkimus muiden henkilöiden suorittamana on tehty todistusmetodikieltoa rikkomalla. Ks. Pölönen 2003, s. 187.

993 Jämsä 2020, s. 92.

994 Hormia 1978, s. 80–81.

995 Hormia 1978, s. 68.

996 Hormia 1979, s. 147.

näkemys Hormian määritelmään. Epäselvää kuitenkin on se, mitkä säännökset ovat todistusmetodikieltoja. Hormian mukaan metodikiellolle ei ole enää tuomioistuinvaiheessa juuri elinkaarta, koska metodit tutkimuksessa on jo käytetty.[997] Tuomioistuinmenettelyssä todistusmetodikielloilla on vähäinen merkitys, joskin toki rikkomisesta johtuva hyödyntämiskieltokysymys voi tulla tuomioistuimen käsiteltäväksi, mutta muutoin metodikiellot kohdistuvat hankkimiseen pääosin, jolloin esittämisessä kyseeseen tulisivat lähinnä kuulustelusäännökset tuomioistuimessa. Tällainen oikeudenkäyntivaiheeseen kohdistuva metodikielto on OK 17:48.6:ssa säädetty asianosaisen kuulustelua oikeudenkäynnissä koskeva säännös, joka kieltää johdattelevien kysymysten käyttämisen pääkuulustelussa ja yleisesti asiaan kuulumattomat, eksyttävät tai muuten sopimattomat kysymykset.[998] Säännös koskee sekä riita- että rikosasioita.[999]

Sanamuodoltaan kyseessä on pääkuulustelun osalta ehdottomaan muotoon kirjoitettu kielto ”*ei saa esittää*”, joka kohdistuu metodiin esittämiskieltona.[1000] Mikäli kieltoa rikotaan pääkuulustelussa, on tästä seurattava samalla myös vastauksen hyödyntämiskelvottomuus, mikäli kuulusteltava ennätti alkaa vastata kysymykseen. Kysymyksessä on tilanne, jossa hankkiminen ja esittäminen tapahtuvat oikeudenkäynnissä, jolloin on perusteltua käsittää säännös sellaiseksi todistusmetodikielloksi, josta seuraa hyödyntämiskielto ilman OK 17:25.3:n mukaista punnintaa, jolloin se on luonnehdittavissa todistamiskieltonormiksi.[1001] Johdattelevista kysymyksistä ei voi muodostaa tyhjentävää määritelmää, vaan säännöksen luettelo on kuvaileva, eli säännöksen tarkkarajaisuus ja täsmällisyys on kyseenalainen.[1002] Sen sijaan asiaan

997 Hormia 1978, s. 258.

998 Vastakuulustelussa ja täydentäviä kysymyksiä esitettäessä tällaiset kysymykset ovat sallittuja.

999 Samoin rikosasian pääkuulusteluvaiheessa vastaajaa ei saa pakottaa muuttamaan lausuntoaan eikä hänelle saa esittää kysymyksiä, jotka ohjaavat vastausta tietyllä tavalla. Vastakuulustelussa kuitenkin sekä syyttäjällä että asianomistajalla on oikeus kyseenalaistaa vastaajan pääkuulustelussa antama kertomus käyttämällä johdattelevia kysymyksiä. Menettely sallii osapuolten haastaa ja tarkastella vastaajan kertomuksen johdonmukaisuutta ja uskottavuutta.

1000 Kuulustelun toteuttamisen tapaa määrittävänä normina se on sinänsä muotomääräys, mutta kohdistuessaan esittämiseen tuomioistuimessa, se ei voi aktualisoitua ennen pääkäsittelyä. Tällöin kieltonormiluonne on todistamiskieltojen ulkopuolelle jäävistä puhtaista muotomääräyksistä poikkeava.

1001 Hallituksen esityksen (HE 46/2014 vp, s. 92) mukaan hyödyntämiskiellon yleissäännös ei koske ”*edellä tässä luvussa säädettyjä*” eli käytännössä numerojärjestyksessään ennen hyödyntämiskieltosäännöstä 17 luvussa säädettyjä todistamiskieltoja, joihin OK 17:48 ei kuulu. En näe tällä kirjauksella olevan tosiasiallista merkitystä asian ratkaisijana, koska säännösten järjestyksessä kysymys on todisteen hankkimisen ja esittämisen kronologisesta vaiheesta.

1002 Rautio ja Fränden (2016, s. 283) mukaan johdattelevat kysymykset sisältävät usein oletuksia, väitteitä, ja ehdotuksia mutta osin se, onko kysymys johdatteleva, riippuu siitä, mikä asiassa on riidatonta. Ks. myös Pölönen 2003, s. 424–428. Suomessa korostetaan yleisesti vapaata kerrontaa parhaana metodina totuuden tavoittelussa, mutta toisaalta taas vastakuulustelu muistuttaa ristikuulustelua, joka on käytössä myös common law -maissa, joskin niissä se on melko tiukasti määritelty vääristymien torjumiseksi. Molemmissa järjestelmissä on tyypillisesti säänneltyjä rajoituksia sille, millaisia kysymyksiä oikeudenkäynneissä voidaan esittää. Ks. esim. Jokila 2010, s. 108.

kuulumattomien, eksyttävien ja sopimattomien kysymysten osalta säännös on luonteeltaan samankaltainen todistelun rajoittaminen tuomioistuimen päätöksen nojalla, enkä siksi ole valmis lukemaan sitä todistusmetodikielloksi.[1003]

Todistamiskielloiksi käsitteellisesti kuuluvat kaikki EIS 3 artiklan vastaiset todistusmetodit, mutta hyödyntämiskiellon ja todistamiskiellon välisen rajanvedon sekä säännössystematiikan kannalta tarkastelen, miksi kiduttamisen kielto on niin ikään todistusmetodikielto, eikä itsenäinen hyödyntämiskielto, vaikka OK 17:25.1:ssa säädetään kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämiskieltonormi. Varsinainen kielto kiduttaa on peräisin YK:n kidutuksen vastaisen sopimuksen 15 artiklasta, joka on ratifioitu Suomessa ja on siten suoraan sovellettavaa lakitasoista sääntelyä.[1004] Lisäksi EIS 3 artikla kiellettyä kohtelua koskevasta kiellosta[1005] erittelee kidutuksen, epäinhimillisen kohtelun ja halventavan kohtelun ja on osa kansainvälisen oikeuden pakottavaa normistoa (jus cogens).[1006] Sen sijaan kidutuksen määritelmä, johon EIT niin ikään tukeutuu, sisältyy YK:n kidutuksen vastaisen yleissopimuksen 1 artiklaan. Kiduttamisen kielto on siten voimassa kaikessa toiminnassa, myös todisteiden hankkimisessa. Tällä perusteella kiduttamisen kielto on todistusmetodikielto, vaikkei se OK 17 luvussa hyödyntämiskiellon asemesta sovellettaviin todistamiskieltosäännöksiin kuulukaan. Kuitenkin lainsäätäjä on tehnyt asiassa valinnan, että kiduttamalla hankittua todistetta koskee oma hyödyntämiskieltosäännös, joka on absoluuttinen ja estää jopa etäishyödyntämisen.

Pölösen ja Tapanilan mukaan kiduttamisen kielto on formuloitu hyödyntämiskielloksi EIS 6 artiklan erillisenä loukkauksena, eikä osana EIS 3 artiklan loukkausta, mikä tarkoittaa sitä, että kidutustaustainen loukkaus aktualisoituu, jos kiellonvastaisesti hankittua todistelua käytetään näyttönä oikeudenkäynnissä.[1007] Kyseenalaistan tätä ideologiaa sen osalta, että EIS 3 artiklan kielto voidaan aivan luontevasti katsoa todistusmetodikieltonormiksi. Tällöin kiduttaminen on EIS 3 artiklan vastainen metodi, joka johtaa aina kiellon vastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskieltoon. Tämä ei kuitenkaan tee kiduttamisesta niin sanottua itsenäistä hyödyntämiskieltoa.

---

1003 Ks. näistä jakso 6.2. ”*Tulee evätä*” ja ”*on evättävä*” ovat keskenään yhtä velvoittavia ilmaistuja tuomioistuimelle.

1004 Esimerkiksi hallituksen esityksessä (HE 46/2014 vp, s. 86–87) kiduttamisen käsitteen osalta viitataan PL:n ja RL:n esitöihin (HE 309/1993 vp, s. 47 ja HE 76/2009 vp, s. 13–17) ja YK:n kidutuksen vastaiseen yleissopimukseen (1 artikla SopS 59–60/1989). Huomiona, että YK:n yleissopimus on saatettu Suomessa voimaan, mutta kansalliseen lakiin ei ole säädetty 15 artiklan mukaista kohtaa, koska sääntely ja oikeuskäytäntö täyttää artiklan asettamat edellytykset. Ks. OMSO 65/2012, s. 53–55.

1005 Artikla on ehdoton kieltonormi: ”*Ketään ei saa kiduttaa, eikä kohdella tai rangaista epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla*.” Kiduttamisen ja epäinhimillisen sekä halventavan kohtelun kieltoa ei koske lainkaan valtiosopimusten soveltamiseen ja tulkintaan muutoin tyypillisesti liittyvä harkintamarginaali, mikä tarkoittaa, että säännös on täysin ehdoton ja universaali. Ks. artiklan merkityksestä normina tarkemmin Pellonpää ym. 2018, s. 404–408 ja harkintamarginaalista yleisemmin jaksossa 2.4.3.

1006 Pellonpää ym. 2018, s. 544.

1007 Pölönen – Tapanila 2015, s. 247.

Sama koskee kiduttamista lähentelevää toimintaa todisteiden hankkimisessa, joiden todistusmetodikieltoluonnetta ei poista se, että menettelyä koskeva arviointi suoritetaan OK 17:25.3:n nojalla. Ero kiduttamisen ja sitä lähentelevän toiminnan kieltoluonteen arvioimisen välillä on se, että kidutuksen määritelmän täyttyessä hyödyntämiskielto on ehdoton seuraus, kun taas lievemmässä menettelyssä, mikäli kysymys ei ole epäillyn tai syytetyn tunnustuksesta, se on sikäli ehdollinen, että tuomioistuimen on arvioitava oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumista. Kiduttaminen toimii siten ehdottoman velvollisuuden kieltäytyä todistamasta asettaman todistamiskieltonormin kaltaisesti.

> Aiemmin hyödyntämiskieltoja koskeva oikeustila oli oikeustieteellisen kirjallisuuden ja oikeuskäytännön varassa, mutta hyödyntämiskieltosäänte-lyn tuominen oikeudenkäymiskaareen on muuttanut tilannetta. Tämäkin osaltaan viittaa tulkintaan, jossa kidutuksen kielto on todistusmetodikielto, mutta hyödyntämiskiellosta oikeudenkäymiskaaressa säätämisen jälkeen sääntelyn systematiikan osalta kysymys on selvästi yleissäännöksestä, joka aiheuttaa hyödyntämiskieltoseuraamuksen kaikille kiduttamalla hankituille todisteille. Pelkästään se seikka, että kysymyksessä on hyödyntämiskielto-säännös, ei poista päätelmää kiduttamisesta todistusmetodikieltona, vaan kidutusta koskevalla kieltonormilla on selkeä luonne nimenomaan todisteen hankkimiseen kohdistuvana kieltona. Samalla logiikalla ei voida ratkaista sitä pulmaa, ovatko esimerkiksi sellaiset ETL:n ja PKL:n menettelysään-nökset todisteiden hankkimisessa, joiden rikkominen johtaa OK 17:25.3:n mukaiseen hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamiseen, todistusme-todikieltoja, koska todistusmetodikiellon luonne edellyttää lähtökohtaista hyödyntämiskelvottomuutta.[1008]

Kiduttamisessa on kysymys kielletyn metodin käyttämisestä, joka on ehdoton todistusmetodikielto, kuten itsekriminointisuojaa loukaten hankittu todiste rikosasiassa. Kuitenkin koska kidutuksen kieltoa ei ole säädetty OK 17 luvussa todistamiskielloksi, olisi ilman erillistä säännöstä todistamiskielto- ja hyödyntämiskieltosäännösten systematiikan osalta epäselvää, miten tällainen metodikielto käyttäytyy, koska muut todistamiskiellot eli oikeudet ja velvollisuudet kieltäytyä todistamasta johtavat luonnollisesti hyödyntämiskieltoon ilman erillistä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen punnintaa OK 17:25.3 mukaan. Sinänsä on selvää, että elementaarisen todistusmetodikiellon rikkominen tekee aina oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen. Säädössystemaattisesti samoin kuin kidutuksen aiheuttamasta hyödyntämiskiellosta säädetään OK 17:25.1:ssa, myös itsekriminointisuojan

1008 Näistä todistusmetodikieltoina on tunnistettavissa kiduttamista lähentelevän kohtelun lisäksi esimerkiksi eräät puolustautumisoikeuksien ja kontradiktorisuuden loukkaustilanteet.

osalta säädetään OK 17:25.2:ssa, joka koskee niin ikään itsekriminointisuojan loukkaamista mutta muulla painostusmenetelmällä kuin kidutuksella.[1009]

Toisaalta voidaan pohtia, voisiko kidutus aina täyttää itsekriminointisuojaa rikkovalla tavalla hankitun todisteen todistamiskieltosäännöksen. Tähän on vastattava rikosasiassa myöntävästi. Kidutus on itsekriminointisuojan kaikista vakavin loukkaus.[1010] On selvää, että tällöin se rikkoo myös esitutkinnasta ja pakkokeinojen käytöstä annettuja puhtaita muotomääräyksiä. Kidutuksen kielto ja siten sitä koskeva hyödyntämiskieltosäännös OK 17:25.1:ssa kattaa kuitenkin sekä riita- että rikosasiat, eli se ei rajoitu pelkästään itsekriminoivaan tietoon vaan yleisesti todisteen hankkimistapaan, olipa näin hankitun todisteen luonne tai prosessi mikä tahansa.

Kiduttamisen perusteella asetettavan hyödyntämiskiellon taustalla on ajatus siitä, että kiduttamalla saatu todiste on epäluotettava, koska lausunto on mahdollisesti annettu vain kiduttamisen lopettamiseksi. Tällaisen todisteen totuusarvo on hyvin kyseenalainen ja todisteen käyttäminen epäoikeudenmukaista.[1011] Myös tällä perusteella kiduttaminen kiellettynä metodina olisi luettavissa oletettuun virhelähteeseen perustuvaksi. Kiduttamisen kiellolla on tarkoituksena estää epäinhimillisen kohtelun hyväksi käyttäminen todisteiden hankinnassa. Tässäkin mielessä kidutus on todistusmetodikielto, että sitä koskee todistuskeinoneutraalisuus, joka aiheuttaa kiellon kattavuuden. Kuitenkaan koska todisteen näyttöarvolla tai sillä, kenen eduksi todiste näyttää, tai kidutuksen tarkoitusperällä ei ole merkitystä, säännös ei käyttäydy aivan samoin kuin kotimaisessa sääntelyssä olevat monet todistamiskieltonormit. Se tuntuu olevan ehdotonta todistamiskieltonormia vielä ehdottomampi.[1012]

Yhteenvedonomaisesti totean, että kiduttaminen on ehdottomasti kielletty todistusmetodi, mutta kysymyksessä on hyödyntämiskieltosäännöksen alaan kuuluva seuraamusnormi, eikä kiduttamista koskevaa kieltosäännöstä ole oikeudenkäymiskaaressa, vaan sen määritelmä sisältyy kansainvälisiin sopimuksiin. Tarkastelen hyödyntämiskieltoperusteen näkökulmasta asiaa erikseen tutkimuksen valitun rakenteen vuoksi jaksossa 9.

### *7.4.2 Todistamiskieltojen ehdollisuudesta ja ehdottomuudesta*

Oikeudenkäymiskaaren todistamiskiellot ovat poikkeuksia säädetystä yleisestä todistamisvelvollisuudesta, jolla pyritään turvaamaan aineellisen totuuden sel-

1009 Itsekriminointisuojasta on kuitenkin säädetty todistamiskielto OK 17:18:ssä, mutta kiduttamisen kiellosta tällaista ei oikeudenkäymiskaaressa ole. Sinänsä perustelu asialle on yksinkertainen: kiduttamisen kielto on niin ehdoton ja universaali, ettei siitä ole tarpeen säätää oikeudenkäymiskaaressa todistamiskieltona.

1010 Kidutusta lievemmät menettelyt, jos kysymys ei ole epäillyn tai syytetyn tunnustuksen hankkimisesta, arvioidaan OK 17:25.3:n nojalla.

1011 Ks. esim. Othman (Abu Qatada) v. Yhdistynyt kuningaskunta (9.5.2012) ja Gäfgen v. Saksa (1.6.2010)

1012 Pölönen – Tapanila 2015, s. 246 ja 325.

ville saaminen. Todistamiskieltojen taustalla on erilaisia seikkoja, mutta karkeasti jaoteltuna ne perustuvat vaitiolovelvollisuuteen, vaitiolo-oikeuteen tai salassapitovelvollisuuteen. Aineellisen totuuden tavoitteen vuoksi todistamiskieltoja ei pidä tulkita laajentavasti, vaan ainoastaan siinä määrin, kun lain sanamuoto ja kiellolla suojellun intressin toteuttaminen vaatii.[1013] Aineellisen lopputuloksen lisäksi todistamiskiellolla on vaikutusta myös tuomioistuimen suorittamaan materiaaliseen ja muodolliseen prosessinjohtoon, sillä viime kädessä tuomioistuin tekee ratkaisun todistamiskiellosta ja valvoo päätöksen toteutumista läpi koko oikeudenkäynnin.[1014]

Hyödyntämiskiellon asettamiseen liittyviä näkökulmia on oikeustieteellisessä tutkimuksessa esitetty useita aikana ennen todistelu-uudistusta. Varhaisemmassa todistusoikeudellisessa tutkimuksessa on käsitelty nykykäsitteistön mukaisia epäitsenäisiä hyödyntämiskieltoja. Lisäksi on määritelty, että todistamiskiellot ovat luonteeltaan joko absoluuttisia tai relatiivisia, eli niiden rikkomisesta seuraa hyödyntämiskielto joko ehdottomasti tai tuomioistuimen harkinnan nojalla.[1015] Todistamiskieltojen jaottelu absoluuttisiin ja relatiivisiin on hyödyntämiskieltojen näkökulmasta tärkeä, mutta absoluuttisuuden määrittäminen ja todistamiskieltoihin kohdentaminen ei ole ongelmatonta ainakaan, jos peilaa tätä varhemmassa oikeuskirjallisuudessa luotua määritelmää nyt voimassaolevaan sääntelyyn. OK 17 luvun todistamiskiellot olisivat nimittäin aina normiluonteeltaan ehdottomia. Jos niiden sanamuoto ja edellytykset täyttyvät, eikä todistamiskieltoa murreta, tuomioistuin ei voi harkita, seuraako kieltonormin rikkomisesta hyödyntämiskiellon asettaminen.

Hormian mukaan se, johtaako todistamiskiellon rikkominen hyödyntämiskieltoon, ratkaistaan yksittäistapauksittain sen perusteella, onko todistamiskiellon rikkominen ollut korjaamiskelvoton oikeudenloukkaus. Hormian mallissa keskiössä on se, mikä rikotun todistamiskiellon tarkoitus on ollut eli millaista oikeushyvää sillä suojattiin. Harkinnassa huomioidaan myös rikkomismenettelyn vaikutus todisteen luotettavuuteen eli siihen, onko todistamiskiellon rikkominen vaikuttanut todistelutulokseen.[1016] Pölönen on suhtautunut Hormian malliin jokseenkin kriittisesti[1017] ja katsonut epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen asettamisharkinnan riippuvan todistamiskiellon tyypistä eli sen absoluuttisuudesta tai relatiivisuudesta, mihin ominaisuuteen todistamiskiellon rikkomisen seuraus liittyy.[1018]

---

1013 Ks. KKO 2003:119, jossa korkein oikeus otti yleisesti kantaa todistamisvelvollisuudesta säädettyihin poikkeuksiin.

1014 Toisin sanoen tuomioistuimen tehtävä on valvoa sekä vapaan todistelun toteuttamista että todistamiskieltojen noudattamista.

1015 Ks. esim. Riekkinen 2014, s. 125–126 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 227

1016 Hormia 1978, s. 90–91 ja Hormia 1979, s. 187.

1017 Pölönen 2003, s. 219–220.

1018 Ks. tästä todistamiskieltojen sisäisestä jaottelusta ja sen alkuperäisen kehittäjän Beilingin määritelmä Hormia 1978, s. 88.

Aiemmin on katsottu, ettei todistamiskiellon rikkominen aina johda hyödyntämiskieltoon, eikä hyödyntämiskielto siksi olisi todistamiskiellon välttämätön ja elimellinen osa.[1019] Sinänsä näin ei ole nytkään, vaan se on luonnollinen seuraamus todistamiskieltonormeille ilman erillisen hyödyntämiskieltosäännöksen tarvetta. Ongelmallista jaottelussa relatiivisiin ja absoluuttisiin todistamiskieltoihin on ollut se ajatus, että relatiivisen todistamiskiellon rikkomisen johtaminen hyödyntämiskieltoon vaatii jotain lisää verrattuna pelkkään todistamiskiellon rikkomisen toteamiseen. Tämän osalta on oltava tarkkana, puhutaanko todistamiskiellosta merkityksessä kieltolause vai todistamiskieltonormi, joka koostuu sekä kieltolauseesta että mahdollisista poikkeuksista. Lisäksi perinteisessä jaottelussa nämä harkinnassa arvioitavien syiden taustalla vaikuttavat funktiot voidaan nähdä epäitsenäisen hyödyntämiskiellon funktiona tai tavoitteena.[1020] Sen sijaan absoluuttisen todistamiskiellon osalta erillisiä hyödyntämiskiellon asettamisen lisätavoitteita on vaikea perustella, koska ne sisältyvät jo niihin syihin, miksi todistamiskielto on katsottu absoluuttiseksi.

Absoluuttiset todistamiskiellot tarkoittavat todisteen hyödyntämiskieltoa, mutta relatiivisten kieltojen kohdalla todisteen hyödynnettävyys jäisi tuomioistuimen harkintaan.[1021] Absoluuttisen todistamiskiellon rikkomisesta seuraa automaattinen ja absoluuttinen hyödyntämiskielto, eli absoluuttisen todistamiskiellon alainen todiste on myös absoluuttisen hyödyntämiskiellon alainen. Tällöin tuomioistuimen tulisi asettaa todiste hyödyntämiskieltoon. Rikosasiassa kielto asetettaisiin ilman intressipunnintaa rikosvastuun toteutumisen ja vastaajan oikeusturvan välillä, joskin vastaajan edun mukainen todistelu sallitaan.[1022] Relatiivisen todistamiskiellon rikkominen puolestaan jättää tuomioistuimen harkittavaksi, seuraako rikkomisesta hyödyntämiskielto.

Pölönen on esittänyt rikosprosessissa relatiivisille todistamiskielloille kolmijakoa niiden tyypin perusteella: rikoksen törkeyteen sidotut, yksittäistapauksittain arvioitavat ja muut relatiiviset todistamiskiellot. Pölösen kolmijaossa nämä ryhmät muodostavat eriasteisen olettaman hyödyntämiskiellosta siten, että todistamiskiellon rikkominen johtaa ensimmäisessä ryhmässä muiden kuin ylitörkeiden rikosepäilyjen osalta vahvaan hyödyntämiskielto-olettamaan. Yksittäistapauksittain arvioitavissa relatiivisissa todistamiskiellon rikkomistapauksissa tuomioistuin suorittaa avoimen

1019 Ks. kannanottoja vanhemmasta oikeuskäytännöstä, esim. ratkaisussa KKO 2006:107.

1020 Huomioitava kuitenkin, ettei hyödyntämiskiellon oikeudellisena käsitteenä tarkoitetussa merkityksessä funktiot tai tavoitteet ole sama asia kuin käytännön ratkaisumallissa punnittavat syyt, joiden perusteella pohditaan, asetetaanko hyödyntämiskieltoa vai ei. Kyse on eri teoreettisista tasoista, joilla on kuitenkin yhteys toisiinsa. Ks. Riekkinen 2014, s. 141 av. 60.

1021 Pölönen – Tapanila 2015, s. 229.

1022 Ks. Hormia 1978, s. 91–93 ja Pölönen 2003, s. 192 ja 324. Pölösen (2003, s. 192) mukaan "*absoluuttiset todistamiskiellot ovat harvinaisia, koska pääsääntöisesti todistamiskiellon rikkomisesta ei ole katsottu seuraavan todisteen hyödyntämiskieltoa.*"

hyödyntämiskieltopunninnan, kun taas loput relatiiviset todistamiskiellot kuuluvat hyödyntämiskielto-olettaman piiriin.[1023] Pölösen jaottelusta näyttäytyy, että relatiivisista todistamiskielloista ainoastaan ylitörkeitä rikoksia koskevat tilanteet jäävät hyödyntämiskieltoseuraamuksen ulkopuolelle, vaikka todistamiskieltoa olisi rikottu. Tämä ei kuitenkaan pidä täsmällisesti paikkaansa, koska kiellon murtaminen ylitörkeyden perusteella on tuomioistuimen harkinnassa ja toisaalta OK 17:25.3:a voidaan edelleen soveltaa tällaiseen todisteeseen hankkimismenettelyn ollessa muulla tavoin laiton, vaikka tuomioistuin käyttäisi todistamiskiellon murtamisperustetta.

Absoluuttisuuden ja relatiivisuuden käsitteet ovat osin haastavia todistamiskieltojen kontekstissa, koska tällaisten ominaisuuksien määrittely kiinnittyy siihen, miten todistamiskielto määritellään. Tämä johtaa taas osaltaan itsenäisten ja epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen jaotteluun ja toisaalta niiden absoluuttisuuden ja relatiivisuuden määrittelyyn.[1024] Mikäli todistamiskiellon absoluuttisuudella ja relatiivisuudella halutaan olevan systematisoivaa merkitystä, on tarkasteluun lisättävä ehdollisuuden ja ehdottomuuden elementit sekä arvioitava samalla hyödyntämiskiellon absoluuttisuutta ja relatiivisuutta ja viime kädessä todistamiskiellon käsitettä normiteoreettisesta näkökulmasta.[1025] Tästä näkökulmasta pidän tärkeämpänä systematisoida todistamiskiellot niiden suojelufunktion, ehdollisuuden ja erilaisten ehdollisuusperusteiden näkökulmasta. Suojelufunktio on se suojeltava oikeushyvä, usein eritasoisesti perus- ja ihmisoikeusliitännäinen seikka, johon kielto viime kädessä perustuu. Ehdollisuudella puolestaan tarkoitan todistamiskieltonormin sisäistä ehdollisuutta.

Todistamiskielto voi olla tuomioistuimen päätöksellä murrettavissa tai se voi väistyä kiellolla suojellun tahdosta. Murtamisperusteella tarkoitan tuomioistuimen päätösvallassa olevaa poikkeamismahdollisuutta lähtökohtaisesta kiellosta. Murtamisperusteiden lisäksi tai erillisenä todistamiskieltonormiin voi kohdistua

1023 Pölönen 2003, s. 324–326. Pölönen (2003, s. 192) on päätynyt erottamaan absoluuttisen ja relatiivisen todistamiskiellon vaikutusten perusteella: absoluuttinen johtaa hyödyntämiskieltoon, relatiivisen osalta tuomioistuimella on harkintavalta hyödyntämiskiellon asettamisessa. Huomiona relatiivisuuden käsitteeseen Pölösen määritelmän mukaisesti, että Pölönen (2003, s. 320 ja 326) katsoi relatiivisia todistamiskieltoja olevan mm. VanhOK 1:7:ssä säädetty tuomarinvakuutus, VanhPKL 6:4:n henkilötuntomerkkien käyttöä koskeva säännös sekä kirjallisen kertomuksen käyttökielto.

1024 Mikäli hyödyntämiskiellon absoluuttisuudella ja relatiivisuudella tarkoitettaisiin kieltonormin perusteena olevan suojeltavan oikeushyvän ehdotonta suojaamista, kyse relatiivisissa todistamiskielloissa on relatiivisista hyödyntämiskielloista, koska lainsäätäjä on todistamiskiellolla nimenomaisesti säätänyt oikeuden suojaamisen olevan rajoitettua esimerkiksi loukatun suostumuksen tai rikosasiassa epäillyn rikoksen ylitörkeyden vuoksi. Tämä näkemys ei kuitenkaan merkitsisi harkinnanvaraisuutta, koska kieltonormeina säännökset ovat pakottavia niiden sanamuodon täyttyessä. Ks. vastaavasti jaksossa 7.2 esitetty.

1025 Todistamiskiellot ovat pääasiassa teema- ja keinokieltonormeja, kun taas todistusmetodikieltojen käsite on edellä kuvatusti epämääräisempi. Tällöin voidaan pohtia, liittyykö todistamiskiellon absoluuttisuuden tai relatiivisuuden määre viime kädessä merkitykseen todistamiskieltonormi vai todistamiskielto (käsite). Toisaalta jaottelu vaikutusten osalta ainoastaan todistamiskieltonormeille aiheuttaa problematiikkaa hyödyntämiskiellon absoluuttisuuden ja relatiivisuuden osalta, koska tällöin nämä käsiteparit pääosin yhtyisivät ja todistamiskieltojen luonteen erot jäisivät vaille tarkastelua.

väistymisperuste, josta suojeltu taho disponoi. Suojatun suostumus tai antama lupa väistymisperusteena ei aiheuta todistamiskiellon muodostaman oikeuden tai velvollisuuden ehdollista luonnetta, koska oikeus tai velvollisuus itsessään on ehdoton ja suostumus väistymisperusteena ainoastaan tekee todistamiskiellon soveltamisen tarpeettomaksi. Väistymisperuste ei vaikuta samalla tavoin taustalla olevan suojellun oikeushyvän painoarvoon punnittaessa sitä totuuden tavoittelun kanssa, koska väistymisperuste kiinnittyy suojatun kohteen omaan päätökseen samalla tavoin kuin oikeusperusteisissa vaitiolon tilanteissa disponointivalta siitä, turvautuuko suojattu henkilö oikeuteensa.

Tuomioistuimen harkintavaltaan kuuluvia murtamisperusteita on yleisiä ja erityisiä. Yleisiin murtamisperusteisiin kuuluvat rikosasiassa epäillyn rikoksen ylitörkeys ja tuomioistuimen harkitsema erityinen syy, joita molempia voi sisältyä samaan todistamiskieltonormiin. Ylitörkeys murtamisperusteena perustuu siihen, että salaisuus tai muu suojeltu oikeushyvä asetetaan tiettyyn rikostunnusmerkistöön nähden tärkeämmäksi kuin totuuden selvittäminen ja oikeusvarmuus, joka yksittäistapauksessa muutoin olisi tärkein intressi. Käytännössä ylitörkeyden määritelmä on mittari, joka määrittää, missä vaiheessa oikeushyvän suojelu ei enää muodostu näitä periaatteita tärkeämmäksi. Ylitörkeän rikoksen murtamisperusteessa asteikko ja sen soveltaminen on lailla säädetty. Tällöin tuomioistuimen harkintavalta kohdistuu ainoastaan siihen, päättääkö se murtaa kiellon vai ei. Erityinen murtamisperuste puolestaan kiinnittyy suojelutarkoituksen poistumiseen ja sisältää laajempaa harkintavaltaa.

Nostankin esiin näkökulman, olisiko relatiivisuus sellainen lainsäätäjän jo valmiiksi kirjoittama ominaisuus todistamiskieltonormissa, joka murtaa todistamiskiellon tuomioistuimen päätöksellä eli aiheuttaa viime kädessä lähtökohtaisen kiellon vaikutuksettomaksi jäämisen. Tällöin absoluuttisia olisivat ne todistamiskiellot, joita koskevasta normista ei ole säädetty lainkaan murtamisperustetta. Tässä systematisoinnissa käsitteiden väliinputoajia olisivat ne todistamiskiellot, jotka ovat murtamiskelvottomia velvollisuuksia tai oikeuksia kieltäytyä todistamasta mutta sisältävät väistymisperusteen. Tämän elementin vuoksi myös relatiivisuuden käsite on tutkimuksen valitun näkökulman vuoksi liian lavea kategorisointi, joskin absoluuttisuudella on sijansa, mikäli sillä tarkoitetaan todistamiskieltoa, josta ei ole säädetty minkäänlaisia murtamis- tai väistymisperusteita ja kysymyksessä on velvollisuusperusteinen kieltonormi. Tällöin absoluuttisuus kiinnittyy tosin seuraamukseen eli hyödyntämiskieltoon.

Osaan murtamisperusteista sisältyy merkittävää tuomioistuimen harkintavaltaa, jolloin relatiivisuuden käsitteellä olisi sijansa todistamiskieltonormin osoittaman velvollisuuden tai oikeuden aktualisoitumisen yhteydessä, ei niinkään kiellon rikkomisen seurauksen kautta määriteltynä. Relatiivisuus antaa kuitenkin harhaanjohtavan kuvan todistamiskieltonormin ehdottomuudesta eli siitä, ettei tuomioistuin voi käyttää harkintaa kuin kyseiselle kiellolle säädettyjen murtamisperusteiden osalta ja harkinnan kohdealue on rajallinen.

Selkeintä on siksi todeta, että todistamiskiellon rikkomisesta ei aina seuraa hyödyntämiskieltoa, koska osa todistamiskielloista on ehdollisia eli niihin liittyy yleisiä todistamiskiellossa säädettyjä murtamisperusteita. Tämä ei kuitenkaan kiinnity täysin edellä kuvattuun perinteiseen jaotteluun todistamiskieltojen absoluuttisuudesta ja relatiivisuudesta, koska puhuttaessa todistamiskiellosta on ymmärrettävä, tarkoitetaanko sillä käsitteenä kieltoa vai kieltonormia. Todistamiskiellon tarkoitus on estää todisteen hankkiminen ja esittäminen, missä kontekstissa osa todistamiskielloista on ehdottomia ja osa ehdollisia. Tällöin ehdollisuus tai ehdottomuus viittaa siihen, saako lähtökohtaisesta kiellosta poiketa, ja jos saa, millaisin perustein. Todistamiskieltonormin näkökulmasta kyse olisi siitä, onko normissa itsessään kiellon aktualisoitumiselle muita ehtoja kuin pelkästään teeman, keinon tai metodin toteaminen kielletyksi todisteen hankkimisessa tai esittämisessä.

Ehdollisten todistamiskieltojen osalta tuomioistuin voi velvoittaa todistamaan säädettyjen ehtojen täyttyessä, jolloin lähtökohtainen kielto murtuu. Tällöin todistelu ei ole kiellettyä eli todistamiskieltonormia rikkoen hankittua tai esitettyä, eikä siten seuraamuksenakaan ole hyödyntämiskieltoa, koska todistamiskieltonormi antaa tuomioistuimelle mahdollisuuden ehtojen täyttyessä murtaa todistamiskielto. Ehdollinen todistamiskielto vaatii siten muiden kuin todisteeseen itsessään liittyvien elementtien arviointia. Mikäli ehdollisen todistamiskiellon soveltamisessa päädytään tulkintaan, että tällaiset kiellosta poikkeamisen perusteet eivät täyty, todistamiskielto on voimassa ja sen luonnollinen seuraamus on hyödyntämiskielto, mikä tarkoittaa myös sitä, että todistamiskiellon rikkomisen seuraus on ehdoton hyödyntämiskielto.[1026]

> Todistamiskiellon ehdollisuuden ja ehdottomuuden luonteen osalta on tärkeää pitää erillään todistamiskieltonormin ehdoton eli vahvasti velvoittava luonne eli se, että kieltonormin rikkomisesta seuraa hyödyntämiskielto. Mikäli todistamiskieltonormia on rikottu, ei tuomioistuin voi nähdäkseni enää arvioida, saisiko todistetta silti hyödyntää, koska tällöin todistamiskieltonormi tehtäisiin vaikutuksiltaan tyhjäksi ja kiellon suojelufunktio vaarantuisi. Kieltonormin tarkkarajaisuus ja täsmällisyys estää tällaisen tulkinnan, koska ilman poikkeuksen selkiyttä päädyttäisiin yllättäviin lopputuloksiin. On myös syytä huomioida, että tällainen tulkinta tekisi todistamiskiellon ja hyödyntämiskiellon yleissäännöksen välisen tarkoituksen ja normiteoreettisen eron tyhjäksi. Kaikki todistamiskieltonormit ovat velvoittavuudeltaan vahvoja oikeuslähteitä ja normiluonteeltaan oikeussääntöjä.

1026 Eksaktimpaa olisi sanoa, että todistamiskieltonormin rikkomisesta seuraa hyödyntämiskielto, koska varsinainen todistamiskielto on se kieltolause, jossa kielletään tietty teema, keino tai metodi, kun taas todistamiskieltonormi kattaa käsitteellisesti myös tällaisesta kiellosta poikkeamisen ehdot.

Relatiivisuuden käsitteen sijaan tämän tutkimuksen kannalta on perustellumpaa kutsua todistamiskieltoja, joihin kohdistuu normeina yleisiä murtamisperusteita, ehdollisiksi todistamiskielloiksi. Ehdottomia sitä vastoin olisivat todistamiskiellot, joista tällaisia murtamisperusteita ei ole. Tällöin myös oikeus- tai velvollisuusperusteinen todistamiskielto, jota ei voi murtaa, mutta jonka väistymisperuste on suojatun henkilön suostumus, on ehdoton. Jaottelu on perusteltua myös pakkokeinojen käyttämisen näkökulmasta.[1027]

> Esimerkkinä tarkoittamastani käytän OK 17:14:ssä säädettyä todistamiskieltonormia, jonka 1 momentin mukaan "*Lääkäri tai muu terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetussa laissa (559/1994) tai sen nojalla annetussa asetuksessa tarkoitettu terveydenhuollon ammattihenkilö ei saa todistaa henkilön tai hänen perheensä terveydentilaa koskevasta arkaluonteisesta tiedosta tai muusta henkilön tai perheen salaisuudesta, josta hän asemansa tai tehtävänsä perusteella on saanut tiedon, ellei se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, suostu todistamiseen*". Säännöksen todistamiskielto on momentin kahdessa ensimmäisessä lauseessa ilmaistu kielto, tarkemmin lääkäriä tai muuta määriteltyä ammattihenkilöä koskeva velvollisuus kieltäytyä todistamasta, eli kysymyksessä on velvollisuusmuotoinen todistamiskielto, joka perustuu ammattihenkilön salassapitovelvollisuuteen. Kiellolla suojellaan perus- ja ihmisoikeutta eli yksityiselämää, joka on suojeltava oikeushyvä ja muodostaa suojeluintressinä yleisesti salassapitovelvollisuuden, joka puolestaan on ulotettu myös todisteluun. Todistamiskiellosta on säädetty väistymisperuste momentin loppuosassa, jonka perusteella henkilö, jonka perusoikeutta salassapidolla suojataan, voi antaa suostumuksensa todistamiseen, jolloin lähtökohtainen kielto todistaa väistyy.
>
> Murtamisperuste, joka aiheuttaa todistamiskiellon ehdollisuuden, ilmaistaan 2 momentissa, jonka mukaan "*Tuomioistuin voi velvoittaa 1 momentissa tarkoitetun henkilön todistamaan, jos syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta*". Murtamisperusteen käyttäminen on tuomioistuimen harkinnassa. Todistamiskielto sisältää lisäksi

1027 Tämä siitä huolimatta, että en katso ehdollisuutta aiheutuvaksi kaikille todistamiskielloille yhteisen poikkeamisperusteen, OK 17:9.3:n nojalla, joka pakkokeinojen käyttämiseen niin ikään oikeuttaa. Pakkokeinojen käyttämisen näkökulmasta ehdollisiksi on selkeämpää kuvata vain murtamisperusteella varustettuja todistamiskieltoja. Tämä sen vuoksi, että tällöin käsitteen hyödyllisyys olisi tuomioistuimen näkökulmasta suurempi harkittaessa murtamismahdollisuuden käyttämistä. Kuitenkin pakkokeinon käyttäminen todistelun saamiseksi on mahdollista myös todistamiskiellon väistymisperusteella, mutta sen disponointivalta ei ole tuomioistuimella, joten pakkokeinonäkökulmien huomioon ottaminen harkinnassa ei ole relevanttia, koska todistaja tai kiellolla suojattu henkilö itse harkitsee suostumustaan ja sitä, aktualisoituuko kieltotilanne.

erityisen murtamisperusteen. Todistamiskieltonormin sisäisten poikkeusten lisäksi OK 17:15:ssä säädetään 1 momentissa yksilöityyn tilanteeseen (kuolema) liittyvä harkinnanvarainen murtamisperuste ”*[– –] jos se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, on kuollut ja jos erittäin tärkeät syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja seuraukset sen esittämisestä sekä muut olosuhteet sitä vaativat*” ja 2 momentissa kiellossa salassapitovelvolliseksi määritellyn todistajan olosuhteisiin liittyvä väistymisperuste, jossa ”*[– –] saa todistaa siltä osin kuin tiedon ilmaiseminen on välttämätöntä puolustuksen järjestämiseksi häntä tai häneen 22 §:n 2 momentissa tarkoitetussa suhteessa olevaa henkilöä vastaan esitetyn rangaistusvaatimuksen tai muun rikokseen perustuvan vaatimuksen vuoksi taikka hänelle tai häneen 22 §:n 2 momentissa tarkoitetussa suhteessa olevalle henkilölle asianomistajana kuuluvien oikeuksien käyttämiseksi*”. Esimerkkisäännöksessä lähtökohtaisesta todistamiskiellosta voidaan siten poiketa todistajan oikeusturvaintressien vuoksi, kiellolla suojatun suostumuksesta tai tuomioistuimen päätöksestä. Tällainen todistamiskielto on ehdollinen, mutta todistamiskieltonormin soveltamisen päätyessä todistamiskiellon toteamiseen kieltonormin noudattaminen on ehdotonta ja seuraamuksena on hyödyntämiskielto.

Todistamiskieltonormit sisältävät jo itsessään hyödyntämiskelvottomuuden seurauksen. Asian voisi kootusti ilmaista niin, että ollakseen todistamiskielto, normin rikkomisesta on seurattava hyödyntämiskielto joko ilman OK 17:25.3:n soveltamista tai sen mukaista harkintaa, vaikka säännöstä itsessään sovellettaisiin taikka oikeuskäytännössä olisi katsottu tietyn metodin käyttämisen pääasiassa johtavan harkinnan nojalla hyödyntämiskieltoon. Tässä merkityksessä relatiivisuus ja absoluuttisuus määräytyisivät sen mukaan, onko kysymyksessä keinoon, teemaan vai metodiin kohdistuva kielto, jolloin relatiivinen todistamiskielto olisi pääasiassa sellainen todistamis- tai menettelysäännös, jonka rikkominen johtaisi kyseisessä tilanteessa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamiseen (OK 17:25.3).

Tällöin voisi sanoa kyseessä olevan tyypillisesti niin sanottu todistusmetodikielto, joita ei voida laskea todistamiskiellon käsitteen piiriin, koska hyödyntäminen on OK 17:25.3:n nojalla pääsääntö eikä tällöin ole tarpeen puhua kiellosta. Tällaisen todistusmetodikiellon relatiivisuus ilmenisi systematiikassa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen asettamisharkinnan kriteerien arvioinnin kautta, mikä taas asettaa jatkokysymyksen sille, onko kyseessä niin sanottu itsenäinen hyödyntämiskielto, jonka määritelmä on jokseenkin epärelevantti tai kyseenalainen.

Kuvattu relatiivisuuden ja absoluuttisuuden merkitys on olematon, ellei relatiivisuuden merkitystä arvioida uudelleen. Merkitystä relatiivisuudella sen sijaan on, jos

todistamiskielloiksi luetaan kaikki todistelumenettelysäännöt, joiden rikkominen johtaa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamiseen. Tällöin niiden osalta olisi aina kysymys relatiivisista todistamiskielloista.

Relatiivisuudella on yksi käsitteellinen käyttöperuste, jos absoluuttisuus määritellään vain suhteessa tuomioistuimeen eli siten, että absoluuttinen todistamiskielto voi käsittää vailla tuomioistuimen harkintavaltaa olevan väistymisperusteen tai kohdistua luovuttuun oikeuteen kieltäytyä todistamasta. Tällöin nimittäin todistamiskiellon väistymisen jälkeen voidaan arvioida, onko kyseessä kuitenkin muu lainvastaisen hankinnan tilanne, jossa todisteen hyödyntäminen rikkoisi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta ja johtaisi hyödyntämiskiellon asettamiseen OK 17:25.3:n mukaisesti. Tällöin todistamiskielto muuttuisi relatiiviseksi, eli väistymisperusteen käyttäminen poistaisi absoluuttisuuden elementin. Ajatuskulku saa tukea myös OK 17 luvun uudistamista koskevasta esityöaineistosta, joista hallituksen esityksen mukaan todistamiskiellon rikkomisen tulisi aina johtaa hyödyntämiskiellon asettamiseen[1028], mutta valiokuntamietinnön perusteella asia ei ole näin ehdoton.[1029] Esitetyn systematiikan osalta siinä viitataan kuitenkin murtamisperusteiden harkinnanvaraisuuteen, jolloin olisikin kysymys ehdollisesta todistamiskiellosta, jonka kutsuminen absoluuttiseksi viittaisi enemmälti todistamiskieltonormin soveltamisen ehdottomuuteen eikä murtamisperusteisiin. Esitöiden kannanotoilla voisi ajatella tarkoitettavan pelkästään sitä, että murtamisperusteen harkinnanvaraisuudessa jo rikotuksi epäillyn todistamiskiellon tilanteessa on luonnollisesti todistamiskieltonormiin kuuluvana ehtona arvioitava murtamisperusteita, jotta todistamiskiellon olemassaolosta voidaan tehdä johtopäätöksiä. Sen sijaan erillistä, kirjoittamatonta ehdollisuutta todistamiskieltoihin ei sisälly.

En tätä tarkastelua enempää pureudu todistamiskieltojen osalta niiden relatiivisuuden tai absoluuttisuuden luonteeseen, koska käsitteellä on ilmeinen sekaantumisvaara eikä sen käyttäminen ole tutkimuksen näkökulmasta tämän systematisointijakson lisäksi enemmälti tarpeellista. Merkittävä osa OK 17 luvun todistamiskieltosäännöksistä on erivahvuisesti perus- ja ihmisoikeusliitännäisiä, mikä ominaisuus on melko yhdenmukainen myös kieltojen ehdollisuuden asteen kanssa. Itsenäinen hyödyntämiskielto puolestaan olisi hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisalaan kuuluvan muun normin rikkomisen seuraus, missä todisteen hyödyntäminen vaarantaisi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin, joka on keskeinen ihmisoikeus. Tällöin itsenäisen hyödyntämiskiellon ajatus olisi se, että seuraamukseen päädyttäisiin ihmisoikeusrikkomuksen perusteella eikä yksin todisteen hankkimisen ja esittämisen kieltävän normin rikkomisella.[1030]

1028 HE 46/2014 vp, s. 92.

1029 LaVM 19/2014 vp, s. 8.

1030 Ajatuskulkua tukee myös se, että muiden EIS:n artiklojen kuin 6 artiklan rikkominen todisteen hankinnassa tarkoittaa samalla myös 6 artiklan rikkomista.

## 7.5 Menettelystä tuomioistuimessa

Mikäli todisteiden hankkimisessa ja esittämisessä toimitaan kaikkien hankkimista ja esittämistä koskevien säädösten mukaan ihmis- ja perusoikeuksia kunnioittaen, ei tuomioistuimessa ole tarvetta tarkastella hyödyntämiskieltoproblematiikkaa. Selkeissä tapauksissa myös todistamiskieltojen noudattaminen sujuu ongelmitta.[1031] Tämä koskee sekä siviili- että rikosprosessia, koska yksityinen todisteiden hankinta ei myöskään saa rikkoa perus- ja ihmisoikeuksia. Todistamiskieltonormeja noudattamalla todisteen ei pitäisi päätyä tuomioistuimen harkittavaksi hyödyntämisen osalta, mutta mikäli näin kuitenkin pääsee käymään, tuomioistuin voi todistamiskieltonormin rikkomisen toteamalla saattaa todisteen hyödyntämiskieltoon. Kieltonormien tulkintatilanteet eivät ole aina suoraviivaisia, jolloin voi olla tarpeen viedä kiellon olemassaolo tuomioistuimen ratkaistavaksi. Tällöin tuomioistuin päättää siitä, voidaanko hankittua todistetta esittää oikeudenkäynnissä. Lähtökohtana OK:n sanamuodon mukaan voidaan pitää sitä, että hyödyntämiskiellon asettaminen on tuomioistuimen tehtävä, mutta viranomaisen hankkiessa todistelua määritelmä ei ole riittävä.

> Valtion velvollisuudet ihmisoikeuksien suojelussa voidaan jakaa negatiivisiin ja positiivisiin velvoitteisiin. Negatiiviset velvoitteet tarkoittavat valtion velvollisuutta olla rajoittamatta tai loukkaamatta yksilön perusoikeuksia, kun taas positiiviset velvoitteet edellyttävät valtiolta aktiivisia toimia ihmisoikeuksien suojelemiseksi ja edistämiseksi. Positiiviset ja negatiiviset velvoitteet eivät koske ainoastaan tuomioistuinta, vaan myös esitutkintaviranomaisia, joiden tehtävänä on tuomioistuimen ohessa varmistaa, että oikeudet toteutuvat käytännössä.[1032]

Tuomioistuimen on PL 22 §:n velvoittamana turvattava aktiivisesti kaikkien perusoikeuksien toteutumista, ja se voi siten PL 21 §:n oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin velvoitteen perusteella päättää hyödyntämiskiellosta ennen pääkäsittelyä tai sen aikana.[1033] Hyödyntämisratkaisussa on kysymyksessä aina todisteen hyödyntämisen sallivasta tai sen kieltävästä päätöksestä, josta tuomioistuimen on varattava

---

1031 Esimerkiksi, mikäli todistajalla on vaitiolo-oikeus, hänelle kerrotaan kaikissa prosessin vaiheissa oikeudestaan vaieta ja hänen käyttäessään oikeuttaan, kunnioitetaan sitä. Mikäli kysymys taas on vaitiolovelvollisuudesta, ei henkilöä nimetä enää todistajaksi tai kuulla häntä alkuunkaan taikka jos on kysymys reaalitodisteesta, ei hankita sitä.

1032 Lundqvist 2018, s. 258 ja 317.

1033 Pölönen 2002, s. 1054. Pölönen perustaa näkemyksensä ETL:n ja PKL:n muutosten esitöihin (HE 52/2002 vp, s. 27–28) ja katsoo, että samaa tulisi noudattaa yleisemmin todistelun sallittavuutta pohdittaessa. Hallituksen esitys koski ylimääräisen tiedon käyttämistä, mutta esityksen mukaan tuomioistuin voi asettaa käyttökiellon ilman laissa säädettyä kieltonormia. Esityksessä viitattiin myös laissa säädettävien kieltonormien jäykkyyteen. Huomattava on, että asiasta on sittemmin säädetty PKL:ssa.

asiassa asianosaisille tilaisuus tulla kuulluksi.[1034] Ratkaisu tehdään tyypillisesti pääasian käsittelyn yhteydessä, mutta tuomioistuin voi ratkaista asian esikysymyksenä välipäätöksellä ennen pääkäsittelyä, mikäli tällaiselle menettelylle ilmenee tarve tutkittavan asian luonteen ja laajuuden sekä kyseisen todisteen näytöllisen merkittävyyden vuoksi.[1035]

> Mikäli hyödyntämiskelpoisuudeltaan kyseenalainen todiste on avaintodiste tai muutoin näyttöarvoltaan merkittävä, asian ratkaiseminen ennen pääasian käsittelyä tarjoaa mahdollisuuden hankkia laillista näyttöä, mikäli hyödyntämiskielto asetetaan. Tällä voi olla kieltonormilla suojellun oikeushyvän turvaamisen lisäksi prosessiekonomian kannalta merkittävä vaikutus rikosasiassa esitutkinnan laajuuden määrittäjänä.[1036]

Todistelua koskevaan päätökseen haetaan muutosta normaalissa järjestyksessä pääasian yhteydessä, paitsi jos tuomioistuin sallii erillisen muutoksenhaun. OK 17:68.3:n mukaisesti edellytyksenä erilliselle muutoksenhaulle on, että muutoksenhaku pääasian yhteydessä olisi hyödytöntä ja asianomaisen henkilön oikeusturva edellyttää erillistä muutoksenhakuoikeutta, tai jos siihen on muuten erittäin painavat syyt.[1037] Tällöin pääasian muutoksenhaun sujuvuuden näkökulmasta voi olla perusteltua mahdollistaa muutoksenhaku ennen pääasian mahdollista jatkokäsittelyä.[1038]

Tuomioistuin soveltaa todistamiskieltonormeja ja niihin liittyvää todistuskeinoneutraalisuutta viran puolesta. Sama koskee hyödyntämiskieltoa, joka OK 17:25:ssä on sanamuodon mukaisestikin kohdistettu ensisijassa tai käytännössä

---

1034 KKO 2015:86 mukaan tuomioistuimen on kontradiktorisuusperiaatteen nojalla kuultava asianosaisia ennen kuin tekee päätöksen hyödyntämiskiellosta.

1035 Ks. esim. Pölönen – Tapanila 2015, s. 341; Rautio – Frände 2016, s 207 sekä VaaHo:2019:8 ja I-SHO:2022:2. Ks. laajemmin myös Riekkinen 2019, s. 409.

1036 Tulkinnanvaraisissa tilanteissa, käytännössä erityisesti OK 17:25.3:n piiriin mahdollisesti kuuluvaan todisteeseen voidaan kuitenkin tukeutua esitutkinnan aikana, toisin kuin sellaisiin OK 17 luvun todistamiskiellon alaisiin todisteisiin, joista on vastaavat metodisäännökset ETL:ssa ja PKL:ssa sekä ainakin OK 17.25.1:n mukaisiin todistamiskiellon rikkomisesta seuraaviin hyödyntämiskieltotilanteisiin. Ks. Fredman ym. 2020, s. 516. Esimerkiksi kontradiktorisuusvirheet, josta voi seurata joko kirjallisen kertomuksen käyttökielto tai hyödyntämiskielto OK 17.25.3:n nojalla, voivat kuulua joko viran puolesta huomioitaviin käyttökieltotilanteissa tai väitteenvaraisiin kieltoihin hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla.

1037 Pölösen ja Tapanilan (2015, s. 343) mukaan erillinen muutoksenhaku voi tulla kyseeseen, jos hyödyntämiskielto vaikuttaa merkittävästi asian lopputulokseen. Vastaavasti OK 17:19:n osalta Leppänen 2017, s. 208.

1038 Mikäli koko todistusaineisto asetetaan hyödyntämiskieltoon, erillinen muutoksenhaku hyödyntämiskiellosta tulee kysymykseen, mutta jos kysymys onkin yksittäisestä, lopputuleman kannalta merkityksettömästä todisteesta, ei erillinen muutoksenhakumahdollisuus ole mielekäs, koska se hidastaa pääasian muutoksenhakukäsittelyä. Rautio – Frände 2016, s. 351–352 ja Tapanila 2019, s. 248–243.

viime kädessä tuomioistuinta velvoittavaksi kieltonormiksi.[1039] Tuomioistuimessa hyödyntämiskieltoa koskeva asia tulee esiin joko asianosaisten vaatimuksesta tai tuomioistuimen omasta aloitteesta.[1040] Sen lisäksi, että tuomioistuimella on velvollisuus, sillä on aina myös mahdollisuus nostaa hyödyntämiskysymys esiin oikeudenkäynnissä.[1041] Tyypillisesti asianosaiset tekevät hyödyntämiskieltoväitteet, koska heillä on intressi todisteen hyödyntämiskelpoisuuden kyseenalaistamisesta. Samoin ehdollisen todistamiskiellon osalta rikosasiassa syyttäjällä voi olla intressi vedota murtamisperusteeseen saadakseen esittää haluamaansa todistelua. Tuomioistuin voi ottaa hyödyntämiskiellon käsiteltäväksi omasta aloitteestaan, jos se tulee tietoiseksi seikoista, jotka antavat aihetta tähän.[1042] Rikosasioissa hyödyntämiskielto on mahdollista asettaa vastaajan vahingoksi koituvaan todisteluun, eikä vastaajalle edullista todistetta saisi jättää oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle.[1043] Tällöin rikosasiassa tuomioistuimen olisi otettava hyödyntämiskysymys esiin, jos kyse on syytetyn oikeudesta, mutta dispositiivisessa riita-asiassa olisin taipuvainen jättämään asian osapuolten velvollisuudeksi. Kiduttamalla hankitun todisteen osalta tuomioistuimen on kuitenkin nostettava hyödyntämiskieltokysymys esiin viran puolesta riippumatta prosessilajista.[1044]

Tuomioistuimen on kiellettävä vaitiolovelvollista todistajaa todistamasta ja sallittava vaitiolo-oikeuden käyttäminen.[1045] Todistamiskieltoihin vetoamiseen liittyy kuitenkin eräitä velvollisuuksia henkilölle, joka aikoo vedota oikeuteensa. OK 17:23.1:n mukaan henkilön, joka kieltäytyy todistamasta, on ilmoitettava kiel-

1039 Ks. esim. Pölönen 2003, s. 320 ja 326. Tuomioistuin päättää viime kädessä hyödyntämiskiellosta, jolloin epäselvissä tapauksissa, erityisesti OK 17:25.3:ssa säädetyn hyödyntämiskiellon yleissäännöksen mahdollisissa soveltamistilanteissa asia olisi saatettava tuomioistuimen käsiteltäväksi. Ks. HE 46/2014 vp, s. 85–86.

1040 HE 46/2014 vp, s. 85–86.

1041 Pölönen – Tapanila 2015, s. 342.

1042 Vaikka tuomioistuin ottaa viran puolesta huomioon hyödyntämiskiellot, ei se luonnollisestikaan voi näin toimia, jos sen tiedossa ei ole seikkoja, jotka hyödyntämiskelvottomuuden voisivat aiheuttaa. Käytännössä tuomioistuin voi ottaa viran puolesta hyödyntämiskieltoa koskevan kysymyksen esiin silloin, kun oikeudenloukkaus todisteen hankkimisessa tai esittämisessä on ollut ilmeinen. Muussa tapauksessa henkilön olisi itse vaadittava hyödyntämiskiellon asettamista. Selvää on, ettei maallikolta voida tällaista oikeudellista tuntemusta kohtuudella odottaa, mutta pulmalliseksi tuomioistuimen oma-aloitteisuuden rooli voi nousta silloin, kun henkilöllä on avustaja, joka ei kuitenkaan reagoi mahdolliseen hyödyntämiskysymykseen. Ks. esim. Pölönen – Tapanila 2015, s. 342 ja Riekkinen 2014, s. 177–178. Ks. KKO 2013:25, jonka mukaisesti tuomioistuin saa tutkia hyödyntämiskieltokysymyksen, vaikka vastaaja ei vetoaisi menettelyvirheeseen todisteen hankinnassa. Lisäksi tuomioistuin voi tällaisissa tilanteissa myös asettaa hyödyntämiskiellon viran puolesta.

1043 Vuorenpää 2009, s. 22–24. Tästä poikkeuksena on kuitenkin kiduttamalla hankittu todiste, jota ei voi hyödyntää edes vastaajan eduksi. Poikkeuksena tästä on, jos todistetta käytetään kidutuksesta syytettyä vastaan sen näyttämiseksi, että todiste on hankittu kiduttamalla.

1044 Seuraavaksi selkein velvoite tähän olisi muiden elementaaristen todistusmetodikieltojen epäillyissä loukkauksissa ja itsekriminointisuojan loukkauksissa. Sama koskee pääkäsittelyssä ilmeneviä kontradiktorisuuspuutteita todistelussa.

1045 LaVM 19/2014 vp, s. 8.

täytymisensä peruste ja saatettava sitä tukevat seikat todennäköiseksi. Henkilön on siten näytettävä todistamiskiellon perusteena oleva vaitiolo-oikeus tai vaitiolovelvollisuus. Näyttökynnyksenä pidetään näyttöenemmyyttä, eli todistajan olisi pystyttävä näyttämään todennäköiset syyt todistamiskiellon edellytysten olemassaololle. Haasteena voi näyttöä esitettäessä olla se, että todistaja joutuisi paljastamaan salassa pidettävää tai vaitiolo-oikeuden alaista tietoa näyttääkseen toteen edellytysten täyttymisen. Tämän vuoksi vaaditun näytön vahvuus riippuu kieltäytymisen perusteesta.[1046] Toisessa momentissa on itsekriminointisuojan ja anonyymin todistajan henkilöllisyyttä ja yhteystietoja koskevan suojan osalta lievennys näyttöenemmyyteen. Sen mukaan jos henkilö kieltäytyy todistamasta OK 17:18:ssä tai OK 17:21:ssä tarkoitetulla perusteella, kieltäytyminen hyväksytään, jollei kieltäytyjä ole selvästi erehtynyt kieltäytymistä koskevan oikeuden tai velvollisuuden sisällöstä tai kieltäytyminen ole muutoin selvästi perusteeton.[1047]

> Näin ollen kieltäytyminen hyväksytään sellaisenaan ilman ensimmäisessä momentissa asetettua vaatimusta selvityksen esittämisestä, ja kynnys kieltäytymisen hylkäämiselle on korkealla. Hallituksen esityksessä kuitenkin korostetaan, että pelkkä ilmoitus kieltäytymisestä säännösten perusteella ei aina riitä, vaan tuomioistuimen tulisi todistamiskieltoa harkitessaan "*ottaa huomioon käsiteltävänä olevan asian laatu ja muut siihen liittyvät seikat, asian ja todistajan väliset liittymäkohdat sekä se, minkälainen kysymys todistajalle on esitetty ja millaista näyttöä häneltä odotetaan saatavan*".[1048]

Hyödyntämiskiellon mukaisesti tuomioistuin ei anna esittää tai ainakaan ota huomioon kiellon kohteena olevaa todistetta oikeudenkäynnissä tai näytönarvioinnissa, joten tuomioistuimen tulisi tehdä hyödyntämiskieltoa koskeva päätös ennen todisteen vastaanottamista. Ongelmallista hyödyntämiskieltoratkaisussa on kuitenkin se, että tuomioistuin joutuu, mikäli hyödyntämiskieltoa ei ole prosessin aiemmissa vaiheissa ennakollisesti huomioitu, ratkaisun tehdäkseen tutustumaan todisteeseen todetakseen, ettei sitä huomioida ratkaisussa lainkaan. Tuomioistuin saa samalla tiedon todisteen sisällöstä eikä kuitenkaan saa antaa sen vaikuttaa ratkaisuun. Mikäli todiste asetetaan hyödyntämiskieltoon, päätöstä

---

1046 Ks. arviointia OK 17:19:n osalta Leppänen 2017, s. 206–208.

1047 Ks. KKO 2015:6, jossa korkein oikeus totesi, että pelkästään se seikka, että kieltäytymisoikeuteen vetoamiselle on annettava todennäköisiin syihin tukeutuva peruste, jotta tuomioistuin voi todistamiskiellon olemassaolosta päättää, ei johda siihen, että vetoaminen ja perustelun antaminen olisivat pakottamista todistamaan. Tämän vuoksi kieltäytymisoikeuden käyttämättä jättäminen ei myöskään johda oikeuteen poiketa totuudesta, eikä kyse ole sopimattoman pakon käyttämisestä itseään vastaan, vaan todistajan tekemästä valinnasta. Korkein oikeus katsoi, ettei todistajalla ole oikeutta lausua totuudenvastaisesti, mikäli hän ei käytä kieltäytymisoikeuttaan ja päättää vastata kysymyksiin Ks. KKO:n perusteluista tältä osin kohta 26 ja ratkaisun käsittelystä muutoin jakso 8.6.1.2.

1048 HE 46/2014 vp, s. 82.

koskevien perusteiden avoimuusvaatimus asettaa tuomioistuimen haasteelliseen tilanteeseen.[1049]

## 7.6 Hyödyntämiskiellosta tunnustamisoikeudenkäynnissä

Hyödyntämiskiellon asemointiin liittyy myös kysymys 1.1.2015 voimaantulleiden ROL:n tunnustamisoikeudenkäyntiin ja vastaavasti syyteneuvotteluun kiinnittyvien niin sanottujen erityisten hyödyntämiskieltojen suhteesta OK:ssa säädettyyn.[1050] Suhteessa on useita mielenkiintoisia prosessien eroista johtuvia tulkintatilanteita.

> Syyteneuvottelusta annettuja lakiuudistuksia koskevia ongelmia ovat muiden muassa käsitelleet syyteneuvottelun muutoksenhakuvaiheessa aloittamisen osalta Saranpää[1051], tunnustamisen ajankohdan osalta Harakka[1052] ja Sahavirta[1053], syyllisyyttä koskevan indision osalta Linna[1054] sekä erinäisten muiden ongelmakohtien osalta Taipale ja Tolvanen.[1055] Korkein oikeus on puolestaan

1049 Ks. myös hyödyntämiskiellon asettamisen perustelujen avoimuuden ongelmasta Hormia 1979, s. 165 ja samaan tematiikkaan liittyen hyödyntämiskiellon tehoisaksi tekemisen ajankohdan problematiikasta Hormia 1978, s. 262–263.

1050 Sen sijaan tutkimuksen tavoitteen ja rajausten vuoksi en paneudu mainintaa enemmälti itsekriminointisuojaan perustuvaan erityiseen hyödyntämiskieltoon jätelain (646/2011) 129.2 §:ssä. Maininnan asteelle jätetty erityinen hyödyntämiskielto ei itsenäisenä säännöksenä ole tutkimuksen kannalta mielenkiintoinen tai problemaattinen, kuten eivät myöskään turvallisuustutkintalain (525/2011) 46.2 §:ssä säädetty uhkasakon kieltäminen tietojen antamisen tehosteeksi silloin, kun henkilöä on aihetta epäillä rikoksesta ja tiedot liittyvät rikosepäilyn kohteena olevaan asiaan tai todistelun turvaamisesta teollis- ja tekijänoikeuksia koskevissa riita-asioissa annetun lain (344/2000) 7 a.3 §:ssä uhkasakon asettamismahdollisuuden yhteydessä säädetty viittaus OK:n todistamiskieltosäännösten noudattamiseen. Mainitut säännökset osaltaan vastaavat OK 17:25.2:n sisältämä itsekriminointisuojan loukkaamisen tulkintaa, jonka mukaan itsekriminointisuojaa loukataan muun muassa silloin, jos sanktion uhalla hankittuja tietoja käytetään selvityksenä jostakin muusta, ennen tietojen antamista tehdyksi epäillystä rikoksesta ja prosesseilla on ajallinen yhteys.

1051 Saranpää 2017. Ks. saman tulkintaongelman osalta hovioikeuden julkaistu ratkaisu I-SHO:2016:11, jossa syyteneuvotteluun muutoksenhakuvaiheessa suhtauduttiin kielteisesti poiketen aiemmasta hovioikeuskäytännöstä. Saranpään (2017, s. 329) näkemys on, että syyteneuvottelujärjestelmän käyttöä hovioikeudessa ei tulisi suhtautua lähtökohtaisen kielteisesti. Kuitenkin prosessiekonomisten hyötyjen maksimoimiseksi, järjestelmää tulisi pääasiassa soveltaa ennen muutoksenhakuastetta. Tapani ja Tolvanen (2015, s. 232) ovat sen sijaan tulkinneet, ettei normaalin prosessin mukaisesti käsiteltyä rikosasiaa voida siirtää tunnustamisoikeudenkäyntiin enää muutoksenhakuvaiheessa.

1052 Harakka 2016.

1053 Sahavirta 2016.

1054 Linna 2012.

1055 Tapani – Tolvanen 2015.

> ratkaissut tunnustamisoikeudenkäyntiä varten annetun suostumuksen peruuttamista koskevan ajallisen ulottuvuuden.[1056]

Tematiikka kuuluu tutkimuksen piiriin siltä osin kuin kysymys on oikeudenkäynnistä, mutta tarkastelun tarkoituksenmukaisuuden vuoksi on avattava myös syyteneuvotteluun kiinnittyvää erityistä hyödyntämiskieltoa. Tunnustamisoikeudenkäynti (ROL 5b:1) edustaa erityistä rikosoikeudenkäynnin muotoa[1057], joka on luonteeltaan verrattavissa rikosasian pääkäsittelyyn, mutta se on suunniteltu olemaan huomattavasti ROL 6 luvussa tarkoitettua pääkäsittelyä suppeampi. Menettely voi toimia itsenäisenä oikeudenkäyntinä tai osana laajempaa rikosasian pääkäsittelyä.[1058]

> Tunnustamisoikeudenkäynti ja sitä edeltävä syyteneuvottelu menettelynä juontavat juurensa angloamerikkalaisesta oikeusjärjestyksestä, missä plea bargaining eli syytteistä sopiminen on yleistä. Plea bargain -menettely on syyttäjän ja vastaajan välinen neuvottelu, jossa vastaaja tunnustaa syyllisyytensä tai suostuu rangaistuksen huojennukseen.[1059] Menettelyn käyttöönotto Suomessa merkitsi osaltaan rikosprosessin lähentymistä siviiliprosessiin tai vaihtoehtoisiin riidanratkaisumenetelmiin loitontumalla aineellisen totuuden tavoittelusta ja lähentymällä niin sanottua neuvoteltua oikeudenmukaisuutta.[1060]

Tunnustamisoikeudenkäynnin ja tavallisen rikosoikeudenkäynnin välillä keskeinen ero on todistelun suppeus tunnustamisoikeudenkäynnissä, jonka kulkuun ei

---

1056 Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2017:82 todettiin, että syyteneuvotteluissa annettua suostumusta ei voi peruuttaa muutoksenhakuasteessa. Päätös perustuu hallituksen esitykseen, joka tukee ainoastaan tunnustuksen peruuttamiskelpoisuutta missä tahansa prosessin vaiheessa (ks. HE 58/2013 vp, s. 34 ja 41), mutta ei suostumusta tiettyyn prosessin muotoon. Tunnustaminen tarkoittaa tuomioesityksen mukaisen teon ja sen rikosoikeudellisen arvioinnin hyväksymistä. Jos vastaaja peruuttaa suostumuksensa muutoksenhakuvaiheessa, sillä ei ole vaikutusta, jos suostumus on jo aiemmin annettu pätevästi. Näin ollen, vaikka vastaaja peruuttaisi suostumuksensa tunnustamisoikeudenkäyntiin, tämä ei vaikuttaisi prosessin kulkuun, jos tuomio on jo osittain lainvoimainen. Ks. ratkaisun kohdat 18 ja 21–24.

1057 Tuomalan (2023, s. 289) mukaan "*tunnustamisoikeudenkäyntiin tulisi suhtautua erityisenä rikosprosessin muotona, jossa näytön arviointi keskittyy tunnustuksen oikeellisuuteen ja vapaaehtoisuuteen*."

1058 Ks. menettelyn prosessiekonomisista funktioista OMML 26/2012, s. 34 ja HE 58/2013 vp, 29 ja Saranpää 2017, s. 328. Julkisesti käyty tunnustamisoikeudenkäynti ei välttämättä kata kaikkea esitutkinta-aineistoa. Ks. Saranpää 2017, s. 316 ja Linna 2010, s. 207–211 ja 251.

1059 Plea bargain -menettely sisältää vastaajan tunnustuksen tai suostumuksen, neuvottelun ja rikosvastuun huojennuksen. Ks. Yhdysvaltojen Plea Bargaining -menettelyjen taustoista, tarkoituksesta ja soveltamisesta common law oikeusjärjestykseen perustuvassa rikosprosessissa Alkon 2010; Grossman 2005; Combs 2002 ja erityisesti historian osalta Alschuler 1979.

1060 Ervo 2012, s. 15. Ks. järjestelmän lainsäädäntötaustasta ja tarkoituksesta Saranpää 2017, s. 308–316.

kuulu todistelu ROL 5b:3:n mukaisesti. Tunnustamisoikeudenkäynnissä esitellään tarpeellisessa määrin asiaa koskeva esitutkinta-aineisto, josta vastaajalla on tilaisuus lausua. Esitutkinta-aineistoon voi kuulua todistamiskieltojen alaisia todisteita, varsinkin, jos asian päätymisestä tunnustamisoikeudenkäyntiin on syyttäjä tehnyt tuomioesityksen vasta siinä vaiheessa, kun syyte on jo nostettu. ROL 5b:6.1:n mukaan tunnustamisoikeudenkäynnissä noudatetaan muutoin, mitä rikosasiain käsittelystä säädetään, eikä sinänsä todistamiskieltoja ole rajattu prosessin ulkopuolelle. Tällöin esitutkinta-aineiston käsittely siltä osin, kuin siihen sisältyy todistamiskieltonormeja rikkovia tai erikseen hyödyntämiskiellon alaisiksi laskettavia etäishyödyntämistilanteita, voi sisältää oikeudellisia ongelmia.

> Tunnustamisoikeudenkäynnissä annettava tuomioesityksen mukainen tuomio voidaan antaa muiden ROL 5b:4.1:ssä säädettyjen kriteereiden ohessa, jos syytetyn tunnustuksen vapaaehtoisuudesta ja oikeellisuudesta ei jää varteenotettavaa epäilyä ottaen huomioon myös asiaa koskeva esitutkinta-aineisto. Tuomio ei siten perustu pelkkään tunnustamiseen, vaan esitutkinta-aineiston on tuettava tunnustusta. Vaikka asiayhteydessä ei puhutakaan todistelusta, asemoituu esitutkinta-aineisto tosiasiassa jonkinlaiseksi näytöksi.

Tunnustamisoikeudenkäynnissä rangaistus määrätään RL 6:8a:n mukaista lievennettyä asteikkoa käyttäen, jos tekijä on auttanut teon selvittämisessä. Rangaistus on enintään kaksi kolmasosaa enimmäisrangaistuksesta ja vähintään rikoksesta säädetyn vähimmäismäärän mukainen.[1061] Vaikka tunnustamisoikeudenkäynnissä todistustaakka on kevyempi, se ei tarkoita, että tuomitsemiskynnys olisi alempi verrattuna tavalliseen rikosasiaan.[1062] Tämän vuoksi tunnustus otetaan vastaan suullisessa istunnossa, missä tuomioistuin arvioi tunnustuksen todistusvoiman sekä itsekriminointisuojan turvaamiseksi tunnustuksen merkityksen ymmärtämisen ja vapaaehtoisuuden.[1063] Menettelyssä vastaaja luopuu osasta oikeuksiaan, kuten itsekriminointisuojasta ja oikeudesta täysimittaiseen oikeudenkäyntiin, saadakseen

1061 Saranpään tekemä selvitys tunnustamisoikeudenkäynneistä hovioikeuskäytännössä osoittaa, että rangaistuksen lieventäminen on ollut vaihtelevaa, mikä voi olla ongelmallista syytetyn näkökulmasta. Ennakoimattomuus lisää epävarmuutta siitä, millaisen rangaistuksen hän saa, jos tunnustaa teon ja luopuu itsekriminointisuojan tarjoamasta vaitiolo-oikeudesta. Saranpää 2017, s. 322–323.

1062 Tunnustus on rikosasiassa todiste, jonka näyttöarvon tuomioistuin ratkaisee vapaalla todistusharkinnalla, mitä tarkoittaa tunnustamisoikeudenkäynnin osalta harkinnan lopputuloksena sitä, ettei tunnustuksen oikeellisuudesta jää varteenotettavaa epäilyä. HE 58/2013 vp, s. 31 ja 41.

1063 HE 58/2013 vp, s. 30–31 ja 41. Käytännössä tuomioistuimen on saatava vastaajalta lausuma, jonka mukaan tuomioesityksen teonkuvaukseen sisältyvät välittömästi relevantit tosiseikat ovat tosia. Tällöin tuomioistuin varmistaa tunnustuksen vastaavan totuutta, vaikka tuomioistuimen aktiivisuus ja kyky tähän tehtävään voi vaihdella riippuen esitutkinta-aineiston laadusta. Tapanila 2019a, s. 261. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2015, s. 235 ja Linna 2010, s. 229.

lievemmän rangaistuksen, mikä tarkoittaa myös todistajien vastakuulusteluoikeudesta luopumista.[1064]

> Viime mainitusta on esitettävä huomiona, että riippumatta tunnustamisoikeudenkäynnin luonteesta vastaajan PL 21 §:ään perustuva oikeus vastakuulustella todistajia sekä esittää omaa näyttöä ei perusoikeutena väisty.[1065] Olennaista asiassa on, että tällaisen todistelun ja kuulustelemisen tulisi olla rikostunnusmerkistön täyttymisen osalta tarpeetonta tunnustamisen vuoksi, mutta täysin merkityksettömiä nämä oikeudet eivät ole varsinkaan tilanteessa, jossa todistelu kohdistuu esimerkiksi vahingonkorvaukseen tai jos asia jää sillensä ja päätyy normaaliin rikosprosessiin.

Syyteneuvottelu (ROL 1:10a.5) on menettely, jonka tarkoitus on arvioida mahdollisuutta tehdä tuomioesitys ja käsitellä rikosasia tunnustamisoikeudenkäynnissä. Syyttäjä voi aloittaa toimenpiteet tuomioesityksen tekemiseksi ja asian käsittelyksi tunnustamisoikeudenkäynnissä, jos tietyt ROL 1:10:n ehdot täyttyvät.[1066] Edellytyksenä on, että epäilty tai syytetty tunnustaa teon ja suostuu tunnustamisoikeudenkäyntiin, syyttäjä ja epäilty ovat samaa mieltä rikoksesta ja asianomistaja hyväksyy menettelyn.[1067] Syyteneuvottelu voi käynnistyä esitutkinnan ja syyteharkinnan aikana ja vielä syyttäjän toimitettua haastehakemuksen tuomioistuimeen. Tällöin rikosasia, joka on tullut vireille tavallisessa järjestyksessä, voi vielä muuttua tunnustamisoikeudenkäynniksi. Mikäli syyttäjä on jo nostanut asiassa syytteen ja esittääkin tuomioesityksen, hänen on informoitava tuomioistuinta tuomioesityksestä, mikä johtaa syytteen käsittelyn keskeyttämiseen.[1068]

Menettelyllä on useita liityntäpintoja itsekriminointisuojaan. Syyteneuvottelumenettelyn fundamentaalinen kysymys on, voiko syyttäjän ja syytetyn välinen neuvottelu tunnustuksesta lievempiä seuraamuksia vastaan olla sallittua ilman

1064 Vastineeksi tunnustuksesta ja täydestä prosessista luopumisesta yhteiskunta tarjoaa rangaistushuojennusta, ja oikeuslaitos säästää aikaa ja resursseja. Ks. Linna 2010, s. 201–204 ja Tapani – Tolvanen 2015, s. 230–233 ja huojennuksen suhteessa itsekriminointisuojaan Tapanila 2019a, s. 258.

1065 HE 58/2013 vp, s. 40.

1066 Laissa on määritelty rikokset, joissa syyteneuvottelu on mahdollista sekä harkinnanvaraiset edellytykset menettelyn käynnistämiseksi. Tällaisia ovat asian laatu ja vaatimukset, kustannukset, aika sekä mahdolliset rikokseen liittyvät osallisuuskysymykset. ROL 1:10.1:n 1 kohdan mukaan menettelyn piiriin kuuluvat epäillyt rikokset, joista ei ole säädetty ankarampaa rangaistusta kuin kuusi vuotta vankeutta, mutta ulkopuolelle on kokonaan rajattu erikseen luetellut RL 20 ja 21 lukujen tunnusmerkistöt.

1067 Ks. tarkemmin Saranpää 2017, s. 310–311 ja Tapanila 2019a, s. 260.

1068 Tapanin ja Tolvasen (2015, s. 232) mukaan syyttäjän ei tulisi enää suostua syyteneuvotteluun pääkäsittelyn aloittamisen jälkeen, erityisesti jos pääkäsittelyssä on otettu vastaan todistelua, koska syytetyn tulisi hyötyä tunnustuksestaan tunnustamisoikeudenkäynnissä vain, jos tunnustus on tehty ennen todistelun vastaanottamista. Samasta syystä he eivät pidä tunnustamisoikeudenkäyntiin siirtymistä mahdollisena, kun asia on siirtynyt hovioikeuden käsittelyyn.

itsekriminointisuojan loukkaamista.[1069] Itsekriminointisuojan näkökulmasta syyteneuvottelussa syytetty luopuu vaikenemisoikeudestaan ja tunnustaa teon, missä haasteena on, ettei merkittävä huojennus seuraamuksissa saa vaarantaa itsekriminointisuojan periaatteita.[1070] Perustuslakivaliokunta on kuitenkin katsonut, ettei syyteneuvottelumenettely ole ristiriidassa perustuslain tai kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.[1071]

> Tuomioesitykseen tähtäävän syyteneuvottelun osalta on tärkeää huomioida tunnustamiseen ja itsekriminointisuojaan liittyvät oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin tulkinnat.[1072] Mikäli tunnustuksen antaja on vapautensa menettäneenä, tunnustus olisi annettava avustajan läsnä ollessa, ellei epäilty ole nimenomaisesti luopunut oikeudestaan käyttää avustajaa.[1073] Itsekriminointisuoja on voimassa sekä esitutkinnassa että tuomioesityksen laatimiseksi käytävässä syyteneuvottelussa, jolloin vastaajalla on oikeus valehdella ja salata tietoja, mutta hänen avustajansa on noudatettava negatiivista totuudessapysymisvelvollisuutta.[1074] Itsekriminointisuojan kannalta on keskeistä, millaisen näytön varassa syyteneuvotteluihin ryhdytään ja kuinka se vaikuttaa neuvotteluprosessiin.[1075]

---

1069 Linna 2010, s. 201–204 ja Tapani – Tolvanen 2015, s. 230–233. Langbein (1978, s. 21–22) on kritisoinut angloamerikkalaista Plea bargain -menettelyä voimakkaasti vertaamalla sen haitallisia vaikutuksia kiduttamalla hankittuun todisteeseen. Hänen mukaansa, vaikka sopimusneuvottelu ei sisällä fyysistä pakottamista kuten kidutus, se on silti pakottavaa, koska se uhkaa langettaa paljon ankaramman rikostuomion syytetylle, joka kieltäytyy tunnustamasta ja myöhemmin tuomitaan.

1070 Tapanila 2019a, s. 257. EIT on todennut, että syyteneuvottelut voivat loukata EIS:ta, jos tunnustuksesta seuraava rangaistuksen alennus on merkittävä, jos epäiltyä painostetaan sopimaan tavalla, joka estää häntä osallistumasta oman syyllisyytensä selvittämiseen, tai jos syyteneuvottelu näyttää olevan ainoa tapa välttää EIS 3 artiklaa loukkaava rangaistus. Muutoin EIT, esim. Natsvlishvili ja Togonidze v. Georgia (29.4.2014), on suhtautunut syyteneuvottelumenettelyihin, joissa käytetään kohtuullisia kannustimia, sallivasti. Ks. Pellonpää ym. 2018, s. 663–664 ja Saranpää 2017, s. 309–310.

1071 PeVL 7/2014 vp, s. 5, jonka mukaan, vaikka tunnustamisesta seuraava rangaistuksen lievennys on huomattava, ero ei ole suhteettoman suuri, eikä sen katsota painostavan epäiltyä kohtuuttomasti. Lisäksi Suomen syyteneuvottelujärjestelmässä säilytetään oikeusturvatakuut, kuten muutoksenhakuoikeus ja avustajan käyttö. Ks. oikeusturvatakeiden täyttymisestä kannanottoja tarkemmin PeVL 7/2014 vp, s. 14–17, 26–27 ja 34–37 sekä Linna 2010, s. 227–232; Tapani – Tolvanen 2015, s. 231–233 ja 253–255; Linna 2019, s. 293.

1072 Samoin on esitutkinnassa annettavan tunnustuksen osalta ns. tunnustamismenettelyssä.

1073 Mikäli tunnustus on annettu ilman avustajaa, on epäillyn täytynyt luopua oikeudestaan käyttää avustajaa EIT:n vaatimusten mukaisesti, yksiselitteisesti ja vähimmäistakeiden täyttymisen varmistaen. Mikäli nämä kriteerit eivät täyty, voisi tuomioistuin asettaa todisteen hyödyntämiskieltoon OK 17:25.3:n nojalla, jos OK 17 lukua sovellettaisiin. Vastaavasti tunnustamisoikeudenkäynnissä samat edellytykset on turvattava ja tuomioistuimen olisi huomioitava itsekriminointisuojasta hyödyntämiskiellon asettamiselle tehdyt tulkinnat myös tunnustuksen oikeellisuutta arvioidessaan. Toisaalta syyteneuvottelumenettelyssä ja tunnustamisoikeudenkäynnissä syytetyllä on käytännössä avustajapakko.

1074 HE 58/2013 vp, s. 30.

1075 Tapanila 2019a, s. 258–259.

Itsekriminointisuojan näkökulmasta syyteneuvottelussa on hyvänä puolena se, että esitutkinta ja todisteiden kerääminen on tehty ennen syyteneuvottelun aloittamista. Kysymykseen siitä, edellyttääkö syyteneuvottelu sellaista näyttöä, jolla syyttäjä voisi nostaa syytteen, ei ole yksiselitteistä vastausta. RL 6:8a:n sanamuoto viittaa siihen, että syyteneuvottelussa ei välttämättä tarvitse olla näyttöä, joka olisi riittävä syytteen nostamiseen, vaan keskeistä on syytetyn suostumus ja tunnustus.[1076]

> Mikäli esitutkinnassa on hankittu todisteita todistamiskieltoa rikkoen tai muutoin hyödyntämiskieltoon johtavin lainvastaisin menettelyin, asia pitäisi pystyä korjaamaan viimeistään ennen tunnustamisoikeudenkäyntiä, jotta vastaajalla on mahdollisuus arvioida viime kädessä tunnustuksensa peruuttamista esitutkinnassa hankitun laillisen aineiston pohjalta. Kääntäen voidaan todeta, että mikäli esitutkintaviranomainen voisi korjata esitutkinnassa tapahtuneen oikeudenloukkauksen vasta syyteneuvottelussa tai tunnustamisoikeudenkäynnissä, saattaisi se heikentää epäillyn oikeuksien merkitystä esitutkinnassa.

Syyteneuvottelun tuloksena tehty päätös sitoo syyttäjää. ROL 1:11.1:n mukaan, jos syyttäjä on alun perin päättänyt olla nostamatta syytettä, hän voi peruuttaa päätöksen vain, jos myöhemmin ilmenee uutta selvitystä, joka osoittaa päätöksen perustuneen olennaisesti puutteellisiin tai virheellisiin tietoihin. Toisaalta, jos syyttäjä on tehnyt päätöksen tuomioesityksestä, hän voi peruuttaa päätöksen ROL 1:11.2:n mukaan vain, jos syytetty peruuttaa tunnustuksensa tai suostumuksensa tai jos uusi selvitys osoittaa päätöksen perustuneen puutteellisiin tai virheellisiin tietoihin. Epäilty voi kuitenkin missä tahansa oikeudenkäynnin vaiheessa peruuttaa tunnustuksensa tai suostumuksensa tunnustamisoikeudenkäyntiin, jolloin peruutus johtaisi syyttämättä jättämispäätöksen peruuttamiseen.[1077]

### *7.6.1 Erityinen hyödyntämiskieltopari*

Erityisen hyödyntämiskieltoparin merkitys on se, että jos syyteneuvottelussa annettuja vastaajan lausumia ei hyödynnetä tuomioesityksen tekemisessä, niitä ei saa käyttää todisteena rikosasiassa (ROL 1:10a.6), ja jos tunnustamisoikeudenkäynnissä jätetään asia sillensä, vastaajan syyteneuvottelussa tai tunnustamisoikeudenkäynnissä antamia lausumia ei saa hyödyntää todisteina (ROL 5b:5.2). Toisaalta esitutkinnan suorittaminen ennen syyteneuvottelua estää syytettyä käyttämästä tunnustamista taktisena

1076 Tapanila 2019a, s. 260–261.

1077 Tapanin ja Tolvasen (2015, s. 236) mukaan lain sanamuodon perusteella tällaisen tulkinnan kestävyys on kyseenalainen. Asiassa ei kuitenkaan olisi itsekriminointisuojan vuoksi muuta vaihtoehtoa, kuin keskeyttää syyteneuvottelu tai tunnustamisoikeudenkäynti ja jatkaa syyteharkintaa tai jos syyte oli jo nostettu, ilmoittaa tuomioistuimelle keskeytysperusteen lakkaamisesta ja jatkaa normaalia rikosoikeudenkäyntimenettelyä. Tilanteessa, jossa syyteneuvottelun edellytykset ovat ilmenneet jo esitutkinnan aikana, voi olla tarpeellista täydentää esitutkintaa tunnustuksen peruuttamisen vuoksi hankittavan lisänäytön saamiseksi.

keinona. Jos tunnustusta tukevaa todistelua ei kerätä esitutkinnassa, tunnustaminen saattaisi johtaa siihen, ettei muita todisteita enää myöhemmin saada, jos syytetty peruu tunnustuksensa.[1078] Sama koskee ROL 5b:5.2:n mukaisesti tunnustamisoikeudenkäyntiin saakka päätyneitä asioita, joissa tunnustamisoikeudenkäynti päättyy ilman tuomion antamista eli jää sillensä.[1079] Syyteneuvottelua koskevan erityisen hyödyntämiskiellon ulottuvuutta on rajoitettu hallituksen esityksessä siten, että se koskee todisteita, jotka ovat tulleet esiin syyteneuvottelun aloittamisen yhteydessä suoritettavan epäiltyä tai vastaajaa hyödyntämiskiellosta informoimisen jälkeen, eikä se siten estä aiemmin esitutkinnassa annettujen lausumien hyödyntämistä.[1080]

Syyteneuvottelumenettely ei ole tarkoitettu esitutkinnan jatkamiseen tai näytön keräämiseen. Jos syyttäjä ei anna tuomioesitystä, menettelyn aikana annettujen epäillyn lausumien käyttäminen todisteena rikosasiassa ei ole sallittua. Mikäli epäillyn tai vastaajan lausumia on annettu aidossa pyrkimyksessä tehdä tuomioesitys, mutta neuvottelut epäonnistuvat esimerkiksi toisen rikokseen osallisen kieltäytyessä syyteneuvotteluista, lausumien käyttäminen todisteena olisi kohtuutonta.[1081] Jos tuomioesityksen jättämisen jälkeen asia jätetään tuomioistuimessa sillensä eli tuomioistuin ei anna ROL 5b:4:ssä tarkoitettua tuomiota, vastaava hyödyntämiskielto laajenee myös tuomioistuimelle toimitettuun aineistoon ja tunnustamisoikeudenkäynnin materiaaliin, kuten tuomioistuimen pöytäkirjoihin, joissa on vastaajan lausumia. Sillensä jättäminen päättää oikeudenkäynnin raukeamiseen ilman että tuomioistuin ottaa kantaa syyllisyyskysymykseen. Käytännössä kysymys on tuolloin asian jättämisestä sillensä tuomion antamisen edellytysten puutteiden vuoksi, mutta mikäli tunnustamisoikeudenkäynti päättyy tutkimatta jättämiseen siten, että asiaa ei enää myöhemmin käsitellä tunnustamisoikeudenkäynnissä vaan syyteasiana, hyödyntämiskielto on voimassa tässä syyteasiassa.[1082]

---

1078 Tapanila 2019a, s. 262–263.

1079 Tunnustamisoikeudenkäynnissä ROL 5b:4.1:n mukaan tuomioistuimen on annettava tuomioesityksen mukainen tuomio, jos: *"1) vastaaja on antanut 3 §:n 1 momentin 2 kohdassa tarkoitetun tunnustuksen ja suostumuksen; 2) tunnustuksen vapaaehtoisuudesta ja oikeellisuudesta ei jää varteenotettavaa epäilyä ottaen huomioon myös asiaa koskeva esitutkinta-aineisto; 3) tuomioistuin lukee syyksi rikoksen tuomioesityksen mukaisesti; 4) esityksen hyväksymiselle ei ole muutoin estettä."* Huolimatta säännöksen listan sanamuodosta (ei sisällä *"ja"* -sanaa), kohdat ovat toisiaan täydentäviä ja niiden kaikkien on täytyttävä. Muutoin tuomioistuin joutuu jättämään asian sillensä.

1080 HE 58/2013 vp, s. 28.

1081 Hyödyntämiskielto kattaa kaikki lausumat riippumatta niiden muodosta, mukaan lukien tuomioesitysluonnokset, sähköpostit ja muut viestit. Ks. HE 58/2013 vp, s. 28, jossa mainitaan lisäksi, että niin sanottua kuulopuhetodistelua annetuista lausumista ei saisi esittää. Asian siirtyessä myöhemmin oikeudenkäyntivaiheeseen ja rikosasian pääkäsittelyyn, kaikki OK 17 luvun mukaiset todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännökset soveltuvat joka tapauksessa, eikä itsekriminointisuojaa loukkaavia todisteita muutoinkaan voisi hyödyntää.

1082 HE 58/2013 vp, s. 34. Huomiona kuitenkin, että tutkimatta jättäminen ei aina tarkoita sitä, etteikö asia voisi olla myöhemmin tunnustamisoikeudenkäynnin kohteena. Tutkimatta jättämispäätöksistä siten ainoastaan ne, joissa siirrytään syytteen nostamiseen, aiheuttavat hyödyntämiskiellon.

Syyttäjän on tällöin arvioitava tapauskohtaisesti, onko lisätutkinta tai syytteen nosto aiheellista.[1083]

Syyteneuvottelun yhteydessä annettujen lausumien hyödyntämiskiellolla on osin kompleksinen rooli. Ensinnäkin kielto kattaa nimenomaisesti syyteneuvottelun aloittamisen jälkeen annetut lausumat, mutta jättää esitutkinnassa annetut lausumat kiellon ulkopuolelle. Myöskään mahdollinen tunnustamismenettely esitutkintavaiheessa ei sisällä vastaavaa hyödyntämiskieltosäännöstä, minkä vuoksi on tärkeää, että prosessissa kyetään erottamaan esitutkinnassa annetut lausumat syyteneuvottelussa annetuista. Syyteneuvottelun hyödyntämiskiellon ajallisen ulottuvuuden ja epäillyn tai vastaajan informointivelvollisuuden tärkeys korostuu siinä, että se selkeyttää hyödyntämiskiellon soveltamisalaa.[1084]

> Toisaalta on aiheellista pohtia myös, miten epäillyn tietoisuus hyödyntämiskiellosta vaikuttaa halukkuuteen tunnustaa rikos mahdollisimman varhaisessa esitutkinnan vaiheessa. Prosessiekonomian kannalta olisi sinänsä suotavaa, että tunnustus tapahtuisi jo esitutkinnassa, erityisessä tunnustamismenettelyssä, mutta aineellisen totuuden tavoittelun ja laajan tunnustuksen peruuttamisen mahdollisuuden vuoksi esitutkintaa ei ole mielekästä rajoittaa tunnustuksen vuoksi liiaksi, koska tällöin vaarana on muun näytön hankkimisen hankaloituminen.[1085]

---

1083 HE 58/2013 vp, 33.

1084 HE 58/2013 vp, s. 22. Syyteneuvotteluun ryhtyminen edellyttää syytekynnyksen ylittämistä ja toisaalta tunnustamisoikeudenkäynnissä tuomioesityksen mukaisen tuomion antaminen edellyttää tavanomaisen näyttökynnyksen ylittymistä. Yksi hyödyntämiskiellon näkökulmasta keskeinen seikka on, vaikuttaako syyteneuvottelun hyödyntämiskieltosäännös heikentävästi aineellisen totuuden tavoitteluun, jos epäilty pyrkii käyttämään syyteneuvottelua prosessia hidastavana elementtinä tavoitteenaan syyteoikeuden vanhentuminen, eli ilman tosiasiallista tarkoitusta tunnustamiseen. Tällöin epäillylle voisi olla edullista saada asia syyteneuvottelun piiriin, jolloin hänen syyteneuvottelun aloittamisen jälkeiset lausumansa olisivat hyödyntämiskiellon alaisia, mutta niitä ei voitaisi jatkossa käyttää, mikäli asia jää sillensä. Tätä problematiikkaa lisää tunnustamisoikeudenkäynnin mahdollisuus vielä hovioikeusvaiheessa, jolloin todistelu on jo otettu käräjäoikeudessa vastaan ja toisaalta tunnustuksen peruuttamisen mahdollisuus on missä tahansa prosessin vaiheessa, jolloin hyödyntämiskielto syyteneuvotteluissa ja tunnustamisoikeudenkäynnissä annetuista lausumista aktualisoituu.

1085 HE 58/2013 vp, s. 28. Syyteneuvottelusta voidaan erottaa tunnustamismenettely, jossa voidaan myös sopia rangaistuksen alennuksesta tai tiettyjen toimenpiteiden peruuttamisesta. Toisin kuin syyteneuvottelu, se ei johda tuomioesitykseen ja tunnustamisoikeudenkäyntiin, vaan perinteiseen haastehakemukseen ja pääkäsittelyyn. Ks. esim. Linna 2015, s. 417–435, 423 ja Matikkala 2021, s. 315–317. Esitutkinnan rajoittaminen ETL 3:10a:n mukaan riippuu varsinaisen syyteneuvottelun soveltamisesta ja sen edellytyksistä. Toisaalta taas tunnustamismenettelyssä perusteena on ETL 3:10:n mukainen esitutkinnan rajoittaminen, joka on sinänsä mahdollista riippumatta rikosnimikkeestä. Harakan (2016, s. 34–39) ja Sahavirran (2016, s. 395–397) mukaan tunnustamismenettelyn käyttö esitutkinnan alkuvaiheessa näyttää olevan ongelmallista useista syistä: tunnustuksen peruuttamisen mahdollisuus, syytekynnys, aineellisen totuuden tavoittelu, näytön riittävyys ja tosiasiallinen kattavuus sekä objektiivisuusperiaatteen noudattaminen tuovat esiin useita haasteita.

Syyteneuvotteluun ja tunnustamisoikeudenkäyntiin liittyvän hyödyntämiskiellon problematiikkaa on myös se, että vaikka kielto on hyvin ehdoton, jo syyteneuvotteluun suostuminen on vahva indisio syyllisyydestä.[1086]

### *7.6.2 Hyödyntämiskieltosäännösten välisestä suhteesta*

Syyteneuvottelua koskevassa lainvalmisteluprossissa jätettiin jokseenkin vaille huomiota hyödyntämiskieltokysymykset, joita koskeva todistelu-uudistus oli samaan aikaan vireillä. Esitöissä perustellaan syyteneuvottelua ja tunnustamisoikeudenkäyntiä koskevia kieltoja käyttää epäillyn tai vastaajan menettelyssä antamia lausumia todisteena rikosasiassa hyödyntämiskieltoina, mutta ei tarkastella kieltojen ulottuvuutta, etusijaa tai yhteyttä lain voimaantulon (1.1.2015) aikaan joko OK:ssa säädettyihin todistamiskieltoihin tai oikeuskäytännössä vakiintuneisiin hyödyntämiskieltoihin, saati valmisteilla olleeseen todistelu-uudistukseen. Sen sijaan OK 17 luvun uudistamista koskevassa hallituksen esityksessä OK 17:25:n osalta todetaan, ettei se sovellu erityisen hyödyntämiskieltoparin kattamiin epäillyn lausumiin.[1087] Ottaen huomioon, että nämä yhteydet eivät kuitenkaan ilmene lain sanamuodosta ja että voimaan tullut hyödyntämiskieltosääntely OK 17:25:ssä poikkesi esitöiden vaiheesta, on hyödyntämiskieltosäännösten välinen suhde jätetty esitöissä tulkinnanvaraiseksi. Säädösten etusijajärjestyksen perusteella erityislakina ROL:n hyödyntämiskielloksi tarkoitettua säännöstä sovelletaan OK:n hyödyntämiskieltosäännöksen sijasta. Muussa prosessissa kuin syyteneuvottelussa ja tunnustamisoikeudenkäynnissä sovelletaan OK:n mukaisia todistamis- ja hyödyntämiskieltoja, eivätkä ROL:n säännökset sinänsä ulotu niihin. Vielä tulkinnanvaraisemman luonteen asia saa suhteessa itsekriminointisuojaa koskevaan todistamiskieltoon, kun tarkastellaan sen ehdotonta luonnetta ja OK 17:25.2:ssa säädettyä laajennosta.

Syyteneuvotteluun ja tunnustamisoikeudenkäyntiin liittyvän hyödyntämiskiellon ulottuvuus eri prosessilajeihin on osin epäselvä. Vaikka ROL:n esitöissä mainitaan niiden koskevan syyteasioita, on loogista olettaa, että kielto ulottuisi myös mahdollisiin siviiliprosesseihin, erityisesti vahingonkorvauskysymyksiin.

> ROL 5b:6.1:n mukaan tunnustamisoikeudenkäynnissä noudatetaan muutoin, mitä rikosasiain käsittelystä säädetään. Esitöiden mukaan tällaisia soveltuvin osin noudatettavia säännöksiä olisivat esimerkiksi tuomioistuimen toimivaltaa, haastetta, uhkasakkoa ja noutamista, pääkäsittelyn peruuttamista, oikeudenkäynnin kieltä ja tuomioistuimen ratkaisua koskevat ROL:n säännökset ja OK:n osalta rikosasioita koskevat säännökset esimerkiksi asianosaisen puhevallan käyttämisestä, tuomarin esteellisyydestä ja pöytäkir-

1086 Linna 2012, s. 130.
1087 HE 46/2014 vp, s. 42 ja 85.

jasta.[1088] Esimerkinomainen lista, joka ei ole tyhjentävä, ei ota kantaa siihen, sovelletaanko OK:n todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännöksiä.

Syyteneuvottelua ja tunnustamisoikeudenkäyntiä koskevat kiellot kohdistuvat ”*epäillyn tai vastaajan lausumiin*” ja niiden ”*käyttämiseen todisteena rikosasiassa*”. Sanamuodon mukaisesti tulkittuna kysymyksessä on ensinnäkin todisteena käyttämisen kieltäminen. Tällaisessa yhteydessä käyttämisen voidaan katsoa olevan synonyymi hyödyntämiselle, joskin terminologisesti sanamuoto viittaa OK 17:24:ssä säädettyyn kirjallisen kertomuksen käyttökieltoon, jonka funktio on erilaatuinen kuin hyödyntämiskiellolla. Käyttäminen on hyödyntämistä tarkoitettaessa haasteellinen termi siksi, että se voi virheellisesti prosessin vaiheesta riippuen viitata myös etäishyödyntämisen kieltämiseen, jos käyttäminen voidaan tulkita hyödyntämistä laajemmaksi toiminnaksi. Toiseksi epäillyn tai vastaajan lausuma viittaa hänen itsensä kirjallisesti tai suullisesti antamaansa lausumaan eikä selkeästi sisällä OK 17:9.2:ssa säädetyin tavoin todistuskeinoneutraalisuutta. Kolmanneksi sanamuodon mukaan käyttäminen todisteena on kielletty ainoastaan rikosasiassa. Lain sanamuodon mukaisesti kiellot koskevat siten ainoastaan epäillyn tai vastaajan itsensä antaman minkä tahansa muotoisen lausuman käyttämistä todisteena rikosasiassa, mutta eivät muissa menettelyissä, kuten siviili- tai hallintoprosessissa näiden kaikessa laajuudessaan kattaen myös tietyt muut viranomaismenettelyt kuin hallintoasian oikeudenkäynnin.

ROL:n sanamuodon mukainen tulkinta johtaisi merkittäviin ristiriitoihin syyteneuvottelun ja tunnustamisoikeudenkäynnin prosessiekonomisen tarkoituksen ja OK:n itsekriminointisuojaan perustuvien todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännösten taustalla olevan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin epäillyn oikeuksia turvaavien vaatimusten kanssa. Asiaa on tarkasteltava itsekriminointisuojan rikkomisesta aiheutuvan todistamiskiellon ja toisaalta OK 17:25.2 ja 3:n hyödyntämiskieltosäännösten näkökulmasta. Myöskään lain esityöt eivät tue sanamuodon mukaista tulkintaa, mutta eivät liioin anna vastausta kiellon ulottuvuuteen kaikilta osin.[1089]

Syyteneuvottelu tai tunnustamisoikeudenkäynti eivät saisi toimia todistelun hankkimisen välineenä ottaen erityisesti huomioon, että niitä koskeva erityinen hyödyntämiskielto kieltää ainoastaan epäillyn tai vastaajan lausumien hyödyntämisen. Lausumia on tulkittava todistuskeinoneutraalisti, koska kysymys on itsekriminointisuojan johdannaisesta. Koska etäishyödyntäminen ei ole Suomessa kiellettyä, asian siirtyessä normaaliin rikosprosessiin ei ole mahdollista kontrolloida sitä, että

1088 HE 58/2013 vp, s. 34.

1089 Ainoa selkeä tulkintakannanotto esitöissä koskee lausuman merkitystä, mutta muutoin asiaa on pohdittava teleologisen tulkinnan avulla ja arvioitava, millainen tulkinta edistää lain tavoitteiden saavuttamista sekä mitkä ovat tällaisen tulkintapäätelmän vastasyyt ja kuinka painavia ne ovat.

esitutkintaa ei suunnattaisi lisätutkinnan kautta sittemmin peruutetun tunnustuksen tueksi esitettyihin seikkoihin ja hankittaisi syyllisyydestä muuta näyttöä.[1090]

Ainoastaan tunnustamisoikeudenkäynnissä käytettynä alemman rangaistuksen houkuttelemana hankittu tunnustus ei loukkaa itsekriminointisuojaa, koska lausunto on annettu vapaahehtoisesti. Muussa prosessissa tarkasteltuna poikkeava tunnustuksen hankinta on itsekriminointisuojan loukkaus, koska sellaista ei voisi hankkia OK:n todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännösten vuoksi. Olisi myös ongelmallista arvioida, olisiko tunnustusta annettu muussa prosessissa vai onko se annettu nimenomaan tunnustamisoikeudenkäyntiin pääsemiseksi. Todistelun osalta prosesseissa pelataan eri säännöillä, jolloin siviiliprosessissa yhtä lailla kuin rikosprosessissa hyödyntäminen voisi johtaa siihen, että syyteneuvottelua ja tunnustamisoikeudenkäyntiä käytettäisiin ikään kuin painostuskeinona hankkia muuta oikeudenkäyntiä varten todistelua.

Hyödyntämiskieltoon johtavan säännöksen tulkinnan tulisi olla enemmälti suppeaa ja hyödyntämistä puoltavaa, mutta kiellolla suojeltava oikeushyvä voi vaikuttaa toiseenkin suuntaan, tulkintatilanteessa laajentavasti. Näin on asian laita itsekriminointisuojaa loukkaavien todisteiden osalta.

> Eräs nyanssi, jonka ratkaiseminen on kiinni tulkintatavasta, on kysymys OK 17:13:ssä säädetyn muun kuin syytetyn oikeudenkäyntiasiamiehen, -avustajan tai tulkin, joka menettelyssä voi olla mukana, todistamiskiellon ulottuvuudesta ja erityisesti murtamisperusteen suhteesta erityisiin hyödyntämiskieltoihin. Ensiksi voidaan pohtia, onko todistamiskielto voimassa tuomioesitysmenettelyssä ylipäänsä, ja jos on, onko murtamisperustetta sellaisissa tuomioesitysmenettelyissä, joissa ankarin rangaistus on asteikon mukaan tasan kuuden vuoden mittainen. Tällöin syyttäjä sitoutuu ROL 1:10.3:n mukaan tuomioesityksessä vaatimaan rangaistusta RL 6:8a:ssä tarkoitetun lievennetyn rangaistusasteikon mukaisesti. Todistamiskiellon murtamisperusteissa ei huomioida RL 6:8:ssä säädettyjä lievennettyjä asteikkoja. Tuomioesityksen laatimiseksi syyttäjän sitoutuminen rangaistuksen vaatimiseen lievennetyltä asteikolta säädetään RL 6:8a:ssä, joka ei OK 17:22.3:n nojalla kuulu viittaussäännöksen piiriin. Toisin sanoen tuomioesityksen laatimiseksi huomioitaisiin lievennetty asteikko, jolloin murtamisperuste ei voisi aktualisoitua. Olisi aiheellista pohtia, aiheuttaako lievennettyjen asteikkojen erilainen kohtelu ongelmia todistamiskiellon murtamisperusteiden näkökulmasta.

1090 Sama koskee luonnollisesti myös siviiliasiaa, jossa asianosainen itse hankkii todistelua. Tätä ei voi rajoittaa ennakkoon, vaan hyödyntämiskelvottomuus ratkaistaan oikeudenkäynnissä, jolloin syyteneuvottelussa tai tunnustamisoikeudenkäynnissä annettuja vastaajan lausumia ei voi hyödyntää.

Tällöin erityinen hyödyntämiskieltopari kattaa todistuskeinoneutraalisuudella tehostetun itsekriminointisuojan vuoksi myös avustajan käyttämisen todistuskeinona. Kuitenkin samasta epäillystä teosta voidaan sekä nostaa syyte että tiettyjen edellytysten täyttyessä käynnistää tuomioesitysmenettely ja vieläpä sellaisessa vaiheessa, kun syyte on jo nostettu. Tällöin on aiheellista kyseenalaistaa todistamiskieltonormin murtamisperusteen soveltumattomuus samaan esitutkintaan perustuvassa prosessin seuraavassa vaiheessa vain sen mukaan, kummassa menettelyssä asia päätyy tuomioistuimeen. Syyteneuvottelua koskevan ROL 1:10a.5:n mukaan tuomioesityksen toimittaminen tuomioistuimelle keskeyttää jo nostetun syytteen käsittelemisen, jolloin lienee pääteltävissä, että tuomioesitysmenettelyssä kysymyksessä ei ole sanamuodon mukaisesti syytteen ajaminen, jolloin prosessin aikana todistamiskieltosäännöksen murtamisperustetta ei ole.

Sen sijaan tarkastelussa problematiikkaa aiheuttaa se, onko avustajan vaitiolovelvollisuus murrettavissa tilanteessa, jossa asia jää sillensä ja siirrytään normaaliin rikosprosessiin, jossa syyttäjä ajaa syytettä asiassa. Tällöin sovellettaisiin erityistä hyödyntämiskieltoa, mutta avustajan todistamiskielto OK 17:13.1:ssa on ehdollinen, jos kysymyksessä on muu kuin syytetyn avustaja. Kysymys ratkeaa edellä kehitellysti erityisen hyödyntämiskiellon sanamuodon mukaista tulkintaa laajemmalla ulottuvuudella. Tästä johtopäätöksenä kannatan tulkintaa, jossa syyteneuvottelua ja tunnustamisoikeudenkäyntiä koskevat erityiset hyödyntämiskiellot saavat etusijan kokonaisuudessaan muun prosessin OK:n mukaisiin todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännöksiin nähden, eikä niissä annettuja itsekriminoivia lausumia saa hyödyntää edes muun henkilön kuin syytetyn avustajan välityksellä.[1091]

1091 Tätä tukee johtopäätös siitä, että kun tulkitaan erityislakia näiltä osin laajentavasti, säännös menee yleislain ohitse silloin kun samasta asiasta on säädetty, jolloin sillensä jääneissä prosesseissa annettujen lausumien hyödyntämiskielto on ehdoton, eikä todistamiskiellon soveltamista tai murtamisperusteen olemassaoloa tarvitse pohtia. Tällöin ei myöskään sovelleta hyödyntämiskiellon yleissäännöstä, jossa lähtökohtana on todisteen hyödyntämiskelpoisuus.

# 8 TODISTAMISKIELTONORMIT HYÖDYNTÄMISKIELTOSEURAAMUKSEN PERUSTEENA

## 8.1 Lähtökohtia

Vapaata todistelua on rajoitettu todistamiskielloilla, joilla suojellaan yksityistä tai julkista etua. Todistamiskieltonormeiksi olen määritellyt kuuluvan sellaisten prosessin ulkoista oikeushyvää suojaavien kieltonormien, joista seuraamuksena on todisteen hyödyntämiskielto. Todistamiskieltonormit hyödyntämiskieltoseuraamuksen perusteena supistuvat sellaisiin OK 17 luvussa säädettyihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin kieltäytyä todistamasta, joista seuraa hyödyntämiskielto ilman OK 17:25.3:n soveltamista, sekä tilanteisiin, joista EIT on edellyttänyt seuraavan hyödyntämiskiellon. Todistamiskieltonormeja ovat myös oikeudenkäyntivaiheessa esittämiseen kohdistuva todistusmetodikielto OK 17:48.6:ssa sekä toisaalla säädetyt todistusmetodikielloksi luettavat normit, joista seuraa hyödyntämiskielto OK 17:25.1:n nojalla. Olen jakanut oikeussääntöjen tarkastelun hyödyntämiskiellon asemoinnin näkökulmasta siten, että käsittelen OK 17:25:n nojalla asetettavia hyödyntämiskieltoja omassa jaksossaan, olkoonkin, että osan niistä taustalla on todistusmetodikielto. Valinta johtuu tutkimuksen kiinnittymisestä oikeudenkäyntivaiheeseen ja siitä, että tällöin merkitystä on hyödyntämiskieltoseuraamuksen mahdollisuudella ja sillä, minkä säännöksen nojalla hyödyntämiskielto asetetaan, ei niinkään sillä, mitkä normit säätelivät todisteiden hankkimista

Todistamiskiellot ovat voimassa rikosprosessissa koko prosessin ajan esitutkinnasta pääkäsittelyyn, vaikka niitä koskevat säännökset on koottu oikeudenkäymiskaaren 17 lukuun siten, että ne koskevat pääasiassa todistelun oikeudenkäyntivaihetta eli todisteiden esittämistä oikeudenkäynnissä prosessilajista riippumatta.[1092] Kuitenkin, koska esittämiskielto tarkoittaa tyypillisesti myös hankkimiskieltoa, on säännökset huomioitava myös prosessin aiemmassa vaiheessa eli valmistelun aikana. Lisäksi valmistelussa noudatetaan OK 5 ja ROL 5 lukujen säännöksiä sekä rikosasian esitutkinnassa ETL:n ja PKL:n säännöksiä, joista löytyy osin vastaavista seikoista menettelyllisiä säännöksiä hankkimiskielloista.[1093] OK:n säännöksiä sovelletaan, ellei lainkohdassa erikseen toisin mainita, sekä riita- että rikosasioihin. Riita-asioissa soveltamisessa ei ole merkitystä sillä, onko kyseessä kanneasia vai hakemusasia, mut-

1092 Fredman ym. 2020, s. 495.

1093 Lisäksi PKL 8:1.2:ssa säädetty erityinen kotietsintä on etsinnän muoto, joka kohdistuu tiloihin, joissa oletetaan olevan todistamiskiellon tai todistajan kieltäytymisoikeuden alaista tietoa. Ks. erityisestä kotietsinnästä laajasti Fredman 2014.

ta dispositiiviset ja indispositiiviset asiat käyttäytyvät sovellustilanteissa luontonsa takia eri tavoin.[1094]

Oikeudenkäynnissä todistavalla henkilöllä on velvollisuus puhua totta, eli hänellä on positiivinen totuusvelvollisuus. Todistajan on kerrottava kaikki tiedossaan olevat seikat totuudenmukaisesti, jättämättä mitään pois tai antamatta asiasta harhaanjohtavaa kuvaa. Valehtelu todistettaessa ei ole sallittua. Poikkeuksena tästä ovat itsekriminointitilanteet, joissa henkilö ei voi puhua totta ilman riskiä joutua vastuuseen omasta rikoksestaan. Myös silloin, jos todistajaa koskee oikeus kieltäytyä todistamasta, mutta hän luopuu tästä oikeudestaan, on hänen todistettava totuudenmukaisesti.[1095]

Ylätasolla todistamiskieltojen tarkoitus on estää jollakin tavalla joko aineellisesti tai menettelyllisesti virheellisen todisteen hankkiminen tai esittäminen. Tarkastelemalla todistamiskieltojen tarkoitusta tarkemmalla tasolla ja kysymällä, miksi juuri tällainen seikka johtaa todistamiskieltoon, pystytään todistamiskieltojen tarkoitusperiä luokittelemaan tarkemmin ja arvottamaan näitä intressejä suhteessa aineellisen totuuden tavoitteeseen. Pölönen, Hormia sekä Lappalainen ja Rautio ovat tehneet luokittelun hieman toisistaan poikkeavalla tavalla, mutta sääntely on näiden esitysten jälkeen muuttunut, ja toisaalta diskurssi siitä, millaisia painoarvoja eri tavoitteille on annettava systeemissä, ei ole ollut erityisen aktiivista.

Varhaisin todistamiskieltojen funktioiden tai tavoitteiden luokittelu on Hormian jaottelu prosessiteknisten ja ulkoprosessuaalisten tavoitteiden edistämisfunktioihin. Hormian mukaan osa todistamiskielloista tavoittelee prosessiteknisiä seikkoja, kuten todistelun luotettavuutta ja totuuden selvittämistä, ja osa puolestaan prosessin ulkopuolisia funktioita, jotka voivat olla ristiriidassa prosessiteknisten tavoitteiden kanssa.[1096] Hormian jaottelu on ylätasolla toimiva, sillä osa todistamiskieltojen tavoitteista on muita kuin prosessuaalisia intressejä suojaavia, mutta tutkimuksen iällä perusteltavissa oleva puute perus- ja ihmisoikeuksien suojaamisen näkökulmasta on merkitsevä. Toisaalta myöskään totuuden selvittämisen näkökulmasta useatkaan todistuskeinokiellot eivät ole perusteltavissa, vaan niiden tavoitteena on suojata jotakin ulkoprosessuaalista intressiä, jonka lainsäätäjä on arvottanut prosessiteknistä tavoitetta tärkeämmäksi.[1097] Pölönen puolestaan on esittänyt todistamiskieltojen

1094 Ks. tarkemmin HE 46/2014 vp, s. 24.

1095 Virolainen – Pölönen 2004, s. 213; Pölönen – Tapanila 2015, s. 315 ja Rautio – Frände 2016, s. 147.

1096 Hormia 1979, s. 4.

1097 Riekkinen 2014, s. 137–139 on pitänyt Hormian luokittelua "*keinotekoisena tai ainakin turhan yksioikoisena*" sillä perusteella, että totuuden selvittäminen ei ole ainoa tavoite prosessissa, vaan yksi tavoitteista. Yhdyn kannanottoon, koska se antaisi yksipuolisen kuvan oikeudenkäynnin päämääristä ja liiallinen aineellisen totuuden tavoittelun korostaminen johtaisi pulmiin myös prosessiekonomian näkökulmasta. Riekkinen on esittänyt, että kaksijakoisessa mallissa todistamiskieltojen kategorisointi joko totuuden selvittämistä edistäviin tai muita intressejä edistäviin normeihin olisi tarkoituksenmukaisempi. Tällaista jakoa en pidä tarpeellisena todistelun perusluonteen eli totuuden selvittämisen vuoksi.

intresseille neljä ryhmää, jotka ovat rikosvastuun toteuttamisintressi, oikeusturva- ja perusoikeusintressien suojelu, ulkoprosessuaalisten tavoitepäämäärien edistäminen ja menettelyn eettisen moitteettomuuden turvaaminen.[1098]

Jos hyödyntämiskielto käsitetään epäitsenäisenä todistamiskielloista seuraavana sanktiona, ei sille ole perusteltavissa sanktiotarkoitusta suurempaa tavoitetta tai funktiota, mutta tällöinkin tavoitteissa on sävyero, koska sanktioluonne tukee todisteiden hankkimisen ja esittämisen väärinkäytösten torjumisfunktiota. Mikäli taas sanktioluonne katsotaan lieväksi ja epäitsenäisille hyödyntämiskielloille annetaan suurempi merkitys ilmiönä, on niiden funktioihinkin mahdollista ladata enemmän eroja kuin pelkästään todistamiskieltojen funktioiden toteuttamisen vahventaminen. Pölösen mukaan epäitsenäisillä hyödyntämiskiellolla tällaiset omat funktiot voidaan jakaa viiteen kategoriaan, jotka ovat moraalinen funktio, erityisestävyyden korostamisfunktio, yleisestävyyden korostamisfunktio, kurinpitofunktio ja oikeussuoja- tai oikeusturvafunktio.[1099] Riekkinen on täydentänyt Pölösen listaa ja lisännyt kuudenneksi epäluotettavan todistelun poissulkemisfunktion.[1100] Tämän tutkimuksen kannalta mainitulla funktiojaottelulla ei ole rakenteellista merkitystä, koska mielenkiinnon kohteena on kiellolla suojeltava oikeushyvä ja sen suojeluintressin vahvuus verrattuna oikeudenkäynnin tavoitteisiin, mikä ilmenee käytännössä todistamiskiellon ehdollisuuden ja ehdottomuuden kautta ja ehdollisten osalta puolestaan sillä, millaiset murtamisperusteet kieltoa koskevat.

Hormian jaottelu perustui siihen, palveleeko todistamiskielto prosessin sisäisiä vai ulkoisia intressejä. Lappalainen ja Rautio ovat puolestaan jaotelleet todistamiskiellot kolmeen luokkaan niiden säätämisen perusteiden vuoksi. Niitä ovat todistelun luotettavuus, prosessiekonomia ja salassapitointressit,[1101] joista useampi voi kohdistua yhteen todistamiskieltoon. Lappalaisen ja Rautio tarkastelu lähestyy todistamiskieltojen intressejä Hormiaa kapeammasta, prosessisääntelyllisestä näkökulmasta, mutta vapaan todistusteorian kontekstissa se on Hormian ylätasoista luokittelua toimivampi ja toisaalta se kestää aikaa paremmin ottaen huomioon sen, että hyödyntämiskieltosäännös vastaisi Hormian ulkoprosessuaalisten tavoitteiden toteuttamiseen eräiden todistamiskieltosäännösten ohessa. Lappalaisen ja Rautio luokittelu ei ole täysin kattava, sillä lainsäätäjä on todistelu-uudistuksessa perustellut kieltoja muillakin tavoitteilla.[1102] Prosessiekonomiset perusteet kuvaavat myös

1098 Pölönen 2003, s. 197–198 ja 234.

1099 Pölönen 2003, s. 215–217.

1100 Ks. tarkemmin Pölösen funktiojaottelun kommentointi Riekkinen 2014, s.140.

1101 Lappalainen – Rautio 2021, s. 600–601.

1102 Tarkastelen jäljempänä näitä tavoitteita tarpeellisilta osin kunkin kiellon osalta erikseen. Keskeinen ryhmä, joka mielestäni Lappalaisen ja Rautio jaottelussa ei saa näkyvyyttä ovat oletettuun virheläh-teeseen perustuvat todistamiskiellot, joista itsekriminointisuojan ja sen johdannaisten sekä yksityiselämän- ja perhesuhteiden suojan osalta eivät ole salassapitointressi-luokitukseen parhaiten soveltuvia, koska niissä ei ole perimmäisenä suojeltavana oikeushyvänä yksilöity salaisuus, kuten tiettyihin ammatteihin tai asemiin sekä erityisiin tietoluokkiin perustuvissa todistamiskielloissa, vaan sellainen perus- ja ihmisoike-

enemmälti muita todistelun rajoitteita, kuten todistelun rajoittamista tuomioistuimen päätöksellä tai prekluusiosäännöksiä, eikä todistamiskieltojen primaarinen funktio ole prosessiekonomia tai muutkaan prosessin sisäiset intressit.

Pölönen on lisäksi Lappalaisen ja Rautionin tapaan jaotellut todistamiskiellot niiden perusteena olevan suojeluobjektin mukaan erilaisiin kategorioihin,[1103] kuten todistelun luotettavuuden ja välittömyyden, yksityisyyden ja perhe-elämän suojan, oikeuden olla todistamatta itseään tai läheistään vastaan, taloudellisen vaihdannan intressien, erilaisten ammatillisten luottamussuhteiden, uskonnon harjoittamisen pyhyyden, valtion turvallisuuden sekä prosessin oikeudenmukaisuuden perusteella annettuihin todistamiskieltoihin. Pölösen jaottelu on tarkempi kuin Lappalaisen ja Rautionin, mutta se ei tue kaikilta osin eri kieltonormien jaottelua, jossa esimerkiksi kontradiktorisuusvirheet kuuluvat käyttökiellon ja hyödyntämiskiellon yleissäännöksen piiriin, eikä todistamiskieltojen olennaisiin suojeluintresseihin kuulu todistelun välittömyys, joka on yleinen oikeudenkäynnin periaate. Pölösen määrittämiä suojeluobjekteja yhdistämällä voidaan myös päästä yksinkertaistukseen, jossa taloudellisen vaihdannan intressejä, valtion turvallisuutta, uskonnon harjoittamisen pyhyyttä tai ammatillisia luottamussuhteita kuvataan yhdessä virkasalaisuuksien suojaamisen kanssa salassapitointresseihin perustuvana todistamiskieltokategoriana.

Todistamiskieltonormeista oikeudet ja velvollisuudet kieltäytyä todistamasta voidaan jakaa vaikutustensa perusteella ehdollisiin ja ehdottomiin, jolloin ne kytkeytyvät eri tavoin murtamis- ja väistymisperusteisiin. Murtamisperusteita on kolmenlaisia: joko kieltosäännökseen kirjattu yleinen murtamisperuste eli murtamismahdollisuus niin sanottujen ylitörkeiden rikosten käsittelyssä tai erittäin tärkeät syyt sekä erityinen murtamisperuste eli OK 17.15.1:ssä säädetty salassapidolla suojeltavan henkilön kuolemaan liittyvä tilanne.

Suojattu henkilö voi itse disponoida osassa velvollisuusperusteisia todistamiskieltotilanteita siitä, saako asiasta todistaa. Samoin kuin oikeuteen perustuva todistamiskielto oikeuteen vedotessa, myöskään velvollisuuteen perustuva todistamiskielto, jolle on säädetty väistymisperusteena suojellun suostumus todistamiseen, ei tee normiteoreettisesti todistamiskiellosta ehdollista, vaan ehdollisuus liittyy ainoastaan viranomaisen murtamisperusteisiin.

---

usperustainen luottamussuhde, joka aiheuttaa oletetun virhelähteen. Tosiasiassa suojattava salaisuuksien joukko on tällöin abstrakti. Toisaalta taas niiden kategorisointi todistelun luotettavuuden perusteella kiellettäviin ei ole tarkoituksenmukaista, koska vaikka todistelun luotettavuuden puute on yksi elementti itsekriminointisuojaan ja läheissuhteisiin liittyvissä todistamiskielloissa, sen ei pitäisi olla primaarinen funktio todistamiskiellolle, vaan se on mahdollinen seuraus henkilösuhteista. Tällöin ei ole tarpeen määrittää ennakkoon tietyn todistejoukon olevan luotettavuudeltaan puutteellista, vaan mielestäni oikeellisempaa olisi oikeudellisen rajoituksen osalta puhua mahdollisista tai oletetuista virhelähteistä, joiden osalta tietty disponointivalta todisteeksi saattamisessa on kuultavalla itsellään ja luotettavuusarviointi jää tuomioistuimen tavanomaiseen näytönarviointiin.

1103 Pölönen 2002, s. 1044.

> Niin sanotun epäitsenäisen hyödyntämiskiellon taustalla on todistamiskiellon rikkominen tai vaitiolo-oikeuden loukkaus, minkä vuoksi hyödyntämiskielto pohjimmiltaan toteuttaa samaa intressiä kuin sen taustalla oleva hankkimis- tai esittämiskieltonormi. Todistamiskiellon loukkaaminen ei kuitenkaan johda väistymisperusteen myöhemmin aktualisoituessa hyödyntämiskieltoon. Tällöin epäitsenäisille hyödyntämiskielloille voidaan tunnistaa erivahvuisia intressejä osaltaan riippuen siitä, onko todistamiskielto murrettavissa tai väistyvä ja millaisin perustein. Väistymisperusteet tuovat siten kokonaisuuteen toiseen suuntaan painavat intressit, joten olennaista on tarkastella myös niiden tavoitteita.

Lisäksi todistusoikeudellisessa käsitteistössä todistamiskiellot voidaan jakaa sen mukaan, kohdistuuko kielto todistusteemaan, -keinoon vai -metodiin, mikä jaottelu on tutkimuksen tarkoituksen kannalta liian yleispiirteinen, koska metodiin liittyviä velvoitenormeja esiintyy myös käskynormeina, eikä ainoastaan todistamiskieltonormeina. Kuitenkin jaottelun osalta todistuskeinoneutraalisuus on merkitsevä. Näin ollen kaikki OK 17 luvun todistamiskieltonormit voidaan jakaa ehdollisiin ja ehdottomiin teema- ja keinokieltoihin sekä edelleen teeman ja keinon yhdistäviin kieltoihin.

Tämän tutkimuksen kannalta olennaista on myös suojeluintressi eli se, mikä oikeushyvä on aineellista totuutta tärkeämpi. Merkittävä osa todistamiskielloista pohjautuu perusoikeuksiin, kuten oikeusturvaan (PL 2:21), yksityiselämän suojaan (PL 2:10), uskonnonvapauteen (PL 2:11), sananvapauteen (PL 2:12) sekä EIS:n, kuten 3 artiklaan kidutuksen, epäinhimillisen kohtelun ja halventavan kohtelun kiellosta, 6 artiklaan oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä, 8 artiklaan yksityiselämän suojasta, 9 artiklaan uskonnonvapaudesta ja 10 artiklaan sananvapaudesta. Näitä suojellaan joko suoraan todistamiskieltosäännöksellä tai yleisemmin salassapito- ja vaitiolovelvollisuuksilla, joihin kiinnittyy oikeudenkäyntiä koskeva todistamiskieltonormi. Tällöin suojelun kohteena on tietty laissa säädetty salaisuus. Merkitystä kieltojen ehdollisuuden luonteessa on taustaltaan myös sillä, kuuluuko suojeltu oikeushyvä perus- ja ihmisoikeuden ydinalueeseen, johon yksityiselämän suojan osalta kuuluvat perhe-elämä, seurustelu ja sukupuolielämä.[1104] Ainoastaan tietyt, muihin kuin yksityisen henkilön suojaamiseen perustuvat todistamiskiellot ovat sellaisia, ettei kielletty todistusteema kiinnity perus- ja ihmisoikeuksiin.

Suojeluintressin ja kieltonormin luonteen näkökulmasta todistamiskieltonormit voidaan jakaa kahteen ryhmään: salassapitoperusteisiin todistamiskieltoihin ja oletettuun virhelähteeseen perustuviin todistamiskieltoihin. Salassapitoperusteisiin todistamiskieltoihin kuuluvat myös ammatilliseen luottamussuhteeseen liittyvien

1104 Ks. KKO 2005:82, KKO 2010:39 ja KKO 2011:71. Kotirauhan ydinalueeseen puolestaan kuuluu henkilön asunto. Ks. HE 309/1993 vp, s. 53.

salassapitointressien suojaamiseksi säädetyt todistamiskiellot, joilla on salaisuuden suojaamisen lisäksi muita perus- ja ihmisoikeustaustaisia suojelutarkoituksia.[1105] Oletettuun virhelähteeseen perustuvat todistamiskiellot käsittävät itse- ja läheiskriminointisuojaan sekä läheisen kokonaiskieltäytymisoikeuteen liittyvät kiellot, jotka suojaavat ensisijaisesti perhe- ja yksityiselämää. Jako on perusteltu myös suojeluintressin osalta kiellon ehdottomuuden ja ehdollisuuden sekä oikeus-velvollisuus-kollision osalta.

Salassapitoperusteisissa todistamiskielloissa on kysymyksessä salassa pidettävän tiedon suojaamiseen perustuva todistamiskielto, jossa kiellettyä on todistusteema ja henkilörajatuissa teeman lisäksi myös todistuskeino. Kiellot pohjautuvat erinäisiin salassapidon tai vaitiolon käsitteisiin, mutta yleisesti salaisuus-käsitettä voidaan tarkastella objektiivisten ja subjektiivisten kriteerien kautta. Objektiivisesti tarkasteltuna salaisuus ei voi olla yleisesti tunnettu seikka, kun taas subjektiivisesti salaisuudella on etua sen "*omistajalle*", eli sille, kenen intressissä asian salassa pysyminen on. Tällöin myös salaisuudella on jokin arvo.[1106] Salassapitovelvollisuus on yläkäsite, johon kuuluu sekä asiakirjasalaisuuden säilyttämisvelvollisuus että salaisuutta koskeva vaitiolovelvollisuus. Todistamiskielto määrittyy kieltonormin mukaan, mutta salaisuuden määrittelyn taustalla voi olla jokin säännös toisaalla, jolloin kysymyksessä voi olla myös lakia alemman tasoinen normi.[1107]

Todistamiskielloilla on yhteinen yleinen poikkeamisperuste, OK 17:9.3, jonka mukaan velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta ei koske tietoa, jonka oikeudettomasta hankkimisesta, paljastamisesta tai käyttämisestä syyttäjä ajaa syytettä. Kysymys on siitä, että kyseisen rikosprosessin sisällä tieto ei saa salaisuuden luonnetta, jolloin todistamiskieltonormi ei täyty.

## 8.2 Todistusteemaan perustuva salassapitointressi

Ehdottomia salaisuuteen perustuvia todistusteemakieltoja ovat valtion salaisuudet (OK 17:10) ja tuomioistuimen päätösneuvottelut (OK 17:11.1), joilla ei ole perus- ja ihmisoikeusliityntää, sekä anonyymin todistajan henkilöllisyys (OK 17:21). Ehdollisia ovat liikesalaisuutta (OK 17:19) ja lähdesuojaa (OK 17:20) koskevat

1105 Olen jakanut salassapitoperusteisten todistamiskieltojen tarkastelun perustuen todistamiskiellon pääasiallisen kohteen ja vaikutuksen mukaisesti esitysteknisistä syistä kolmeen osaan: todistusteemaan perustuvaan salassapitointressiin, virkasalaisuuksia koskeviin todistamiskieltoihin sekä ammatilliseen luottamussuhteeseen perustuviin todistamiskieltoihin.

1106 Ks. Esko – Könkkölä 2004, s. 360.

1107 Ks. HE 94/1993 vp (yksityiskohtaiset perustelut jakso 1.12.2. kohdasta 1 §. Yksityisen salassapitorikos), jonka mukaan asiakirjan salassapitovelvollisuutta ja vaitiolovelvollisuutta ei voida erottaa systemaattisesti toisistaan. Eskon ja Könkkölän (2004, s. 356–357) mukaan kyseinen esityön kohta on käyttökelpoinen pohdittaessa salassapidon ja vaitiolon sekä niitä koskevien velvollisuuksien laajuutta.

salaisuusperusteiset todistusteemakiellot, joista jälkimmäisellä suojataan sananvapautta. Sen sijaan liikesalaisuutta koskevan todistamiskiellon perus- ja ihmisoikeudellinen tausta on löyhemmin johdettavissa elinkeinovapaudella. Näistä kaikki eivät ole aivan puhtaita todistusteemakieltoja, vaan niihin liittyy henkilöllisiä ulottuvuuksia, mutta käytän ryhmittelyssä pääasiallista kiellon kohdetta. Tiettyyn ammattiin tai asemaan kiinnittyvät salaisuusperusteiset todistamiskiellot käyttäytyvät sekä henkilölliseltä ulottuvuudeltaan että ehdollisten osalta ehdollisuusperusteiltaan eri tavoin kuin primaaristi teemaan kohdistuvat kiellot.[1108]

### *8.2.1 Ehdottomat todistamiskiellot*

*a. Valtionsalaisuus*

Ensimmäinen ehdottomista todistusteemaan kohdistuvista kielloista, OK 17:10, koskee kieltoa todistaa tietyistä valtion intresseihin liittyvistä salaisuuksista. Salaisuudet, joita teemakielto koskee, ovat joko varsinaisia valtionsalaisuuksia eli koskevat valtion turvallisuutta tai ovat sellaisia salassa pidettäviä tietoja, jotka kohdistuvat Suomen valtion ja jonkin toisen valtion tai kansainvälisen järjestön väliseen suhteeseen. Kielto kohdistuu teemaan eikä lainkaan keinoon, mikä tarkoittaa sitä, että kukaan henkilö, asemastaan riippumatta, ei saa todistaa kyseisestä salassa pidettävästä tiedosta, olipa se hänen hallussaan oikeutetusti tai ei. Samoin totuuden tutkiminen ei voi kohdistua kyseiseen salaisuuteen millään todistuskeinolla tai todistusmetodilla. Tuomioistuimen on otettava kielto viran puolesta huomioon oikeudenkäynnissä.

Todistamiskielto suojaa salassa pidettävää teemaa, jonka piiri voidaan kuvata julkisuuslain (JulkL, 621/1999) säännösten avulla. Julkisuuslaki on kirjoitettu asiakirjallisen tiedon näkökulmasta, mutta todistusteemakiellon soveltamiseksi ei ole edellytystä sille, että tieto olisi asiakirjaan merkitty, vaan riittävää on, että tieto, olipa se missä muodossa tahansa, olisi salassa pidettävä, mikäli se merkittäisiin asiakirjaan. Salassa pidettäviä asiakirjoja koskevassa 24 §:ssä säädettyjen tietojen osalta se kohdistuu niihin asiakirjoihin, jotka ovat myös asianosaiselta salassa pidettäviä 11.2 §:n 1 kohdan erittäin tärkeän yleisen edun vuoksi. Valtionsalaisuuteen liittyen tällaisia voivat hallituksen esityksen mukaan olla 24.1 §:n osalta ainakin asiakirjat, jotka koskevat ulkosuhteita (1 ja 2 kohdat), turvajärjestelyitä (7 kohta), poikkeusoloihin varautumista (8 kohta), valtion turvallisuuden ylläpitämistä (9 kohta), maanpuolustusta (10 kohta) tai finanssi-, tulo-, raha- ja valuuttapolitiikkaa (11 kohta).[1109] Kyseisistä asiakirjoista on myös oikeudenkäynnin ulkopuolella säädetty JulkL 23 §:ssä tiettyä henkilöpiiriä koskeva vaitiolovelvollisuus ja hyväksikäyttökielto, mutta todistamiskielto on henkilöpiiriltään rajoittamaton. Todistamiskieltosäännöksessä

1108 OK 17:12.2 ja 4 ovat niin ikään todistusteemakieltoja, mutta koska ne kiinnittyvät käytännössä virkamiestyöhön ollen virkasalaisuuksia, käsittelen ne virkasalaisuuksia koskevassa jaksossa 8.3.
1109 Ks. HE 46/2014 vp, s. 60.

ei kuitenkaan ole erikseen määritelty tai myöskään viitattu mihinkään muuhun oikeuslähteeseen määritelmän osalta, joten kysymykseen voi tulla mikä tahansa muukin salassa pidettävä tieto.

> Kieltoa uusittiin aiemmasta muotoilusta, jonka mukaan (VanhOK 17:23.1:n 2 kohta) kukaan ei saanut todistaa siitä, mikä valtakunnan turvallisuuden tai sen oikeuksien tai etujen vuoksi on vieraalta valtiolta pidettävä salassa. Ongelmana aiemmassa muotoilussa oli määritellä, mitä valtion oikeudet ja edut tarkoittavat. Lisäksi säännöstä tulkittiin oikeuskäytännössä siten, että se koski tietoja, joiden paljastamisesta voitiin tuomita rikoslaissa (RL 12:7) rangaistavaksi säädetystä turvallisuussalaisuuden paljastamisrikoksesta. Tämä puolestaan aiheutti ongelman todistamiskiellon alaiseen henkilöpiiriin, koska rangaistussäännöksen tulkinnan mukaan kyseiset tiedot ovat virkasalaisuutena salassa pidettäviä, mikäli henkilö on virkamies tai virkamieheen rinnastettavassa asemassa.[1110] Näin ollen vastaavien tietojen todistamiskielto ei tullut sovellettavaksi, mikäli todistaja oli tämän henkilöpiirin ulkopuolinen taho. Kyseisiä tietoja ei tulisi olla kuin virkamiehillä tai sellaiseksi rinnastettavalla henkilöllä, mutta rangaistavuuden kautta tulkittuna todistamiskiellon soveltamisessa oli aukko.

Valtionsalaisuuksia koskeva todistamiskielto on säädetty sanamuotonsa mukaisesti ehdottomaksi. Kuitenkin salaisuuden piirin määrittyessä julkisuuslain salassapitosäännösten mukaisesti herää kysymys, voiko todistamiskielto väistymiseen rinnastuvalla tavalla menettää merkityksensä, jos kyseiseen tietoon soveltuu jokin JulkL 7 luvun mukaisista salassapidosta poikkeamista koskevista säännöksistä, joiden perusteella salaisuusluonteen voi kyseenalaistaa. Salassapidon lakkaaminen on sinänsä selvä tilanne, että 31 §:ssä säädetyn salassapitoajan tultua täyteen 28 §:n mukaisesti tieto ei enää ole salassa pidettävää, eli se ei enää täytä kielletyn teeman määritelmää. Sen sijaan salassapidosta poikkeaminen 28 §:ssä säädetyn luvan perusteella tai 29 §:n mukaisesti tietojen antaminen toiselle viranomaiselle salassa pidettävästä asiakirjasta eivät lakkauta tiedon salaisuusluonnetta, jolloin tieto kuuluisi edelleen luvasta tai luovutuspäätöksestä huolimatta valtionsalaisuuden piiriin.

Ensiksi mainittu, lupaperusteinen poikkeaminen salassapidosta, kattaa rajatun ja harkinnanvaraisen käyttötarkoituksen, joten se ei ole mielestäni tulkittavissa salaisuusluonteen lakkaamiseksi viranomaistahoihin tai oikeudenkäynnin osapuoliin nähden. Sen sijaan 29 §:n mukaisin ehdoin tiedon antaminen toiselle viranomaiselle salassa pidettävästä asiakirjasta voisi poistaa tiedon salaisuusluonteen viranomaisprosessissa, mikä käytännössä todistelutilanteessa voisi tarkoittaa sitä, että viranomainen, joka vastaa salassa pidettävästä tiedosta ja sen käytöstä, antaisi

1110 HE 46/2014 vp, s. 59–60.

suostumuksensa tiedosta todistamiseen. Tämä ei loukkaisi todistamiskieltonormin ehdotonta luonnetta, koska kyseisenlaisessa tilanteessa voisi tulkita, että mainitussa viranomaissuhteessa tieto ei ole salaisuus, vaikka se julkisuuteen nähden salaisuus onkin. Tällöin kyseisessä käyttötarkoituksessa salaisuusluonne poistuisi, eikä todistamiskiellon sanamuoto täyttyisi. Kysymys ei silti olisi sellaisesta väistymisperusteesta, joka kiinnittyy todistamiskieltoon, vaan kysymys olisi tällaisessa tulkintatavassa siitä, ettei todistamiskieltonormi sovellu lainkaan.

*b. Tuomioistuimen päätösneuvottelut*

Tuomioistuimen päätösneuvottelun sisällöstä ei saa OK 17:11.1:n mukaan todistaa. Todistamiskielto päätösneuvotteluista toteuttaa tuomioistuimen riippumattomuutta ja edistää ratkaisun onnistumista päätösneuvottelujen avoimuuden kautta. Kielto todistaa päätösneuvotteluista koskee kaikkia oikeudenkäynnin lajeja. Päätösneuvottelun sisältöä koskeva kielto on todistusteemakielto, eli kyseinen teema on kielletty kaikilla todistelun tavoilla.[1111] Näin ollen henkilötodistelu päätösneuvotteluista tai niissä laadittujen asiakirjojen sisällöstä ei ole mahdollista. Kielto on ehdoton.

> Tästä huolimatta yksi tilanne, jolloin päätösneuvottelun sisällöstä saa todistaa, on prosessi, jossa tutkitaan päätösneuvottelun moitittavuutta. Käytännössä kyseessä olisi rikosprosessi, koska moitittavuus voi ilmetä joko tuomiovallan väärinkäyttönä tai prosessuaalisena virheenä.[1112]

Todistamiskielto perustuu neuvottelujen salaisuusluonteeseen, joka perustuu siihen, että ne käydään asianosaisten ja yleisön läsnä olematta, ja päätösneuvotteluista laaditut asiakirjat ovat salaisia myös asianosaisilta.[1113] Salassapidosta säädetään oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain (YTJulkL) 23 §:ssä. Sen perusteella neuvottelu on salassa pidettävä, ja johdonmukaisesti, koska neuvottelu toteutetaan sekä yleisön että asianosaisten läsnä olematta, neuvottelun salaisuusluonne kattaa neuvotteluun osallistuvien jäsenten lisäksi kaikki muutkin henkilöt. Salaisuusluonne kohdistuu myös neuvotteluun liittyviin asiakirjoihin 9.1 §:n 6 kohdan perusteella ja tarkentuu näiden asiakirjojen kuulumisesta asianosaisjulkisuuden ulkopuolelle 12.2 §:n 4 kohdan perusteella. Huomionarvoista on, että

1111 Tuomioistuimen neuvottelut kuuluvat myös neuvotteluihin osallistuneiden jäsenten vaitiolovelvollisuuden piiriin tuomioistuinlain 1:7:ssä säädettyyn tuomarinvakuutukseen pohjautuen.

1112 Hormia 1979, s. 26. Lisäksi Hormia (1979, s. 29) on kirjoittanut, että neuvottelu- ja äänestyssalaisuutta koskeva todistamiskielto ei johda hyödyntämiskieltoon, mutta on ymmärrettävä, että kirjoituksen aikaan käsitteistö ei ollut erityisen täsmentynyt, ei mahdollisesti oikeustilakaan, joten en tässä tutkimuksessa enää systematisoinnin ja käsitemäärittelyn jälkeen ota näihin kantaa yksittäisissä kieltokohdissa.

1113 Esim. KKO 1998:134, KKO 2001:64, KKO 2002:27. EIT on pitänyt perusteettomina valituksia, joiden mukaan valittajalle ei ole luovutettu hovioikeuden esittelijän muistiota (S.E. v. Suomi 14.10.1999) tai ilmoitettu neuvotteluun osallistuneen tuomioistuimen jäsenen päätösneuvottelua varten laatimia kannanottoja (Markko v. Suomi 13.12.2005).

todistamiskieltoa päätösneuvotteluista tulkitaan yhdenmukaisesti oikeudenkäynnin julkisuutta koskevien lakien kanssa, eli kielto rajautuu vain laissa tarkoitettuihin tapauksiin. Päätösneuvotteluja koskevan oikeudenkäyntiasiakirjan salassapitoaika YTJulkL 11.1 §:n mukaan on 80 vuotta, minkä jälkeen neuvottelujen sisältö tai neuvotteluissa laadittu asiakirja ei enää ole salassa pidettävä, eli todistusteeman salaisuusluonne poistuu, eikä päätösneuvotteluja koskeva todistamiskieltonormi siten sovellu.[1114]

*c. Anonyymin todistajan henkilöllisyys*

Todistajan henkilöllisyys voi olla merkityksellinen seikka kertomuksen luotettavuuden arvioimisessa. OK 17:33:ssä säädetään anonyymistä todistelusta, jonka mukaan eräissä rikosasioissa tuomioistuin voi päättää, että todistajaa kuullaan anonyymisti eli paljastamatta hänen henkilöllisyyttään ja yhteystietojaan. Anonymiteetin myöntäminen edellyttää todistajan tahtoa anonyyminä todistamiseen sekä sitä, että hän ei myöhemminkään päätä todistaa omalla nimellään.[1115] Anonymiteetti on voimassa pääkäsittelyssä, jossa tutkitaan sen myöntämisen perusteena ollutta syytettä, mikäli todistaja vaatii, että häntä kuulustellaan siten, ettei hänen henkilöllisyytensä paljastu.

Anonymiteetin saadessaan todistajalla on oikeus OK 17:21.1:n nojalla kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi paljastaa hänen henkilöllisyytensä tai yhteystietonsa.[1116] Anonyymillä todistajalla ei kuitenkaan ole velvollisuutta vaitioloon, vaan hän voi itse määritellä, millaisten tietojen antaminen todistelussa voisi paljastaa vaitiolo-oikeuden alaiset tiedot. Anonyymissa todistelussa on kertomuksen luotettavuuden testaamisen lisäksi pulmia myös siinä, mahdollistaako menettely vastakuulusteluoikeuden toteutumisen, kun todistajan ei tarvitse vastata kaikkiin kysymyksiin.[1117] Jokaisella muulla kuin anonyymillä todistajalla on OK 17:21.2:n nojalla velvollisuus kieltäytyä todistamasta anonyymin todistajan henkilöllisyydestä ja yhteystiedoista. Tältä osin kysymyksessä on velvollisuus, ei oikeus olla todistamatta, eikä kukaan toinen henkilö saa todistaa anonyymin todistajan henkilöllisyydestä

1114 Ks. HE 46/2014 vp, s. 60–61.

1115 HE 46/2014 vp, s. 80.

1116 Ks. anonymiteetin myöntämisen perusteista esimerkiksi KKO 2016:88, jossa on otettu kantaa anonymiteetin myöntämisen laajuuteen. Ratkaisussa kommentoitiin perusteita, joilla poliisivirassa toimivalle todistajalle voidaan myöntää anonymiteetti. Ratkaisun mukaan anonyymiä todistelua koskevat säännökset soveltuvat todistajiin ammatista ja asemasta riippumatta, mutta se seikka, että todistajan mahdollisuus toimia enää todistelun jälkeen ammatissaan vaarantuisi, jos hänen henkilöllisyytensä paljastuisi, ei ole peruste anonymiteetille. Toisaalta poliisin kohdalla anonymiteetin myöntäminen rikoksen laatuun ja rikollisjärjestölle rikoksen paljastamisen vuoksi aiheutuneen vahingon perusteella ei ole mahdollista, koska kysymys on virkatehtävän luonteesta. Tällöin vakavan uhan osoittamisen merkitys myöntämisperusteissa korostuu. Vrt. anonymiteetin myöntämisperusteisiin myös OK 17:12.3:n todistamiskieltosäännöstä. Ks. PeVL 39/2014 vp, s. 6 vrt. HE 46/2014 vp, s. 125.

1117 PeV (PeVL 39/2014 vp, s. 6) on ottanut asiaan kantaa lausunnossaan todeten, että vastakuulusteluoikeuden on toteuduttava siitä huolimatta, ettei kaikkiin kysymyksiin tarvitse vastata.

tai yhteystiedoista riippumatta omasta asemastaan eli käytännössä siitä, mistä ja miksi on tiedot saanut.[1118]

Anonyymi todistaja on käsite, joka kiinnittyy oikeudenkäymiskaaren systematiikassa tiettyyn pääkäsittelyyn, jolloin on perusteltua pohtia, ulottuuko muun kuin anonyymin todistajan velvollisuus kieltäytyä todistamasta anonyymin todistajan henkilöllisyydestä muihin oikeudenkäynteihin. Asiaa voi tarkastella salaisuuden näkökulmasta. Anonyymiin todisteluun liittyvät oikeudenkäyntiasiakirjat ovat ROL 5:11d:n mukaisesti salassa pidettäviä, ja salassapitoaika on asiakirjasta riippuen korkeintaan 60 vuotta,[1119] eikä ROL 5:11c:n mukaisesti asian suullinen käsittely ole asiaosaisjulkinen. Vaitiolovelvollisuuden kiinnittyessä salaisuuteen on johdonmukaista ulottaa velvollisuusperusteinen teemakielto anonyymiä todistelua koskevan pääkäsittelyn ulkopuolelle salassapidon keston ajaksi samalla tavoin kuin valtion salaisuutta koskevassa todistamiskiellossa.

Anonymiteettia koskeva todistamiskielto on ehdoton todistamiskielto, vaikka se jakautuukin muun henkilön velvollisuuteen ja todistajan itsensä oikeuteen, koska sen tuottama oikeus kieltäytyä todistamasta on loukkaamaton, mikäli todistaja käyttää oikeuttaan. EIT:n oikeuskäytännössä on katsottu, että anonymiteettiin kohdistuva todistamiskielto on voimassa silloinkin, kun asianosaiset kertovat jo tietävänsä anonyymin todistajan henkilöllisyyden.[1120] Samoin on asian laita silloinkin, kun henkilöllisyys on "*yleisessä tiedossa*". Salaisuusluonteen puuttuminen ei kuitenkaan poista todistamiskiellon vaikuttavuutta, joka poistuu vain, jos anonyymi todistaja haluaa luopua anonymiteetistä. Luopuminen voi olla joko nimenomaista tai todistajan toimet voivat osoittaa selvästi luopumista.[1121] Anonymiteetin poistaminen ROL 7:5a:n mukaisesti ei ole rinnastettavissa todistamiskiellon murtamisperusteeseen, koska se ei poista anonymiteettiä kokonaan.

> OK 17:21.3, jossa viitataan anonymiteetin poistamismahdollisuuteen tuomioistuimen päätöksellä ROL 7:5a:n tarkoittamalla tavalla, voisi olla rinnastettavissa ehdollisuuden tuottamiin murtamisperusteisiin siitä näkökulmasta, että kysymys on tuomioistuimen päätösmahdollisuudesta. Tuomioistuin voi nimittäin päättää anonyymin todistajan henkilöllisyyden paljastavasta haasteen antamisesta, jos syytteen nostamisen edellytykset täyttyvät tilanteessa, jossa asianomistaja nostaa syytteen ROL 5:11a–11e:ssä säädetyn anonymiteetin myöntämistä koskevan asian käsittelyssä tapahtuneeksi epäillystä ri-

1118 Anonymiteetin suojaamiseksi tuomioistuimella on velvoitteita kuulemisen järjestämiseksi niin, ettei todistajan henkilöllisyys paljastu. Todistelussa tuomioistuimen on myös kiellettävä kysymykset, joiden tarkoituksena on ainoastaan selvittää todistajan henkilöllisyys.

1119 Anonyymiä todistelua koskevia viranomaisasiakirjoja koskeva yleinen salassapitosäännös on JulkL 24 §:n 31a kohdassa.

1120 Ks. Sarkizov ym. v. Bulgaria (17.4.2012) kohta 56.

1121 Ks. tarkemmin HE 46/2014 vp, s. 80–81.

koksesta tai anonyymiä todistajaa vastaan tämän tuomioistuimessa antaman lausuman sisältöön perustuen. Tällöin teemakiellon alainen salaisuus voidaan paljastaa, mutta tilanne ei ole rinnastettavissa varsinaiseen todistamiskiellon ehdollisen luonteen piiriin kuuluvaan murtamisperusteeseen, koska se koskee ainoastaan rajattua rikosprosessia ja rinnastuu eräistä todistamiskielloista säädetyn salaisuuden paljastamista koskevan syyteasian käsittelyyn. Käytännössä kysymys on siitä, että todistamiskielto ei saa estää sellaisen asian käsittelyä, jossa on kysymys nimenomaan anonymiteetin hankkimiseksi tapahtuneesta epäillystä rikoksesta. Mikäli anonymiteetti tällä tavoin poistetaan, eivät OK 17:21.1 ja 2:ssa säädetyt vaitiolo-oikeus ja vaitiolovelvollisuus ole voimassa, koska kysymyksessä ei enää ole salaisuus.

### *8.2.2 Ehdolliset todistamiskiellot*

Ehdollisiksi pääasiallisesti todistusteemaan kohdistuviksi todistamiskielloiksi voidaan lukea liikesalaisuuteen sekä lähdesuojaan perustuvat kiellot, jotka ovat vaitiolo-oikeuteen perustuvia ja joista liikesalaisuutta koskevan kiellon voi murtaa erittäin tärkeillä syillä ja lähdesuojaan kiinnittyvän salassapidon puolestaan käsiteltävän rikoksen ylitörkeyden perusteella.

*a. Liikesalaisuus*

OK17:19:n nojalla liikesalaisuudesta saa kieltäytyä todistamasta, mikäli erittäin tärkeät syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja seuraukset sen esittämisestä sekä muut olosuhteet eivät vaadi todistamista. Olennaista kieltäytymisoikeudessa on liikesalaisuuden määritelmä ja todistamiskiellon henkilöpiiri. Aiemmin salaisuus oli eritelty säännöksen sanamuodossa liike- ja ammattisalaisuudeksi. Asiasisältö tai salaisuuden käsite ei kuitenkaan ole muuttunut, vaan sanamuodon muuttaminen liittyy liikesalaisuuslain uudistamiseen.[1122] sillä todistuslainsäädännössä liike- ja ammattisalaisuutta ei määritelty aiemminkaan. Vakiintuneesti on katsottu, että liikesalaisuudella tai aiemman sanamuodon mukaisella liike- ja ammattisalaisuudella on varallisuusarvo yritystoiminnassa ja sen paljastaminen olisi omiaan aiheuttamaan yhteisölle taloudellista vahinkoa.[1123]

Liikesalaisuus määräytyy liikesalaisuuslain (595/2018) nojalla, jonka 2 §:n 1 kohdan mukaan liikesalaisuudella tarkoitetaan tietoa, joka ei ole kokonaisuutena tai osiensa täsmällisenä kokoonpanona ja yhdistelmänä tällaisia tietoja tavanomaisesti

1122 Kyseessä on 15.8.2018 voimaan tullut liikesalaisuuslaki (595/2018), jossa pantiin toimeen Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/943 julkistamattoman taitotiedon ja liiketoimintatiedon (liikesalaisuuksien) suojaamisesta laittomalta hankinnalta, käytöltä ja ilmaisemiselta. Ks. HE 49/2018 vp.

1123 Ks. myös OMML 69/2012, s. 73, jonka mukaan "*Liike- ja ammattisalaisuuksina on pidetty esimerkiksi raaka-aineiden koostumuksia, teknisiä valmistusmenetelmiä, tavaroiden hankintahintoja ja -lähteitä, tietoja yrityksen ja asiakkaiden välisistä liikesuhteista sekä hinta- tai markkinatiedoista*."

käsitteleville henkilöille yleisesti tunnettua tai helposti selville saatavissa. Lisäksi salaisuuden määritelmän kattamiseksi edellytetään, että tällaisella tiedolla on kyseisen salassa pidettävän ominaisuuden vuoksi taloudellista arvoa elinkeinotoiminnassa ja tiedon laillinen haltija on ryhtynyt kohtuullisiin toimenpiteisiin salaisuuden suojaamiseksi. Todistamiskielto koskee teemaa, joka kattaa määritelmän mukaisen salaisuuden.[1124]

Liikesalaisuutta koskevassa todistamiskiellossa on kyse vaitiolo-oikeudesta, eli todistaja lähtökohtaisesti voi itse päättää, käyttääkö hän oikeuttaan vai ei. Ehdollisessa kiellossa valintamahdollisuutta ei luonnollisesti ole niissä tilanteissa, joissa tuomioistuin erittäin tärkeän syyn nojalla murtaa kiellon eli velvoittaa henkilön todistamaan liikesalaisuudesta. Oikeuden murtaminen edellyttää tuomioistuimen kokonaisharkintaa, jossa erittäin tärkeinä syinä huomioidaan rikosasioiden osalta niiden selvittämisintressi tai näytön koituminen syytetyn eduksi,[1125] sekä itse kiellettyyn teemaan eli liikesalaisuuden paljastumiseen liittyvät seuraukset salaisuuden haltijalle, joka ei välttämättä ole todistaja, ja toisaalta salaisuuden merkitys todisteena.[1126] Kysymyksessä on teemakielto, eli kyseinen teema on kielletty kaikilla todistelun tavoilla.[1127] Oikeusperusteisuuden vuoksi disponointivalta todistamiseen ryhtymisestä on kuultavalla, jonka hallussa liikesalaisuus on riippumatta siitä, onko hän salaisuuden suojan intressipiirissä vai liikesalaisuuslain tarjoaman suojan ulkopuolinen taho. Kysymys ei siten ole todistuskeinokiellosta, koska henkilöpiiriä, jolle oikeus on suotu, ei ole rajattu.[1128]

> Liikesalaisuuteen voi kohdistua myös velvollisuus kieltäytyä todistamasta OK 17:13:n tarkoittamassa tilanteessa. Kyseiseen todistuskeinokieltoon,

1124 Vastaavasti elinkeinorikoksissa käytetään RL 30:11:n mukaisesti samaa liikesalaisuuden määritelmää. Liikesalaisuuden oikeudeton hankkiminen ja käyttäminen on kriminalisoitu RL 30:5:ssä yrityssalaisuuden rikkomisena. Ks. liikesalaisuuden ulottuvuudesta KKO 2013:20, jossa korkein oikeus on muun muassa arvioinut liikesalaisuuden ulottuvuutta katsoen, että tiedostot, jotka sisälsivät kaupallisia liikesalaisuuksia, kuten asiakasrekistereitä, tehtyjä tarjouksia ja sopimuksia, kuuluivat yrityssalaisuuden piiriin. Ks. liikesalaisuuden määrittelemisestä, joskin ajalta ennen liikesalaisuuslain säätämistä. Leppänen 2017, s. 199–203.

1125 Tirkkonen 1949, s. 131 ja Hormia 1979, s. 35–28.

1126 Ratkaisussa KKO 2019:7 korkein oikeus on liikesalaisuutta ja asiakirjojen editiovelvollisuutta koskien arvioinut, milloin liikesalaisuudesta huolimatta voidaan katsoa, ettei todistamiskieltoa ole. Erittäin tärkeitä syitä kiellon murtamiseksi korkein oikeus katsoi (kohta 48) olevan asiakirjojen asema keskeisenä näyttönä ja sen, ettei asiassa ollut esitetty mitä vahinkoa salaisuuksien paljastaminen aiheuttaisi. Asiakirjojen laatimisesta oli kulunut pitkä aika ja ne voitiin määrätä oikeudenkäyntiaineistona salassa pidettäväksi. Korkein oikeus katsoi, että muutoksenhakijan oikeus ajaa asiaansa ja aineellisen totuuden selvittämisintressi puolsivat myös asiakirjojen esittämisvelvollisuutta. HE 46/2014 vp, s. 79. Ks. jaksossa 8.5 yhteisesti kaikkien murtamisperusteisten määrittämät seikat. Liikesalaisuuden osalta näistä ks. Leppänen 2017, s. 203–205.

1127 Hormia 1979, s. 34

1128 Viljanen 2012, s. 624.

joka tältä osin kohdistuu myös teemaan, liittyy murtamisperuste vastaajan asiamiestä, avustajaa ja tulkkia lukuun ottamatta rikoksen ylitörkeyden ja asianajosalaisuuteen lisäksi erittäin tärkeiden syiden perusteella.

Liikesalaisuuslain 2 §:n 2 kohdan määritelmä liikesalaisuuden haltijasta ei määritä todistamiskieltosäännöksen sanamuodon mukaisesti todistamiskeinoa eli kieltäytymiseen oikeutettua henkilöpiiriä. Liikesalaisuuden haltijalla tarkoitetaan liikesalaisuuslaissa henkilöä tai oikeushenkilöä, jolla on laillinen määräysvalta liikesalaisuuteen. Liikesalaisuuslain mukainen vaitiolo-oikeus koskee salaisuuden haltijan, eli tyypillisesti yrityksen työntekijän tai edustajan, joka on roolinsa vuoksi tullut salaisuudesta tietoiseksi, lisäksi myös sellaista henkilöä, jolle tieto on luottamuksellisesti uskottu, sekä henkilöä, joka muuten on saanut tiedon sellaisissa olosuhteissa, että tietoa voidaan pitää salaisuutena.[1129] Tällöin salassapidon piiriin eivät kuulu yrityksen julkaisemat tai julkiseksi saattamat seikat, koska silloin niillä ei ole enää salaisuusluonnetta.[1130]

Todistamiskieltonormissa ei ole annettu merkitystä sille, mikä on todistajan suhde salaisuuteen tai mikä on salaisuuden saamistapa, eli kyse voi olla kenen tahansa salaisuudesta, jonka todistaja on saanut millä tahansa keinolla. Mikäli todistamiskiellon henkilöpiiri olisi sama kuin liikesalaisuuslaissa määritetty vaitiolovelvollisuus, salaisuuden oikeudetonta haltijaa ei koskisi oikeus kieltäytyä todistamasta. Vanhassa oikeuskirjallisuudessa Tirkkonen on katsonut, ettei kolmannella henkilöllä ole oikeutta kieltäytyä todistamasta liikesalaisuudesta.[1131] Liikesalaisuuden suojan primaariset intressit ovat yhteiskunnalliset, kuten yritystoiminnan suojaaminen ja kansantaloudelliset syyt, minkä vuoksi kielto on sanamuodon mukaisesti syytä ulottaa salaisuuden haltijoiden ulkopuolelle, jolloin kyseessä on teemakielto. Tulkinta perustuu siihen, että todistaja on oikeudenkäynnissä vaitiolovelvollinen vain, jos OK 17 luvussa tai muualla laissa nimenomaisesti säädetään, että vaitiolovelvollisuus koskee myös todistajana kuulemista.[1132] Vaikka liikesalaisuuslaissa tai muualla oikeudenkäynnin ulkopuolella sovellettavassa laissa määritellään vaitiolovelvollisuus, oikeudenkäynnissä on kysymys valintatilanteesta eli oikeudesta kieltäytyä paljastamasta salaisuutta oikeudenkäynnissä. Toisin sanoen ulkoprosessuaalinen liikesalaisuuteen perustuva vaitiolovelvollisuus ei estä todistamasta. Samoin arvioidaan myös esimerkiksi pankkisalaisuutta, joka voi muodostua liikesalaisuuslain tarkoittamaksi liikesalaisuudeksi.[1133]

---

1129 Tirkkonen 1977, s. 199 ja Hormia 1979, s. 34.

1130 Leppänen 2017, s. 202.

1131 Tirkkonen 1949, s. 130.

1132 Viljanen 2012, s. 626. Ks. myös Viljasen argumentit Tirkkosen näkökulman torjumisesta koskien kolmannen henkilön velvollisuutta kieltäytyä todistamasta yrityssalaisuudesta Viljanen 2012, s. 629.

1133 Lappalaisen (2001, s. 234) mukaan tällainen tilanne voi syntyä esimerkiksi tiedoista, jotka koskevat luoton tai talletusten määrää, koska niissä on kysymys pankin ja asiakkaan välisistä liikesuhteista.

*b. Lähdesuoja ja anonymiteettisuoja*

Lähdesuojan nojalla yleisön saataville toimitetun viestin laatija taikka julkaisija tai ohjelmatoiminnan harjoittaja saa OK 17:20:n mukaan kieltäytyä todistamasta siitä, kuka on antanut viestin perusteena olevat tiedot tai laatinut yleisön saataville toimitetun viestin. Kyseessä on sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä annetun lain (sananvapauslaki, 460/2003) 16 §:n lähdesuojan ja oikeuden anonyymiin ilmaisuun oikeudenkäynnissä turvaava kielto, joista käytetään yleisesti yhteisnimikettä lähdesuoja.[1134] Tiedot ovat salaisuuksia, joiden suojeluintressinä on sananvapaus (PL 12.1 § ja EIS 10 artikla) ja siitä johdettu median vapaus. Lähdesuoja ja anonyymi ilmaisu ovat viranomaisprosesseista riippumattomia aina voimassa olevia oikeuksia. Todistamiskiellossa on kyse vaitiolo-oikeudesta, jolloin on todistajan itse päätettävissä, haluaako hän paljastaa lähteen tai viestin laatijan. Kysymyksessä on todistusteemakielloksi ensi sijassa luokiteltava kielto, koska kielto kohdistuu suojattavaan salaisuuteen, eikä henkilöryhmää, jota oikeus kieltäytyä koskee, ole rajattu tiukasti esimerkiksi ammatin perusteella.[1135] Lähdesuoja ei edellytä toimittajan ammattia, vaan se suojaa jokaista henkilöä, joka laatii yleisön saataville toimitetun viestin. Myöskään julkaisualustalla, jolla viesti yleisön saataville toimitetaan, ei ole enää sananvapauslain 1.1.2004 voimaantulleen lakimuutoksen jälkeen merkitystä.[1136]

Todistamiskielto on ehdollinen, koska vaitiolo-oikeus voidaan OK 17:20.2:n mukaisesti murtaa rikoksen ylitörkeysperusteella, mikä tarkoittaa, että tuomioistuin voi velvoittaa henkilön todistamaan, jos syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta. Samoin, jos rikosasiassa on kysymys salassapitovelvollisuuden rikkomisesta, jossa tietolähde on rikoksesta syytettynä ja väitetään, että tieto on annettu salassapitovelvollisuus rikkoen, todistamiskielto ei ole voimassa.[1137]

---

1134 Sen 1 momentin mukaan "*Yleisön saataville toimitetun viestin laatijalla sekä julkaisijalla ja ohjelmatoiminnan harjoittajalla on oikeus olla ilmaisematta, kuka on antanut viestin sisältämät tiedot. Julkaisijalla ja ohjelmatoiminnan harjoittajalla on lisäksi oikeus olla ilmaisematta viestin laatijan henkilöllisyyttä.*" Toinen momentti puolestaan laajentaa ensimmäisessä momentissa oikeutettua piiriä myös henkilöön, "*joka on saanut mainituista seikoista tiedon ollessaan viestin laatijan taikka julkaisijan tai ohjelmatoiminnan harjoittajan palveluksessa.*"

1135 Ks. Tiilikka 2007, s. 129–131; Frände 2009, s. 391 ja Neuvonen 2012, s. 245. Ks. lähdesuojan käsitteestä laajasti OMML 69/2012, s. 48–50.

1136 Oikeusministeriön selvityksessä (OMSO 54/2010, s. 49) kommentoitiin välineneutraalisuuden kannalta myös ratkaisua KKO 2004:30 sananvapauslain uudistamisen merkityksen kannalta. Sen mukaan ennen uudistusta lähdesuoja koski vain "*aikakautisissa painokirjoituksissa sekä yleisradio- ja kaapelilähetystoiminnassa julkaistuja viestejä*", jolloin kertajulkaisut, kuten kirjat, jäivät suojan ulkopuolelle. Tämän vuoksi korkein oikeus, joka antoi ratkaisunsa nettikirjan lähdesuojasta vasta lakimuutoksen voimaantulon jälkeen, vaikka tuomioistuinkäsittely oli alkanut jo aiemmin, kumosi julkaisijan todistamisvelvollisuuden sillä perusteella, että laajemman lähdesuojan myöntävä sananvapauslaki oli asiaa ratkaistessa tullut voimaan.

1137 Ks. esim. KKO 2004:30.

Teemakiellon luonnetta korostaa osaltaan se, että kieltäytymisoikeus koskee suorien henkilötietokysymysten lisäksi kysymyksiä, joihin ei voi vastata paljastamatta viestin laatijan henkilöllisyyttä, sekä todistuskeinoneutraalisuus.[1138] Lähdesuojaan liittyvää oikeudesta luopumisen problematiikkaa ja osin todistuskeinoneutraalisuutta korkein oikeus on arvioinut kahdessa toisiinsa kytkeytyvässä ratkaisussa. Ratkaisussa KKO 2009:88 korkein oikeus katsoi, että ratkaisussa KKO 2004:30 annettu oikeus kieltäytyä todistamasta lähdesuojaan perustuen johti hyödyntämiskiellon asettamiseen koskien kyseisen todistajan todistamiskieltoon vetoamisen perusteeksi korkeimmalle oikeudelle toimittamaa materiaalia, josta lähde paljastui.

> Ratkaisussa KKO 2004:30 korkein oikeus oli katsonut, että kustannusyhtiön toimitusjohtaja, jota kuultiin todistajana törkeää kunnianloukkausta koskevassa esitutkinnassa, oli lähdesuojan perusteella oikeutettu kieltäytymään vastaamasta kysymyksiin, jos hän niihin vastatessaan joutuisi paljastamaan kustannusyhtiön julkaiseman kirjan laatijan tai sen sisältämien tietojen antajan. Toimitusjohtaja oli perustellakseen oikeuttaan kieltäytyä todistamasta toimittanut korkeimpaan oikeuteen asiakirjoja, joista lähde ilmeni. Korkein oikeus oli puolestaan asianosaisjulkisuuden puitteissa toimittanut kyseiset asiakirjat keskusrikospoliisille.

Ratkaisussa KKO 2009:88 oli kysymys siitä, saatiinko näin hankittua asiakirjaa hyödyntää todisteena. Korkein oikeus katsoi, ettei toimitusjohtaja toimittamalla asiakirjat korkeimpaan oikeuteen ollut luopunut oikeudestaan käyttää vaitiolo-oikeuttaan, koska asiakirjojen toimittamisen syynä oli ollut nimenomaan todistamiskiellon olemassaolon perusteleminen. Näin ollen kirjeet kuuluivat todistajan vaitiolo-oikeuden piiriin, eikä niitä saanut käyttää todisteina syyteasiassa. Korkein oikeus totesi myös perusteluissaan, ettei todistajan, joka vetoaa todistamiskieltoonsa, tarvitse saattaa mahdollista kiellon alaista asiaa edes tuomioistuimen tietoisuuteen.

Lähdesuojaa ja oikeutta anonyymiin ilmaisuun turvataan todistamiskieltojen näkökulmasta OK:n lisäksi ETL:n säännöksin. Lähdesuoja saa kuitenkin todellisen merkityksensä ja rajansa silloin, kun harkittavaksi tulee, voiko esitutkintaviranomainen hankkia viime kädessä pakkokeinoin lähdesuojan alaista tietoa suojatulta henkilöltä tai voiko tällaista hankittua materiaalia hyödyntää oikeudenkäynnissä. Tämän tutkimuksen kannalta jälkimmäinen kysymys on mielenkiintoisin, mutta lähdesuojan osalta on tarpeen tutkia myös rikosprosessin aiempaa vaihetta. Oikeudenkäynnissä (OK 17:20.2) murtamisperusteena on syyttäjän ajaman ylitörkeää

1138 Esim. Ratkaisun KKO 2009:88 (kohta 19) ilmentää todistuskeinoneutraalisuutta, jolloin lähdesuojan osalta katsottiin, että todistajan vaitiolo-oikeutta ei voi kiertää myöskään hyödyntämällä todistajan vaitiolo-oikeutensa osoittamiseksi oikeudelle esittämiä asiakirjoja.

rikosta koskevan syytteen lisäksi syyte, joka koskee salassapitovelvollisuuden rikkomista rangaistavaksi säädetyllä tavalla.

ETL 7:8.1:ssa säädetään vastaava lähdettä ja anonyymiä ilmaisua koskeva kieltäytymisoikeus, mutta sen ulottuvuudella esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä on kuitenkin merkittävä ero. Esitutkintavaiheessa lähdesuoja voidaan ETL 7:8.2:n 2 kohdan mukaan murtaa ja sen suojaama todistaja velvoittaa todistamaan lähteestä ainoastaan, jos tutkittavana on ylitörkeä rikos.[1139] Samoin aineistoa koskee takavarikoimiskielto PKL 7:3.2:n 2–3 kohtien nojalla ylitörkeyden ja suostumuksen puutteen perusteella. Sanamuodon mukaisesti velvoittaminen ei edellyttäisi tuomioistuimen välipäätöstä, mitä voi kritisoida suojan heikkoutena, koska rikosnimike voi muuttua merkittävästikin prosessin aikana ja viime kädessä todistamiskielto antaa tuomioistuimelle päätösvallan kiellon murtamisesta.[1140] OK 17:20.2:ssa säädetyn murtamisperusteen sanamuodon mukaisesti todistaja voi salassapitorikoksen tutkinnassa kieltäytyä todistamasta oikeudenkäyntiin asti, koska tuomioistuin tekee ratkaisun siitä, velvoittaako se henkilön todistamaan, eikä esitutkintaviranomainen voi käyttää pakkokeinoja todisteen saamiseksi. Esitutkinnassa lähdesuoja on siten vahvempi kuin oikeudenkäynnissä. Lähdesuoja on suojattu vahvemmin ETL:ssa kuin muut ylitörkeysperusteella murrettavat kiellot. Todistaja voi kieltäytyä todistamasta tuomioistuimessa myös murtamisperusteen aktualisoituessa, kunnes tuomioistuin velvoittaa hänet todistamaan.

> Näin on siitäkin huolimatta, että suojaa on yritetty sekä voimassaolevan ETL:n että sitä edeltävän VanhETL:n valmistelun yhteydessä madaltaa oikeudenkäyntivaihetta vastaavaksi. Lähdesuojan murtaminen salassapitorikosta tutkittaessa oli VanhETL:n uudistamista koskevassa hallituksen esityksessä katsottu mahdolliseksi.[1141] Laki tuli kuitenkin voimaan tältä osin ilman salassapitorikokseen perustuvaa murtamismahdollisuutta, sillä hallituksen esitys sai perusteltua vastustusta lakivaliokunnan valmistelussa. Lakivaliokunnan yksityiskohtaisten huomautusten mukaan salassapitovelvollisuuden rikkominen murtamisperusteena esitutkinnassa oli altis kritiikille, koska salassapitorikoksiksi ja -rikkomuksiksi luettavia säännöksiä on erityislaeissa satoja erilaisin rangaistusasteikoin, eikä sääntely ole eri ammattiryhmien osalta yhtäläistä. Lakivaliokunta esitti murtamisen säilyttämistä ainoastaan ylitörkeiden rikosepäilyjen kohdalla ja piti tällöinkin tärkeänä, että tuomioistuin ”*punnitsee tarkoin jokaisen tapauksen, jolloin todistajaa halutaan esitutkinnan yhteydessä oikeudessa kuulla, ja velvoittaa ainoastaan ns. avaintodistajat todistamaan*”.[1142]

1139 Vastaavasti ETL 7:8.2:n 3 kohta täsmentää OK 17:9.3:n soveltumattomuuden tilanteessa.

1140 Ks. säännöksen tausta HE 14/1985 vp, s. 30.

1141 HE 14/1985 vp, s. 29–30.

1142 LaVM 9/1986 vp, s. 7. Lakiehdotus sai myös menettelyn osalta ansaittua kritiikkiä lakivaliokunnan

> Lakiin tällaista muotoilua ei kuitenkaan päätynyt.[1143] Lähdesuojan murtamismahdollisuutta esitutkinnassa on pyritty laajentamaan tämän jälkeenkin, tosin aiempaa pidättäytyvämmin.[1144]

ETL:n ja OK:n lähdesuojasäännökset ja niiden murtamisperusteet ainakin ylitörkeän rikollisuuden osalta noudattavat EIS 10 artiklan sallimaa sananvapauden rajausperustetta, mutta salassapitorikoksissa murtamisperuste oikeudenkäynnissä on haastava arvioitava erityissääntelyn runsauden vuoksi. EIT on antanut useita esitutkintavaihetta koskevia ratkaisuja lähdesuojan turvaamisessa. Näistä esimerkiksi ratkaisuissa Roemen ja Schmit v. Luxembourg (25.2.2003) ja Ernst ym. v. Belgia (15.7.2003) EIT katsoi, että EIS 10 artiklaa oli rikottu, koska tehdyt esitutkintatoimenpiteet olivat olleet suhteettomia verrattuna tavoiteltuun päämäärään. Kummassakin tapauksessa oli kysymys jokseenkin vähäisestä (mahdollinen kunnianloukkaus ja salassapitovelvollisuuden rikkominen) rikosepäilystä, jonka vuoksi lähde haluttiin selvittää. EIT katsoi, että sananvapaus ja siten myös lähdesuoja oli tärkeämpi kuin sanotunlaisten rikosten selvittämisintressi.[1145] EIT:n ratkaisukäytännössä on annettu sananvapauden rajoittamiselle ja tätä kautta myös lähdesuojan murtamiselle kriteerejä, kuten rikoksen selvittämisintressi ja siihen liittyvä sananvapauteen puut-

---

käsittelyssä. Esimerkiksi vastalauseet esittäneet (LaVM 9/1986 vp, s. 31–32) edustajat pitivät menettelysäännöksiä todistamiskiellon murtamisesta esitutkinnassa vaikeaselkoisina siltä osin, kuin lehtimiehelle, lääkärille sekä asianajajalle kirjattua ammattinsa liittyvän suojan murtaminen esitutkinnassa oli tutkinnanjohtajan vietävä kesken tutkinnan tuomioistuimen päätettäväksi toisin kuin muut vaitiolo-oikeuksiin perustuvat kiellot ja niiden murtaminen.

1143 Oikeusministeriön selvityksen (OMSO 54/2010, s. 50) mukaan oikeustila ainakin ennen OK 17 luvun ja ETL:n vastaavien todistamiskieltosäännösten uudistamista oli se, että lähdesuojan murtaminen edellytti säädettyjen murtamisperusteiden lisäksi sitä, että kyseessä oli niin sanottu avaintodistaja. Nyt voimassa olevan lain sanamuodosta ei tällaista voi lukea, joten tämän väitteen paikkansapitävyyteen voi perustellusti suhtautua kriittisesti, koska rajoitussäännösten on oltava täsmällisiä ja tarkkarajaisia.

1144 Esitutkinta- ja pakkokeinolakitoimikunnan mietinnössä esitettiin esitutkintalain lähdesuojan murtamisperusteita täydennettäväksi siten, että lähdesuoja olisi mahdollistaa murtaa, jos 1) lähde on todennäköisesti syyllistynyt salassapitorikokseen ja; 2) lähteen ilmaiseminen olisi välttämätöntä rikoksen selvittämiseksi ja; 3) murtaminen olisi perusteltua rikoksen vakavuuteen ja seurauksiin nähden. Ks. KM 2009:2, s. 2 ja 88–89.

1145 Vastaavasti Fredman (2011, s. 488), jonka mukaan sananvapaus rajoittaa rikoslain soveltamisalaa. Sen sijaan ratkaisussa Adams & Benn v. the United Kingdom (13.1.1997) EIT on hyväksynyt EIS 10 artiklan mukaisen sananvapauden rajoittamisen hyväksymällä menettelyn, jossa poliitikkoa estettiin osallistumasta kokoukseen ja käyttämästä sananvapauttaan puhua lehdistölle, kun kysymyksessä on ollut rauhanneuvotteluihin liittyvä vakava väkivallan välitön uhka. Tähän ratkaisuun EIT päätyi tilanteessa, jossa oli kysymys sananvapauden rajoittamisesta vain väliaikaisesti, kun kyseessä olivat kriittiset rauhanneuvottelut, joihin liittyi väkivaltaisuuksien alkamisen uhka. EIT perusteli, ettei vapauden rajoittaminen ollut suhteetonta kansallisen turvallisuuden suojelemiseksi, epäjärjestyksen ja rikollisuuden ehkäisemiseksi ja että rajoittamista voitiin pitää tarpeellisena demokraattisessa yhteiskunnassa mainittuihin tarkoituksiin. Ratkaisussa ei ole ollut kysymys lähdesuojasta, vaan sananvapausoikeuden väistymisestä. Koska lähdesuoja on johdettu samasta artiklasta, voitaneen päätellä, että myös lähdesuoja olisi vastaavassa tilanteessa saattanut olla murrettavissa. Ks. EIT:n ratkaisukäytännöstä toimittajien sananvapaudessa Ollila 2023.

tumisen perusteiden hyväksyttävyys sekä riittävien ja asianmukaisten oikeussuojakeinojen turvaaminen.[1146]

> EIT on ratkaisukäytännössään suhtautunut kriittisesti lähdesuojan murtamiseen, vaikka EIS 10 artikla ei itsessään sisällä lähdesuojasäännöstä. Se sisältää mahdollisuuden asettaa sananvapaudelle kansallisella lainsäädännöllä rajoituksia, "*jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen turvallisuuden, alueellisen koskemattomuuden tai yleisen turvallisuuden vuoksi, epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, muiden henkilöiden maineen tai oikeuksien turvaamiseksi, luottamuksellisten tietojen paljastumisen estämiseksi, tai tuomioistuinten arvovallan ja puolueettomuuden varmistamiseksi*". EIT:n ratkaisukäytännössä lähdesuojan murtamisen mahdollisuutta on arvioitu vastaavilla perusteilla.

Korkein oikeus on käsitellyt kolmessa eri ratkaisussa Helsingin Sanomien niin sanottuun viestikoekeskus-artikkeliin liittyvää toimittajan lähdesuojaa. Olisi liioiteltua sanoa, että ratkaisut KKO 2019:67, KKO 2019:112 ja KKO 2021:19 muodostavat yhden merkittävän kokonaisuuden todistamis- ja hyödyntämiskieltoproblematiikasta. Kukin ratkaisu koskee eri oikeuskysymyksiä, eivätkä ne yksittäin tarkasteltuna ole erityisen mielenkiintoisia. Ne muodostavat kuitenkin todistamiskieltojen sekä hyödyntämiskiellon vaikutusta todistelun elinkaaressa varsin selkeästi kuvaavan oikeudellisen narratiivin, jota on syytä tarkastella juuri tästä näkökulmasta sen sijaan, että takertuisi lähdesuojan yksityiskohtiin. Viestikoekeskus-artikkelia koskevassa tutkintakokonaisuudessa on ollut kyse siitä, että toimittajia on ollut syytettyinä salassapitorikokseksi luokiteltavasta turvallisuussalaisuuden paljastamista koskevasta rikoksesta.[1147] Epäillyn roolissa heillä on ollut esitutkinnassa itsekriminointisuojaan perustuva oikeus vaieta sekä aina oikeudenkäyntiin saakka ulottuva todistamiskielto.[1148]

---

1146 EIT:n ratkaisukäytännöstä tältä osin ks. esim. Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxemburg (18.4.2013), Wolland v. Norja (17.5.2018) ja Nagla v. Latvia (16.7.2013).

1147 Tätä kirjoittaessani viestikoekeskusta koskeva asiakokonaisuus on edelleen kesken. Toimittajien turvallisuussalaisuuden paljastamista koskeva syyksi luettu tuomio ei ole lainvoimainen. Samassa asiakokonaisuudessa korkein hallinto-oikeus on antanut esimerkiksi ratkaisun KHO 2024:81, jossa se on hyväksynyt esitutkintamateriaalin käytön rajoittamisen puolustukselta salassa pidettävien tietojen edelleen suojaamiseksi.

1148 Samaan aikaan ei ole ollut tutkittavana ylitörkeää, muun kuin kyseisen toimittajan tekemäksi epäiltyä rikosta, joten esitutkinnassa ei ole voitu murtaa lähdesuojaa. Toimittajalla itsellään olisi luonnollisesti tällöinkin itsekriminointisuojaan perustuva oikeus kieltäytyä todistamasta, minkä vuoksi lähdesuojan murtamisessa on kysymys vain muuhun tahoon kohdistuvasta epäilystä. Ks. kuitenkin ratkaisussa KKO 2019:67 kohta 18, mikä ei kuitenkaan kontekstissa merkitse lähdesuojan murtamisen edellyttämää törkeysastetta.

> Pelkkä itsekriminointisuoja, siltä osin kuin sen voi rikosprosessissa määritellä epäillylle ja rikosoikeudenkäynnissä syytetylle kuuluvana oikeutena olla vastaamatta hänelle esitettyihin kysymyksiin, ei suojaa tässäkään tilanteessa kirjallisen todistusaineiston hankkimiselta siten, että etsintä ei vaadi epäillyltä aktiivisia toimia. Itsekriminointisuoja suojaisi siltä, ettei epäillyn tarvitse vastata mihinkään kysymyksiin, eli tällöin epäilty tai syytetty voi myös lähteen osalta jättää vastaamatta niin esitutkinnassa kuin oikeudenkäynnissä. Tämä ei kuitenkaan liity itsessään lähdesuojaan, minkä tiedon osalta toimittaja olisi ilman lähdesuojaa todistajan asemassa muutoin totuudessapysymisvelvollisuuden nojalla velvollinen kertomaan.[1149] Lähdesuojasta huolimatta, mikäli todistaja ei puhuisi, todisteen voisi viime kädessä pakkokeinoin hankkia toimittajalta, mikäli esitutkintavaiheessa epäiltäisiin ylitörkeää rikosta.

Ratkaisussa KKO 2019:67 oli kysymys kyseisen artikkelin kirjoittaneen toimittajan kotirauhan piiriin kuuluviin tiloihin toimitetun kotietsinnän ja tallennuslaitteiston takavarikoimisen menettelyllisestä laillisuudesta. Laitteisto sisälsi toimittajan ilmoituksen mukaan lähdesuojan alaisia tietoja. Aineistoa ei ollut sinetöity etsintätilanteessa, koska etsintävaltuutettu ei päässyt siihen käsiksi, jotta olisi voinut seuloa aineiston, ja tutkinnassa olisi voitu tarpeen vaatiessa päättää sinetöinnistä ja hyödyntämiskysymyksen saattamisesta tuomioistuimen arvioitavaksi määräajassa.[1150] Korkein oikeus katsoi, että menettely ei ollut rikkonut PKL:n säännöksiä takavarikoidun laitteiston sinetöimisestä tai asian saattamisesta tuomioistuimen ratkaistavaksi määräajassa.[1151] Tietoa todistamiskiellon alaisen aineiston olemassaolosta ei kotietsinnän kuluessa ollut, eikä korkeimman oikeuden mukaan tilanteessa syntynyt sellaista erimielisyyttä aineiston tutkimisesta tai hyödyntämisestä, joka olisi edellyttänyt muuta menettelyä.[1152] Korkein oikeus arvioi ratkaisussa sitä, tarjosiko valittu menettely riittäviä oikeusturvatakeita toimittajan oikeusturvan ja tässä tilanteessa erityisesti lähdesuojan suojelemiseksi.[1153] Vaikka ratkaisu koskee ensisijaisesti menet-

1149 Esimerkiksi oikeusministeriön selvityksestä (OMSO 54/2010, s. 48) havaitaan, että lähdesuojan käsitettä käytetään virheellisesti yleiskielessä, esimerkiksi lähdesuojasta puhutaan, jos kirjoituksen vuoksi kunnianloukkauksesta epäilty toimittaja ei paljasta, keneltä on saanut tietoa juttua varten. Selvityksessä huomautetaankin, että tällöin kieltäytymisen perusteena on itsekriminointisuojaan kuuluva vaitiolooikeus, eikä lähdesuoja.

1150 Etsinnässä käytettiin etsintävaltuutettua, joka ei voinut kotietsinnän kuluessa seuloa aineiston tietosisältöä lähdesuojan alaisten tietojen olemassaolon todentamiseksi, joten aineiston seulominen on toimitettu kotietsinnän jälkeen käräjäoikeuden annettua laite-etsintäluvan.

1151 Korkein oikeus päätyi harkinnassaan siihen, että PKL on taannut riittävät oikeussuojakeinot etsinnän ja seulontavaiheen aikana, eikä ole lähtenyt tarkemmin arvioimaan viittaamansa EIT:n ratkaisukäytännön merkitystä lähdesuojan rajoittamisen välttämättömyyskriteerien täyttymiselle, mikä on katsottu toiseksi edellytykseksi lakitasoisen rajoitussääntelyn lisäksi.

1152 Toisaalta voidaan ajatella, ettei pelkkä takavarikointi ilman aineistoon perehtymistä, eli lähteen paljastumista tutkinnan suorittavalle, ole todisteen hankkimista, vaikka todistuskappale onkin hankittu.

1153 Ratkaisun (kohta 17) mukaan sananvapauteen ja tiedonvälityksen vapauteen liittyvän puuttumi-

telyn oikeellisuutta, on siinä käsitelty verrattain laajasti lähdesuojan merkitystä ja turvaamista sekä tällaisen aineiston hyödyntämistä esitutkinnassa korostaen sananvapauden ja lähdesuojan merkitystä. Näiltä osin ratkaisun perustelut kuvaavat hyvin niitä tarkoituksia, jotka ovat esitutkintavaiheeseen kohdistuvan todistamiskiellon murtamisen oikeudenkäyntivaihetta korkeamman kynnyksen taustalla.

Samaan kokonaisuuteen kuuluvassa ratkaisussa KKO 2019:112 toinen aineisto puolestaan sinetöitiin etsintävaltuutetun seulottua aineiston etsintäpaikalla. Ratkaisussa oli kysymys siitä, sisälsikö kotietsintätilanteessa sinetöity aineisto lähdesuojan alaisia tietoja, joita ei saa takavarikoida tai jäljentää rikosasian todisteena käytettäväksi eikä tutkia tai hyödyntää.[1154] Kotietsinnässä etsintävaltuutettu oli vastustanut erään aineiston takavarikoimista ja jäljentämistä, koska aineisto mahdollisesti sisälsi lähdesuojan alaisia tietoja, minkä vuoksi kyseinen aineisto sinetöitiin ja sen tutkiminen ja hyödyntämiskelpoisuus saatettiin tuomioistuimen ratkaistavaksi. Korkein oikeus katsoi, että takavarikoimiskiellon edellytykset aineiston käyttämiseksi rikosasiassa todisteena täyttyivät, kun aineiston sisältö saattoi johtaa julkaistun artikkelin lähteiden paljastumiseen, vaikka aineistossa ei mainittu lähteen nimeä. Riittävää lähdesuojan antamiselle oli, että aineisto sisälsi tietoa, joka voisi johtaa lähteen tunnistamiseen varsinkin osana laajempaa esitutkinta-aineistoa.[1155] Korkein oikeus katsoi myös, että koska lähdesuoja oli olemassa, siihen perustuvaa vaitiolo-oikeutta ei voinut kiertää käyttämällä oikeudenkäynnissä todisteena kieltäytymisoikeuteensa vedonneen toimittajan hallusta takavarikoitua reaalitodistetta. Ratkaisussa oli siten kysymys todistamiskiellon laajuudesta ja todistuskeinoneutraalisuudesta sekä lopulta hyödyntämiskiellon asettamisesta. Lähdesuojaan perustuva takavarikoimiskielto on asetettu ratkaisun myötä melko matalalle, mikä osaltaan korostaa lähdesuojan vahvuutta. Myös EIT:n ratkaisukäytännön nojalla voidaan todeta, että lähdesuoja kattaa myös sellaiset tiedot, jotka voivat johtaa lähteen tunnistamiseen, vaikka aineisto ei sisältäisikään lähteen yksilöivää tietoa. Tietolähde on ymmärrettävä laajasti, eli sillä tarkoitetaan ketä tahansa, jolta toimittaja on saanut tietoa, eikä tietolähteen aseman arvioinnissa saisi olla ratkaisevaa merkitystä sillä, onko tietolähde toiminut vastoin velvollisuuksiaan. Todistajan oikeutta vedota lähdesuojaan ei poista myöskään se, että lähteen henkilöllisyys on jo viranomaisten tiedossa.[1156]

---

sen hyväksyttävyys edellyttää toimenpiteen perustumista lakiin sekä hyväksyttävää syytä, toimenpiteen puolustettavuutta tavoiteltuun päämäärään nähden ja lähdesuojalla suojatun toimittajan käytettävissä olevia riittäviä oikeussuojakeinoja.

1154 Lisäksi asiassa oli kysymys siitä, jos hyödyntämiskielto asetetaan, saiko aineiston takavarikoida mahdollisen menettämisseuraamuksen täytäntöönpanemiseksi. Tältä osin korkein oikeus päätti, että vaikka sinetöityä aineistoa ei saanut takavarikoida tai jäljentää rikosasian todisteena käytettäväksi, aineisto voitiin kuitenkin takavarikoida ja säilyttää sinetöitynä mahdollisen menettämisseuraamuksen turvaamiseksi.

1155 Tulkinta on johdonmukainen sen kanssa, että kuulusteltaessa kieltäytymisoikeus koskee suorien henkilötietokysymysten lisäksi kysymyksiä, joihin ei voi vastata paljastamatta viestin laatijan henkilöllisyyttä.

1156 Ks. Nagla v. Latvia (16.7.2013), kohta 81 ja Becker v. Norja (5.10.2017), kohta 74. Samoin rat-

Korkein oikeus on antanut vielä kolmannen ratkaisun KKO 2021:19 koskien samaan viestikoekeskus-artikkeliin liittyvää todistelua ja lähdesuojan ulottuvuutta. Ratkaisussa oli kysymys siitä, oliko toisella kuin aiemmissa ratkaisuissa KKO 2019:67 ja KKO 2019:112 lähdesuojaan perustuvan vaitiolo-oikeuden suojaamalla toimittajalla oikeus kieltäytyä vastaamasta oikeudenkäynnissä tiettyihin kysymyksiin. Tämä toimittaja vetosi kieltäytymisensä tueksi niin ikään lähdesuojaan ja toisaalta itsekriminointisuojaan sillä perusteella, että kysymyksiin vastaaminen voisi johtaa lähdesuojaa saaneen toimittajan nimen paljastumiseen ja mahdolliseen turvallisuussalaisuuden paljastamista koskevan rikoksen selvittämiseen. Korkein oikeus arvioi ratkaisussa siten lähdesuojan ulottuvuutta ja itsekriminointisuojan toteutumista. Aiemmassa ratkaisussa KKO 2019:112 korkein oikeus oli perustellut lähdetiedon laajuutta lähdesuojan antamiselle päätyen siihen, ettei lähdesuojan antaminen edellytä edes lähteen yksilöivää tietoa, vaan riittävää on, että tieto voisi johtaa lähteen tunnistamiseen. Vaikka korkein oikeus katsoi ratkaisussa KKO 2021:19, että kysymyksiin vastaaminen ei vaarantanut lähdesuojaa, perusteli se silti lähdesuojan tarkoittaman lähteen ulottuvuutta. Ratkaisun osoittama yksittäistapaus tai sen lopputulos ei ole kiinnostava tutkimuksen kannalta, vaan ratkaisun perustelut. Niiden mukaan vaikka tilanteesta, jossa toimittaja olisi pitänyt toimituksen sisällä toista toimittajaa lähdesuojan tarkoittamana lähteenään, ei ollut EIT:n oikeuskäytäntöä, lähdesuojaa tulee tulkita tältäkin osin laajentavasti, jolloin todistajalla on oikeus kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, jos vastaus voi johtaa siihen, että toimittajan lähde paljastuu.[1157]

## 8.3 Virkasalaisuuksia koskevista todistamiskielloista

Virkasalaisuuksien piiriin (OK 17:12) kuuluu sekä ehdollisia että ehdottomia todistamiskieltoja, jotka kohdentuvat monin eri tavoin teemoihin ja keinoihin. Virkamies tai julkista tehtävää tai asiaa hoitamaan valittu ei saa todistaa seikoista, joihin nähden hänellä on virkaan perustuva vaitiolovelvollisuus tai jotka ovat erillisten säädösten nojalla salassa pidettäviä.[1158] Tällöin suojattu intressi on virkasalaisuus,[1159] jonka pitäminen perustuu julkiseen etuun, ja tehtävässä saadun salassa pidettävän

kaisun KKO 2019:112 mukaan lähteen yksilöivällä tiedolla tarkoitetaan sellaista tietoa, joka voi johtaa lähteen tunnistamiseen, mukaan lukien ne olosuhteet, joissa toimittaja sai tiedot lähteeltä, sekä lähteeltä saadun tiedon julkaisematon sisältö.

1157 Ks. ratkaisun kohta 24.

1158 Olennaista on myös havaita, että esimerkiksi tuomarin ja julkisen oikeusavustajan lisäksi myös pappi ja terveydenhuollon ammattihenkilö voivat olla virkamiehiä ja heitä siten koskee erillisen todistamiskieltonormin lisäksi myös virkasalaisuuksiin perustuvat todistamiskiellot.

1159 OK 17:14:ssä virkasalaisuudella tarkoitetaan erikseen viranomaisen salassa pidettäväksi erityislainsäädännössä määriteltyjä seikkoja. Ks. esim. Lappalainen 2001, s. 222. Ks. vaitiolovelvollisuuden ulottuvuudesta esim. KKO 1993:61.

seikan suojaaminen on tärkeämpää kuin totuuden selvittäminen. Osaltaan kysymys on myös luottamuksen suojaamisesta viranomaistoimintaa kohtaan. Ehdottomien kieltojen osalta erityispiirteenä on havaittava, että salaisuusluonteen täyttymättä jääminen aiheuttaa sen, ettei kieltonormi sovellu, jolloin kieltosäännösten soveltamisala on riippuvainen erilaisista julkisuuslain asettamista edellytyksistä ja erityisten tietoryhmien kohdalla on puolestaan säädetty erillisiä todistamiskieltonormeja, jotka kohdistuvat voimakkaammin teemaan.

Virkasalaisuuksia koskeva todistamiskielto koostuu OK 17:12:ssä 1 momentin yleissäännöksestä virkasalaisuutta koskevasta todistamiskiellosta ja 2 ja 4 momenttien erillisistä kielloista koskien esitutkintaan liittyviä asianosaiselta salassa pidettäviä tietoja ja todistajansuojeluohjelmaa koskevia tietoja, 3 momentin erityissäännöksestä koskien syyttäjälaitoksen, esitutkintaviranomaisten ja vankeinhoidon henkilökuntaa sekä 5 momentin erityissäännöksestä koskien onnettomuustutkintakeskuksen virkamiehiä sekä eräitä muita turvallisuustutkintaan liittyviä henkilöitä. Vaikka kaikki kiellot pohjautuvat virkasalaisuuden suojaamiseen, ne ovat eri tavoin luokiteltavissa. Oikeellisinta virkasalaisuuksien osalta olisikin puhua yleisestä ja erityisestä virkasalaisuuteen kohdistuvasta todistamiskiellosta. Yleissäännös 1 momentissa on sekä todistusteema- että todistusmetodikielto, koska se kohdistuu sekä tiettyyn teemaan että tiettyyn henkilöön. Kielto voi väistyä suojatun henkilön suostumuksella.

> Samoin on 2 momentissa, joka kohdistuu eriteltyihin esitutkintaa koskeviin, asianosaiselta salassa pidettävien tietojen suojaamiseen. Momenttien 2 ja 4 erityisiä tietoja koskevat säännökset ovat kuitenkin todistusteemakieltoja, koska niissä ei yksilöidä lainkaan kiellettyä todistamiskeinoa. Ainoa todistajan disponointivaltaan kuuluva virkasalaisuuksia koskeva todistamiskielto, eli oikeuteen kieltäytyä todistamasta perustuva normi, on 3 momentissa säädetyt syyttäjän ja rikosseuraamuslaitoksen virkamiesten oikeudet kieltäytyä todistamasta eräistä vihjetietoja antaneiden henkilöiden henkilöllisyyksistä. Syyttäjälle on samassa momentissa lisäksi asetettu velvollisuus kieltäytyä todistamasta luottamuksellisesti tietoja antaneen taikka valeostajana tai peitehenkilönä toimineen henkilöllisyyttä koskevasta tiedosta. Kokonaisuutena 3 momentin kielto on ehdollinen ja sen pääasiallinen murtamisperuste on rikosasiassa syytetyn rikoksen ylitörkeys, mutta koska kysymyksessä on luottamuksellisesti vihjetietoja antaneen tai peitetehtävässä toimineen henkilöllisyys, on tämän lisäksi edellytetty, että tieto on merkittävää asianosaisen puolustautumisen kannalta ja että tämänkaltaisen virkasalaisuuden paljastaminen ei vaaranna tiedon antajan turvallisuutta. Erittäin tärkeillä syillä murrettava eli ehdollinen todistamiskielto on myös 5 momentin velvollisuusperusteinen erityissäännös, joka koskee ainoastaan turvallisuustutkintalain (525/2011) tarkoittamia tietty-

> jä virkamiehiä ja heidän yleisesti kaikkia tehtävässään saamiaan tietoja, eli kysymys on pääosin todistuskeinokiellosta. Muutoin kieltosäännökset ovat ehdottomia eli murtamiskelvottomia.[1160]

Virkasalaisuutta koskeva todistamiskiellon yleissäännös kulminoituu virkasalaisuuden käsitteeseen ja sen soveltamisalaan, jotka määritellään kussakin erityislainsäädännössä julkisuuslain lisäksi. Tiedon virkasalaisuudellinen luonne tulee arvioida ensin, jotta tiedetään, onko tieto säännöksen soveltamisalaan kuuluva. Normin haasteena on se, ettei virkasalaisuuden alaan kuuluvia säännöksiä ole laadittu asian oikeudenkäynnissä salassa pitämisen näkökulmasta. Näin ollen tuomioistuimen harkittavaksi joltakin osin jää, täyttyykö todistamiskieltonormi.

> Sen sijaan muissa momenteissa yksilöidään kyseiset virkasalaisuudet, jolloin todistamiskiellon sovellettavuuskin on ongelmattomampaa päätellä. Tällaiset ensisijaisesti teemakiellot eivät ole erityisinä, vain tiettyjä yksilöityjä tietoluokkia koskevina, kieltonormeina mielenkiintoisia tutkimusaiheen kannalta muutoin kuin tavanomaisesta virkasalaisuudesta poikkeavaksi katsotun suojeluintressinsä näkökulmasta.[1161] Yleissäännös virkasalaisuudesta puolestaan voi saada yhtä monta käytännön soveltamistilannetta kuin on virkatehtävässä käsiteltyjä tietojakin turvallisuus- tai salassapitoluokituksineen, eikä säännöksen yksityiskohtainen tarkastelu ole tässä kontekstissa mielekästä, vaan keskityn säännöksen soveltamisalaan liittyvään henkilöllisen ja teemallisen ulottuvuuden eräisiin probleemoihin.[1162]

---

1160 Tämä koskee myös 4 momentin todistajansuojelua koskevista tiedoista todistamisen kieltoa, joka väistyy ainoastaan syyteasiassa, jossa kyseinen suojeltu todistaja on syytettynä.

1161 Yksi selkeä esimerkki aiemman sääntelytilanteen ajalta on KKO 2011:27, jossa on käytetty vastaavaa harkintaa. Ratkaisussa korkein oikeus on arvioinut asiakirjojen esittämisvelvollisuutta tilanteessa, jossa murhasta syytetty henkilö on vaatinut esitettäväksi poliisin häneen kohdistuvasta peitetoiminnasta laadittuja asiakirjoja. Hovioikeus arvioi ratkaisussaan todistamiskiellosta poikkeamisen lisäksi sitä, voitiinko asiakirjoilla olettaa olevan merkitystä todisteina pääasiassa. Korkein oikeus arvioi esittämisvelvollisuutta ja sen rajoituksia siitä lähtökohdasta, että vastaajalla oli oikeus saada tieto esitutkinnassa kertyneestä aineistosta, jolla saattoi olla merkitystä hänen syyllisyytensä selvittämisessä. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, ettei tiedonsaantioikeus ole rajoittamaton, vaan tarve pitää salassa poliisin taktisia ja teknisiä menetelmätietoja esti materiaalin luovuttamisen kokonaisena. Korkein oikeus velvoitti keskusrikospoliisin luovuttamaan sellaiset otteet peitetoiminnasta laadituista asiakirjoista, joista saatiin salata peitetoimintaan osallistuneiden poliisimiesten henkilöllisyys sekä tietoja poliisin taktisista ja teknisistä menetelmistä. Vaaditut asiakirjat sisälsivät tietoa, josta virkasalaisuuden nojalla ei saanut todistaa ja näin ollen esittämisvelvollisuutta ei ollut. Toisaalta asianosaisella on oikeus saada tieto muunkin kuin julkisen oikeudenkäyntiasiakirjan sisällöstä.

1162 Yleissäännöksessä on esitetty eräänä poikkeuksena sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen käsittelystä annetun lain (703/2023) 63.1 §:n mukainen lapsen edun taikka erittäin tärkeän yleisen tai yksityisen edun edellyttämä poikkeus, mutta lisäksi on todettava sosiaalihuollon ammattihenkilöiden salassapitovelvollisuuden laajuudesta saman pykälän 2 momentin nojalla, että verrattuna terveydenhuollon ammattihenkilöihin salassapitovelvollisuus on suppeampi. Sosiaalihuollon tietoja saa luovuttaa salas-

Virkasalaisuuden piiriin kuuluvien tietojen osalta todistamiskiellon ulottuvuus määrittyy julkisuuslain nojalla, jonka systematiikkaa yleissäännöksen ymmärtämiseksi on tarpeen tarkastella lyhyesti. Viranomaisen tietojen julkisuusluonnetta ja siten myös salassapitoa sääntelee yleislakina julkisuuslaki, jonka 3 luvussa säädetään oikeudesta saada tieto asiakirjasta ja 6 luvussa salassapitovelvoitteista. JulkL 22 §:n mukaan viranomaisen asiakirjat ovat julkisia, ellei niitä ole määrätty laissa tai viranomaisen toimesta lain nojalla salaisiksi, ja 24 §:ssä luetellaan julkisuuslain perusteella salassa pidettävät asiakirjat. JulkL 23 §:n mukaan virkamiehellä tai virkamieheen lain mukaan rinnastettavalla on vaitiolovelvollisuus salassa pidettävän asiakirjan sisällöstä ja tiedosta, joka asiakirjaan merkittynä olisi salassa pidettävä. Julkisuuslaissa ei kuitenkaan oteta kantaa salassapitoon oikeudenkäynnissä, vaan ainoastaan tiedon luonteeseen ja salassapitovelvollisuuteen yleisesti. Oikeudenkäymiskaaren todistamiskiellot määrittävät, milloin tieto on oikeudenkäynnissä salassa pidettävä. Näin ollen tiedon luonne ratkaistaan julkisuuslain nojalla, minkä jälkeen ratkaistaan, täyttyykö todistamiskiellon peruste.

Julkisuuslain ja oikeudenkäymiskaaren yhtäaikaisesta soveltamisesta on kuitenkin tehtävä kaksi merkittävää huomiota liittyen asiakirjan ja salassapidon määrittelyihin. Ensinnäkin julkisuuslain asiakirjakäsite poikkeaa oikeudenkäymiskaaren vastaavasta siten, että JulkL 5 §:n mukaan kuvallinen esitys on myös asiakirja toisin kuin oikeudenkäymiskaaressa, joka tunnistaa vain sanallisen esityksen asiakirjaksi kuvallisen ollessa katselmuskohde.[1163] Toiseksi julkisuuslaki ei jaa asiakirjoja pelkästään julkisiin ja salaisiin vaan yleisöjulkisiin ja asianosaisjulkisiin sekä määrittää rajoitukset, joiden perusteella edes asianosainen ei saa tietoa kaikista asiakirjoista. Lähtökohtaisesti asianosaisjulkisesta asiakirjasta asianosaisella[1164] on oikeus saada tieto siitä huolimatta, että se muutoin ei olisi (yleisö)julkinen, eli olisi salassa pidettävä. Asianosaisjulkisuutta voidaan kuitenkin rajoittaa, mikäli JulkL 11.2 §:ssä luetellut asianosaisjulkisuutta painavammaksi katsotut intressit ovat käsillä. Tällöin edes asianosainen ei voi saada tietoa asiakirjasta.

Julkisuuslain ja myös muiden lakien salassapitosäännökset on säädetty yleisöjulkisuuden ja asianosaisjulkisuuden määrittämiseksi, eikä oikeudenkäynnin vaitiolovelvollisuuksiksi tai -oikeuksiksi.[1165] JulkL 24.1 §:n mukaiset salassa pidettävät tiedot tarkoittavat lähtökohtaisesti ainoastaan sitä, ettei virkamies saa paljastaa kyseisiä tietoja. Ne eivät tarkoita sitä, etteikö niistä saisi ja pitäisi silti todistaa, koska todistelu voidaan ottaa vastaan yleisön läsnä olematta ja todisteet merkitä salassa pidettäviksi. Tällöin salassa pidettävä asia ei paljastu niin sanotulle suurelle yleisölle. Poikkeukse-

---

sapidon estämättä muiden muassa tuomioistuimelle, mikäli tutkittavana on rikos, jonka ilmoittamatta jättäminen on rangaistavaa tai josta säädetty enimmäisrangaistus on vähintään neljä vuotta vankeutta.

1163 HE 46/2014 vp, s. 62–63.

1164 JulkL 11.1 §:n mukaan asianosaisella tarkoitetaan hakijaa, valittajaa tai muuta, jonka oikeutta, etua tai velvollisuutta asia koskee.

1165 Rautio – Frände 2016, s. 103.

na ovat tiedot, jotka on OK:ssa säädetty todistamiskiellon alaisiksi muin perustein. Oikeudenkäynnin kannalta (yleisö)julkisen asiakirjan käyttäminen ei muodosta ongelmaa todistelussa, koska julkinen asiakirja on myös asianosaisjulkinen. Ainoastaan asianosaisjulkinen asiakirja puolestaan edellyttää oikeudenkäynniltä asian käsittelemistä yleisön läsnä olematta ja oikeudenkäyntiaineiston määräämistä salaiseksi siltä osin, kuin se sisältää vain asianosaisjulkista tietoa. Haasteellisin oikeudenkäynnin kannalta on asianosaisjulkisuudenkin ulkopuolelle rajattu tieto, jonka tulee pysyä asianosaisilta salassa myös oikeudenkäynnissä. Tähän joukkoon rajautuu hallituksen esityksen mukaan myös oikeudenkäynnin todistamiskiellon soveltamisala virkamiehen osalta. Toisin sanoen tällaisesta tiedosta on ilman erityistä virkamiehen todistamiskieltoa todistettava, mutta toisaalta silloin ei voi täyttyä myöskään kontradiktorisuus.[1166] Todistamiskielto koskee todistuskeinoneutraalisuuden vuoksi siten tietoja, jotka asiakirjaan merkittynä ovat JulkL 11.2 §:n mukaan asianosaisjulkisuuden ulkopuolella.[1167]

Virkasalaisuuden määritteleminen on olennaista OK 17:12.1:ssa säädetyn yleisen virkasalaisuutta koskevan todistamiskiellon osalta, mutta sen määrittämisessä on huomioitava, että salaisuusluonne kytkeytyy nimenomaan virkamieheen tai siihen rinnastettavaan henkilöön, jolloin virkasalaisuus käsitteenä ei aiheuta puhdasta teemakieltoa vaan yhdistetyn todistuskeinokiellon. Todistamiskielto koskee virkamiestä, julkisyhteisön työntekijää, julkista valtaa käyttävää tai julkista luottamustehtävää hoitavaa sekä muuta henkilöä, joka on JulkL 23 §:n nojalla vaitiolovelvollinen. Viimeistä henkilöryhmää lukuun ottamatta säännös ei tuota henkilöllisessä ulottuvuudessa ongelmia, koska kysymyksessä on sama henkilöpiiri, kuin RL 40:11:ssä säädetyssä virkarikosten soveltamisalaa koskevassa määreessä.[1168] Sen sijaan JulkL 23 §:ssä säädetty vaitiolovelvollisuus koskee viranomaisen palveluksessa olevaa, eli myös työsuhteista henkilöä. Tällöin vaitiolovelvollisten piiri on tosiasiassa laajempi kuin rikosoikeudellinen virkarikoksen henkilöllinen ulottuvuus.

Kuitenkin yleissäännös todistamiskiellosta virkasalaisuuksia koskien ulottuu myös työsuhteiseen henkilöön, jos hänelle on asetettu tiedosta vaitiolovelvollisuus. Säännöksen esitöissä on otettu asiaan kanta, jonka mukaan ”*[– –] viime kädessä jää tuomioistuimen tapauskohtaiseen harkintaan, onko salassapitovelvollisuus ulotettava myös oikeudenkäyntiin eli onko käsillä todistamiskielto*”.[1169] Näin ei kuitenkaan voi olla. Vaikka rikosoikeudellisen määritelmän täsmäämättömyys virkamiehen määritelmään

1166 Esimerkiksi JulkL:n mukaisesti myös asianosaiselta itseltään salassa pidettäviä asiakirjoja ovat Rikosseuraamuslaitoksen laatimat turvallisuusarviot vangeista. Tällaisten asiakirjojen käyttäminen todisteena tai virkamiehen määrääminen todistamaan niiden sisällöstä, on haasteellinen, koska tietoa ei voi paljastaa vangille, jolla kuitenkin olisi oikeus kontradiktorisuuden nojalla saada tieto todisteesta.

1167 HE 46/2014 vp, s. 63. Esim. ratkaisussa KKO 2011:27 on tulkittu salassapidon laajuus yhdenmukaiseksi niin tiedonsaantioikeuden kuin todistamiskiellon osalta.

1168 OMML 69/2012, s. 94.

1169 OMML 69/2012, s. 90.

ja siten virkasalaisuuteen voi aiheuttaa erikoisia tulkintatilanteita palvelussuhteessa olevien henkilöiden aseman ja rikosoikeudellisten velvoitteiden eroissa, todistajana toimiminen kiinnittyy vaitiolovelvollisuuteen, joka on säädetty salassa pidettävän tiedon suojaamiseksi, eikä salassapito voi olla yleissäännöksessä riippuvainen palvelussuhteen laadusta. Viljanen on kritisoinut tätä esitöiden perustelukohtaa ja katsonut, että tuomioistuin ei voi harkita tapauskohtaisesti, onko virkamiehen salassapitovelvollisuus voimassa oikeudenkäynnissä, vaan jos virkamiehen muun lain nojalla määräytyvä vaitiolovelvollisuus tai salassapitovelvollisuus täyttyy eli kyse on virkasalaisuudesta, ei tuomioistuin voi tapauskohtaisesti harkita, onko käsillä myös todistamiskielto, vaan se on, mikäli todistamiskieltosäännöksen muut edellytykset täyttyvät.[1170]

Viljasen mukaan todistamiskiellon asiallisen sisällön tulisi määräytyä lähinnä JulkL 11.2 §:n mukaan, eikä olla niin ehdoton, kuin miltä JulkL 23 §:n mukaan määriteltynä näyttäisi olevan, koska virkasalaisuuden pitäminen oikeudenkäynnissä ei voi olla ehdotonta. Tätä kantaa puoltaa niin mahdollisuus oikeudenkäynnin salaamiseen salassa pidettävien tietojen osalta kuin salassa pidettävien asioiden mahdollinen asianosaisjulkisuus ja erillisellä sääntelyllä asetetut viranomaisten tiedonsaantioikeudet salassa pidettävistä tiedoista sekä se, että virkasalaisuuden salassapitovelvollisuus väistyy oikeudenkäynnissä, jos se, kenen hyväksi salassapidosta on säädetty, sallii todistamisen.[1171] Viljasen kannanottoon on sikäli helppo yhtyä, että todistamiskiellot eivät voi olla epämääräisiä ja kaikin puolin harkinnanvaraisia, vaan sääntelyn on oltava tarkkarajaista. En kuitenkaan hyväksy Viljasen perustelua kiellon ehdollisuudesta. Virkasalaisuutta koskevan todistamiskiellon yleissäännöksen osalta on kysymys ehdottomasta todistamiskiellosta, koska se ei sisällä murtamisperusteita.[1172] On kuitenkin ymmärrettävä, että kiellon soveltamisala suppenee merkittävästi esimerkiksi JulkL 7 luvussa säädetysti salassapidosta poikkeamisen ja salassapidon lakkaamisen perusteella, joita sovellettaessa kysymys ei enää olekaan salaisuudesta, jota säännöksellä suojellaan, eikä todistamiskieltonormin sanamuoto tällöin täyty.

## 8.4 Ammatilliseen luottamussuhteeseen perustuva salassapitointressi

Ammattiin tai asemaan kiinnittyvät, salassapitoon perustuvat todistamiskiellot poikkeavat edellä käsitellyistä voimakkaammin teemaperusteisista todistamiskielloista siten, että ne ovat selkeämmin todistuskeinokieltoja kielletyn teeman ollessa löyhemmin määritelty. Todistamiskiellot voidaan jakaa ehdollisiin ja ehdottomiin todistamiskieltoihin karkeasti sen mukaan, perustuuko kielto primaarisesti pe-

1170 Viljanen 2013, s. 150–151.
1171 Viljanen 2013, s. 151.
1172 Vastaavasti Ervo 2001, s. 417–419.

rus- ja ihmisoikeuksien suojan ydinalueelle vai enemmälti tiettyyn ammattiin tai tehtävään kiinnittyvään vaitiolovelvollisuuteen, jonka suojeluintressinä on luottamussuhde.[1173] Ehdottomat todistamiskiellot, jotka koskevat rikosasian vastaajan oikeudenkäyntiasiamiestä tai -avustajaa tai tulkkia (OK 17:13.2) ja rekisteröidyn uskonnollisen yhdyskunnan pappia (OK 17:16), ovat vahvimmin perus- ja ihmisoikeusperustaisia uskonnonvapauden, oikeusturvan ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten ja puolustautumisoikeuksien perusteella. Ehdottomat kiellot ovat ensisijaisesti todistuskeinokieltoja, mutta käsittävät osaltaan tietyn salaisuuden piirin, jolloin voidaan puhua teemakiellon luonteesta keinokiellon ohella. Ehdollisia puolestaan ovat riita- ja rikosasioiden sovittelijoita (OK 17:11.2 ja 3), muun kuin rikosasian vastaajan oikeudenkäyntiasiamiestä tai -avustajaa taikka tulkkia (OK 17:13.1), asianajajaa (OK 17:13.3) sekä lääkäriä ja terveydenhuollon muuta ammattihenkilöä (OK 17:14) koskevat todistamiskieltonormit, joista kolme viime mainittua kiinnittyvät eri tavoin perhe- ja yksityiselämän suojaamiseen. Oikeudellisilla asiantuntijapalveluilla on lisäksi kiinnityskohta elinkeinovapauteen liikesalaisuuden suojaamiseen näkökulmasta.

Ammattiin perustuvilla todistamiskielloilla suojataan henkilön luottamusta ammattiapuun, eikä niiden tarkoitus ole suojella ammattilaisen liikesalaisuutta, johon liittyvästä todistamiskiellosta säädetään erikseen. Ammattiin perustuva todistamiskielto asettaa papeille, lääkäreille tai muille terveydenhuollon ammattihenkilöille, sovittelijalle ja oikeudenkäyntiasiamiehelle tai -avustajalle sekä tulkille velvollisuuden kieltäytyä todistamasta. Luottamussuhteeseen perustuvat todistamiskiellot ovat käsitteellisesti ihmis- ja perusoikeusnormeihin palautuvia oikeuslauseita, joiden suojeluobjektina on yksityisen ihmisen salaisuuspiiri.[1174] Vaitiolovelvollisuus todistajana poistuu, mikäli henkilö tai taho, jonka hyväksi todistamiskielto on säädetty, suostuu todistamiseen.[1175] Huomionarvoista pappia, lääkäriä, virkamiestä ja oikeudenkäyntiavustajaa koskevissa todistamiskielloissa on se, että ne koskevat ainoastaan erityisasemaan kuuluvan vaitiolon tai salassapitovelvollisuuden piiriin koskevista seikoista todistelua. Kyseisessä asemassa toimiva henkilö on yhtä lailla kelpoinen todistamaan kuin kuka tahansa henkilö, eivätkä he nauti säädettyihin vaitiolovelvollisuusseikkoihin kuulumattomissa asioissa todistamiskiellon antamaa velvollisuutta vaieta. Kaikki mainitut säännökset ovat siten sekä todistuskeino- että todistusteemakieltoja.[1176]

---

1173 Esitysteknisistä syistä jaan tarkastelun siten, että käsittelen ensin ehdolliset luottamukselliseen asemaan perustuvat todistamiskiellot, jotka ovat kuvattavissa myös ammattiin perustuviksi todistamiskielloiksi. Tämän jälkeen käsittelen ehdottomat todistamiskiellot, koska rikosasian vastaajan avustajaa ja tulkkia koskeva kielto kiinnittyy perusteiltaan muuta oikeudenkäyntiasiamiestä ja -avustajaa tai tulkkia koskevaan ehdolliseen kieltoon, jolloin esitysjärjestyksellä vältetään toistoa.

1174 Hormia 1978, s. 212 ja Ervo 2001, s. 409–410.

1175 Virkamiehen osalta näitä erityisiä virkasalaisuuksiin perustuvia todistamiskieltoja on tarkasteltu systematiikan osalta lähinnä mainiten edellä jaksossa 8.3.

1176 Pölönen 2003, s. 184 ja Frände 1999, s. 347.

### *8.4.1 Ehdolliset todistamiskiellot*

*a. Sovittelu*

Sovitteluun liittyvä todistamiskielto OK 17:11.2 ja 3:ssa on yhdistetty todistusteema- ja todistuskeinokielto, minkä vuoksi on tarpeellista rajata henkilöpiiri, ketä kielto koskee. Sovittelusäännökset ovat tältä osin hyvin selkeitä, eikä tulkinnanvaraisuutta soveltamistilanteisiin ole havaittavissa. Sovittelua ja sovittelijaa koskeva todistamiskielto on mielenkiintoinen sen suojeluintressin osalta. Voisi ajatella, että kiellon taustalla on puhtaasti salaisuusperusteinen intressi, mutta tässä lyhyessä tarkastelussa ilmenee, ettei näin ole, vaan kyseessä on luottamussuhteeseen perustuva suojelutarve. Kieltojen mukaan sovittelija ei saa todistaa siitä, mitä hän on tehtävässään saanut tietää soviteltavasta asiasta. Kysymyksessä on siten ensisijaisesti keinokielto, eli sovittelija on kielletty todistuskeino, mutta kielletty teema on myös määritelty, eli kielto ei koske kaikkea sovittelijan todistamista. Sovittelijan saamia tietoja koskeva todistamiskielto kohdistuu sovittelijaan ja hänen sovittelutehtävässä soviteltavassa asiasta saamiinsa tietoihin. Tällöin kielto kiinnittyy enemmälti ammattiin tai tehtävään eli todistuskeinoon kuin teemaan, joka ei lopulta ole salaisuusluonteinen.

Kysymyksessä on velvollisuusperusteinen kielto, joka voidaan tuomioistuimen päätöksellä murtaa erittäin tärkeistä syistä.[1177] Todistamiskielto väistyy myös, jos vaitiololla suojeltu henkilö eli niin sanottu salaisuuden herra suostuu todistamiseen.[1178] Sovittelijan saamat tiedot koskevat riita-asioita, joita voidaan riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain (tuomioistuinsovittelulaki, 394/2011) mukaisesti sovitella, samoin kuin 3 momentin sovittelijan saamat tiedot koskevat rikosasioiden ja eräiden riita-asioiden sovittelusta annetussa laissa (sovittelulaki, 1015/2005) tarkoitettuja tietoja.

OK 17:11.2:ssa on kysymys niin sanotusta tuomioistuinsovittelusta riita-asioissa ja riitaisissa hakemusasioissa sekä tuomioistuinprosessin ulkopuolisen sovittelun johdosta tehdyn sovinnon vahvistamisesta. Tuomioistuinsovittelun piiriin voivat kuulua kaiken laatuiset asiat lukuun ottamatta lapsiasioista muita kuin lapsen elatusta tai lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta, jolloin sovittelijana toimii asiaa käsittelevän tuomioistuimen tuomari, joka voi käyttää avustajaa osapuolten suostumuksella.

> Lisäksi momentissa on kysymys tuomioistuinsovittelun ulkopuolisesta sovitteluprosessista, jossa riita-asiassa aikaansaadun sovinnon tuomioistuin

1177 Vrt. tuomioistuimen päätösneuvottelua koskeva ehdoton todistusteemakielto saman pykälän 1 momentissa.

1178 Tästä käsitteestä tarkemmin seuraavassa koskien oikeudenkäyntiasiamiestä, -avustajaa, tulkkia ja asianajajaa. Sovittelijan sovittelutehtävässä saadun tiedon todistamiskielto on säädetty lähtökohtaisesti molempien sovittelun osapuolten hyväksi, mikä tarkoittaa sitä, että tällöin molempien osapuolten suostumus vaadittaisiin todistamiskiellon väistymiseen osapuolten suostumusperusteella.

voi vahvistaa täytäntöönpanokelpoiseksi. Riidan kohde voi olla vain siviili- tai kauppaoikeudellinen asia, jossa sovinto on sallittu, eikä menettelyä voi käyttää lapsen elatusta tai lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa. Tällöin sovittelija on sovitteluun koulutettu henkilö, joka hoitaa sovittelutehtäviä joko yksityisesti tai sovittelupalveluja tarjoavan organisaation palveluksessa.

Todistamiskiellon kattava henkilöpiiri on siten varsin yksiselitteinen. Sen sijaan problematiikkaa yleisesti sovittelijaa koskevan todistamiskiellon alaisen asian salassapitoon aiheuttaa erilaisten sovittelujen melko julkinen luonne. Tuomioistuinsovittelun julkisuuden osalta sovelletaan soveltuvin osin, mitä YTJulkL:ssa säädetään, samoin kuin tuomioistuimen ulkopuolella tehtävän, tuomioistuimessa vahvistettavan sovinnon asiakirjoihin ja sovintosopimukseen. Tuomioistuinsovittelussa yleisö ei kuitenkaan saa olla läsnä tilaisuudessa, jossa sovittelija neuvottelee vain toisen osapuolen kanssa.[1179] Lisäksi tuomioistuinsovittelussa sovittelija tai sovittelijan avustaja ei saa ilmaista, mitä hän tehtävässään on saanut tietää soviteltavasta asiasta, jollei se, jonka hyväksi vaitiolovelvollisuus on säädetty, anna suostumustaan tietojen ilmaisemiseen.[1180] Tuomioistuinsovittelun sisällöstä voi siten tulla kuka tahansa yleisön jäsen tietoiseksi, mutta sovittelun sisältöä koskeva todistamiskielto koskee ainoastaan sovittelijaa, ei kolmatta henkilöä. Tästä on tehtävissä johtopäätös, ettei ensisijainen suojeluintressi sinänsä ole salaisuus vaan sovittelijan tehtävän luottamuksellisuus.

OK 17:11.3:ssa on kysymys rikosasioiden sovittelusta, jolla tarkoitetaan tuomioistuimen ulkopuolella tapahtuvaa sovittelua, jossa rikoksesta epäillyllä ja rikoksen uhrilla on mahdollisuus puolueettoman sovittelijan välityksellä pyrkiä omatoimisesti sopimaan toimenpiteistä asian hyvittämiseksi. Sovittelu voi kohdistua myös sellaisiin riita-asioihin, joissa ainakin yksi osapuoli on luonnollinen henkilö. Muu kuin rikokseen perustuvaa vahingonkorvausvaatimusta koskeva riita-asia voidaan kuitenkin ottaa soviteltavaksi vain, jos riita sen kohde ja asiassa esitetyt vaatimukset huomioon ottaen on vähäinen.[1181] Sovittelussa sovittelijalla tarkoitetaan tehtävään koulutettua henkilöä, joka hoitaa yksittäisiä sovittelutehtäviä sovittelutoimiston ohjauksen ja valvonnan alaisena. Sovittelijan ja sovittelutoimiston hallussa olevien asiakirjojen julkisuuteen sovelletaan julkisuuslakia. Kuitenkin sovittelutoimisto voi sovittelulain 20 §:n mukaan päättää tiedon antamisesta sovitteluun liittyvästä asiakirjasta, joka on sovittelijan tai sovittelutoimiston hallussa.[1182] Käytännössä siis

1179 Ks. tuomioistuinsovittelulaki 12 §, jonka mukaan myös sovittelu voidaan osapuolten pyynnöstä toimittaa yleisön läsnä olematta, jos luottamus sovittelun asianmukaisuuteen tai muu painava syy ei edellytä asian julkista käsittelyä.

1180 Ks. tuomioistuinsovittelulaki 13 §.

1181 Ks. sovittelulaki 1§.

1182 Sen estämättä, mitä JulkL 14 §:ssä säädetään, eli sovittelutoimisto voi disponoida jossakin määrin asiakirjajulkisuudesta.

kolmas henkilö voi saada haltuunsa sovittelua koskevan asiakirjan ja siten myös sovittelijaa velvoittavan todistamiskiellon piiriin kuuluvaa tietoa. Sovittelun osapuoli ei saa kuitenkaan asian myöhemmässä käsittelyssä ilman vastapuolen suostumusta vedota siihen, mitä tämä on sovintoon pääsemiseksi esittänyt sovittelussa, eli häntä koskee tiedon hyväksikäyttökielto. Täten myös rikosasian sovittelua koskevassa todistamiskiellossa suojeluintressi on tehtävän hoitamiseen liittyvä luottamuksellisuus eikä niinkään suojeltava salaisuus.

*b. Oikeudelliset asiantuntijat ja oikeudenkäyntiin liittyvät tehtävät*

Oikeudellisia asiantuntijapalveluja ja oikeudenkäyntiin liittyviä tehtäviä koskevat todistamiskieltosäännökset OK 17:13:ssä voidaan jakaa kolmeen, tässä järjestyksessä myös momentteina jaettuun, osaan: oikeudenkäyntiin liittyvään oikeudelliseen avustamiseen liittyvään ehdolliseen todistamiskieltoon, jossa murtamisperusteena on rikoksen ylitörkeys, rikosasian vastaajan oikeudenkäyntiasiamiehen, -avustajan tai tulkin ehdottomaan todistamiskieltoon oikeudenkäyntiin liittyvissä avustamistehtävissä ja asianajajan, luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan sekä julkisen oikeudenkäyntiavustajan ehdolliseen todistamiskieltoon yksityisen tai perheen salaisuudesta tai liikesalaisuudesta muussa kuin oikeudenkäyntiin liittyvässä tehtävässä, jossa murtamisperusteena ovat sekä rikoksen ylitörkeys että erittäin tärkeät syyt.[1183] Riittävän vakavan rikoksen käsittely murtaa siten vaitiolovelvollisuuden oikeudenkäynnissä kokonaan lukuun ottamatta syytetyn oikeudenkäyntiavustajaa tai -asiamiestä, jota koskevana todistamiskielto on ehdoton.[1184]

Oikeudenkäyntiavustajan salassapitovelvollisuus ja todistamiskielto takaavat asiakkaan oikeusturvaa, mutta myös palvelun riippumattomuutta. Ne ovat keskeinen osa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta.[1185] Tuomioistuin- ja viranomaiskäsittelyyn liittyvät tehtävät ovat vahvemmin suojattua kuin niihin liittymätön oikeudellinen tai taloudellinen neuvonta, joilla ei ole yhteyttä perustuslaissa tarkoitettuun asianmukaiseen käsittelyyn ja joille ei perustuslakiin nojautuen ole asetettu yleisen todistamisvelvollisuuden ja aineellisen totuuden selvittämisen syrjäyttävää luottamussuojaa.[1186] Asianajopalveluilla on kuitenkin vahva yhteys

1183 Kysymys kaikissa kielloissa on oikeudellisen avun luottamuksellisuuden turvaamisesta. Asianajosalaisuuden ulottuvuuden tulkinnallisista syistä käsittelen teemaa oman väliotsakkeen alla.

1184 Esko – Könkkölä 2004, s. 364.

1185 Ks. HE 309/1993 vp, s. 74. Oikeudenkäyntiasiamiehen tai -avustajan todistamiskielto pohjautuu PL 21 §:ssä tarkoitettuun oikeuteen saada asiansa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa asianmukaisesti käsitellyksi. Tarkemmin luottamuksellisuuden sisällöstä (PeVL 58/2002 vp, s. 2). Asianajajan riippumattomuudesta ja ammatinharjoittamisen asianmukaisuudesta EU-tuomioistuimen ratkaisutoiminnassa ks. C-309/99 (Wouters v. NOVA) sekä sidonnaisuudesta oikeusvaltioperiaatteeseen C-155/79 (AM & S Europe Limited v. Komissio) ja C-550/07 (Akzo Nobel Chemicals ja Akcros Chemicals v. Komissio ym.)

1186 Ks. esim. vanhasta oikeuskäytännöstä KKO 2003:119, siltä osin kuin korkein oikeus on katsonut, että todistamiskielto kattoi tiukan sanamuodon lisäksi tarkoituksensa vuoksi oikeudenkäynnin lisäksi myös muussa viranomaismenettelyssä avustamisen.

päämiehen oikeusturvan toteuttamiseen, vaikka toimeksianto ei liittyisi oikeudenkäyntiin. Asianajosalaisuutta koskeva todistamiskielto oikeudenkäyntiin liittymättömissä tehtävissä suojaa luottamusta ammattihenkilön toimintaan kiinnittyen yksityiselämän suojaan (PL 10 §) sekä ammatinharjoittamisoikeuteen (PL 18§). Oikeudenkäyntiavustajien ja asianajajien luottamukselliset neuvottelut on suojattu jo ennen EIS:een liittymistä, mutta vaitiolovelvollisuuden kattavuus ei ole ollut yhtä laaja kuin nykyisessä todistamiskieltosäännöksessä. Todistelu-uudistuksessa todistamiskielto laajennettiin kattamaan myös tietoja, jotka on saatu oikeudenkäyntiin liittyvän tehtävän hoitamisessa tai oikeudellisen neuvonnan yhteydessä oikeudenkäynnin käynnistämiseksi tai välttämiseksi.[1187]

Ensisijaisesti OK 17:13 on todistuskeinokielto, jossa kunkin momentin ulottuvuus kielletyn todistajan henkilöpiirin osalta on erilainen.[1188] Toissijaisesti ne ovat myös teemakieltoja, joiden perusteena on säädetty salassapito- tai vaitiolovelvollisuus, joskin kielletyn teeman ala muodostuu näiden ulottuvuuksien kautta melko laveaksi. Kielto sisältää suojatun henkilön eli niin sanotun salaisuuden herran disponointioikeuteen kiinnittyvän väistymisperusteen, jolloin velvollisuus kieltäytyä todistamasta väistyy suojatun nimenomaisella luvalla todistaa. Salaisuuden herralla tarkoitetaan tahoa, joka päättää siitä, kuuluvatko tietyt asiat todistamiskielloksi määritellyn vaitiolo- tai salassapitovelvollisuuden piiriin.[1189] Lähtökohtaisesti tuomioistuin tekee ratkaisun todisteen hyödyntämisestä, mutta koska todistamiskielloilla tarkoitetaan sekä hankkimis- että esittämiskieltoja, on esitutkintaviranomainen tutkinnan ja siten aineiston hankkimisen vaiheessa käytännössä salaisuuden herra tehdessään takavarikkopäätöksen todistamiskiellolla suojatun ammattihenkilön aineistoa takavarikoidessaan.[1190] Muutoin salaisuuden herra on yleensä avustajan päämies.

---

1187 Kuitenkin muualla lainsäädännössä oli asetettu pidemmälle ulottuvia kieltoja. Ks. HE 46/2014 vp, s. 68. Alkujaan oikeudenkäyntiavustajan todistamiskielto rajattiin koskemaan vain puolustusta ja oikeudenkäyntiä varten annettuja tietoja. Vuonna 1948 OK:n todistelusäännösten uudistamisen yhteydessä säädettiin avustajan todistamiskielto muillekin kuin syytetyn puolustajalle tietyissä rikosasioissa. Myöhemmin ETL:n ja PKL:n viittaussäännöksiin sisällytettiin OK 17 luvun todistamiskieltosäännökset, joiden mukaan oikeudenkäyntiavustajan tai asianajajan luottamuksellisia tietoja ei saa paljastaa esitutkinnassa tai kuulusteluissa. Ks. aiemmasta sääntelystä tarkemmin Fredman 2018, s. 423–424.

1188 Ks. todistamisvelvollisuuden ja -kiellon välisestä suhteesta asianajajan osalta esim. Peltonen 2001.

1189 Salaisuuden herraa koskevalla problematiikalla on käytännön merkitystä erityisesti oikeudenkäymiskaareen liitännäisissä salassapitosäännösten soveltamistilanteissa. Lähtökohtaisesti päämies on asianajosalaisuuksissa salaisuuden herra, mutta mikäli päämies ei suostu salassapitovelvollisuudesta poikkeamiseen, tai häneltä ei suostumusta voida saada vajaavaltaisuuden tai menehtymisen vuoksi, päätäntävalta siirtyy tuomioistuimelle. Ongelmana tuomioistuimen päätöksenteossa on se, ettei tuomari voi yleensä tehdä ratkaisua ilman, että salassa pidettävä seikka samalla paljastuisi. Takavarikkotilanteessa PKL puolestaan näyttää antavan pakkokeinosta päättävälle viranomaiselle vallan päättää todisteen hankkimisesta. Oikeuskirjallisuudessa on ehdotettu, että päätäntävalta siirtyisi tuomioistuimelle aina silloin, kun tiedon esittämistä vaatii muu viranomainen jonkin erityislain perusteella. Tästä tarkemmin ks. Esko – Könkkölä 2004, s. 367–368.

1190 Ks. asianajotoimistoon kohdistuvan takavarikon osalta Pölösen artikkeli (Pölönen 2002), jossa hän argumentoi tuomioistuimen salaisuuden herruuden puolesta yhtyen Eskon ja Fredmanin kannanottoihin (Esko 1986, s. 21 ja 31; Fredman 2002, s. 73–74).

OK 17:13.1:n mukaan oikeudenkäyntiasiamies, oikeudenkäyntiavustaja tai tulkki ei saa ilman lupaa todistaa siitä, mitä hän on saanut tietää oikeudenkäyntiin liittyvää tehtävää hoitaessaan, antaessaan oikeudellista neuvontaa joko ennen oikeudenkäyntiä päämiehen oikeudellisesta asemasta tai oikeudenkäynnin käynnistämiseksi tai välttämiseksi. OK 15:17:ssä on vastaavan laajuinen rikosvastuulla sanktioitu yleinen yksityisen tai perheen salaisuuden ja liikesalaisuuden salassapitovelvollisuus. Se vastaa teeman osalta sanamuodoltaan oikeudenkäyntiin liittymättömään toimeen kiinnittyvää asianajosalaisuuden käsitettä ja on johdonmukaisesti tulkittava kattavan samanlaatuisen salaisuuksien piirin.

Todistamiskiellon asiallinen ulottuvuus kattaa tiedot, jotka liittyvät päämiestä koskevaan esitutkintaan tai oikeudenkäyntiin, jolloin tiedon saannilla on oltava myös ajallinen yhteys oikeudenkäyntiin.[1191] Vaikka kiellon ulottuvuus kiinnittyy päämiessuhteeseen, tarkastelussa ei voi tukeutua pelkästään päämiehen käsitteeseen, koska se koskee myös muilta tahoilta kuin päämieheltä saatuja tietoja, jos ne liittyvät oikeudenkäyntitoimeksiannon hoitamiseen.

> Tiukasti tulkittuna päämiessuhde tarkoittaisi sitä, että ainoastaan sellaista avustajaa, jonka kanssa toimeksiantosopimus on syntynyt, koskisi todistamiskielto, jolloin soveltamisalan ulkopuolelle jäisivät asiakkaat, jotka ovat omassa asiassaan antaneet tietoja avustajalle, mutta joiden kanssa ei lopulta toimeksiantosopimukseen päästy. Tällainen supistava tulkintatapa päämiehen henkilöstä ei toteuta oikeudellisen avun luottamuksellisuutta, minkä vuoksi tiukasti sanamuodon mukainen tulkintatapa ja käsitys päämiehestä vain toimeksiantosopimuksen tehneenä henkilönä on hylättävä. Myös toimeksiantosuhteen päättyminen kesken prosessin tarkoittaa päämiessuhteen päättymistä, eikä tällaisessakaan tilanteessa ole mahdollista velvoittaa entistä avustajaa todistamaan.[1192] Päämies-käsitettä täytyy siksi tulkita laajentavasti.

Todistamiskiellon alaan kuuluvaa henkilöpiiriä avustajan ja asiamiehen osalta ei ole rajattu asianajajiin, lupalakimiehiin tai julkisin oikeusavustajiin, kuten kolmannessa momentissa, vaan kuka tahansa OK 15:2:ssä säädetty, joka ajaa toisen henkilön asiaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaismenettelyssä, kuuluu kiellon piiriin. Kuitenkin todistamiskiellon käyttöpiiri henkilöllisessä suhteessa määräytyy asiallisen yhteyden kautta ja poikkeaa siten terveydenhuollon ammattihenkilön tai papin todistamiskiellon kattamasta henkilöpiiristä, jotka ovat lähtökohtaisesti rajat-

1191 Tai sen välttämiseen. Ks. esim. C-155/79 AM & S Europe Limited v. Komissio (kohdat 34–35), jossa edes pitkä aikaväli kirjeenvaihdon ja oikeudellisen menettelyn välillä ei riittänyt kumoamaan asiallista ulottuvuutta, kun kysymys oli nimenomaan asianajajasta, eikä muusta oikeudellisesta avustajasta.

1192 Tämä perustuu jäljempänä käsiteltävään OK 17:23.5:n, jonka mukaan "*noudatettakoon, vaikkei todistaja enää ole siinä asemassa, jossa hän on saanut tiedon todistettavasta seikasta.*" Eskon (1986, s. 15) mukaan salassapitovelvollisuus ei vanhene.

tuja vain tietyn pätevyyden ja julkisen valvonnan alaisiin ammatinharjoittajiin.[1193]

Todistamiskielto on voimassa kaikissa oikeudenkäynneissä, ei ainoastaan siinä, jonka hoitamiseksi, valmistelemiseksi tai välttämiseksi tiedot on annettu. Mikäli juridisella neuvonnalla ei ole liityntää oikeudenkäyntiin, ensimmäinen momentti ei sovellu. Tällöin on loogista, että ensimmäisen momentin soveltamisala menettelyiden suhteen on sanamuodon mukaisesti määritelty, eikä sitä ole syytä laventaa pidemmälle, koska muita menettelyjä suojaa kolmas momentti.

Olennaista kiellon ulottuvuuden näkökulmasta on määritellä, mitä oikeudenkäynnillä tarkoitetaan. OK 17:13.1:ssa tarkoitettu oikeudenkäynti-käsite määritellään laajasti ottaen huomioon EIT:n näkemys tosiasiallisen tuomionvallan käyttämisestä.[1194] Tällöin se sisältää rikos- ja riitaoikeudenkäynnit sekä hallintotuomioistuinten ja välimiesmenettelyn prosessit. Tulkinta ulottuu myös muihin tuomioistuinlaissa (673/2016) mainittuihin oikeudenkäynteihin erityistuomioistuimissa, kuten työtuomioistuimessa, markkinaoikeudessa, vakuutusoikeudessa ja valtakunnanoikeudessa.[1195] Vuorenpään mukaan ongelmallista on, että tosiasiallisen tuomiovallan käyttämisen määritelmään kuuluu muitakin elimiä kuin mainittuja tuomioistuimia. Vuorenpää on kuitenkin päätynyt OK 17:13.1:n osalta soveltamisalassa sanamuodon mukaisuuden perusteella siihen, että tällaiset muut instituutiot menettelyineen eivät kuulu soveltamisalan piiriin.[1196] Soveltamisalassa eroja on tosiasiassa ensimmäisen momentin sisällä eri kohdissa, koska 1 kohta kattaa mainitut oikeudenkäynnit ja välimiesmenettelyn, 2 kohta käytännöllisesti katsoen rikosasian esitutkintavaiheen ja 3 kohta kaiken juridisen neuvonnan, jolla on liityntä odotettavissa oleviin oikeudenkäynteihin.[1197]

---

1193 Ks. KKO 2003:119.

1194 Ks. EIT:n omaksumasta tuomioistuinkäsitteestä tarkemmin Pellonpää ym. 2018, s. 527–528, jonka mukaan tuomioistuin tarkoittaa laillisuuskontrollia käyttävää elintä, jollainen tyypillisesti on viralllisesti tunnustettu oikeuselin, mutta myös muut elimet voivat toimia tuomioistuimen kaltaisessa roolissa. Ks. esim. Mozer v. Moldova ja Venäjä (23.2.2016) kohdat 136–141, jonka nojalla tällaisia ovat elimet, jotka toimivat kansallisen lainsäädännön mukaisesti ja joiden rakenteessa ei ole sellaista elementtiä, joka asettaisi kyseenalaiseksi elimen riippumattomuuden ja puolueettomuuden tai tuomareiden subjektiivisen ja objektiivisen puolueettomuuden.

1195 Vuorenpää 2020, s. 32.

1196 Esimerkiksi erilaiset lautakunnat voivat kuulua määritelmään, tosin riippuen siitä, antavatko ne vain ratkaisusuosituksia vai käytävätkö tosiasiallista tuomiovaltaa. Vuorenpää 2020, s. 34–35 ja 45. Ks. asianajajan oikeudenkäyntiavustajan tehtävään kiinnittyvän todistamiskiellon ja asianajosalaisuuden piiriin kuuluvan todistamiskiellon soveltamisalasta eri prosesseissa Ilveskero 2017, s. 239–248. Ilveskero (2017, s. 248) on nostanut esiin, että riita-, rikos- ja hallintolainkäyttöön liittyvä todistamiskielto on selkeä, mutta hallinnollisten viranomaisten tiedonsaanti- ja tarkastusoikeuksia koskeva sääntely, joka voi mahdollistaa pääsyn asianajajan ja asiakkaan väliseen yhteydenpitoon, ei ole yhtä selkeää. Ilveskeron mukaan suojan tulisi olla vähintään samalla tasolla, tarjoten samanlaista suojaa ja tehokkaita oikeussuojakeinoja kuin esitutkinnassa ja lainkäytössä.

1197 Ks. Vuorenpää 2020, s. 36, joka toteaa, että esitutkinnan lisäksi Suomessa ei ole muita oikeudenkäyntejä edeltäviä käsittelyvaiheita, koska valmisteluistunnot ovat osa oikeudenkäyntiä.

Korkein hallinto-oikeus on ratkaisussa KHO 2016:127 arvioinut muun muassa todistamiskieltoa koskevista säännöksistä ilmeneviä periaatteita asiassa, jossa se päätyi siihen, että verokonsultointia harjoittava yhtiö ei ollut velvollinen luovuttamaan asiakkaansa toimeksiannosta laatimaansa verotusta koskevaa muistiota Verohallinnolle. Ratkaisun perusteluissa viitataan muistion antamisvelvollisuuden osalta ainoastaan yleisesti todistamiskieltoa koskevien oikeudenkäymiskaaren säännöksiin sisältyvien periaatteiden vastaisuuteen, mutta perusteluista eri mieltä olleen neuvoksen perusteluissa todistamiskiellon ulottuvuutta on arvioitu tarkemmin.[1198] Eri mieltä oleva neuvos katsoi, että verotukseen liittyvää neuvontatoimintaa ei ole syytä yleisesti rinnastaa oikeudenkäyntiavustajana toimimiseen, mutta todistamiskielto on mahdollista ulottaa oikeudenkäyntiä edeltävään käsittelyvaiheeseen.[1199] Mielestäni eri mieltä olleen neuvoksen perustelu todistamiskieltosäännöksen soveltamisalasta on oikeellisempi kuin ratkaisun yleisluonteinen kannanotto.

*c. Asianajosalaisuudesta*

OK 17:13.3:ssa säädetään todistamiskiellosta tilanteessa, jossa asianajaja, lupalakimies tai julkinen oikeusavustaja[1200] on saanut tiedon yksityisen tai perheen salaisuudesta taikka liikesalaisuudesta oikeudenkäynnin ulkopuolisessa asiassa, jolloin kysymys on tiedonsaannista muussa kuin oikeudenkäyntiin liittyvässä toimeksiannossa.[1201] Todistamiskiellon murtamisperusteena on ylitörkeiden rikosten

1198 Eri mieltä ollut neuvos on katsonut verokonsultointia harjoittaneen yhtiön voivan tarjota samanlaista oikeudellista neuvontaa kuin oikeudenkäyntiavustaja, jolloin sitä koskee todistamiskielto samoin kuin KKO 2003:119 perusteluissa on lausuttu. Vastaavasti ulottuvuudesta tilitoimistoilla oleviin tietoihin ks. KKO 2017:40, jossa korkein oikeus on muun muassa ottanut kantaa perusteluissaan siihen, suojasiko tilitoimistoa vastaava salassapitosäännös ja siihen perustuva todistamiskielto kuin oikeudenkäyntiasiamiestä ja -avustajaa. Ratkaisussa korkein oikeus totesi, että ”*tilitoimistoon suoritettava etsintä eroaa lähtökohdiltaan esimerkiksi asianajotoimistoon suoritettavasta etsinnästä. Tilitoimiston kohdalla ei yleensä ole etukäteen yhtä selvää, että etsintä kohdistuu oikeudenkäyntiasiamiehen tai -avustajan tehtäviä hoitavan tahon salassapitovelvollisuuden alaiseen tietoon.*” Korkein oikeus katsoi kuitenkin, että tietyissä tilanteissa tilitoimisto voi ydintehtäviensä ohessa hoitaa oikeudenkäyntiasiamies- ja avustajatoimintaan kuuluvia toimeksiantoja, joiden osalta todistamiskielto voi tulla kysymykseen.

1199 Eri mieltä oleva jäsen perusteli asiaa seuraavasti: ”*hallintolainkäytön kannalta tarkasteltuna avustamiseen tuomioistuinvaihetta edeltävässä hallintotoiminnassa ja myös sellaiseen toimintaan, joka tähtää verovelvolliseen kohdistuvan viranomaismenettelyn välttämiseen [– –] Tällaiselta neuvonnalta on edellytettävä, että se on luonteeltaan oikeudellista eli sen tulee perustua verovelvollisen oikeudellisen aseman arvioimiseen. Neuvonnalla on lisäksi oltava riittävä yhteys verovelvolliseen kohdistuvaan erityiseen viranomaiskäsittelyyn, kuten verotarkastukseen, valmistautumiseen tai sen välttämiseen.*”

1200 Käytän jatkossa yksinkertaisuuden vuoksi käsitettä asianajaja asianajosalaisuuden määrittämän todistamiskiellon piiriin kuuluvista ammattihenkilöistä.

1201 Ks. HE 46/2014 vp, s. 69–70, jonka mukaan momenttia olisi tulkittava yhdenmukaisesti EUT:n ratkaisun C-550/07 (Akzo Nobel Chemicals ja Akcros Chemicals v. Komissio ym.) kanssa, jossa tuomioistuin totesi, että asianajosalaisuuteen ei voi vedota silloin, jos kysymys on todistelusta asiassa, jossa osapuolina ovat asianajaja ja yritys, johon hän on palvelussuhteessa.

lisäksi myös erittäin tärkeiden syiden olemassaolo, eli oikeudenkäyntiin liittymätön salaisuus ei olekaan niin suojattu.

Todistamiskiellon tulkinnassa keskeistä on tarkastella asianajosalaisuuden sisältöä ja ulottuvuutta, koska todistamiskiellon perusteena oleva vaitiolovelvollisuus kulminoituu asianajosalaisuuteen kattaen kaikenlaisen juridisen neuvonnan.[1202] Päämiehen ja asianajajan välinen luottamussuhde velvoittaa asianajajan pitämään salassa toimeksiantosuhteeseen liittyvät asiat.[1203] Asianajosalaisuus ilmaistaan asianajajista annetussa laissa (AAL, 496/1958) 5 c §:ssä, jonka mukaan asianajaja ei saa luvattomasti ilmaista yksityisen tai perheen salaisuutta taikka liikesalaisuutta, josta hän tehtävässään on saanut tiedon.[1204] Vastaavasti kuin OK 15:17:ssä, salassapitovelvollisuuden rikkominen on kriminalisoitu. Asianajosalaisuus koskee asianajajien lisäksi niin sanottuja lupalakimiehiä luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista annetun lain (lupalakimieslaki, 715/2011) 8.1 §:n 4 kohdan sekä julkisia oikeusavustajia valtion oikeusapu- ja edunvalvontapiireistä annetun lain (477/2016) 8 §:n mukaisesti.[1205]

> Asianajotoimintaa koskevaa salassapitovelvollisuutta AAL 5 c §:n lisäksi koskevat Asianajajaliiton kansalliset tapaohjeet ja EU:n asianajajaliittojen neuvosto CCBE:n määräykset, kun taas OK 17:13.3:ssa säädetty todistamiskielto käsittää ainoastaan todistamisen oikeudenkäynnissä mutta toisaalta koskee myös muita kuin asianajajia.[1206] Asianajajaa koskevat muut salassapitosäännökset kuin asianajosalaisuus eivät ohita oikeudenkäymiskaaren säännöksiä, vaikka niiden antama suoja olisi korkeampi.[1207]

Hopun mukaan todistamiskieltoon tehtävät poikkeukset määrittävät asianajajan salassapitovelvollisuuden rajat, sillä todistaminen on ensisijainen peruste asianajosalaisuuden ilmaisemiselle.[1208] Todistamiskiellon kannalta olennaista on, että tietoa

---

1202 Asianajajan todistamiskiellosta oikeudenkäynnissä ja suojan ulottuvuudesta ennen todistelu-uudistusta ks. Peltonen 2005, s. 216–218 ja Peltonen 2012, s. 142–143.

1203 Kyseessä on laajempi käsite kuin asianajajan velvollisuus pidättäytyä todistamasta ilman asiakkaan suostumusta tai hänen kirjeenvaihtonsa ja asiakirjojensa nauttima suoja. Ks. erilaisista suojasäännöksistä tarkemmin Huhtamäki 2000, s. 494–496.

1204 Ks. AAL 5 c §:n sääntelytaustasta ja asianajajan vastuuperusteista Peltonen 2016, s. 319–328.

1205 Julkista oikeusavustajaa koskee velvollisuus noudattaa hyvää asianajajatapaa, mihin myös asianajosalaisuus sisältyy. Valtion oikeusapu- ja edunvalvontapiireistä annettu laki on kumottu 1.1.2025 voimaan tulevalla Oikeuspalveluvirastosta annetulla lailla (1133/2023), jonka 10 §:ssä on vastaava säännös.

1206 Ks. tapaohjeiden merkityksestä tulkinnassa Fredman 2017, s. 227 ja tapaohjeiden perus- ja ihmisoikeusliitynnästä Esko 2017, s. 168–169.

1207 Ks. yleisesti tapaohjeiden luonteesta oikeusnormina ja etusijajärjestyksestä Keränen 2024, s. 319–323 ja 347–358.

1208 Ks. Hoppu 2021, s. 752, jonka mukaan AAL 5 c §:n sekä todistamiskieltoa (OK 17:13) ja oikeudenkäyntiasiamiehen yleistä salassapitovelvollisuutta (OK 15:17) koskevien säännösten tulisi tulkita antavan asianajajan toiminnalle pääpiirteittäin samanlaisen suojan. OK 15:17:n osalta ks. HE 46/2014 vp s. 45.

ei saa ilmaista luvattomasti. Asiakkaan lupa, pyyntö tai hyväksyntä määrittää, voiko asianajaja jakaa tietoja, eikä asianajajalla itsellään ole disponointioikeutta tiedonantoon.[1209] Jos asiakas antaa luvan, asianajajalla ei ole myöskään harkintavaltaa tiedon antamisesta. Vastaavasti asianajaja voi tällöin todistaa oikeudenkäynnissä asiakkaan asioista.[1210]

Asianajosalaisuuden laajuuden ymmärtämiseksi on tarkasteltava varsinaisen asianajosalaisuuden ilmaisua "*yksityisen tai perheen salaisuus*", joka on riippumaton mainitusta liikesalaisuudesta. Sen sisältö on jätetty tarkemmin avaamatta, mikä on perusteltu ratkaisu ottaen huomioon asianajajan ja päämiehen vahvan luottamuksellisen suhteen.[1211] Selvää on, että asianajajan oman liiketoiminnan salaisuus on liikesalaisuus, jolloin todistamiskieltosäännöksenä soveltuu OK 17:19. Todistamiskielto asianajosalaisuuden perusteella ulottaa kiellon asiakkaan liikesalaisuuteen.[1212]

Asianajosalaisuuden käsittämä yksityinen tai perheen salaisuus voi olla lähes mikä tahansa henkilön tai hänen perheensä taloutta, terveydentilaa, ihmissuhteita tai muuta sellaista asiaa koskeva seikka, joka ei ole yleisesti tiedossa.[1213] Seikka, joka on yleisesti tiedossa, ei täytä salaisuuden määritelmää. Kysymys on salaisuuden objektiivisesta kriteeristä. Tulkinta siitä, milloin jokin tosiasia on yleisesti tiedossa, voi olla ongelmallinen. Toisaalta juuri asianajajan todistelun ei pitäisi olla tällöin tarpeellista, vaan todistelua voitaneen esittää muilla keinoilla. Fredman onkin katsonut, että asianajosalaisuus voi olla myös julkinen tieto, joka on saatavilla muista lähteistä.[1214] Salaisuusluonne edellyttää myös sitä, että tiedon suojaamisesta on salaisuuden herralle hyötyä, miltä osin kysymys on salaisuuden subjektiivisesta kriteeristä.[1215]

---

1209 Ks. lupakäsitteestä tarkemmin Fredman (2017, s. 222 ja 224), jonka mukaan annetun luvan on oltava siviilioikeudellisesti pätevä. Vastaava tulkinta luvan käsitteestä koskisi myös OK 17:13.1:ssä säädettyä.

1210 Fredman 2018, s. 427.

1211 Yksityisen ja perheen salaisuuden sekä liikesalaisuuden käsitteistä tässä kontekstissa ks. Esko – Könkkölä 2004, s. 356. Liikesalaisuus käsittää jaksossa 8.2.2 tarkoitetun liikesalaisuuden, jonka aiemman sanamuodon mukainen käsite oli liike- ja ammattisalaisuus. Eskon (2008, s. 57) mukaan liikesalaisuus ei saa yhtä ehdotonta suojaa oikeudenkäynnissä kuin asianajajan salassapitovelvollisuus. Näin on siitä näkökulmasta, että asianajajalle on asetettu velvollisuus kieltäytyä todistamasta, kun taas liikesalaisuutta koskeva todistamiskielto perustuu vaitiolo-oikeuteen. Toisaalta asianajosalaisuutta koskevalla todistamiskiellolla on liikesalaisuutta koskevaa todistamiskieltoa laajemmat murtamisperusteet. Asialla ei kuitenkaan ole käytännöllistä merkitystä, koska asianajaja toimeksiannossaan on saanut muun tahon liikesalaisuuden oikeutetusti haltuunsa, jolloin häntä koskee myös OK 17:19. Ks. lojaalisuudesta asianajosuhteessa tarkemmin esim. Pursiainen 2001, s. 31–32.

1212 Aiemmassa oikeuskirjallisuudessa, ennen liikesalaisuuslakia, todistelu-uudistusta ja AAL:n asianajosalaisuuden käsitteen uudistamista, salaisuuden laajuudesta on ollut merkitsevää erimielisyyttä. Esimerkiksi Castrén (1973, s. 10) on argumentoinut asianajosalaisuuden varsin suppeasti koskemaan ainoastaan asianajajan liikesalaisuudeksi luokiteltavaa seikkaa, mitä näkemystä Esko ja Könkkölä (2004, s. 356–357) ovat pitäneet virheellisenä.

1213 Ks. HE 94/1993 vp, s. 242 ja KKO 2003:119.

1214 Fredman 2018, s. 431.

1215 Ks. asianajosalaisuuden määritelmästä laajemmin Vuorenpää 2020, s. 46–52 ja Hoppu 2021, s.

Käytännössä asianajosalaisuus kattaa kaikki päämiehen asianajajalle ilmaisemat tiedot.[1216] Lisäksi se koskee muiltakin kuin päämieheltä itseltään saatuja tietoja.[1217] Perheellä voidaan käsittää OK 17.17.1:ssa säädetty läheispiiri, mutta tällaisella määrittelyllä ei ole erityisen suurta merkitystä, koska asianajosalaisuus ulottuu "*yksityisen*" kautta sanamuodon mukaisesti myös kolmannen henkilön salaisuuksiin. Keinolla, jolla asianajaja on saanut salaisuuden tietoonsa, ei ole merkitystä, vaan asianajaja on voinut saada tiedon joko päämieheltä suoraan, juttua tutkiessaan tai muutoin tehtäväänsä liittyen. Sanamuotoa "*tehtävässään*" voi tulkita kattamaan asianajajan tehtävä, ei pelkästään kyseisen päämiehen toimeksiantoon liittyvä tehtävä.[1218]

AAL 5 c §:ssä ei oteta kantaa siihen, kenen salaisuudesta on kyse, eikä sanamuoto siten estä tulkintaa siitä, että se koskee paitsi päämiehen, myös kolmannen henkilön salaisuuksia.[1219] Asianajajan salassapitovelvollisuuden henkilöllinen ulottuvuus rinnastuu todistamiskiellon piiriin, joten todistamiskielto kattaa kaikkien tahojen salaisuudet.[1220] Tällöin asianajosalaisuus voi koskea myös asiakkaan vastapuolen ja todistajan salaisuuksia, jolloin saattaa olla niin, että vastapuoli onkin salaisuuden herra.[1221] Tällöin lupa todistamiselle on saatava häneltä.[1222]

Todistelu-uudistus on vaikuttanut siihen, miten AAL 5 c §:ää tulisi tulkita, ja aikaisemmat korkeimman oikeuden kannanotot ovat menettäneet merkityksensä oikeuslähteenä siltä osin, kuin niissä on otettu kantaa todistamiskiellon laajuu-

747–748, joista nostona se, että salaisuudenhaltijan subjektiivinen käsitys siitä vahingoittaako tiedon paljastaminen häntä, ei riitä, vaan asiasta on oltava myös objektiivinen arvio.

1216 Hoppu 2021, s. 747. Vrt. Esko (2008, s. 57), jonka mukaan asianajajan salassapitovelvollisuuden piiriin kuuluisivat vain päämiehen salassa pitämät asiat, joiden ilmaisemisesta voisi aiheutua päämiehelle haittaa tai vahinkoa.

1217 Fredmanin (2018, s. 428) mukaan, jos kolmas henkilö kertoo asianajajalle asiakasta koskevan tiedon vapaa-ajalla, on sekin todistamiskiellon piirissä.

1218 Vrt. Hallituksen esitys (HE 94/1993 vp, s. 242), jonka mukaan "*Säännöksestä ilmenee, että tällaisen seikan on tultava asianajajan tai hänen apulaisensa tietoon hänen toimeksiantonsa yhteydessä, joten asianomaisen muussa kuin tehtävässään saama tällainen salaisuus ei kuuluisi salassapitovelvollisuuden piiriin*."

1219 Hopun (2021, s. 748–749) mukaan, vaikkei kolmannen tahon ja asianajajan välillä ole sellaista luottamussuhdetta, jota asianajosalaisuudella suojataan, AAL 5 c §:ää voidaan tulkita laajasti siten, että salassapitovelvollisuus kattaa kaikkien tahojen salaisuudet, jotka asianajaja on saanut tietoonsa. Mikäli asianajajan salassapitovelvollisuus olisi soveltamisalaltaan todistamiskieltoa suppeampi, kolmatta tahoa koskevasta salaisuudesta todistaminen olisi kiellettyä, mutta sen saisi muutoin paljastaa ilman sanktiouhkaa.

1220 Hoppu 2021, s. 756–757 ja Fredman 2017, s. 222 ja 224. Ks. kolmannen salaisuuksista ennen todistelu-uudistusta Peltonen 2012, s. 136–137 ja oikeudenkäynnissä s. 142–143, jonka osalta Peltonen on esittänyt, että kolmannen salaisuus voidaan suojata asianajajan esteellisyyden ja asiakirjojen salaamisen avulla sekä järjestämällä tuomioistuinkäsittely suljetuin ovin. Ylönen (2018, s. 88) on katsonut todistelu-uudistuksen jälkeen, että AAL 5 c §:ssä säädetty salassapitovelvollisuus koskee ainoastaan tietoja, jotka päämies on hänelle uskonut.

1221 Vuorenpää 2020, s. 30–31.

1222 Ks. HE 46/2014 vp, s. 69.

teen.[1223] VanhOK 17:23.1:n 4 kohtaa, jossa kiellosta säädettiin, tulkittiin siten, että vaitiolovelvollisuus koskee vireillä tai odotettavissa olevaan oikeudenkäyntiin liittyviä seikkoja eikä yleistä oikeudellista neuvontaa. Ratkaisujen KKO 2003:119 ja KKO 2003:137 mukaan vaitiolovelvollisuus todistajana on suppeampi kuin vaitiolovelvollisuus oikeudenkäynnin ulkopuolella.[1224] Ratkaisussa KKO 2003:137 asianajajan todistamiskiellon katsottiin rajautuvan ainoastaan päämiestä koskeviin tietoihin, mihin asianajajan havainnot päämiehen kanssaepäillystä eivät kuuluneet.

> Ratkaisussa KKO 2003:137 oli kysymys siitä, oliko asianajajalla oikeus kieltäytyä esitutkinnassa todistamasta asiassa, jossa hänen päämiehensä kanssa samasta rikoksesta epäilty henkilö oli esittänyt asianajajalle uhkauksia päämiestä vastaan. Korkein oikeus katsoi, että asianajajan vaitiolovelvollisuus ulottui kyseiseen keskusteluun, jossa uhkaus oli annettu, mutta asianajajalla ei silti ollut oikeutta kieltäytyä todistamasta asiassa siltä osin kuin asianajaja ilmaisee itse kokemansa, muun kuin päämiehensä hänelle asian ajamiseksi uskotun seikan riippumatta siitä, antaako päämies suostumusta todistamiselle. Todistusteema ei koskenut päämiestä ja siten loukannut luottamuksellista asianajosuhdetta.

Ratkaisussa KKO 2003:119 muutettiin aiemmin vallinnutta käsitystä siitä, että asianajajan salassapitovelvollisuus ja todistamiskielto tarjoaisivat vastaavan laajuisen suojan.[1225] Tehdyn tulkinnan mukaan asianajajan salassapitovelvollisuus on nimenomaisesti tarkoitettu todistamiskieltoa laajemmaksi.[1226]

> Ratkaisussa KKO 2003:119 oli kysymys esitutkinnassa epäillyn hallusta takavarikoiduista asiakirjoista, jotka liittyivät törkeästä velallisen petoksesta epäillyn ja hänen espanjalaisen asianajajansa aikaisempaan toimeksiantoon. Korkein oikeus katsoi, että asiakirjat, jotka törkeästä velallisen petoksesta epäillyn hallusta oli esitutkinnassa takavarikoitu ja jotka liittyivät hänen ja hänen espanjalaisen asianajajansa aikaisempaan toimeksiantoon ja koskivat

1223 Hoppu 2021, s. 753–754.

1224 Viljasen (2013, s. 152) mukaan näin kuuluu ollakin, mutta kannanotossa on kysymys todistelu-uudistusta edeltävästä epäselvästä oikeustilasta, jossa ei ollut tarkkaa säännöstä siitä, mihin seikkoihin velvollisuus ulottuu. Vrt. Hormia (1979, s. 111) ja Esko (1986, s. 20), jotka ovat ennen kyseisiä ratkaisuja katsoneet, että asianajosalaisuuden ulottuvuus on syytä tulkita sekä henkilöllisesti että asiallisesti jokseenkin laajentavasti. Ks. tulkintatavan problematiikasta Peltonen 2005, s. 218 ja 229–230 sekä Esko 2008, s. 65–66.

1225 Ks. ratkaisua edeltävästä tulkinnasta Ylöstalo – Tarkka 2001, s. 99.

1226 Näin ratkaisun merkitystä tulkintatapaan ovat kommentoineet myös Virolainen (2003, s. 486) ja Viljanen (2012, s. 627–628). Myöskään Eskon (2008, s.71) mukaan todistamiskielto ei vastaa salassapitovelvollisuuden ulottuvuutta. Vrt. Hoppu 2021, s. 751–754. Asianajajan salassapitovelvollisuuden merkityksestä ks. Esko 1986, s. 8–10 ja Ebervall 2002, s. 87–88.

erilaisia varallisuusjärjestelyjä, eivät sisältäneet VanhOK 17:23.1:n 4 kohdassa tarkoitetulla tavalla asian ajamista varten uskottuja tietoja, eikä estettä asiakirjojen takavarikoimiseen ja todisteena käyttämiseen ollut.[1227] KKO katsoi, että todistamiskielto koski vain asioita, jotka asiamies on saanut tietoonsa oikeudenkäyntiä tai muuta viranomaismenettelyä hoitaakseen. Korkein oikeus katsoi aineellisen totuuden selvittämisen intressin suuremmaksi kuin todistamiskiellon sanamuotoa laajentavan tulkinnan taustalla olevat intressit. Tällaisessa tulkinnassa ongelmallista on erottaa oikeudenkäyntiä varten annetut tiedot asiakkaan antamista muista tiedoista.[1228] KKO totesi, että todistamiskielto koskee kaikkia oikeudenkäyntiasiamiehiä ja -avustajia samansisältöisenä ja että todistamiskiellon AAL:n mukainen tulkinta salassapidolle laajentaisi kiellon koskemaan käytännössä kaikkia asianajajan saamia tietoja ja asiakirjoja.[1229] Huomionarvoista ratkaisussa oli se, että KKO asetti asianajajat samaan asemaan kuin asianajajakunnan ulkopuoliset oikeudelliset avustajat.[1230]

EIT katsoi ratkaisun KKO 2003:119 tulkinnan todistamiskiellon soveltamisalasta epäselväksi suhteessa asianajosalaisuuteen ratkaisussa Sorvisto v. Suomi (13.1.2009). Vastaavasti EIT on ennen todistelu-uudistusta ja vastaavaa pakkokeinolain uudistamista todennut ratkaisuissa Sallinen ym. v. Suomi (27.9.2005) ja Heino v. Suomi (15.2.2011) asianajotoimintaan liittyvän takavarikkokieltoa koskevan sääntelyn olleen epäselvää ja rikkovan perus- ja ihmisoikeuksia.[1231] Epäselvyys

1227 VanhPKL 4:2:n 2 kohdan mukaan asiakirjaa ei saanut takavarikoida todisteena, jos voitiin olettaa, että se sisälsi tietoja, joista henkilöä ei saanut kuulla todistajana. PKL:n esitöiden (HE 14/1985 vp, s. 67) mukaan takavarikoimiskiellon piiriin kuuluvien asiakirjojen tuli liittyä välittömästi avustajan tehtävän hoitamiseen.

1228 Esko – Könkkölä 2004, s. 363.

1229 KKO:n ratkaisu ei ollut yksimielinen, vaan kaksi erimieltä olevaa oikeusneuvosta päätyi siihen, että todistamiskieltosäännöstä tulisi epäselvyytenä vuoksi soveltaa perusoikeusmyönteisesti laajentaen salassapidon alaa sanamuodon mukaisesta. Sekä erimieliset neuvokset että hovioikeus perustivat näkökulmansa siihen, että asianajan rooli painottuu oikeudenkäyntiä edeltäviin tai oikeudenkäynnistä riippumattomiin oikeudellisten asioiden hoitoon.

1230 Ratkaisut ovat aiemman sääntelyn aikaisia (VanhOK 17:23.1 4 kohta), joita vastaa nykyinen OK 17:13.1, mutta lisänä säädetään 2 ja 3 momentit. Sanamuodoltaan säännös vastaa nyt pääosin AAL 5 c §:ää. Ks. Vuorenpää (2020, s. 30–32) joka on huomauttanut aiemman todistamiskieltosäänte lyn ongelmallisuudesta suhteessa asianajosalaisuuden määrittelyyn. Ks. myös HE 46/2014 vp, s. 68.

1231 Ks. ratkaisun Sallinen ym. v. Suomi (27.9.2005) osalta KKO 2002:85, jossa vapaan todistelun rajoittamisen näkökulmasta keskeistä on asianajosalaisuuden henkilöllinen ja asiallinen laajuus sekä se, onko salaisuuden herruus tuomioistuimella vai esitutkintaviranomaisella. Korkeimman oikeuden päätös perustui PKL:n sanamuodon mukaiseen tulkintaan suhteellisuusperiaatteesta, eikä asianajosalaisuuden ulottuvuuteen sen aiheuttaman todistamiskiellon näkökulmasta. Ks. ratkaisun kommentit muilta osin Esko 2008, s. 67–71. Fredmanin (2002, s. 74 ja 78) mukaan absoluuttisen todistamiskiellon tulisi velvoittaa sellaisenaan, eikä siksi edes vaadi PKL:n suhteellisuusperiaatteen mukaista pohdintaa. Myöskään Ratkaisussa Kopp v. Sveitsi (25.3.1998) EIT ei kokonaan tyrmännyt pakkokeinomenettelyä, mutta katsoi, että asianajosalaisuuden rikkovista pakkokeinoista tulisi säätää tarkasti laissa.

aiheutui VanhOK 17:23.1:n 4 kohdassa säädetyn todistamiskiellon henkilöllisen ja asiallisen ulottuvuuden tai ainakin ulottuvuudesta tehtyjen tulkintojen vastaamattomuudesta AAL 5 c §:ään.

Asianajosalaisuuden tulkinnassa takavarikkosääntely on keskeinen. Se täydentää asianajosalaisuuteen perustuvaa todistamiskieltosäännöstä. PKL 7:3:n mukaan asiakirjaa ei saa takavarikoida todisteena käytettäväksi, jos sen voidaan olettaa sisältävän sellaista tietoa, josta muiden muassa OK 17:13:ssä tarkoitettu henkilö ei saisi todistaa oikeudenkäynnissä.[1232] Takavarikkosäännöksessä on kysymys kirjallisesta todisteesta, kun taas todistamiskielto koskee henkilötodistelua, mutta todistuskeinoneutraalisuuden vuoksi todistamiskielto kattaa kielletyn keinon lisäksi myös asiassa annetut kirjalliset todisteet.[1233] Ongelmallista tosin on se, että käytännössä takavarikkotilanteessa ei voida määrittää asiakirjoihin tutustumatta, mitkä niistä ovat todistuskeinoneutraalisuuden kautta asianajajan salassapidon todistamiskieltosäänte lyn piiriin kuuluvia. Toinen pulmallinen tilanne on se, jos asianajajaa epäillään rikoksesta ja aineistoa takavarikoidaan tämän rikoksen selvittämiseksi. Takavarikkosäänte lyn mukaan kirjallisten todisteiden hankkiminen on kuitenkin mahdollista, jos kyseessä on ylitörkeä rikos. Tällöin lisäehtona on, että tuomioistuin voisi tutkittavaa rikosta koskevassa oikeudenkäynnissä velvoittaa todistajan todistamaan muiden muassa OK 17:13.2 tai 3:n nojalla. Koska syytetyn avustajaa ei voi velvoittaa todistamaan, ei takavarikkoon ole oikeutta.[1234]

> Asianajajan vaitiolovelvollisuus koskee muiden asiakkaiden toimeksiantoja koskevia tietoja myös tilanteessa, jossa asianajajaa epäillään rikoksesta. Asianajosalaisuutta voidaan silloin, kun asianajaja on itse rikoksesta epäiltynä, rajoittaa siltä osin, kuin se on tarpeellista asianajajan tekemäksi epäillyn rikoksen selvittämiseksi. Toisaalta asianajajaa itseään koskee tällaisessa tilanteessa itsekriminointisuojasta johtuva todistamiskielto. Itsekriminointisuoja ei kuitenkaan estä takavarikoidun aineiston käyttämistä todisteena suojeltua vastaan.[1235]

Asianajosalaisuutta todistamiskiellon perustana tulkittuna ei pidä arvioida kaventavasti, joskin sanamuodon mukaisesti tulkittuna, kuten todistamiskieltoja lähtökohtaisesti tulee tarkastella laajentavan tulkinnan sijaan, asianajaja on velvollinen

1232 Sama rajaus on salaisten pakkokeinojen osalta PKL 10:52.1:n 1 kohdassa.

1233 Ks. asianajoisalaisuuden väistymisestä todistusaineiston hankkimiseksi tehtävää takavarikkoa varten Pölösen artikkeli (Pölönen 2002). Pölösen mukaan silloin, kun asianajajaa epäillään osallisuudesta päämiehensä rikoksiin, asianajosalaisuus väistyy, samoin kuin silloin, jos päämies ei liity rikokseen, josta asianajajaa epäillään. Ongelmallisen takavarikkotilanteesta tekee se, jos takavarikkoon joutuu tietoja, jotka koskevat rikosepäilyihin nähden täysin sivullisia.

1234 Ks. takavarikkotilanteista tarkemmin Fredman 2017, s. 230–232.

1235 Asianajajan itsekriminointisuojan tasosta ks. Fredman 2002, s. 72–73.

todistamaan asioista, jotka eivät täytä salaisuuden määritelmää.[1236] Asianajosuhteen luottamuksellisuuden turvaamiseksi tätä rajoitusta ei pidä nähdäkseni tulkita erityisen tiukasti, vaan jättää kiellon ulkopuolelle ainoastaan seikat, joilla selvästi pyritään tuomaan jokin tieto asianajosalaisuussääntelyä väärinkäyttäen asianajajan tietoon.

*d. Lääkäri tai terveydenhuollon muu ammattihenkilö*

OK 17:14.1:n mukaan lääkäri tai muu terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetussa laissa (ammattihenkilölaki, 559/1994) tai sen nojalla annetussa terveydenhuollon ammattihenkilöistä koskevassa asetuksessa (ammattihenkilöasetus, 564/1994) tarkoitettu terveydenhuollon ammattihenkilö ei saa todistaa henkilön tai hänen perheensä terveydentilaa koskevasta arkaluonteisesta tiedosta taikka muusta henkilön tai perheen salaisuudesta, josta hän asemansa tai tehtävänsä perusteella on saanut tiedon, ellei se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, suostu todistamiseen.[1237] Kieltosäännöksen 2 momentin mukaisesti tuomioistuin voi velvoittaa henkilön todistamaan, jos syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta. Kysymyksessä on siten ehdollinen velvollisuuteen perustuva todistamiskielto, joka kohdistuu ensisijaisesti todistuskeinoon, mutta myös teeman piirin on rajattu, eli tältä osin kielto on myös todistusteemakielto. Murtamisperusteena on rikoksen ylitörkeys, mikä erottaa kiellon luonteen ja suojellun taustaintressin painavuuden esimerkiksi OK 17:13.3:ssa säädetystä asianajajan vastaavasta salassapitoperusteisesta todistamiskiellosta, joka voidaan murtaa myös erittäin painavista syistä.[1238] Toisaalta suojattavien tietojen piirin salassapitoperuste on hyvin samankaltainen.

Olennaista kiellon tarkastelussa on henkilöpiiri, jota se koskee, mutta oikeuskäytännössä on tarkasteltu myös kiellon ulottuvuutta prosessin eri vaiheissa. Ammattihenkilölain 2.1 §:n mukaan terveydenhuollon ammattihenkilöllä tarkoitetaan henkilöä, joka kyseisen lain nojalla on saanut ammatinharjoittamisoikeuden tai ammatinharjoittamisluvan, ja henkilöä, jolla lain nojalla on oikeus käyttää ammattihenkilöasetuksen mukaista ammattinimikettä. Ammattihenkilölain 17 §:n mukaan terveydenhuollon ammattihenkilöillä on salassapitovelvollisuus, jonka nojalla am-

1236 Mahdollisuudet aineellisesti oikean lopputuloksen saavuttamiseen saattavat heikentyä merkittävästi, jos mikä tahansa asianajajan toimeksiannon yhteydessä vastaanottama tieto tai asiakirja kuuluu todistamiskiellon piiriin. Ks. Esko – Könkkölä 2004, s. 362–363.

1237 YTJulkL 9.1 §:n 2 kohdan mukaan oikeudenkäyntiasiakirja on pidettävä salassa siltä osin kuin se sisältää arkaluonteisia terveydentilaa koskevia tietoja. Todistamiskiellon ala on näin ollen yhdenmukainen oikeudenkäyntiasiakirjan salassapitomääräyksen kanssa terveydentilatietojen osalta.

1238 Terveydenhoitoon liittyvien arkaluonteisten tietojen suoja on siten jokseenkin korkeampi, eikä terveydenhuollon ammattisalaisuutta voi harkinnanvaraisin perustein murtaa. Kysymyksessä voisi ajatella olevan melko merkittävän arvovalinnan, mutta pragmaattisempi syy erolle lienee hoitosuhteen onnistumisessa ja perusoikeutena oikeuden elämään korkeampana tai yleismaailmallisempana hierarkiana suhteessa oikeuteen saada oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Väistymisperuste tosin ei ole sanamuodoltaan yhtäläinen, koska OK 17:13 edellyttää nimenomaista lupaa.

mattihenkilö ei saa ilmaista luvatta sivulliselle yksityisen tai perheen salaisuutta, josta hän asemansa tai tehtävänsä perusteella on saanut tiedon. Salassapitovelvollisuus säilyy myös ammatinharjoittamisen päättymisen jälkeen.[1239] Vaikka ammattihenkilöt on tarkasti määritelty, oikeuskäytännössä on katsottu, ettei lista ole tyhjentävä todistamiskiellon soveltamisen näkökulmasta.[1240]

Todistamiskiellon osalta henkilöllisen soveltamisalan näkökulmasta keskeinen on henkilöpiiriä laajentava tulkintalinjaus ratkaisussa KHO 2018:93, jossa on arvioitu sairaanhoitohenkilökunnan käsitteen laajuutta ja todistamiskiellon laajuutta sekä suhdetta poliisin tiedonsaantioikeuksiin tilanteessa, jossa sairaalassa potilaana olleelta henkilöltä oli takavarikoitu huumausaineita, joiden haltijasta poliisi rikosepäilyn nojalla teki tietopyynnön. KHO katsoi, että hoidettavaksi saapuneen potilaan tavaroihin tehnyt vartija lukeutui sairaanhoitohenkilökunnaksi ja oli siten todistamiskiellon soveltamisen piirissä. Lisäksi katsottiin, että pyydetty henkilöllisyystieto oli OK 17:14.1:ssa tarkoitettu henkilön terveydentilaa koskeva arkaluonteinen tieto, jota todistamiskielto koski.[1241]

Säännöksen taustalla on hoitosuhteeseen perustuva oikeudenkäynnin ulkopuolinen vaitiolovelvollisuus, jolla suojataan potilaan ja hoitajan välistä luottamuksellista hoitosuhdetta.[1242] Ammattisuhteen luottamuksellisuus ja tehtävän tarkoituksenmukainen hoitaminen edellyttävät henkilön terveydentilaa koskevan arkaluonteisen tiedon ja yksityisen ja perheen salaisuuden suojaamista todistamiskiellolla. Kuitenkin jos potilas suostuu todistamiseen, todistamiskielto väistyy.

Yksityisen ja perheen salaisuuden suojan on katsottu koskevan esimerkiksi perheenjäsenten terveydentilaan, yksityiselämään, sosiaali- tai lapsenhuoltoon liittyviä tai muuten arkaluonteisia tietoja.[1243] Aiemmin suojattavia tietoja eli salaisuutta ei ollut laissa eritelty, vaan todistamiskiellossa viitattiin asian luonnetta koskevaan edellytykseen. Korkein oikeus on kuitenkin katsonut vakiintuneesti, että potilaan tai hänen perheensä salaisuutta koskeva todistamiskielto koskee seikkoja, joiden ilmaiseminen olisi potilaalle vahingollista. Ratkaisussa KKO 2021:73 korkein oikeus arvioi todistamiskieltoa lääkärin osalta ja totesi, ettei läheissuhdeväkivalta, vaikka se olisi lievää, ole yksityisasia tai kuulu salaisuuden piiriin. Ratkaisussa arvioitiin tietojen salaisuusluonnetta päätyen siihen, ettei lääkärinlausunto sisältänyt sellaisia yksityisyydensuojan ydinalueelle kuuluvia terveydentilaa koskevia arkaluontoisia

1239 HE 46/2014 vp, s. 70.

1240 Terveydenhuollon ammattihenkilöitä ovat muun muassa lääkäri, hammaslääkäri, farmaseutti, proviisori, sairaanhoitaja, kätilö, terveydenhoitaja, lähihoitaja, psykologi, psykoterapeutti, fysioterapeutti, optikko ja kiropraktikko. Aiemmin soveltamisala oli epäselvä, koska todistamiskiellon henkilöpiiri oli säännelty tyhjentävästi. Ks. taustasta Lappalainen 2001, s. 225.

1241 KHO perusteli tulkintaa terveydenhuoltojärjestelmän toimintaedellytysten turvaamisella tietojen luottamuksellisuuden avulla ja henkilön yksityisyyden suojan toteutumisella siten, että tieto henkilön hoitosuhteesta terveydenhuollon toimintayksikköön jää hänen niin halutessaan luottamuksselliseksi.

1242 Lappalainen 2001, s. 224 ja Tirkkonen 1977, s. 194.

1243 HE 46/2014 vp, s. 71.

tietoja tai potilaan tai hänen perheensä salaisuutta, jonka suojaamista lääkärisuhteen luottamuksellisuus edellyttää. Kysymyksessä oli rikosasia, joka ei kuulunut vakavuutensa perusteella todistamiskiellon murtamissäännöksen piiriin, eikä lääkärin myöskään katsottu kuuluvan syytetyn läheisiin.[1244] Näin ollen ratkaisun lopputulema kulminoitui tiedon salaisuusluonteeseen ja sen määritelmään.

Ratkaisussa KKO 2011:91 puolestaan katsottiin, että potilaan kannalta selvästi edullisia tietoja ei koskenut todistamiskielto, mutta luottamuksellisen hoitosuhteen ja yksityisyyden suojan näkökulmasta sitä, mikä potilaalle edulliseksi katsotaan, tulee tulkita varoen. Ratkaisussa korkein oikeus on arvioinut hyödyntämistä vastaan puhuvana seikkana sitä, että vastaajan kertomus, joka oli todisteiden olennainen sisältö, saatiin tietoon hoitohenkilökunnan tekemän ilmoituksen kautta ilman lainsäädännöllistä oikeutta. Tämä loukkasi vastaajan oikeutta luottamukselliseen lääkäri-potilassuhteeseen. Korkein oikeus katsoi, että hoitohenkilökunnalla ei ole ollut oikeutta tehdä oma-aloitteisesti ilmoitusta epäillystä rikoksesta, vaikka todistamiskielto murtuisi epäillyn rikoksen vakavuuden vuoksi. Asiassa tuli punnittavaksi yhtäältä oikeudenloukkauksen vakavuus ja toisaalta rikoksen selvittämisintressi. Punninnassa otettiin kantaa siihen, että todisteen sisältämän tiedon hankkiminen lainvastaisella tavalla tai muutoin virheellisellä menettelyllä ei vielä välttämättä merkitse sitä, ettei tällaista todistetta saisi käyttää oikeudenkäynnissä. Tältä osin korkein oikeus viittasi EIT:n tulkintoihin EIS 6 artiklasta, joiden mukaan todisteiden käyttäminen ei ole sopimuksenvastaista, jos menettely kokonaisuudessaan täyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset, eikä todisteen sisältämän tiedon hankkimiseen liity vakavaa oikeudenloukkausta, jolloin todisteen käytön kieltäminen voisi tulla tapauskohtaisesti kysymykseen. Ratkaisu korostaa aineellisen totuuden tavoittelun etusijaa suhteessa lääkärin salassapitovelvollisuuteen.[1245] Toisaalta korkein oikeus arvioi viitaten hoitohenkilökuntaa koskevaan todistamiskieltosäännökseen, että syytteestä ilmenevän rikoksen vakavuus puoltaa hyödyntämisen sallimista.[1246] Ratkaisussa olennaista nykyisen sääntelyn kannalta on KKO:n antama

1244 Asianomistajana olleen läheisen kieltäytymisoikeutta tarkasteltiin erikseen. Ks. tältä osin jakso 8.6.3.

1245 Fredman ym. 2020, s. 523.

1246 Ks. näytönarvioinnin ja hyödyntämisratkaisun osalta ratkaisusta jakso 3.4.3. Tämä arviointikriteeri on ongelmallinen ratkaisun asettamassa kontekstissa koska tuolloinkin voimassaolleen todistamiskiellon murtamisperuste johtaa jo itsessään siihen, että todistamiskielto on ollut tuomioistuimen päätöksen perusteella murrettavissa ylitörkeyden perusteella Asiassa olisi mielestäni voitu arvioida todisteen hyödyntämiskelpoisuutta syytetyn itsekriminointisuojan kannalta eikä ensisijaisesti todisteen luotettavuutta hoitohenkilökunnan salassapitovelvollisuuden rikkomisen näkökulmasta. Epäilty on kertonut vapaaehtoisesti hoitohenkilökunnalle tuhopoltosta ja hänen itsekriminointisuoja esitutkinnassa on toteutunut myös, joten nähdäkseni lääkärinlausunnot ja hoitohenkilökunnan todistus ovat olleet ainoastaan tavanomaisen todisteen asemassa, eivät rikoksentekijän tunnustus. Todisteita ei ole tällaisessa tilanteessa sinänsä hankittu lainvastaisesti, vaan ilmoitus epäillystä henkilöstä poliisille on tehty hoitohenkilökunnalle säädettyä salassapitovelvollisuutta rikkoen. Nykyisenkin sääntelyn valossa on aiheellista arvioida, voiko hyödyntämiskiellon soveltamisala ulottua erityisen pitkälle, jos todiste on syntynyt riippumattomasti ja esitutkintaviranomainen olisi samat todisteet samassa muodossa saanut hankittua myös siinä tapauksessa, että joku salassapitovelvol-

oikeusohje siitä, ettei edes todistamiskiellon murtamisperuste oikeuta hoitohenkilöstöä rikosilmoituksen tekemiseen, vaan murtamisperusteen nojalla tuomioistuin voi velvoittaa todistamaan.

### *8.4.2 Ehdottomat todistamiskiellot*

Edellä käsitellyistä ammattiin tai asemaan perustuvista ehdollisista todistamiskielloista, jotka kohdentuvat sekä todistuskeinoon että pääosin myös rajattuun teemaan, on erotettava kaksi tapausta, jotka ovat ehdottomia kieltoja: OK 17:13.2:ssa säädetty rikosasian vastaajan oikeudenkäyntiasiamiehen tai -avustajan tai tulkin todistamiskielto sekä OK 17:16:ssä säädetty rekisteröidyn uskonnollisen yhdyskunnan papin tai muun vastaavassa asemassa olevan henkilön todistamiskielto. Ensisijaisesti niissä on kysymys kielletystä keinosta, vaikka kumpikin rajautuu tietyssä tilanteessa saatuun tietoon. Kysymys ei kuitenkaan ole tietystä kielletystä todistusteemasta, koska todistusteemana esimerkiksi ilmaisu ”*avustajana tai sielunhoidossa saadut tiedot*” olisi turhan lavea. Säännösten kattamat henkilöt eivät kuitenkaan ole kelvottomia todistajiksi, vaan kielto kohdentuu nimenomaan tehtävään.

*a. Rikosasian vastaajan oikeudenkäyntiasiamies, -avustaja tai tulkki*

Edellä jaksossa 8.2.2 käsitellystä OK 17:13.1:n oikeudelliseen avustajaan kohdistuvasta todistamiskiellosta poikkeuksen muodostaa syytetyn oikeudenkäyntiavustajasta 2 momentissa säädetty ehdottomuuslauseke. Säännöksen henkilöllinen ja prosessuaalinen ulottuvuus on sama kuin 1 momentissa, mutta keinona ehdoton todistamiskielto kohdistuu syytetyn oikeudenkäyntiavustajaan tai tulkkiin. Prosessi, jossa todistaminen on kielletty, voi olla mikä tahansa muukin oikeudenkäynti kuin kyseinen rikosoikeudenkäynti, jossa päämies on syytettynä. Yleisesti avustajaa koskeva vaitiolovelvollisuus ja siihen kytkeytyvä todistamiskielto suojelevat oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, mutta syytetyn avustajan osalta kysymys on hyvin keskeisestä ja yksilöidystä ihmisoikeudesta. Se on osa rikoksesta epäillyn puolustautumisoikeuksia ja syyttömyysolettamaa leikaten läheisesti myös itsekriminointisuojaa avustajan saamiseen liittyvän oikeuden, eli niin sanotun avustajaoikeuden, vuoksi.[1247]

EIS 6 artiklan 3 c:sta on johdettu tulkinta, jonka mukaan rikoksesta epäillyllä on oikeus tavata puolustusasianajajaansa ilman, että keskustelua valvotaan. Tämä korostaa luottamuksellisten neuvottelujen merkitystä rikosprosessissa juuri epäillyn ja hänen avustajansa osalta.[1248] Syytetyn puolustajan vaitiolovelvollisuus on luovuttamaton ihmisoikeus, mikä tarkoittaa sitä, ettei puolustajaa voida velvoittaa todistamaan ilman päämiehen suostumusta puolustamistehtävässä saaduista tiedoista.[1249]

---

lisuuden ulkopuolelle kuuluva henkilö olisi ilmoituksen epäillystä tekijästä tehnyt.

1247 Tältä osin ks. rajanveto avustajaa koskevan oikeuden ja itsekriminointisuojan välillä jaksossa 8.6.1 ja osin 9.5.3.

1248 Ks. esim. S. v. Sveitsi (28.11.1991).

1249 Esko 1986, s. 11.

Kiellon asiallisena ulottuvuutena on kuitenkin 1 momentissa säädetty, mikä johtaa siihen, että se kattaa vastaavan problematiikan vastapuolen ollessa salaisuuden herra, eikä päämies voi antaa lupaa vastapuolen liikesalaisuudesta tai arkaluonteisesta tiedosta todistamiseen. Puolustuksen tehokkaan toteuttamisen vuoksi on selvää, että syytetyn avustajaa, asiamiestä tai tulkkia ei voida velvoittaa todistamaan. Tällöin todistamiskiellon murtaminen ei ole mahdollista edes törkeissä rikoksissa, mutta johdonmukaisesti olisi tulkittava niin, ettei myöskään päämiehen suostumuksella todistaminen aiheuta sellaista todistamisvelvollisuutta, etteikö annettua lupaa voisi tehokkaasti peruuttaa.

*b. Uskonnollisen yhdyskunnan edustaja*

OK 17:16:ssä säädetään uskonnollisen yhdyskunnan edustajan todistamiskiellosta siten, että 1 momentin mukaan uskonnonvapauslaissa tarkoitetun rekisteröidyn uskonnollisen yhdyskunnan pappi tai muu vastaavassa asemassa oleva henkilö ei saa todistaa siitä, mitä hän on ripissä tai yksityisessä sielunhoidossa saanut tietää, ellei se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, suostu todistamiseen. Säännöksen soveltumiselle on kolme keskeistä edellytystä. Ensinnäkin uskonnollisen yhdyskunnan on oltava uskonnonvapauslaissa (UVapL, 453/2003) tarkoitettu rekisteröity yhdyskunta. Säännöksessä rekisteröidyllä yhdyskunnalla tarkoitetaan uskonnollista yhdyskuntaa, joka oikeudenkäynnin aikana on Patentti- ja rekisterihallituksen (PRH) rekisterissä. Koska UVapL 24 § mahdollistaa yhdyskunnan poistamisen rekisteristä, ulottuu todistamiskiellon ala vain yhdyskuntiin, jotka ovat hyväksyttyjä ja vakiintuneita. Lisäksi UVapL 25 § mahdollistaa yhdyskunnan lakkauttamisen. Mikä tahansa yhdyskunta ei täytä säännöksen kriteerejä, mutta toisaalta mitään yhdyskuntia ei voi asettaa huonompaan asemaan todistamiskiellon kannalta, jos ne täyttävät uskonnonvapauslain määritelmän. EIT:n tulkintalinjan mukaan valtion on kohdeltava uskonnollisia yhdyskuntia yhdenvertaisesti.[1250] Toiseksi todistamiskielto koskee vain pappia tai vastaavaa henkilöä. Hallituksen esityksen mukaan tosin tittelillä ei ole merkitystä eikä myöskään sillä, onko kyseessä virkapappi tai maallikko. Arviointi siitä, täyttyykö kiellon henkilöllinen ulottuvuus, tehdään yhdyskunnan sääntöjen tai vakiintuneen käytännön perusteella sen mukaan, onko henkilöllä oikeus antaa rippi tai muuta yksityistä sielunhoitoa. Kolmanneksi tiedon tulee olla saatu ripissä tai yksityisessä sielunhoidossa, mikä edellyttää kahdenvälistä keskustelua tai molemminpuolista kirjeenvaihtoa yhdyskunnan edustajan ja hänelle uskoutuvan henkilön välillä. Myös uskoutuvan henkilön yksipuolisesti lähettämät viestit kuuluvat salassapidon piiriin.[1251]

1250 Ks. esim. Metropolitan Church of Bessarabia ym. v. Moldova (13.12.2001).

1251 Kuitenkaan hallituksen esityksen (HE 46/2014 vp, s. 74) mukaan "*yksityisestä sielunhoidosta ei ole kysymys, jos muut kuin mainitut henkilöt olisivat keskusteluissa läsnä tai muuten saisivat tietoonsa sielunhoidon tapahtumat*."

> Pykälän 2 momentin viittaussäännöksen nojalla voidaan todeta, että Suomen evankelisluterilaisessa kirkossa ja Suomen ortodoksisessa kirkossa erikseen säädetty vaitiolovelvollisuus vastaa lähtökohtaisesti myös todistamiskiellon ulottuvuutta. Kirkkolain (KL, 652/2023) 7:9:ssä säädetään Suomen evankelisluterilaisen kirkon papin ja lehtorin rippisalaisuudesta, joka KL 10:4.1:n mukaisesti kattaa myös asiakirjan salassapidon. Vastaava säännös koskien pappia, piispaa ja diakonia on ortodoksisesta kirkosta annetun lain (OrtKL, 985/2006) 110 §:ssä. Näiden mukaan vaitiolovelvollisuus oikeudenkäynnissä koskee ripissä tai synnintunnustuksessa taikka muuten sielunhoidossa saatuja tietoja sekä uskoutuneen henkilöllisyyttä koskevaa tietoa. Papin vaitiolovelvollisuus ei koske muita seurakunnan työntekijöitä, virkamiehiä tai luottamushenkilöitä, vaan heidän osaltansa todistamiskielto koskee vain seikkoja, jotka heidän on OK 17:22:n mukaan pidettävä salassa.[1252]

Pappia koskeva todistamiskielto on ammattisalaisuuteen perustuvista todistamiskielloista ehdottomin,[1253] ja vaitiolovelvollisuus kattaa todistajana toimimisen prosessilajista, prosessin vaiheesta ja rikosasiassa teon törkeydestä riippumatta.[1254] Kysymys on siten todistamiskiellosta, joka kohdistuu ensisijaisesti todistuskeinoon, eivätkä teemana sielunhoidossa esiin tulleet asiat ole todistusteemana kovin yksilöityjä, eli puhtaasti teemakiellosta ei nähdäkseni ole kysymys. Todistamiskielto on yhdessä asiassa ehdottomampi kuin papin vaitiolovelvollisuus, koska KL 7:9.3:n ja OrtKL 110.2 §:n mukaan papin on annettava viranomaiselle tietoa yksityisessä ripissä tai sielunhoidossa ilmaistusta törkeän rikoksen hankkeilla olemisesta, mikäli hoidettava ei suostu papin kehotuksesta ilmoittamaan asiasta viranomaisille tai sille, jota vaara uhkaa. Pappi saa antaa tietoa ainoastaan siinä määrin, kuin hoidettavan henkilöllisyyden ilmi tulemisen estämiseksi on mahdollista.

Keskeistä on huomioida, että todistamiskiellolla ei ole murtamisperustetta lainkaan siten kuin oikeudenkäyntiavustajan ja terveydenhuollon ammattihenkilön todistamiskielloilla koskien ammattisalaisuuksia on, vaikka nekin ovat keskenään eritasoiset. Tästä voidaan päätellä, että uskonnonvapaus ja uskonnon harjoittaminen on arvotettu tärkeämmäksi suojeluintressiksi kuin luottamuksellinen

---

1252 Ervo 2001, s. 410 ja 428; Lappalainen 2001, s. 230.

1253 Ks. Mahkonen 1995, s. 94–95. Käytän jatkossa selkeyden vuoksi termiä ”*pappi*” kaikista säännöksen piiriin kuuluvista henkilöistä riippumatta heidän ammattinimikkeestään.

1254 Ks. Hormian (1978, s. 94) kannanotto siihen, että papin vaitiolovelvollisuus koskee tiukasti vain rippisalaisuutta vrt. toisaalta Hormian (1979, s. 114–115) toteamus siitä, että vaitiolovelvollisuus ulottuu koko sielunhoidon alaan. Ehdottomuus kiinnittyy Ervon (2001, s. 417–419) mukaan myös siihen, että virkamiesten vaitiolovelvollisuutta ei ole mahdollista murtaa. Osin samoin Hormia 1979, s. 115. Todistamiskielto on voimassa esitutkintavaiheessa, siviili-, hallinto- ja rikosprosessissa sekä hallintomenettelyssä. Lisäksi telekuuntelusta Ervo (2001, s. 419) perustelee, että murtamismahdollisuuden puuttuminen ilmenee myös siitä, ettei telekuuntelua ja teknistä kuuntelua saa kohdistaa epäillyn ja hänen oikeudenkäyntiavustajansa tai epäillyn ja papin välisiin keskusteluihin.

terveydenhuolto, ja nämä molemmat ovat vielä asianajosalaisuutta tärkeämpiä. Arvotus on looginen siitä näkökulmasta, että sielunhoidossa saatavien tietojen piiri voi kattaa henkilön koko yksityiselämän, kun taas tyypillisesti terveydenhuollossa käsiteltävät tiedot ovat suppeampia ja asianajajalle ilmaistavat salaisuudet edelleen rajoitetumpia. Tämä perustuu kuitenkin vain olettamukseen henkilön käyttäytymisestä ja ammatin merkityksestä. Todistamiskielto voi väistyä ainoastaan sen henkilön suostumuksella todistamiseen, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty.[1255] Todistamiskielto ei kuitenkaan väisty edes suostumuksella, mikäli uskoutunut henkilö on kuollut, paitsi jos vainajan perillinen tai jälkeläinen taikka muu näihin rinnastettava henkilö voi osoittaa, että hänellä on oikeudellinen intressi saada vainajan jälkeen jääneeseen tai sitä aikaisempaan omaisuuteen liittyviä salassa pidettäviä tietoja.[1256]

Papin vaitiolovelvollisuus ja sitä koskeva todistamiskielto perustuu luottamuksellisen hoitosuhteen luomiseen ja uskonnon harjoittamisen vapauteen, mihin papin velvollisuus antaa sielunhoitoa kuuluu.[1257] Viime kädessä kysymys on ammatilliseen asemaan perustuvasta luottamussuhteesta, mutta aiemmin voimassaollutta kirkkolakia (VanhKL) koskevan hallituksen esityksen mukaan yksityisessä ripissä on kysymys siitä, että henkilö haluaa erikseen tunnustaa syntinsä ja saada synninpäästön,[1258] mikä tekee ripin osalta vaitiolovelvollisuuden perusteesta teologisen.[1259] Vaitiolovelvollisuus koskee vain tällaisia papin asemassa saatuja tietoja. Pappi on siten velvollinen todistamaan asioista, jotka eivät kuulu sielunhoidon piiriin. Tällöin hän voi olla velvollinen todistamaan esimerkiksi havainnoistaan hoidetusta, vaikka itsessään hoitokeskustelun sisältö onkin suojattu. Papin vaitiolovelvollisuus säilyy, vaikkei hän enää ole siinä asemassa, jossa hän on saanut tiedon vaitiolovelvollisuuden alaisesta seikasta.[1260]

---

1255 Vrt. aiemman sääntelyn aikaisista kannanotoista Hormia 1978, s. 94 ja Alaranta 2010, s. 6, joiden mukaan rippisalaisuus ei väistynyt edes suostumuksella. Ervo (2001, s. 416–417) on perustellut suostumuksesta riippumatonta kieltoa papin osalta sillä, ettei sielunhoidossa ole kysymys pelkästään papin ja hoidettavan välisestä luottamussuhteesta vaan papin uskonnollisesta asemasta. Nyt sanamuoto on selkiytetty, joten problematiikkaa todistamiskiellon väistymisestä ei ole.

1256 HE 46/2014 vp, s. 72.

1257 Ervo 2001, s. 410. Ks. laajasti rippisalaisuudesta ja papin todistamiskiellon taustoista Alaranta 2010.

1258 Ks. sielunhoidon määritelmästä HE 23/1993 vp, s. 14: "*Sielunhoidosta on kysymys, kun asiayhteydestä tai muutoin papin ja asianosaisen välisestä kanssakäymisestä on pääteltävissä, että se on tarkoitettu luottamukselliseksi, tai se on sellaiseksi nimenomaan todettu.*"

1259 Ervo 2001, s. 409–410.

1260 Ervo 2001, s. 415–416.

## 8.5 Ehdollisuudesta ja ulottuvuudesta salassapitoperusteisissa todistamiskielloissa

Ehdollisuuden salassapitoperusteisissa todistamiskielloissa aiheuttavat perusteet, joilla tuomioistuin voi murtaa todistamiskiellon yleisin murtamisperustein, joko rikoksen niin sanotun ylitörkeyden tai erittäin tärkeiden muiden syiden nojalla. Tällöin kiellolla suojeltava henkilö ei saa suojaa salassa pidettävälle tiedolleen oikeudenkäynnissä ja joutuu sietämään yksityistä, luottamuksellista tai arkaluonteista asiaa koskevan todistelun. Suojatun henkilön kuoltua on tilanne toinen, koska suojeluobjektia ei enää ole. Tällöin on syytä lyhyesti tarkastella, voiko tuomioistuin velvoittaa todistamiskieltonormeihin säädettyjä murtamisperusteita laajemmin tai helpommin todistajan todistamaan. OK 17:15.1:ssä näin säädetään, joten on arvioitava, aiheuttaako kuolemaan perustuva todistamaan velvoittamisen mahdollisuus todistamiskiellon ehdollisuuden luonteen. Asia on ratkaistavissa melko helposti toteamalla, että suojeltavan henkilön eläessä eli todistamiskiellon soveltamisen primaarisessa tilanteessa ei aiheuta, koska kiellon murtamisperuste ei ole aktivoitunut.

OK 17:15:ssä säädetään edellytyksistä, joiden perusteella tietyissä tilanteissa todistaja voi joutua todistamiskiellon estämättä todistamaan. Ensimmäinen momentti koskee tilannetta, jossa se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, on kuollut. Tällöin OK 17:11.2 ja 3:ssa, OK 17:12.1:ssa sekä OK 17:13:ssä ja OK 17:14:ssä tarkoitettu henkilö eli sovittelija, virkamies tai siihen rinnastettava, oikeusavustaja tai -asiamies taikka asianajaja sekä lääkäri ja muu terveydenhuollon ammattihenkilö voi todistamiskiellon estämättä todistaa, jos erittäin tärkeät syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja seuraukset sen esittämisestä sekä muut olosuhteet sitä vaativat. Samoja todistamiskieltoja koskee myös kiellolla suojatun henkilön suostumuksesta tai annetusta luvasta riippuvainen väistymisperuste. Sekä väistymisperuste että kuolemaan perustuva erityinen murtamisperuste korostavat sitä, että salassapito poistuu, kun salaisuudella suojattavan henkilön suojelutarvetta ei ole. Ammatillista luottamussuhdetta ei tarvitse tällöin suojata.

> Lähtökohtaisesti tuomioistuimen päätösvaltaan kuuluvana, joskin vain salaisuudella suojatun henkilön kuoleman jälkeiseen aikaan kohdistuvana, murtamisperusteena säännös aiheuttaa todistamiskiellon ehdollisuuden. Kuitenkin, koska se näyttää säännöksen sanamuodon perusteella kohdistuvan myös luetelluista todistamiskielloista ehdottoman luonteiseen eli syytetyn avustajaan, olisi pääteltävä, ettei OK 17:15 ainoana murtamisperusteena aiheuttaisi kiellon ehdollisuutta. Toisaalta syytetyn avustajaan kohdistuva ehdoton todistamiskielto on voimassa ylipäänsä silloin, kun säännöksessä mainittu syytetty henkilö on olemassa, eli säännöksen sanamuodon täyttymistä voisi tarkastella kuoleman tilanteessa toisestakin näkökulmasta. Avustajasuhdetta

> ei enää ole syytetyn kuoleman jälkeen, jos rikosliitännäiset vahingonkorvausasiatkin on käsitelty loppuun. Pulmalliseksi kuitenkin tulkintatilanteen tekee OK 17:22.1:n säännös, jonka mukaan 13 §:n 1 tai 3 momentissa velvollisuus kieltäytyä todistamasta säilyy, vaikkei asianomainen henkilö enää ole siinä asemassa, jossa hän on saanut tiedon todistettavasta seikasta. Koska syytetyn avustajan kiellon ehdottomuus perustuu viitattuun 1 momentin säännökseen, joskin ollen ehdoton 2 momentin nojalla, koskee viittausketju myös syytetyn avustajaa, eli ehdoton todistamiskielto säilyy, vaikkei henkilö enää ole syytetyn avustaja. Näinhän on mitä suuremmissa määrin silloin, kun syytetty menehtynyt. OK 17:15 on kuitenkin tästä velvollisuuden edelleen jatkumisesta poikkeussäännös, joka kohdistuu ainoastaan kuoleman ja erityisten syiden tilanteeseen.

Erityisen murtamisperusteen piiriin kuuluvilla todistamiskiellolla suojataan salaisuutta tai ammatillista luottamuksellista suhdetta, jolloin on relevanttia pohtia, onko tällaista suojan tarvetta olemassa enää päämiehen kuoltua. OK 17:13:ssä säädetyt todistamiskiellot jatkuvat myös asiakassuhteen päättymisen jälkeen. Samoin kuin lääkäriä ja muuta hoitohenkilökuntaa koskeva OK 17:14:ssä säädetty todistamiskielto, myös OK 17:13:ssä säädetyt kiellot poistuvat sekä luvanvaraisesti että myös asiakkaan kuoleman jälkeen, mikäli olosuhteista voidaan päätellä, että päämies oman etunsa nimissä olisi suostunut todisteluun.[1261] OK 17:13:n osalta oikeuskirjallisuudessa asiasta on kahdenlaista näkemystä, joiden mukaan vainajaa koskevan tiedon ilmaisemisen ei tulisi olla kiinni toisen suostumuksesta, mutta toisaalta on korostettu vainajan oikeuden omistajien ja omaisten tahdon merkitystä.[1262] Olen taipuvainen kallistumaan sille kannalle, ettei tiedon ilmaisemiseen voi kukaan antaa suostumusta kuolleen henkilön puolesta, vaan tuomioistuimen tulisi harkita todistamiskiellon soveltuvuutta tilanteessa asian laadun ja ratkaisuintressin perusteella. Tällöin asian vakavuus tai suuri merkitys puoltaisi todistamiskiellon murtamista, kuitenkin huomioiden, että asian koskiessa vainajan henkilökohtaista tai arkaluonteista tietoa, kiellolle olisi suurempi peruste kuin tavanomaisessa asiassa.

> Aiemmassa todistelusääntelyssä ei ollut vastaavaa säännöstä sen henkilön kuolemasta, jonka hyväksi todistamiskielto oli säädetty, mutta korkein oikeus otti useassa ratkaisussa kantaa asiaan.[1263] Säännös, johon ratkaisut perustuivat,

1261 Lappalainen 2001, s. 229. Syytetyn oikeudenkäyntiavustajaa ei voi edes ylitörkeissä rikoksissa velvoittaa todistamaan, jolloin huomionarvoista OK 17:13.2:n osalta on se, ettei tuomioistuin voi tällaisissa tapauksissa velvoittaa todistamaan aiempaa päämiestä vastaan.

1262 Esko – Könkkölä 2004, s. 364.

1263 KKO 1984 II 60, jonka mukaan lääkärinlausunto potilaan oikeustoimikelpoisuudesta luovutustilanteessa ei sisältänyt tietoja sellaisista seikoista, joiden julkaiseminen olisi loukannut potilaan kunniaa tai muistoa tai jotka muutoin olisi ollut pidettävä salassa myös potilaan kuoltua ja KKO 1986 II 14, jonka

sisältyi potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain (PotL, 785/1992) 13.3 §:n 5 kohtaan, jonka mukaan saadaan antaa lähtökohtaisesta salassapitovelvollisuudesta huolimatta potilasasiakirjoihin merkittyjä kuolleen henkilön elinaikana annettua terveyden- ja sairaanhoitoa koskevia tietoja sille, joka tarvitsee tietoja tärkeiden etujensa tai oikeuksiensa selvittämistä tai toteuttamista varten siltä osin kuin tiedot ovat välttämättömiä etujen tai oikeuksien selvittämiseksi tai toteuttamiseksi.[1264] Vastaavaa tietoa voi olla myös asianajajalla tai häneen rinnastettavalla henkilöllä tai viranomaisella. Viranomaisen tiedot voivat olla JulkL 11.2 §:n 1 kohdan mukaisesti salassa pidettäviä myös asianosaisilta, jolloin ne kuuluvat todistamiskiellon piiriin. Todistamiskielto tällaisessa tapauksessa väistyy todistamiskiellolla suojatun suostumuksen tai tiedon olennaisuuden perusteella. Nämä tiedot kuuluvat niin ikään 1 momentin soveltamisalaan, vaikka vainajalta suostumusta ei voida saada.[1265] Korkein oikeus on antanut useita ratkaisuja tilanteissa, jossa potilas on menehtynyt ennen suostumuksen antamista, ja katsonut, että tällöin tulee arvioida, olisiko potilas eläessään antanut suostumusta. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että arvioinnissa tuomioistuimen tulisi huomioida vain potilaan intressit, eikä todistelua tule sallia, mikäli todistelu olisi potilasta vastaan.[1266]

Johtopäätöksenä lienee todettava, että OK 17:15 ei aiheuta todistamiskiellon ehdollisuutta, vaan se voi kohdistua myös ehdottomaan kieltoon sillä perusteella, että ehdottoman kiellon yksityiseen kiinnittyvä perus- ja ihmisoikeusperustainen suojeluintressi on poistunut. Suojellun henkilön suostumuksen perusteella väistyvissä todistamiskielloissa tilanne puolestaan on se, ettei suostumusta todistamiseen ymmärrettävästi voi saada kuolleelta henkilöltä, jolloin todistamiskiellon väistymisen punninnassa on arvioitava tiedon luonnetta ja merkitystä todisteena. Mitä keskeisemmästä todisteesta on kyse ja mitä epätodennäköisemmin todisteen sisältämä tieto loukkaisi potilaan kunniaa tai muistoa, sitä herkemmin todistamiskielto väistyy.

---

mukaan testamentintekijän viimeisen tahdon selvittämiseksi saatiin esittää lääketieteellistä näyttöä, joka muutoin olisi ollut salassa pidettävää. Vrt. KKO 1983 II 30, jossa niin ikään kyse samankaltaisesta asetelmasta, mutta todisteet, joita koskevaa todistamiskieltoa arvioitiin, olivat henkilötodistelua. Korkein oikeus päätti, että koska potilaan kuoleman jälkeen suostumusta todisteluun ei enää ollut saatavissa, eivät todistajat saaneet todistaa mistään sellaisesta, mitä asian laadun vuoksi oli pidettävä salassa myös potilaan kuoltua. Ratkaisussa ei ole annettu muita perusteluja tulkinnalle kuin ainoastaan se, ettei todistelulla oletettavasti olisi ollut vaikutusta ratkaisun lopputulokseen. Ks. Aarnio – Kangas 2000, s. 598.

1264 HE 46/2014 vp, s. 71–72.

1265 Hallituksen esityksen mukaan vaitiolovelvollisuus muuttuu tällöin vaitiolo-oikeudeksi. Ks. HE 46/2014 vp, s. 72. Hallituksen esityksen mukaan yksi soveltamisala voisi olla myös sovittelussa ilmenneiden tietojen käyttäminen, mikäli on tarvetta selvittää asianomistajan syyteoikeuden toteutumiseksi sitä, olisiko vainaja asianomistajana halunnut tehdä syyttämispyynnön ja nostaa syytteen.

1266 Tirkkonen 1977, s. 197.

> Vastaavasti todistamiskieltojen yhteinen yleinen poikkeamisperuste, OK 17:9.3, ei aiheuta todistamiskiellon ehdollisuuden luonnetta. Se rajautuu ainoastaan kyseiseen rikosoikeudenkäyntiin eikä poista kieltoa muista prosesseista.

OK 17:15.2 puolestaan koskee tilannetta, jossa tiedon ilmaiseminen olisi välttämätöntä puolustuksen järjestämiseksi todistamiskiellon alaiseen henkilöön tai häneen OK 17:22.2:ssa tarkoitetussa suhteessa olevaa henkilöä vastaan esitetyn rangaistusvaatimuksen tai muun rikokseen perustuvan vaatimuksen vuoksi tai hänelle asianomistajana kuuluvien oikeuksien käyttämiseksi.[1267] Kysymyksessä on väistymisperuste, jossa päätösvaltaa todisteluun ryhtymiseksi käyttää todistamiskiellon kohde eli todistuskeino. Käytännössä oman puolustuksen tai oikeuksien järjestäminen aiheuttaa siten salaisuuden herruuden siirtymisen osittain kielletylle todistajalle. Säännös koskee vain OK 17:13 ja 14:n mukaisia oikeudellisia avustajia ja terveydenhuollon ammattihenkilöitä. Oikeutta kaikkien todistamiskiellon suojaamien tietojen antamiselle ei ole, vaan poikkeus koskee ainoastaan tietoja, jotka on välttämättä ilmaistava puolustuksen tehokkaaksi järjestämiseksi.

Ensimmäinen omaan intressiin kohdistuva väistymisperuste tarkoittaa, että salassapitovelvollisen henkilön tulee olla rikoksesta syytetyn asemassa tai häneen kohdistuu rikosperusteinen vaatimus, vaikka häntä ei syytetä. Toinen peruste puolestaan edellyttää, että salassapitovelvollinen on asianomistajan roolissa joko rikosasiassa tai riita-asiassa, jossa hän esittää yksityisoikeudellisia vaatimuksia. Todistamiskielto poistuu tällöin sellaisten seikkojen osalta, jotka ovat välttämättömiä asianomistajan syyttämispyynnön tekemiseksi ja syyteoikeuden käyttämiseksi tai yksityisoikeudellisten vaatimusten näyttämiseksi.[1268] Aiemman säännöksen voimassaollessa annetussa ratkaisussa KKO 2006:61 korkein oikeus on arvioinut asianajosalaisuuden ulottuvuutta ja salassapidon rikkomisen oikeutusta tilanteessa, jossa asianajajan epäiltiin syyllistyneen avunantoon asianajajan tehtävässään asianajotoimiston asiakkaan tekemiksi epäiltyihin rikoksiin. Toinen samassa toimistossa toiminut asianajaja, joka myös hoiti saman asiakkaan toimeksiantoja, oli ratkaisun mukaan saanut ilmaista esitutkinnassa asianajosalaisuuksia ollessaan kuultuna muussa kuin epäillyn asemassa. Korkein oikeus katsoi, että asianajosalaisuuksien paljastaminen oli kuultavan oman oikeudellisen aseman suojaamiseksi ollut sallittua.[1269] Ratkaisun perusteluissa on arvioitu asianajosalaisuuden tarkoitusta päämiehen ja asianajajan välisen

1267 HE 46/2014 vp, s. 72, jonka mukaan salassapidon jatkaminen tällaisessa tilanteessa aiheuttaisi kohtuuttomia vaatimuksia salassapitovelvolliselle.

1268 HE 46/2014 vp, s. 73.

1269 Tapauksessa asianajajan päämies vaati rangaistusta salassapitorikoksesta, korkein oikeus on arvioinut asianajosalaisuuden ilmaisemista siten, että ilmaiseminen voi olla luvallista AAL 5 c §:n mukaan vain, ”*jos se on välttämätöntä asianajajaan päämiehen menettelyn vuoksi kohdistuvan oikeudellisen vaaran torjumiseksi ja puolustautumistarpeen vuoksi*.”

luottamuksellisen suhteen sekä päämiehen yksityiselämän suojaamisen kannalta, mutta toisaalta todettu asianajajaa kohtaavan oikeudellisen vaaran torjumisen antavan oikeutuksen salassapidon väistymiselle. Salassapitovelvollisuus ei kuitenkaan väisty kokonaan, vaan ainoastaan niiltä osin, kuin se on välttämätöntä asianajajaan kohdistuvien epäilyjen torjumiseksi. Ratkaisussa mielenkiintoista on se, että asianajaja ei ollut rikoksesta epäillyn asemassa. Korkein oikeus tulkitsi kuitenkin, että asianajajan kanssa samassa toimistossa työskentelevän, samassa asiakokonaisuudessa avunannosta epäiltynä olleen asianajajan asema aiheutti myös muuna kuin epäiltynä kuultavana olleelle asianajajalle vaaran joutua vastaavien epäilyksien kohteeksi. Väistymisperuste ei kuitenkaan loukkaa todistamiskiellon ehdottomuuden asemaa, koska tuomioistuin ei voi velvoittaa todistamaan, vaan kysymys on todistajan omasta disponointivallasta ja oikeudesta tarvittaessa todistaa.

OK 17:22:ssä on koottuna vielä erikseen useamman todistamiskieltosäännöksen yhteiset täydentävät ja tarkentavat säännökset. Sen 1 momentin mukaan OK 17:11.2 ja 3:ssa, OK 17:12:ssä, OK 17:13.1 ja 3:ssa, OK 17:14.1 ja 3:ssa taikka OK 17:16:ssä ja OK 17:20:ssä tarkoitettu velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta säilyy, vaikkei asianomainen henkilö enää ole siinä asemassa, jossa hän on saanut tiedon todistettavasta seikasta. Tämä tarkoittaa, että teemoista, jotka koskevat riita- ja rikosasian sovittelua, virkasalaisuuksia ja lähdettä, joko ei saa todistaa tai on oikeus kieltäytyä todistamasta edelleen sen aseman, jossa tieto on saatu, päättymisen jälkeen. Säännöksen sanamuodon mukaan sama koskee oikeudenkäyntiasiamiestä tai -avustajaa ja tulkkia, asianajajaa, lääkäriä ja terveydenhuollon muuta ammattihenkilöä ja rekisteröidyn uskonnollisen yhdyskunnan papin todistamiskieltoa. Salassapitointressi perustuu näissä todistamiskielloissa saatuun tietoon ja todistajan asemaan sillä hetkellä, kun tieto on saatu, eikä suojeltava intressi poistu, vaikka todistaja luopuu salassapitovelvollisuuden määrittävästä tehtävästä ennen todistamista.

Lisäksi 2 momentin mukaan henkilöllä, joka on saanut OK 17:11.2 ja 3:ssa, OK 17:13.1 ja 3:ssa, OK 17:14.1 ja 3:ssa taikka OK 17:20.1:ssa tarkoitetun tiedon toimiessaan lainkohdassa tarkoitetun henkilön palveluksessa tai muuten hänen apunaan, on vastaava velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta kuin mainituissa lainkohdissa tarkoitetuilla henkilöillä. Tämä henkilöllinen laajennos puolestaan koskee riita- ja rikosasian sovittelua ja lähdettä koskevia teemoja. Samoin se koskee oikeudenkäyntiasiamieheen tai -avustajaan ja tulkkiin, asianajajaan sekä lääkäriin ja terveydenhuollon muuhun ammattihenkilöön kohdistuvaa todistamiskieltoa. Säännöksellä estetään alkuperäisen todistamiskiellon kiertäminen nimeämällä todistajaksi alkuperäisen vaitiolovelvollisen sijaan vaitiolovelvollisen työntekijä tai apulainen. Koska työntekijän tai muun apulaisen salassapitovelvollisuus on samansisältöinen kuin alkuperäisen vaitiolovelvollisenkin, hänet voidaan määrätä todistamaan OK 17:15.1:ssa säädetyillä eli suojatun henkilön kuolemaan liittyvillä edellytyksillä. Palveluksessa tai apuna toiminut henkilö saa myös todistaa OK 17:15.2:ssa säädetyillä, eli puolustuksen järjestämiseen liittyvillä, edellytyksillä OK 17:13:ssä

ja OK 17:14:ssä tarkoitetun henkilön eli oikeudenkäyntiasiamiehen tai -avustajan ja tulkin, asianajajan sekä lääkärin ja terveydenhuollon muun ammattihenkilön ja muun hänen palveluksessaan tai apunaan toimineen henkilön asiassa.

### *8.5.1 Murtamisperusteena rikoksen ylitörkeys*

Todistamiskiellon murtamisella epäillyn rikoksen ylitörkeyden perusteella on kaksi säännöksen ulottuvuuteen liittyvää probleemaa, jotka koskevat kaikkia kyseisellä murtamisperusteella ehdollisiksi säädettyjä todistamiskieltoja.[1270] Sanamuodon mukaisesti murtamisperuste soveltuu tilanteissa, joissa syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta. Murtamisperuste kiinnittyy ainoastaan todisteluun rikosasiassa.[1271] Ensimmäinen, helpommin ratkaistava, ongelma liittyy ankarimman rangaistuksen määräytymiseen ja toinen, haastavampi ongelma, määritelmään syyttäjän ajamasta syytteestä ja sen soveltuvuudesta eri tapauksissa. Kun OK 17:22.3:n mukaan sovelletaan tiettyjä todistamiskieltosäännöksiä, vähimmäisrangaistuksesta ei oteta huomioon, mitä RL 6:8:ssä säädetään lievennetystä rangaistusasteikosta, eli murtamisperusteen olemassaolo määräytyy niin sanotun normaaliasteikon nojalla. Tämä tarkoittaa rikoksentekijän iän ja vastuuvapautta muistuttavien lieventämisperusteiden ohessa myös sitä, että ylitörkeän rikoksen yritys ja osallisuus tällaiseen rikokseen kuuluvat poikkeuksen piiriin.[1272]

> Mainitun säännöksen luettelon piiriin kuuluvat seuraavat: OK 17:12.3:n tarkoittaman syyttäjän, poliisin tai muun rikostorjunnasta huolehtivan viranomaisen henkilöstöön kuuluvan ja Rikosseuraamuslaitoksen virkamiehen,[1273] OK 17:13.2:n tarkoittaman muun kuin rikosasian vastaajan oikeudenkäyntiasiamiehen tai -avustajan tai tulkin ja OK 17:14.2:n tarkoittaman lääkärin tai muun terveydenhuollon ammattihenkilön salassapito- ja vaitiolovelvollisuu-

1270 Edellä esitetysti OK 17:12.3, OK 17:13.2, OK 17:14.2 ja OK 17:20.2.

1271 Ks. Ilveskeron (2017, s. 239) huomio koskien hallintoprosessia, jossa hän perustelee ettei hallintotuomioistuin ei voi missään tilanteessa velvoittaa oikeudenkäyntiavustajaa todistajaksi sen vuoksi, että hallintolainkäytössä ei voida antaa vankeusrangaistuksia. Kysymys on kuitenkin enemmälti siitä, että todistelun tulee kiinnittyä käsiteltävään syytteeseen, jolloin yleinen tuomioistuinkaan ei voi muussa kuin ylitörkeässä rikosasiassa murtaa kieltoa.

1272 Määrittely tapahtuu aina normaalilla rangaistusasteikolla, eli yritys ja osallisuus, jotka tuomitaan lievennetyltä asteikolta, käyttäytyvät murtamisperusteena samoin kuin päätekijän kohdalla. Näin ollen esimerkiksi OK 17:22:n säännös palveluksessa olevan henkilön osallisuuden asteesta ei ole merkityksellinen asiassa. Ks. HE 46/2014 vp, s. 79 ja 81–82.

1273 Rikoksen ylitörkeys ei ole kuitenkaan tämän tiettyä virkamiesryhmää ja yksilöytyjä tietoja koskevin osin yksin riittävä murtamisperuste, vaan sen lisäksi momentin kohdissa 2 ja 3 edellytetään, että tiedon ilmoittamatta jättäminen voisi loukata asianosaisen oikeutta puolustautua asianmukaisesti tai muuten asianmukaisesti valvoa oikeuttaan oikeudenkäynnissä ja että luottamuksellisesti tietoja tai vihjetietoja antaneen henkilön taikka valeostajana tai peitetoiminnassa toimineen henkilöllisyyden ilmaiseminen ei ilmeisesti aiheuta vakavaa vaaraa hänen tai hänen läheistensä turvallisuudelle. Murtamisperusteen lista on tyhjentävä ja kaikkien edellytysten on täytyttävä.

det sekä OK 17:20.1:n tarkoittaman lähdesuojan pitämiseen oikeutetun viestin laatijan, julkaisijan tai ohjelmatoiminnan harjoittajan vaitiolo-oikeudet. Viittaussäännöksestä puuttuu OK 17:13.3:ssa säädetty asianajosalaisuutta koskeva todistamiskielto. Lain esityöt eivät ota asiaan kantaa, mutta katson säännöksen olevan kokoava ja selventävä,[1274] minkä vuoksi on perusteltua, että OK 17:13.3:n osalta soveltamisperusteena on niin sanottu normaali rangaistusasteikko, kuten lainkohdassa luetelluissa murtamisperusteissa.

Ehdollisen todistamiskiellon murtaminen rikoksen ylitörkeyden perusteella on tuomioistuimen päätettävissä.[1275] Vaikka kyse on siitä, että syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta, syyttäjällä ei ole automaattista oikeutta kuulla vaitiolovelvollista todistajana, vaan tuomioistuin voi velvoittaa henkilön todistamaan. Käytännössä siten rikosasioissa sekä syyttäjällä, syytteessä rikosnimikkeen osoittaman rangaistusseuraamuksen asteikon kautta, että tuomioistuimella, lopullisen päätöksen tekevänä tahona, on valta päättää todistamiskiellon murtamisesta.[1276] Ylitörkeyden arvioinnissa ainoa kriteeri on syyttäjän vaatimus. Merkitystä ei ole sillä, millaisen rangaistusvaatimuksen asianomistaja esittää. Syyttäjän ajaman syytteen määritelmä ei kata ROL 1:14:n mukaisia asianomistajan nostamia syytteitä eli tilanteita, joissa syyttäjä on päättänyt jättää syytteen nostamatta taikka esitutkintaviranomainen tai syyttäjä on päättänyt, ettei esitutkintaa toimiteta taikka että se keskeytetään tai lopetetaan.

Tulkinnassa merkityksellistä on myös se, miten kielto soveltuu, kun rikosnimike muuttuu prosessin aikana. Vuorenpään mukaan rikosnimikkeen muuttumiseen murtamiseen oikeuttaneella tavalla törkeästä lievemmäksi tulisi suhtautua samalla tavoin kuin jos rikosnimike ei olisi alun perinkään oikeuttanut todistamiskiellon murtamiseen. Syyttäjän olisi luovuttava tällaiseen todisteeseen vetoamisesta, koska sitä ei olisi saanut esitutkinnassa hankkia lainkaan. Tällöin todistamiskiellon loukkaamisen vaikutus poistuisi jo ennen oikeudenkäyntiä. Viime kädessä kuitenkin todiste olisi asetettava hyödyntämiskieltoon todistamiskieltonormin rikkomisen perusteella.[1277] Tulkinnassa ei ole sijaa OK 17:25.3:n mukaiseen lähtökohtaiseen

1274 Ks. HE 46/2014 vp, s. 81: ”*Pykälään olisi koottuna toiston välttämiseksi eräitä aiempia säännöksiä koskevaa täydentävää ja tarkentavaa sääntelyä.*”

1275 Kunkin murtamisperusteen osalta on sanamuodon mukaisesti todettu ”*tuomioistuin voi velvoittaa*.”

1276 Asianajajan osalta ks. Fredman 2018, s. 431–432. Huomattava kuitenkin, että syytetyn oikeudenkäyntiavustajaa tai asiamiestä ei voi velvoittaa todistamaan epäillyn rikoksen törkeyden perusteella missään oikeudenkäynneissä.

1277 Mikäli näin ei tulkittaisi, syyttäjällä olisi mahdollisuus erityisesti epäselvemmissä tilanteissa varalta syytää vakavamman rikosnimikkeen mukaisesti saadakseen mahdollisuuden todistamiskiellon murtamiselle. Ks. Vuorenpää (2020, s. 39–44), joka myös huomauttaa aiheellisesti (s. 38) syyttäjän korkean ammattietiikan vaatimuksesta ja siitä, että säännös voisi houkuttaa syyttäjää ”*ylisyyttämään*” saadakseen todisteen laillisen oikeudenkäyntiaineiston piiriin.

hyödyntämiskelpoisuuteen eikä hyödyntämiskieltoharkintaan, koska kyseessä on todistamiskieltonormin rikkominen, jolloin olennaista on ainoastaan se, saiko todistamiskiellon murtaa. Vaikka todisteen hankkimisen tai syytteen nostamisen hetkellä murtamisperuste olisi olemassa, rikosnimikkeeseen sidottu murtamisperuste arvioidaan myös tuomioistuimessa, koska ylitörkeään rikokseen perustuvassa murtamisperusteessa on kaksi erillistä salaisuuden herraa, sekä syyttäjä että tuomioistuin. Tällöin tuomioistuimen on, kuten muutoinkin, huomioitava todistamiskielto viran puolesta ja arvioitava sen täyttymistä oikeudenkäyntivaiheessa.

> Tilanne, jossa murtamisperusteen alittava rikosnimike muuttuukin törkeämmäksi, on selkeämpi, koska säännösten sanamuotojen mukaisesti tuomioistuin voi velvoittaa todistamaan, eli mitään pakkoa murtamisperusteen käyttämiselle ei ole. Olennaista sanamuodossa on se, että kyseessä on nimenomaan tuomioistuimen päätös sinänsä olemassa olevan murtamisperusteen käyttämisestä. Tällöin murtamisperusteen aktualisoituessa oikeuskysymyksen ratkaisee tuomioistuin, joka saa tällöin mahdollisuuden hyödyntää muutoin todistamiskiellon alaista todistetta päättäessään velvoittaa todistamiskiellolla suojattu todistamaan. Käytännön haasteita tilanteessa aiheutuu, jos päätös merkitsee todistelun ja esitutkinnan täydentämistä ROL 6:13:n mukaisesti, jolloin henkilötodistelun täydentäminen johtaa siihen, että pääkäsittelyä jatketaan tai asiassa toimitetaan uusi pääkäsittely.

Mikäli rikosnimike muuttuu vasta tuomioistuimen päätöksellä, on tilanne kinkkisempi, koska todistelu on jo otettu vastaan ja tuomioistuin suorittanut harkinnan teonkuvauksen täyttymisen osalta. Tällöin aiheutuu tilanne, jossa tuomioistuin on tosiasiassa jo hyödyntänyt jälkikäteen arvioituna todistamiskiellon alaista todistetta. Vuorenpään mukaan sanamuodon mukainen ja sinänsä oikea ratkaisu pulmaan olisi käsitellä vaitiolovelvollisuuden olemassaoloa kulloisenkin prosessin vaiheen rikosnimikkeen perusteella, jolloin asiassa ratkaisevaa on se, millainen syyttäjän vaatimus on viimeisin. Tällöin muutoksenhakuvaiheessa ei ole merkitystä sillä, mitä aiempi oikeusaste on tuominnut.[1278]

Murtamisperusteen sitominen syytteeseen herättää myös kysymyksen siitä, kuinka todistamiskieltotilanne ratkaistaan ennen syytteen nostamista. ETL 7:8.2:n 2 kohta

1278 Vuorenpää 2020, s. 37. Sanamuodon mukaisesti näin onkin, mutta on tunnustettava, että tulkinta sisältää probleemoja kiellon suojelutarkoituksen näkökulmasta. Esimerkiksi salassa pidettävän tiedon paljastaminen alioikeusvaiheessa on jo loukannut suojeltavaa oikeushyvää, eikä tätä enää voi palauttaa muutoksenhakuvaiheessa, vaikka alioikeus olisi tuominnut syytteestä poiketen alle kuuden vuoden rangaistusmaksimin piiriin kuuluvasta teosta. Lisäloukkauksia on vaikea pitää hyväksyttävinä. Vaitiolovelvollisuuden tai -oikeuden murtuminen ylitörkeyden perusteella syyttäjän vaatimukseen sitoen aiheuttaa myös muita pulmallisia tilanteita rikosnimikkeiden muutoksissa prosessin eri vaiheissa. Näitä Vuorenpää 2020, s. 39–44 on varsin kattavasti käsitellyt.

velvoittaa todistamaan esitutkinnassa, jos tuomioistuin voisi tutkittavaa rikosta koskevassa oikeudenkäynnissä velvoittaa todistamaan. Vastaavasti PKL 7:3.3:n 2 kohta mahdollistaa asiakirjan takavarikoimisen ja jäljentämisen, jos kyseessä on ylitörkeän rikoksen tutkinta ja tuomioistuin voisi velvoittaa todistajan todistamaan oikeudenkäynnissä joko OK 17:12.3:n, OK 17:13.2:n, OK 17:13.3:n, OK 17:14.2:n tai OK 17:20.2:n nojalla. Sanamuodon mukaisesti todistamisvelvollisuuden toteaminen ei kuitenkaan edellytä tuomioistuimen välipäätöstä.[1279] Kuitenkin ETL 7:9.1:n perusteella epäselvässä kieltäytymistilanteessa kysymys kieltäytymisen perusteesta tutkitaan tutkinnanjohtajan pyynnöstä tuomioistuimessa. Sekä Fredman että Vuorenpää ovat tulkinneet OK:n ja ETL:n välistä suhdetta ETL 7:9.1:iin perustuen siten, että (asianajajan) vaitiolovelvollisuutta ei voi murtaa pelkästään esitutkinnassa poliisivirkamiehen päättämän rikosnimikkeen perusteella, vaan asia on saatettava tuomioistuimen ratkaistavaksi.[1280]

### *8.5.2 Murtamisperusteena erittäin tärkeät syyt*

Ehdollisista todistamiskielloista edellä käsitellyt liikesalaisuutta (OK 17:19), riita- ja rikosasioiden sovittelua (OK 17:11.2 ja 3), erityistä virkasalaisuutta (OK 17:12.5) ja asianajosalaisuutta (OK 17:13.3) koskevat todistamiskiellot ovat murrettavissa, jos erittäin tärkeät syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja seuraukset sen esittämisestä sekä muut olosuhteet sitä vaativat. Kysymyksessä on tuomioistuimen harkintavallassa oleva murtamisperuste, jossa tuomioistuin voi kokonaisharkinnan perusteella velvoittaa muutoin kiellon piiriin kuuluvan henkilön todistamaan. Murtamisperusteen lueteltu arvioitavien olosuhteiden lista ei ole tyhjentävä, vaan esimerkinomainen.

Vaikka erityisen tärkeiden syiden olemassaoloa koskeva harkinta on tapauskohtaista, asian laadun osalta voidaan hallituksen esityksen mukaan antaa ensinnäkin painoarvoa sille, onko kyseessä rikosasia, indispositiivinen riita-asia vai dispositiivinen riita-asia, joista rikosasiassa on painavimmat perusteet poiketa todistamiskiellosta ja heikoimmat puolestaan dispositiivisessa riita-asiassa. Toiseksi painoarvoa on annettava asian vakavuudelle ja intressin suuruudelle. Rikosasiassa totuuden selvittämisen intressi on sitä suurempi, mitä vakavampi rikos on kysymyksessä, jolloin tämä intressi ajaa helpommin todistamiskiellon ohitse.[1281] Hallituksen esityksen perusteella näytön koituminen syytetyn eduksi erityisesti puoltaisi harkinnassa todistamiskiellon murtamista, mitä pidän jokseenkin lievänä kannanottona verrattuna siihen, että laittomastikin hankittu todiste on hyödynnettävissä rikosasiassa syytetyn syyttömyyttä tukevana.

---

1279 Ks. säännöksen tausta HE 14/1985 vp, s. 30.

1280 Vaikka kananotto koskee asianajajaa, on vastaava tulkinta tehtävä muillekin rangaistusmaksimiin sidotuille todistamiskielloille. Ks. tältä osin myös lähdesuojalle asetetusta ETL:n OK:ta tiukemmasta todistamiskiellon murtamisperusteesta jaksossa 8.2.2.

1281 HE 46/2014 vp, s. 61.

Riita-asiassa puolestaan asian intressin merkitys niin yleisen edun kannalta kuin asianosaiselle on merkityksellinen arvioinnissa. Todisteen merkitystä asian ratkaisemisen kannalta arvioidaan todisteen todennäköisellä näyttöarvolla ja todisteen korvattavuudella. Jos näyttöarvo on rajallinen ja todiste korvattavissa, ei todistamiskieltoa murreta, mutta mitä arvokkaampi todiste näyttöarvollisesti on ja mitä hankalammin se on korvattavissa toisella todistelulla, sitä todennäköisemmin todistamiskielto voidaan murtaa. Todisteen esittämisestä johtuvat seuraukset vaikuttavat myös harkintaan. Tällöin huomioidaan todistamiskiellon aiheutumisen perusteet erityisesti sen kannalta, jonka vuoksi todistamiskielto on säädetty, sekä mahdolliset aineelliset vahingot, jotka tiedon paljastamisesta voisivat aiheutua. Muut harkinnassa huomioon otettavat seikat liittyvät hallituksen esityksen mukaan esimerkiksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja osapuolten tasa-arvoisuuden vaatimuksiin. Erityisten syiden murtamisperusteiden kohdistuessa salassapitoperusteisiin ehdollisiin todistamiskieltoihin on tärkeää huomata, että tuomioistuimen on mahdollista ottaa todistelu vastaan suljetuin ovin ja määrätä se salassa pidettäväksi, minkä vuoksi todistamiskielto voi murtua herkemmin, mikäli tämä katsotaan riittäväksi suojaksi salassa pidettävälle tiedolle.[1282] Asiassa on huomioitava myös sen asianosaisen intressit, jonka hyödyksi todistamiskiellon alainen todiste mahdollisesti koituisi oikeudenkäynnissä.[1283]

Jos sovellettavaksi tulee joko tällainen yleinen tai OK 17:15.1:ssä säädetty niin sanottu erityinen murtamisperuste ja jos tuomioistuin päätyy murtamaan todistamiskiellon ja velvoittamaan henkilön todistamaan, voi edelleen tulla kysymykseen tilanne, jossa todistusaineisto on hankittu muulla tavoin laittomasti. Tällöin todiste voidaan asettaa hyödyntämiskieltoon OK 17:25.3:n nojalla. Mielenkiintoista onkin, miten erittäin tärkeitä syitä, joilla todistamiskielto murrettiin, ja hyödyntämiskiellon asettamisessa käytettäviä harkintakriteereitä arvioidaan. Osin samat harkintakriteerit, jotka puhuivat murtamisen puolesta, osoittaisivat hyödyntämiskiellon asettamisen suuntaan. Vaikka kysymys on todisteen hyödyntämiskelpoisuuden näkökulmasta eri suuntiin ohjaavasta kokonaisharkinnasta, eikä harkintaperusteiden lista ole tyhjentävä, harkintaa ohjaava kriteeristö on sama asian laadun ja todisteen merkityksen kannalta. Hyödyntämiskieltoharkinnassa luonnollisesti lainvastaisen hankkimistavan vaikutus huomioitaisiin todisteen luotettavuuden ja oikeudenloukkauksen vakavuuden kannalta, kun taas murtamisperusteen osalta arvioidaan, mitä seurauksia todisteen esittämisellä olisi. Probleemaa ei ole, jos oikeudenkäynti ei

1282 Ks. tältä osin jaksoissa 8.2.2, 8.3 ja 8.4.1 kunkin kiellon osalta esiin nostetut huomiot käsittelyn julkisuudesta ja mahdollisuudesta käsitellä asiaa yleisön läsnä olematta. Salaisuuden suojaamistarkoitus voi täyttyä näin ainakin asioissa, joissa salaisuus ei käsitä perus- ja ihmisoikeuden ydinaluetta. Erityisen henkilökohtaisten ja arkaluonteisten tietojen osalta asiaa olisi kuitenkin arvioitava myös siitä näkökulmasta, millaista haittaa tai kärsimystä salaisuuden paljastaminen edes oikeudenkäynnissä toimiville aiheuttaa suojatulle.

1283 Ks. erittäin tärkeistä syistä ja niiden punninnasta tarkemmin HE 46/2014 vp, s. 61–62.

muodostu laittoman hankkimistavan vuoksi epäoikeudenmukaiseksi, mutta erityisesti jos kysymyksessä on hankkimistapa, jolla loukataan perus- ja ihmisoikeuksien ydinaluetta, voi murtamisperusteesta huolimatta edelleen seurata hyödyntämiskiellon asettaminen.

> Murtamisperusteen osalta on mahdollista huomioida esimerkiksi salassapitointressin suojelutarve ja sen mahdollinen lakkaaminen, jos todistelu oli jo laillisesti hankittu. Sen sijaan hyödyntämiskiellon asettamisen harkinnassa on vaarallista antaa tällaisena muuna olosuhteena hyödyntämistä puoltavaa painoarvoa sille, että suojeluintressi on poistunut todisteen hankkimisen vuoksi suojatun tiedon jo paljastuttua viranomaiselle, koska kysymyksessä on ollut laiton hankkimistapa, eikä laittoman menettelyn käyttämisen pitäisi lähtökohtaisesti oikeuttaa todisteen hyödyntämiseen jollakin tavoin helpommin kuin laillisen menettelyn.

## 8.6 Oletettuun virhelähteeseen perustuvat todistamiskiellot

Oletettuun virhelähteeseen perustuvat todistamiskiellot on syytä käsitellä itsekriminointisuojaan perustuvasta todistamiskiellosta aloittaen ja edeten läheisen käsitteen kautta asemoimaan läheiskriminointisuojaa ja läheisen kokonaiskieltäytymisoikeutta. Itsekriminointisuojaan perustuvasta hyödyntämiskiellosta säädetään oikeudenkäymiskaaressa kaksiosaisesti. Ensiksi OK 17:18.1 sisältää todistamiskieltosäännöksen oikeudesta kieltäytyä todistamasta itseään tai läheistään vastaan. Toiseksi OK 17:25.2:n ensimmäisessä lauseessa kielletään säännöksen vastainen todisteen hyödyntäminen rikosasiassa, mikä voi herättää kysymyksen siitä, eivätkö muut todistamiskieltosäännökset johdakaan luonnollisesti hyödyntämiskieltotilanteeseen ilman erillistä OK 17:25.3 mukaista harkintaa.[1284]

> Kysymykseen on vastattava yksinkertaisesti, että johtavat. Lauseen merkitys on ainoastaan selkiyttävä sitä seuraavan itsekriminointisuojan laajennokseksi kutsuttavasta, muussa kuin rikosasiaa koskevassa menettelyssä sinänsä laillisesti hankitun todisteen, hyödyntämiskiellosta.

Todistamiskieltona itsekriminointisuojaan perustuva oikeus kuuluu jo sanamuotonsa perusteella ehdottomien todistamiskieltojen joukkoon ja oikeusperusteisena

1284 OK 17:25.2:n ensimmäisen virkkeen mukaan tuomioistuin ei saa rikosasiassa hyödyntää OK 17:18:ssä säädetyn vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittua todistetta. Hyödyntämiskielto koskee myös epäiltyyn tai vastaajaan OK 17:17.1:ssa tarkoitetussa suhteessa olevan läheisen vaitiolo-oikeutta loukaten hankittua todistetta. Ks. HE 46/2014 vp, s. 89.

kohdistuu ensisijaisesti todistamiskeinoon, vaikka teeman piiri on sinänsä rajattu koskemaan vain itsekriminoivia seikkoja. Itsekriminointisuojan tarkasteluun kytkeytyy vastaava läheiskriminointisuoja, jossa läheisen määritelmä perustuu OK 17:17:ään läheisen niin sanotusta kokonaiskieltäytymisoikeuteen perustuvasta todistamiskiellosta, joka on ehdoton todistuskeinokielto. Itsekriminointisuojaan perustuvasta todistamiskiellosta on säädetty erityisiä tilanteita koskeva murtamisperuste ainoastaan läheiskriminointisuojan osalta OK 17:18.2:ssa koskien todistajana kuultavaa asianomistajaa, jolla ei ole asiassa vaatimuksia.

### *8.6.1 Itsekriminointisuojaan perustuva todistamiskielto*

Itsekriminointisuojan moraalinen perusta linkittyy valistusfilosofian ihanteisiin, kuten rationaalisuuteen ja humaanisuuteen. Se tukee ajatusta syyttömyysolettamasta ja siitä, ettei henkilöä voida pakottaa myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen, vaan todistustaakka rikosasiassa on syyttäjällä. Huplin mukaan pakottaminen itseä koskevan rikosepäilyn selvittämiseen asettaisi epäillyn ja syytetyn ylivoimaisen moraalisen haasteen eteen.[1285] Itsekriminointisuojan ydin on rikoksesta epäillyn tai syytetyn oikeudessa vaitioloon eli oikeudessa olla aktiivisesti myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Vaikka aineellisen totuuden selvittäminen on rikosprosessissa tärkeää, sitä ei voi toteuttaa millä keinolla hyvänsä, vaan on pyrittävä tasapainoon erilaisten intressien välillä.

#### 8.6.1.1 Itsekriminointisuojan sisältö

Itsekriminointisuoja (nemo tenetur se ipsum accusare) tarkoittaa sitä, että rikoksesta syytettyä tai epäiltyä ei saa pakottaa tai painostaa myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämisessä.[1286] Se käsittää vastaajan oikeuden vaieta ja olla toimittamatta todisteita sekä sisältää myös oikeuden olla pysymättä totuudessa.[1287] Itsekriminointisuojan perusajatus on, että kukaan ei ole velvoitettu ilmiantamaan itseään rikoksesta, jolloin jokaisella on oikeus vaieta, eikä henkilö ei ole velvollinen antamaan sellaisia tietoja, jotka voisivat paljastaa hänet rikoksentekijänä.[1288] Tällöin itsekriminointisuoja oikeuttaa henkilön passiivisuuteen, kun kyse on häntä itseään koskevasta rikosepäilystä.[1289] Marttila on määritellyt itsekriminointisuojan yleisenä periaatteena, jonka mukaan tietyssä rikosprosessuaalisessa asemassa oleva henkilö

1285 Hupli 2017, s. 76.

1286 Itsekriminointisuojan määritelmästä ja säädösperustasta ks. Virolainen – Pölönen 2004, s. 303; Koponen 2006, s. 127; Tapanila 2010, s. 560; Frände 2010, s. 233; Linna 2010, s. 236–237; Vuorenpää 2011, s. 585; Hupli 2017, s. 76 ja Tapanila 2019a, s. 29. Ks. historiakatsaus ja terminologia tarkemmin esim. Tapanila 2010, s. 559 ja 561–563.

1287 Virolainen – Pölönen 2004, s. 303–307.

1288 Ks. esim. KKO 2014:67, kohta 9 "*[– –] kun syytetyllä on itsekriminointisuojan tarkoittama oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen, jo johdonmukaisuus edellyttää, ettei kenelläkään ole velvollisuutta ilmiantaa itseään tekemästään rikoksesta.*"

1289 Hormia 1978, s. 174–176 ja Tapanila 2019a, s. 134.

on oikeutettu pysymään vaiti ja kieltäytymään osallistumasta oman syyllisyytensä selvittämiseen.[1290]

OK 17:18:ssä säädetään todistelussa vallitsevasta itsekriminointisuojasta, minkä nojalla henkilö voi kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi hänet tai häneen OK 17:17.1:ssä tarkoitetussa suhteessa olevan henkilön syytteen vaaraan tai myötävaikuttaisi syyllisyyden selvittämiseen. Itsekriminointisuoja ei koske pelkästään todistelua, vaan se on perus- ja ihmisoikeuksiin kuuluva prosessuaalinen oikeus, joka perustuu PL 21.1 §:ssä suojattuun oikeusturvaan, EIS 6.1 artiklan oikeudenmukaiseen oikeudenkäynnin ydinalueeseen,[1291] KP-sopimuksen 14.3 artiklan g kohtaan[1292] ja perusoikeuskirjan 47.2 artiklaan. Vaikka EIS ei suoraan mainitse itsekriminointisuojaa, se on tulkinnallisesti sisällytetty sopimuksen 6 artiklan oikeuksiin ja liittyy prosessuaaliseen tasavertaisuuteen. Itsekriminointisuoja estää todisteiden hankkimisen pakolla syytetyltä, suojaa syytettyä ja ehkäisee viranomaisten oikeuden väärinkäyttöä. Lisäksi se liittyy läheisesti syyttömyysolettamaan, joka on vahvistettu EIS 6.2 artiklassa. Niin kutsuttu syyttömyysolettamadirektiivin (2016/343/EU) 7 artikla määrittelee itsekriminointisuojan sisällön jäsenvaltioita velvoittavasti.[1293] Sen mukaan oikeudet vaieta ja olla todistamatta itseään vastaan sisältävät seuraavien edellytysten toteuttamisen jäsenvaltioissa:

> *1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että epäillyllä tai syytetyllä on sen rikoksen osalta, josta häntä epäillään tai syytetään, oikeus vaieta.*
>
> *2. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että epäillyllä tai syytetyllä on oikeus olla todistamatta itseään vastaan.*

---

1290 Marttilan (2012, s. 926–932) mukaan itsekriminointisuojan tarkka sisältö ja merkitys ovat konkreettisella tasolla jäsentymättömiä, mikä vaatii rajauksia tapauskohtaisesti. Marttila kuitenkin huomauttaa, että itsekriminointisuojan tarkoituksen perusteellinen tarkastelu on jäänyt vähemmälle huomiolle. Hän viittaa tutkimuksen historialliseen kehitykseen, jossa varhaisemmat tutkimukset keskittyivät enemmän itsekriminointisuojan taustalla vaikuttaviin arvoihin ja tavoitteisiin, kun taas nykyinen tutkimus keskittyy enemmän oikeusohjeiden hakemiseen ratkaisukäytännöstä.

1291 PeVL 39/2014 vp, s. 4; PeVL 34/2012 vp, s. 3; HE 309/1993 vp, s. 74. Ks. tulkintalinjauksesta esim. EIT:n ratkaisut Saunders v. Yhdistynyt Kuningaskunta (17.12.1996), John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta (8.2.1996) kohta 45 sekä Heaney ja McGuinness v. Irlanti (21.12.2000) kohta 48.

1292 KP-sopimuksen viitatun kohdan mukaan jokaisella on oikeus tutkittaessa rikossyytettä häntä vastaan olla tulematta pakotetuksi todistamaan itseään vastaan tai tunnustamaan syyllisyytensä.

1293 Tässä yhteydessä on syytä mainita myös kaksi muuta direktiiviä, joilla on liityntä itsekriminointisuojan tulkintaan. Ns. lapsioikeusdirektiivi (2016/800/EU) asettaa erityisiä vaatimuksia rikosprosessille, kun epäilty on alaikäinen. Direktiivin mukaan lapsilla on oikeus avustajaan heti esitutkinnasta alkaen, vapaudenmenetys on viimeinen keino ja sen tulee olla lyhytaikainen sekä lapsia koskevat asiat on käsiteltävä kiireellisesti. Lisäksi ns. oikeusapudirektiivi (2016/1919/EU) määrittelee, että rikoksesta epäillyillä tai syytetyillä, jotka eivät pysty maksamaan avustajan palkkiota, on oikeus saada oikeusapua. Oikeusapu on erityisen tärkeää vangitsemiskäsittelyssä ja tutkintavankeuden aikana, jotta oikeus avustajaan voidaan turvata. Sinänsä molemmat direktiivit ovat olleet vailla suurempaa merkitystä, koska kotimainen sääntely on täyttänyt jo aiemmin direktiivien vaatimukset. Ks. tarkemmin Tapanila 2019a, s. 185–186.

*3. Se, että epäilty tai syytetty käyttää oikeuttaan olla todistamatta itseään vastaan, ei estä toimivaltaisia viranomaisia keräämästä todisteita, jotka voidaan laillisesti saada lainmukaisia pakkokeinoja käyttäen ja jotka ovat olemassa epäillyn tai syytetyn tahdosta riippumatta.*

*4. Jäsenvaltiot voivat sallia, että niiden oikeusviranomaiset ottavat rangaistusta määrätessään huomioon epäiltyjen ja syytettyjen yhteistyöhalukkuuden.*

*5. Sitä, että epäilty tai syytetty käyttää oikeuttaan vaieta tai oikeuttaan olla todistamatta itseään vastaan, ei saa käyttää häntä vastaan eikä pitää todisteena siitä, että hän on tehnyt kyseessä olevan rikoksen.*

*6. Tämä artikla ei estä jäsenvaltioita päättämästä, että vähäisissä rikkomuksissa toimivaltainen viranomainen käsittelee asiaa oikeudellisissa menettelyissä tai niiden joissakin vaiheissa kirjallisesti tai ilman epäillyn tai syytetyn kuulemista, edellyttäen, että tällöin kunnioitetaan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.*

Suomessa itsekriminointisuojasta säädetään ETL 4:3:ssä ja OK 17:18.1:ssa, ja ne näyttävät toteuttavan syyttömyysolettamadirektiivin vaatimukset. Rangaistuksen määräämisessä voidaan ottaa huomioon esimerkiksi syytetyn yhteistyöhalukkuus RL 6:6.1:n 3 kohdan mukaisesti ja toisaalta alemmalta asteikolta tuomitseminen RL 6:8a:n nojalla tunnustuksen perusteella. Myöskään syyteneuvottelumenettely ja siihen liittyvä rangaistuksen lieventäminen ei riko syyttömyysolettamaa.[1294] Esitutkinnan rajoitukset itsekriminointisuojan perusteella tai annettu tunnustus eivät sinänsä kumoa syyttömyysolettamaa, mutta tunnustuksen antaminen voi kuitenkin tarkoittaa prosessuaalisista oikeuksista luopumista ja vähentää todistelun tarvetta syyllisyyden osoittamiseksi. Itsekriminointisuojan tulkintaan liittyy kuitenkin haasteita, erityisesti kun pohditaan, vaikuttaako epäillyn vaikeneminen häntä vastaan näytönarvioinnissa. Suomessa lainsäädäntö mahdollistaa vaikenemisen huomioon ottamisen tietyin rajoituksin, mutta se ei saa loukata itsekriminointisuojaan.[1295]

Itsekriminointisuoja suojaa viranomaisten pakolta ja painostukselta, mikä kattaa aktiivisen tietojenantovelvoitteen ja muut painostuksen muodot, kuten peitetoiminnan tai vilpin.[1296] Pakon ja painostuksen asteen, prosessuaalisten takeiden ja saa-

1294 PeVL 7/2014 vp, s. 5. Ks. tarkemmin jakso 7.6 syyteneuvottelusta ja tunnustamisoikeudenkäynnistä.

1295 Tässä kontekstissa on keskusteltu, rikkooko niin sanottu selitystaakka syyttömyysolettamadirektiivin 7 artiklan määräyksiä, mutta lainsäätäjän mukaan direktiivi ei ole vaatinut lainsäädännön muutosta itsekriminointisuojan osalta. Tapanila 2019a, s. 183–185.

1296 Ks. tarkemmin Virolainen – Pölönen 2004, s. 308–312 ja Linna 2010, s. 238–240.

dun aineiston käytön arviointi on tärkeää itsekriminointisuojan määrittämisessä.[1297] Pakolla ja painostuksella saatu näyttö on yleensä hyödyntämiskelvoton.[1298] Todiste, joka on hankittu ilman itsekriminointisuojalla suojatun henkilön myötävaikutusta, on hyödynnettävissä. Itsekriminointisuoja ei siksi estä epäillyltä pakkokeinoja käyttämällä saadun todistusaineiston hyödyntämistä, jos aineisto on syntynyt tai se on hankittu ilman epäasianmukaista vaikuttamista suojatun henkilön tahtoon antaa lausuma tai luovuttaa esine.[1299]

EIS:n soveltaminen sekä EIT:n oikeuskäytännön vaikutus näkyy itsekriminointisuojan sisällön ja ulottuvuuden tulkinnassa. EIT on ratkaisukäytännössään arvioinut itsekriminointisuojan toteutumista monesta näkökulmasta ottaen huomioon muun muassa epäillyn kohtaaman pakkokeinon luonteen, oikeussuojakeinot ja todisteen hyödyntämisen oikeudenkäynnissä.[1300] Arvioinnissa se on käyttänyt kolmea keskeistä kriteeriä: Ensimmäinen kriteeri on se, onko asianosainen joutunut todistamaan pakkokeinojen käytön uhalla. Toiseksi itsekriminointisuojan rikkominen tapahtuu, jos asianosainen on kohdannut fyysistä tai psyykkistä pakottamista, mikä voi liittyä myös kidutuksen kiellon (EIS 3 artikla) arviointiin. Kolmas kriteeri koskee tilanteita, joissa viranomaiset ovat hankkineet todisteen harhaanjohtavalla tavalla, esimerkiksi kun henkilö on antanut kertomuksen väärässä prosessiasemassa, kuten todistajana, vaikka todellisuudessa hänen olisi pitänyt olla epäiltynä. Itsekriminointisuojan piiriin kuuluvat paitsi suoraan syyllisyyttä osoittavat tiedot, myös epäasiallisesti hankitut tiedot, joita voidaan käyttää syytetyn kertomuksen luotettavuuden horjuttamiseen, kuten muuttuvan tai ristiriitaisen kertomuksen tai

1297 Ks. EIT:n oikeuskäytännössä arvioituja seikkoja ratkaisuista Jalloh v. Saksa (11.7.2006), erityisesti kohta 101; Funke v. Ranska (25.2.1993); John Murray v. Yhdistynyt Kuningaskunta (8.2.1996); Saunders v. Yhdistynyt Kuningaskunta (17.12.1996) ja Marttinen v. Suomi (21.4.2009).

1298 Virolainen – Pölönen 2004, s. 310.

1299 Ks. KKO 2021:73, kohta 13 ja KKO 2017:65, kohta 13.

1300 Ratkaisussa Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta (5.11.2002) käytiin läpi, miten todistusaineiston käyttö vaikuttaa syytetyn oikeuksiin, päätyen siihen, että tapauskohtaisesti arvioidaan, loukattiinko EIS 6 artiklaa. Tapauksessa oli kysymys oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten rikkomisesta, kun syytettyä vastaan käytettiin todisteina hänen poliisilaitoksella ja tutkintavankeudessa salaa tehtyjä nauhoituksia sekä samaan tilaan sijoittamalle ilmiantajalle antamia tunnustuksia. EIT korosti itsekriminointisuojan olevan yleisesti tunnustettu kansainvälinen normi, joka on keskeinen osa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä. EIT arvioi itsekriminointisuojan loukkausta tarkastellen pakon astetta, prosessuaalisia oikeussuojan takeita ja todistusaineiston käyttöä, todeten syyttäjän nojautuneen pääasiassa nauhoituksiin ja ilmiantajan kertomuksiin. Lisäksi EIT totesi, että oikeus vaieta ja olla myötävaikuttamatta omaan syyllisyytensä selvittämiseen ei rajoitu vain tapauksiin, joissa syytettyä on pakotettu. Epäillyllä tulisi olla vapaus päättää, puhuuko hän vai ei, ja tämä vapaus heikentyy, jos viranomaiset yrittävät vilpillisin keinoin saada tunnustuksen tai muun syyllisyyttä osoittavan lausunnon. EIT arvioi, että tapauksen yksilölliset olosuhteet määrittävät, onko vaitiolo-oikeutta heikennetty niin paljon, että se loukkaa EIS 6 artiklaa. Ks. punninnasta myös Schenk v. Sveitsi (12.7.1988), Mantovanelli v. Ranska (18.3.1997), Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta (12.5.2000), P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt kuningaskunta (25.9.2001) ja Gäfgen v. Saksa (1.6.2010).

yleisen epäluotettavuuden osoittamiseen.[1301] Itsekriminointisuoja on todistuskeinoneutraali, mikä tarkoittaa, että se estää reaalitodisteiden esittämisvelvollisuuden asettamisen, jos editiovelvollisuus johtaisi itsekriminointisuojan murtamiseen.[1302]

Itsekriminointisuoja ei tarjoa suojaa vapaaehtoisesti annettujen lausumien käyttämiseen todisteena eikä estä henkilöä todistamasta itseään vastaan. Jos hän kuitenkin näin tekee, itsekriminointisuoja ei takaa, että syytetyn omissa puheenvuoroissa tai esittämissä reaalitodisteissa on ainoastaan hänelle myönteinen näyttöarvo.[1303] EIT:n ratkaisukäytännössä on hyväksytty se, että vastaajan vaitiolo voi toimia näyttönä tietyissä tilanteissa.[1304] Jos syytetty päättää todistaa omassa asiassaan, hänen kertomuksensa tai esittämänsä todisteet arvioidaan samoilla perusteilla kuin muutkin todisteet. Myös syytetyn kertomuksen näyttöarvo voi olla hänelle haitallinen, esimerkiksi jos hän muuttaa tarinaansa ilman uskottavaa selitystä tai jos hänen kertomuksensa on ristiriidassa jo vahvistettujen faktojen kanssa.[1305] Syytetyn vaitiolo-oikeus tarkoittaa, että hänen vaikenemisestaan ei voida tehdä hänelle haitallisia päätelmiä, eikä syyksi lukeva tuomio voi perustua vain syytetyn vaikenemiseen. Näyttötaakan vuoksi syytetyn ei tarvitse myöskään osoittaa syyttömyyttään. Kuitenkin jos syyttäjä esittää näyttöä syytetyn tekoon liittyen ja syytetty kieltäytyy todistamasta, hänen selityksensä antamatta jättäminen voidaan ottaa huomioon näyttöä arvioitaessa. Käytännössä syytetty saattaa kuitenkin joutua esittämään vastanäyttöä, esimerkiksi silloin kun syyttäjä on jo esittänyt merkittävää näyttöä. Tällöin kysymys ei ole näyttötaakan kääntämisestä, vaan niin sanotusta selitystaakasta.[1306]

Sen lisäksi, että itsekriminointisuojan nojalla henkilöllä on oikeus pysyä vaiti ja häntä suojataan epäasialliselta painostukselta, se rajoittaa myös todisteiden hankkimisen ja esittämisen keinoja antamalla oikeuden pysyä passiivisena. Passiivisuus ei estä syyttäjää esittämästä todistelua, joka on saatu syytetyn tahdon vastaisesti käyttäen laillisia pakkokeinoja, kuten kotietsintää tai laite-etsintää, eikä muutoinkaan estä todistusaineiston keräämistä siten, että itsekriminointisuojalla suojattu henkilö

1301 Launiala 2016, s. 8–9 ja Tapanila 2019a, s. 160.

1302 Ks. Launiala 2013, s. 29–30; Pölönen – Tapanila 2015, s. 370–371; Pellonpää ym. 2018, s. 688 ja Tapanila 2019a, s. 31–32.

1303 Itsekriminointisuoja ei myöskään tarjoa suojaa vapaaehtoisesti annettujen lausuntojen hyödyntämiselle, jolloin esitutkinnassa laillisesti saatuja itsekriminoivia lausuntoja voidaan lukea pääkäsittelyssä ja käyttää todisteena.

1304 Ks. John Murray v. Yhdistynyt Kuningaskunta (17.12.1996), kohta 47.

1305 Tähän liittyen on tärkeää mieltää, että syytetyn kertomus yksin ei riitä syyksilukevaan tuomioon, erityisesti jos hän kiistää teon, koska näyttötaakka on ensisijaisesti syyttäjällä. Syytetyn oma kertomus voi vaikuttaa näyttöasetelmaan joko positiivisesti tai negatiivisesti. Tapanila 2019a, s. 33.

1306 Ks. Launiala 2013, s. 29–30; Pölönen – Tapanila 2015, s. 370–371 ja Tapanila 2019a, s. 31–32. Tapanilan (2019a, s. 239–240) mukaan liitännäisvaatimuksissa, kuten yksityisoikeudellisissa tai rikoshyödyn menettämistä koskevissa vaatimuksissa, näyttötaakka voi poiketa tästä. Vrt. kuitenkin RL 10:9.4 käännetystä todistustaakasta käsiteltäessä laajennetun rikoshyödyn menettämistä ja siihen liittyvä tarkempi perusoikeuskommentointi Tapanila 2019a, s. 241.

pysyttelee passiivisena.[1307] Keskeinen kysymys itsekriminointisuojassa onkin se, vaatiiko todisteen antaminen suojatulta aktiivisia toimia.[1308] Mikäli vaatii, hänen ei tarvitse niitä tehdä. Esimerkiksi jos asiakirja on jo olemassa, ei itsekriminointisuoja estä sen takavarikointia.[1309]

> Todisteiden hankkiminen ETL 7:8.3:n mukaan on mahdollista velvoittamalla todistajaa esittämään hallussaan oleva todiste, mikäli se voitaisiin PKL 7:1:n nojalla takavarikoida eikä siihen kohdistu PKL 7:3:n takavarikkokieltoa.[1310] Tästä on kuitenkin säädetty poikkeus ETL 7:8.4:ssa. Sen mukaan läheiseltä, joka käyttää kieltäytymisoikeuttaan OK 17:17.1:n nojalla, ei voi edellyttää aktiivisia toimenpiteitä todisteen hankkimiseksi.[1311] Aivan täydelliseen yhtenäisyyteen todistamiskieltojen ja takavarikkokieltojen osalta ei ole menty eikä voida mennä: vaikka henkilö saa kieltäytyä ilmaisemasta tiettyä tietoa todistamiskieltojen perusteella, editiovelvollisuus ja takavarikointioikeus saattaa silti eräissä tilanteissa koskea todistetta.[1312] Itsekriminointisuoja suojaa aktiiviselta toimimisvelvoitteelta, minkä vuoksi suojaan vetoavan henkilön osalta tuomioistuin voi esimerkiksi ottaa vaitiolon huomioon todistusharkinnassa ja velvoittaa henkilön saapumaan oikeuteen. Samoin on kiellettyä hävittää jo olemassa olevia todisteita.[1313]

EIT:n oikeuskäytännössä on tarkasteltu myös itsekriminointisuojan näkökulmasta muutamia tyyppitapauksia, kuten sitä, onko epäilty luopunut oikeudesta avustajaan yksiselitteisesti ja tietoisena luopumisen seurauksista,[1314] ja sitä, onko itsekriminointisuojasta luovuttu vapaaehtoisesti vai onko ilmennyt kaltoinkohtelua

---

1307 Henkilö on velvollinen sietämään passiivisuusperusteisia toimia, kuten kotietsintää tai takavarikkoa ja puhalluskokeen sekä veri-, virtsa- ja ääninäytteen sekä DNA-testiä varten kudosnäytteen ottamista. Jalloh v. Saksa (11.7.2006), kohta 102.

1308 Ks. KKO 2021:73, jonka mukaan "*suoja ulottuu niihin tilanteisiin, joissa henkilö pakotetaan aktiivisesti tuottamaan raskauttavia todisteita, kuten tunnustamaan tai kertomaan todisteen sijaintipaikka taikka johdattamaan todisteen luokse.*"

1309 Itsekriminointisuojasta riippumatta asiakirjoja on mahdollista takavarikoida suojellun henkilön hallusta. PeVL 39/2014 vp, s. 4. Jo olemassa olevan asiakirjan antaminen kuuluu todistuksen antamista heikommin itsekriminointisuojan piiriin. PKL 7:1:n mukaan esine, omaisuus tai asiakirja voidaan takavarikoida mm. silloin, jos on syytä olettaa, että se voi olla todisteena rikosasiassa. Kuitenkin PKL 7:5 rajoittaa kirjeiden, pakettien ja muun vastaavan lähetyksen osalta todistamiskiellon alaisten lähetysten takavarikoimista, koska viestintäsalaisuuden suoja on niin merkittävä.

1310 ETL 7:8.1 ja 2:ssa on vastaavat viittaussäännökset henkilön oikeuteen tai velvollisuuteen vaieta kuin OK 17 luvussa säädetään oikeudenkäynnin osalta.

1311 Nämä poikkeukset on sisällytetty PKL 7:3:ään. PKL 10:52.1:ssa säädetään absoluuttisista kuuntelu- ja katselukielloista, jotka muotoutuvat todistusmetodikielloiksi. Fredman ym. 2020, s. 494.

1312 Fredman ym. 2020, s.924–925 ja 1169.

1313 Ks. Tapanila 2019a, s. 31–32.

1314 Ks. Trymbach v. Ukraina (12.4.2012), Martin v. Viro (30.5.2013) ja Dvorski v. Kroatia (20.10.2015).

esitutkinnassa tai tunnustuksen hankkimista painostamalla.[1315] EIT on antanut myös henkilöön liittyville seikoille merkitystä yksittäistapauksellisissa ratkaisuissa.[1316] EIT:n oikeuskäytännössä itsekriminointisuoja on tunnistettu jo 1990-luvulla ja oikeus avustajaan itsekriminointisuojalle osin rinnasteisena oikeutena vuonna 2008.[1317] Ne ovat kotimaisessa oikeusjärjestyksessä erilliset epäillyn oikeudet, vaikka niitä arvioidaankin usein samassa ratkaisussa ja myös EIT arvioi tyypillisesti molempia tarkastellessaan, onko EIS 6 artiklan turvattuja oikeuksia loukattu. Tapanilan mukaan oikeuksien kytkös on se, että jos epäillyllä on avustaja, ei itsekriminointisuojasta tarvitse erikseen epäiltyä huomauttaa. Jos epäillyllä sen sijaan ei ole avustajaa, on ensin arvioitava, onko hänen oikeuttaan avustajaan loukattu, ja vasta tämän jälkeen, onko itsekriminointisuojaa loukattu.[1318] Nimittäin jos epäillyllä ei ole avustajaa, vaikka hän siitä olisi pätevästikin luopunut, on esitutkintaviranomaisen informoitava hänelle itsekriminointisuojasta. Tapanilan mukaan itsekriminointisuoja on periaatteellisella tasolla syyttömyysolettaman johdannaisena statukseltaan tärkeämpi kuin oikeus avustajaan, jonka hän määrittelee välineelliseksi oikeudeksi.[1319]

#### 8.6.1.2 Itsekriminointisuojan ulottuvuudesta

Itsekriminointisuojassa on kyse rikosprosessuaalisesta periaatteesta, jolloin muihin prosesseihin tehdyt myönnytykset ovat ainoastaan turvaamassa varsinaisen suojan ydintä.[1320] Itsekriminointisuojan ulottuvuuteen liittyy sekä prosessuaalisia että henkilöllisiä näkökulmia, joiden tunteminen on keskeistä tarkasteltaessa myös OK

1315 Ks. Salduz v. Turkki (27.11.2008), Panovits v. Kypros (11.3.2009) ja Simeonovi v. Bulgaria (12.5.2017) ja Dimitar Mitev v. Bulgaria (8.3.2018).

1316 Epäiltyjen oikeuksien tarkastelussa on otettu huomioon myös epäiltyjen henkilökohtaisia ominaisuuksia, kuten ikä, terveydentila ja päihdeongelmat, joista esim. hoidontarve pidätyksen aikana Plonka v. Puola (31.3.2009). Nuorten tai alaikäisten epäiltyjen osalta EIT on kiinnittänyt erityistä huomiota heidän haavoittuvuuteensa ja kehityksellisiin tarpeisiinsa (esim. Salduz v. Turkki 27.11.2008, Panovits v. Kypros 11.3.2009 ja Blokhin v. Venäjä 23.3.2016).

1317 Tapanila 2014, s. 3–4. Ks. EIT:n oikeuskäytännöstä esim. Funke v. Ranska (25.2.1993), John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta (8.2.1996) ja Salduz v. Turkki (27.11.2008). Tapanila (2012, s. 5) huomauttaa kuitenkin, että EIT ei ole oikeuskäytännössään edellyttänyt kummastakaan rikkomuksesta seuraukseksi hyödyntämiskiellon asettamista, vaan se on edellyttänyt, ettei kyseisiä oikeuksia loukannut todiste ole ainut tai ratkaiseva näyttö syyllisyyden tueksi. Toista mieltä on Salduz v. Turkki (27.11.2008) -tapauksen osalta ollut Fredman (2013, s. 351), joka on katsonut EIT:n perustelukohdassa 62 edellyttävän nimenomaisesti hyödyntämiskiellon asettamista EIS:n 6 artiklan 1 tai 3 c loukkauksissa. Tapanila (2014, s. 5) ei ole tehnyt ratkaisusta vastaavaa johtopäätöstä siitä syystä, että EIT pidättäytyy ottamasta kantaa kansallisen tuomioistuimen suorittamaan näytönarviointiin ja todisteiden sallittavuuteen.

1318 Tapanila 2012a, s. 594.

1319 Tapanila 2014, s. 4. Tarkastelen oikeutta avustajaan loukkaavat tilanteet itsekriminointisuojaan perustuvasta todistamiskiellosta erillisenä asiana hyödyntämiskiellon yleissäännöksen yhtenä oikeuskäytäntöön pohjautuvana tyyppiesimerkkinä jaksossa 9.5, koska tutkimuksen näkökulmasta se kiinnittyy nykyisin nimenomaan hyödyntämiskieltoharkintaan todisteen laittoman hankkimistavan vuoksi, eikä suoraan itsekriminointisuojaa loukaten annettuna todistuksena.

1320 Marttilan (2012, s. 926–932) mukaan itsekriminointisuoja toimii turvana yleistä etua toteuttamaan pyrkivää julkista valtaa vastaan erityisesti konkurssimenettelyn yhteydessä.

17:18:n mukaisen todistamiskieltosäännöksen ulottuvuutta ja jäljempänä käsiteltävän niin sanotun itsekriminointisuojan laajennoksen (OK 17:25.2) soveltamisalaa. Erityisesti henkilöllisellä ulottuvuudella on merkitystä totuuden tutkimisen kannalta valehteluoikeuden vuoksi.

Lähtökohtaisesti itsekriminointisuoja kuuluu rikosprosessissa epäillyn tai syytetyn asemassa olevalle henkilölle, mutta todistamiskieltona OK 17:18 ulottuu kaikkiin prosessin vaiheisiin ja kattaa muutkin henkilöt kuin todistajan. Prosessuaalisen aseman suhteen neutraalina säännöksenä se ei rajoita itsekriminointisuojaa henkilön roolin perusteella oikeudenkäynnissä, vaan se koskee kaikkia asianosaisia ja todistajia sekä heidän OK 17:17:ssä tarkoitettuja läheisiään, joilla kieltäytymisoikeus kyseisen säännöksen nojalla on.[1321] Itsekriminointisuoja voi Tapanilan mukaan alkaa joissain tilanteissa jo ennen rikosepäilyä.[1322] Huomionarvoista on myös, että rikosprosessin käsitteessä ei voida nojata täysin kotimaiseen käsitykseen, vaan on tarkasteltava ihmisoikeuksien suojan ulottuvuutta EIT:n kriteerien mukaan rikosprosessin luonteiselle prosessille, joka voi laajentaa itsekriminointisuojan rikoksesta epäillyn osalta myös muihin kuin rikosprosessuaalisiin menettelyihin.[1323] Kriteerit, joiden perusteella EIT on katsonut prosessin olevan katsottavissa rikosprosessiksi, ovat rikoksen luokittelu kansallisessa laissa, teon luonne sekä rangaistuksen luonne ja vakavuusaste.[1324] Tällöin EIT:n ratkaisukäytännön mukaisten linjausten täyttämiseksi on ollut tarpeellista säätää tilanteisiin soveltuva niin sanottu palomuuri,[1325] joita sisältyykin esimerkiksi insolvenssisäännöksiin. Niissä ei kotimaisen sääntelyn nojalla sovelleta rikosprosessiin kiinnittyvää itsekriminointisuojaa, vaan esimerkiksi tiettyjen verotus- ja insolvenssimenettelyjen toteuttamisen turvaamiseksi on

1321 Ks. Rautio – Frände 2016, s. 145 ja HE 46/2014 vp, s. 77 ja Pölönen 2003, s. 280. Ks. roolituksen merkityksestä myös Tapanila 2019a, s. 252. Todistelu käsittää jaksossa 3.2 määritellyllä tavalla varsinaisen todistajan lisäksi myös asianosaisten ja asiantuntijoiden kuulemisen sekä heidän antamat lausunnot, vaikka todistamiskieltosäännökset on kohdistettu ensisijaisesti todistajaan. Todistajan, asiantuntijan, asianomistajan tai syytetyn omana suojanaan on itsekriminointisuoja ja henkilön läheisellä todistajana on läheiskriminointisuoja. Kannanotto ei sen sijaan ratkaise sitä, miten läheisen asianomistajarooli vaikuttaa, vaan tarkastelen asiaa lyhyesti erikseen jaksossa 8.6.3.

1322 Tapanila 2010, s. 582–583.

1323 EIT:n tulkintakäytännön mukaan esimerkiksi veronkorotus (Jussila v. Suomi 23.11.2006) ja polttoainemaksun periminen kolminkertaisena käyttövoimaveron kiertämisen vuoksi (Ruotsalainen v. Suomi 16.6.2009) rinnastetaan rikosprosessiin.

1324 Rikosprosessissa epäillyn asemassa olevan henkilön itsekriminointisuojan on katsottu soveltuvan myös muissa, rajattua ryhmää laajemmalle sovelletuissa prosesseissa, joiden seuraamus voi olla tuntuva ja jolla on preventiivistä vaikutusta. EIT:n oikeuskäytännöstä esim. J.B. v. Sveitsi (3.5.2001). Ks. tarkemmin Koponen 2006, s. 133, jossa esimerkkinä veronkorotusmenettely.

1325 Palomuurisäännös estää tällaisessa menettelyssä annetun itsekriminoivan tiedon käyttämisen rikosprosessissa. Tällöin rikosasiassa oikeudenkäyntiaineiston tai viimeistään todistusharkinnan ulkopuolelle jää muussa menettelyssä annettu itsekriminoiva lausuma. Tällainen on esimerkiksi ulosottokaaren (UK) 3:73, joka koskee ulosottovelallisen ulosottoa varten antamista tiedoista, joita ei saa luovuttaa, jos ne voivat saattaa velallisen syytteen vaaraan muusta kuin ulosottomenettelystä tehdystä rikoksesta sekä UK 3:91, joka lisäksi kieltää ulosottohakijaa käyttämästä tällaista tietoa velallisen syytteeseen saattamiseksi.

säädetty tietojenantovelvollisuuksia. Kuitenkin oikeudenkäynnissä sovellettavien säännösten soveltaminen määräytyy kotimaisen prosessilajien jaottelun suhteen eivätkä rikosprosessiin kohdistuvat säännökset, kuten ETL, PKL ja ROL, sovellu hallinnolliseen menettelyyn. Siksi EIS:n tarjoama ihmisoikeuksien suoja on ulotettu itsekriminointisuojan viimekätiseksi turvaamiseksi hallinnollisissa prosesseissa hyödyntämiskieltosäännöksen itsekriminointisuojan laajennoksen (OK 17:25.2) avulla sekä EIT:n kriteerien mukaisiin rikosprosessin luonteisiin prosesseihin että muihin menettelyihin. Sen sijaan alustavan puhuttelun rooli esitutkintaa edeltävänä toimenpiteenä ratkeaa itsekriminointisuojaan perustuvan todistamiskieltosäännöksen tulkinnalla.

> Korkeimman oikeuden ja EIT:n tulkinnat itsekriminointisuojan soveltamisesta konkurssimenettelyssä ovat olleet erilaisia siten, että EIT:n ratkaisut ovat painottaneet itsekriminointisuojan laajaa soveltamista, kun taas korkeimman oikeuden ratkaisut ovat olleet ristiriidassa EIT:n tulkinnan kanssa.[1326] Näin ei kuitenkaan ole enää ratkaisun KKO 2009:80 myötä. Ratkaisussa Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.12.1996) itsekriminointisuojan tarkoitukseksi on määritelty syytetyn suojeleminen viranomaisten epäasianmukaiselta painostukselta, mikä edistää väärinkäsitysten välttämistä ja EIS 6 artiklan tavoitteiden täyttämistä, jolloin itsekriminointisuojan oikeutus EIT:n ratkaisukäytännössä perustuu yleiseen oikeudenmukaisuuteen ja konkreettisesti väärille tunnustuksille perustuvien virheellisten tuomioiden estämiseen.[1327] Marttila on ottanut kantaa EIT:n ratkaisukäytäntöön ja sen vaikutuksiin kotimaisessa oikeuskäytännössä todeten, että vaikka yksittäisistä tapauksista voi muodostua selvärajainen ja vakiintunut tulkintakäytäntö, niin EIT:n ratkaisut ovat kontekstisidonnaisia, ja siksi niiden suoraan siirtämiseen lainsäädäntöön tulee suhtautua varoen. EIT:n ratkaisut, jotka rinnastavat hallinnollisen sanktiomenettelyn rikosasioihin tietyissä tapauksissa, eivät tarkoita, että rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyjä sovellettaisiin näissä menettelyissä. Sinänsä itsekriminointisuojan sisältämää vaitiolo-oikeutta ei ole tarkoituksenmukaista laajentaa rikosprosessin ulkopuolisiin menettelyihin, jos suoja on mahdollista toteuttaa muulla tavalla.[1328]

Itsekriminointisuoja todistamiskieltona mahdollistaa kieltäytymisen vastaamasta, kun vastaaminen aiheuttaisi syytteen vaaran, mutta ei oikeuta täydelliseen vai-

1326 Ks. Marttila 2011, s. 553–558.

1327 Marttila 2012, s. 926–932. Marttilan artikkeli on kymmenen vuotta vanha ja tuolloin itsekriminointisuojan sisältö on ollut jatkuvassa kehityksessä, erityisesti EIT:n ratkaisukäytännön valossa, eikä suojan määritelmäkeskustelu ei ole ollut laaja-alaista, johtuen osittain tästä kehittymisvaiheesta

1328 Ks. tarkemmin Marttila 2013, s. 811–814.

kenemiseen. Todistajan ja asianosaisen on puhuttava totta, kun he jotakin lausuvat, mutta he eivät ole velvoitettuja puhumaan, jos se johtaisi itsekriminointiin.[1329] Tämä eroaa rikoksesta syytetyn oikeudesta, jonka mukaan hänellä ei ole velvollisuutta pysyä totuudessa.[1330] Oikeudenkäyntivaiheessa syytetyn itsekriminointisuojan ongelmat ovat harvinaisempia kuin esitutkinnassa, koska syytetyllä on oikeus vaieta, mistä häntä informoidaan tarvittaessa. Lisäksi avustajan läsnäolo usein edesauttaa vaitiolo-oikeuden toteutumista. ETL 7:10.2:ssa säädetään viranomaista koskeva velvollisuus kertoa kuultavalle hänen oikeudestaan sekä vaieta että muutoin myötävaikuttaa oman syyllisyytensä selvittämiseen. Esitutkinnan alettua lähtökohta onkin se, että henkilöllä on riittävä tieto vaitiolo-oikeudestaan. Hän voi tällöin valita, antaako hän vapaaehtoisesti lausumia vai ei, eli käyttääkö hän oikeuttaan itsekriminointisuojan tarjoamaan vaitioloon. Itsekriminointisuojan akkusatoriseen menettelyyn perustuva oikeus pysyä passiivisena ja käyttää vaikenemisoikeutta tunnetaan laajalti niin sanottujen Miranda-oikeuksien[1331] kautta, jotka voivat auttaa arvioimaan kuulustelukertomuksesta esitettyjä hyödyntämiskieltoväitteitä. Tapanilan mukaan lainkäyttäjän tulee olla tietoinen, että esitutkinnan muodollisten edellytysten täyttyminen ei automaattisesti takaa hankitun tunnustuksen pätevyyttä.[1332]

Kysymys siitä, onko vaikenemisoikeus ainoa itsekriminointisuojan muoto vai sisältyykö siihen myös jonkinlainen velvollisuus välttää totuudenvastaisia lausuntoja, on kuitenkin monimutkaisempi.[1333] Fredmanin mukaan OK 17 luvun oikeudet ja velvollisuudet kieltäytyä todistamasta eivät oikeuta valehtelemaan. On kuitenkin havaittava, että RL 15:13:n 2 kohdan mukaan perätöntä lausumaa koskevaa rangaistussäännöstä ei sovelleta, jos totuudessa pysyminen on ollut mahdotonta ilman vaaraa joutua vastuuseen omasta rikoksesta tai siihen rinnastuvasta lainvastaisesta teosta.[1334]

Rikosprosessissa epäillyllä ja syytetyllä on paitsi vaitiolo-oikeus, myös oikeus valehdella eli antaa totuudenvastaisia lausuntoja ilman, että siitä seuraa haitallisia seuraamuksia. Tämä perustuu siihen, että syytetyllä on halutessaan oikeus puhua. Jos syytetty olisi velvoitettu pysymään totuudessa todistaessaan, kuten asianomis-

1329 Ks. Rautio – Frände 2016, s. 147 ja Tapanila 2019a, s. 248.

1330 Tapanila 2019a, s. 248–249.

1331 Miranda v. Arizona (13.6.1966), jossa todettiin, että vaikka laissa itsekriminointisuojaa ei ollut ulotettu poliisikuulusteluihin, vaan sen katsottiin koskevan todistamista oikeudenkäynnissä, voitiin perusoikeuden vaikutus ulottaa prosessin aiempiin vaiheisiin. Tällöin syyttäjiä voitiin käyttämästä oikeudenkäynnissä todisteina henkilön lausuntoja, jotka on annettu poliisikuulusteluissa, ellei voida osoittaa, että henkilöä oli informoitu avustajaoikeudesta sekä oikeudesta olla todistamatta itseään vastaan ennen poliisin kuulustelua, ja että syytetty oli ymmärtänyt nämä oikeudet ja vapaaehtoisesti luopunut niistä.

1332 Tämä siitä huolimatta, että Suomessa ETL määrittelee tarkasti kuulustelumenettelyn. Sinänsä oikeuksista kertominen ei estä poliisin epäasiallisia kuulustelumenetelmiä. Ks. Miranda-oikeuksien tarkempaa kommentointia Tapanila 2019a, s. 170–172.

1333 Hupli 2017, s. 76.

1334 Fredman ym. 2020, s. 495.

taja, hänen oikeutensa tulla kuulluksi omassa asiassaan heikkenisi. Käytännön ongelma on myös siinä, miten syytetyn totuudessa pysymistä voitaisiin valvoa. Onkin epäselvää, lisäisikö totuudessa pysymisen velvoite syytetyn kertomuksen näyttöarvoa.[1335] Lausumien merkitys arvioidaan tapauskohtaisesti vapaan todistusharkinnan puitteissa.[1336] Todistajan kohdalla ongelma puolestaan on se, ettei hänellä ole suoranaisesti syytetyn oikeuksia, vaan hänen kieltäytymisoikeutensa perustuu todistajana toimimiseen ja siten OK 17:18.1:ssa säädettyyn todistamiskieltoon. Sitä, onko todistajalla siten oikeutta valehdella vai ainoastaan oikeus vaieta, on kotimaisessa oikeuskäytännössä jossain määrin selkeytetty ja päädytty siihen, että itsekriminointisuoja mahdollistaa vaitiolon ja kieltäytymisen vastaamasta tiettyihin kysymyksiin, mutta ei anna todistajalle oikeutta väärien tietojen antamiseen.

Huplin mukaan, kun pohditaan, voiko itsekriminointisuojaan sisältyä myös oikeus antaa totuudenvastaisia lausuntoja, nykyiset moraaliset perustelut eivät tarjoa selkeää vastausta. Ne vahvistavat vaikenemisoikeutta, mutta eivät suoraan tue oikeutta valehdella. Siksi valehteluoikeuden perustelun täytyy olla erillinen, ellei kyse ole periaatteellisesta valinnasta itsekriminointisuojan laajuudesta.[1337] Problematiikkaa aiheuttaa se, että konkurssi- ja ulosottomenettelyissä säännökset eivät salli velalliselle valehtelua, vaikka hän käyttäisikin itsekriminointisuojaansa. Ulosotossa velallisella on jopa velvollisuus antaa tietoja, mutta tietojen siirtymistä rikosprosessiin estävät palomuurisäännökset, millainen viime kädessä on myös OK 17:25.2.

> Kuitenkin totuudenvastaisten lausumien sääntely muissa yhteyksissä kuin rikosoikeudellisessa prosessissa koskee erityisesti konkurssi-, ulosotto- ja verotusmenettelyjä, joissa itsekriminointisuoja ja lakiin perustuvat velvollisuudet voivat olla ristiriidassa. Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2009:80 ohittaa konkurssilain (KonkL, 120/2004) 4:5:ssä säädetyn myötävaikutus- ja tiedonantovelvollisuuden. Se myös vahvistaa itsekriminointisuojan voimassaolon konkurssitilanteissa, mikä vaikuttaa konkursseissa annettavien tietojen luotettavuuteen. Samoin ulosottokaaren (UK 3:73.1) palomuurimalli estää tietojen hyödyntämisen ulosoton ulkopuolella ja luo toisenlaisen järjestelyn, jossa velallisella on tietojenantovelvollisuus mutta ei vaikenemisoikeutta. Siten konkurssissa velallisella on vaikenemisoikeus, mutta ei oikeutta antaa vääriä tietoja. Tämä asettaa Huplin mukaan velalliselle tosiasiassa vaikenemisvelvollisuuden, koska valehtelusta saattaa seurata rikosoikeudellinen vastuu. Toisaalta ulosotossa velallisella ei ole edes vaikenemisoikeutta.[1338]

1335 Hupli 2017, s. 79 ja Tapanila 2019a, s. 135.
1336 Hupli 2017, s. 77.
1337 Hupli 2017, s. 77.
1338 Hupli 2017, s. 78–80 ja osin Tapanila 2019a, s. 135.

Tapanilan mukaan kompleksisuutta valehtelemisoikeudessa aiheutuu esimerkiksi silloin, jos viranomainen painostaa henkilöä sanktion uhalla paljastamaan tietoja, jotka voisivat asettaa hänet syytteen vaaraan. Mikäli henkilö valehtelee tällaisessa tilanteessa suojellakseen itseään, kyse on erityistilanteesta, jossa pelkkä vaikeneminen ei välttämättä riitä toteuttamaan itsekriminointisuojaa. Henkilö voi olla tilanteessa, jossa hänellä ei ole realistista vaihtoehtoa pysyä hiljaa ilman negatiivisia seuraamuksia. Tällöin itsekriminointisuojan tarkoitus ja sen soveltamisen rajat joutuvat uudenlaisen tarkastelun kohteeksi.[1339] Olennaista tällöin on arviointi siitä, millainen sanktiouhka katsotaan sillä tavoin sopimattomaksi pakottamiseksi, ettei vaitiolo-oikeus ole riittävä, vaan itsekriminointisuojan turvaamiseksi todistaja on oikeutettu valehtelemaan.

Oikeuskäytännön kehitys itsekriminointisuojan ja valehtelun välisessä rajanvedossa sekä viime kädessä itsekriminointisuojan soveltaminen muissa prosesseissa, eli itsekriminointisuojan ulottuvuus, on oikeuskäytännössä vaihdellut prosessin mukaan. Korkein oikeus on arvioinut useassa ratkaisussa erilaisia henkilön rooliin liittyviä itsekriminointisuojan sovellutuksia valehteluoikeuden osalta. Korkeimman oikeuden ratkaisut KKO 2011:46, KKO 2015:6 ja KKO 2017:78 ovat keskeisiä tässä kontekstissa: niissä tarkastellaan, sisältyykö itsekriminointisuojan piiriin ainoastaan vaitiolo-oikeus vai myös valehteluoikeus rikosprosessin ulkopuolisissa menettelyissä. Erityisesti ratkaisussa KKO 2011:46 korkein oikeus tunnusti valehteluoikeuden osaksi itsekriminointisuojaa, mutta vain silloin, kun rikosprosessiin liittyvä menettely on vireillä. Sitä vastoin ratkaisuissa KKO 2015:6 ja KKO 2017:78 korkein oikeus kallistui kantaan, jossa riittää pelkkä vaitiolo-oikeus, eikä valehteluoikeutta hyväksytä rikosprosessin ulkopuolella.

Ratkaisussa KKO 2011:46, jossa syytettynä ollut henkilö oli antanut väärää tietoa verotarkastuksen aikana eli valehdellut aktiivisesti, korkein oikeus arvioi, suojaako itsekriminointisuoja syytettyä ja antaako se hänelle oikeuden valehdella myös rikosprosessin ulkopuolisessa kuulemisessa.[1340] Korkeimman oikeuden päätelmä oli, että itsekriminointisuoja kattaa syytetyn oikeudet riippumatta siitä, missä menettelyssä häntä kuullaan. Jos itsekriminointisuojan edellytykset täyttyvät, henkilön oikeudet, mukaan lukien oikeus valehdella, ovat yhtä vahvat riippumatta siitä, kuullaanko häntä rikosprosessin ulkopuolella vai sen aikana. Ratkaisun lopputulema vahvisti, että itsekriminointisuojan piiriin kuuluvan henkilön oikeuksia ei saa alentaa menettelyn luonteen perusteella. Syytetyn oikeus valehdella rikosprosessin missä tahansa vaiheessa ilman rangaistuksen pelkoa perustuu siihen, ettei hänellä ole velvollisuutta

1339 Tapanila 2019a, s. 136–137.

1340 Ratkaisussa esitutkinta ja verotarkastus olivat koskeneet samaa henkilön menettelyä yhtä aikaa vireillä olevissa prosessissa. Korkein oikeus katsoi, ettei henkilön menettelyä verotarkastuksen yhteydessä voitu itsekriminointisuojaan liittyvistä syistä pitää rangaistavana ja hylkäsi syytteen törkeästä veropetoksesta.

pysyä totuudessa. Mikäli itsekriminointisuojan edellytykset täyttyvät, sen tarjoama oikeusturva ei saa heiketä riippumatta siitä, esiintyykö menettely rikosprosessin sisällä vai ulkopuolella. Käytännössä tämä tarkoittaa, että syytetyn ei tarvitse pelätä seuraamuksia valehtelusta, kun hän käyttää hyväkseen itsekriminointisuojaa, ja tämä suoja ulottuu myös rikosprosessin ulkopuolisiin menettelyihin.[1341] Tilanteessa henkilö oli verotarkastuksessa ja esitutkinnassa epäillyn, ei todistajan, roolissa. Siksi ratkaisusta ei voi myöhempi oikeuskäytäntö huomioiden tehdä johtopäätöksiä siitä, että myös todistajalla olisi oikeus valehdella. Mikäli henkilö on itse asianosainen, kuten verovelvollinen tai epäilty, hänen asemansa ja oikeutensa eroavat todistajan asemasta ja oikeuksista. Ratkaisussa katsottiin, että väärien tietojen antaminen eli valehtelu arvioidaan samoin kuin oikeus vaieta tai jättää tietoja antamatta, eli itsekriminointisuojan aktualisoituessa niin sanotussa rinnakkaisprosessissa saa jopa valehdella.[1342]

Hupli on kritisoinut ratkaisun KKO 2011:46 perusteluja siltä osin, kuin vaikeneminen ja valehtelu nähdään samanarvoisina, Vaikenemisoikeus antaa oikeuden pysyä passiivisena ja olla vastaamatta kysymyksiin, kun taas valehtelu tarkoittaa aktiivista osallistumista totuuden vääristämiseen. Huplin mukaan syytetyn ei pitäisi joutua painostuksen kohteeksi antamaan totuudenvastaisia lausuntoja, vaan vaikenemisoikeuden pitäisi suojella henkilöä tällaiselta painostukselta, jolloin itsekriminointisuojan tulisi kattaa vain oikeus pysyä passiivisena.[1343]

Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2015:6 ottanut kantaa siihen, millainen pakottaminen lausunnon antamiseen itseä vastaan aiheuttaa itsekriminointisuojaan vetoamisen mahdollisuuden.[1344] Tapauksessa henkilöt olivat käräjäoikeudessa todistajina riita-asiassa, johon liittyen heitä vastaan oli samaan aikaan vireillä rikossyyte. Todistajat olivat vetoamatta kieltäytymisoikeuteensa todistaneet riita-asiassa ja osin antaneet totuudenvastaisia lausuntoja. Korkein oikeus katsoi, että totuudenvastaisten lausumien antamisesta seuraavaan rangaistusuhkaan ei ole sisältynyt sopimatonta pakkoa. Korkein oikeus linjasi, että todistajilla, jotka olivat samanaikaisesti syytettyinä rikosasiassa, ei ollut oikeutta antaa vääriä tietoja riita-asiassa tuomioistuimessa. Todistajien itsekriminointisuojaa ei ollut loukattu heidän kuulemisessaan todistajina, ja heidän antamansa virheelliset tiedot johtivat syytteeseen perättömän lausuman

1341 Vuorenpää 2009, s. 135 ja Vuorenpää 2011b.

1342 KKO 2011:46 kohta 18.

1343 Hupli 2017, s. 84–85.

1344 Ratkaisun KKO 2015:6 otsikko: ”*A:ta ja B:tä oli kuultu käräjäoikeudessa todistajina riita-asiassa, johon liittyvien seikkojen johdosta heitä vastaan oli samaan aikaan vireillä rikossyyte. Myöhemmin syyttäjä vaati A:lle ja B:lle rangaistusta perättömästä lausumasta tuomioistuimessa sen johdosta, mitä he olivat käräjäoikeudessa todistajina kieltäytymisoikeuttaan käyttämättä kertoneet. Korkeimman oikeuden tuomiossa lausutuin perustein katsottiin, ettei A:n ja B:n itsekriminointisuojaa ollut loukattu ja ettei myöskään perätöntä lausumaa koskeva rajoitussäännös tullut sovellettavaksi. A ja B tuomittiin mainitusta rikoksesta rangaistukseen.*”

antamisesta.[1345] Ratkaisussa KKO 2011:46 korkein oikeus arvioi, tulisiko aktiivista väärien tietojen antamista arvioida itsekriminointisuojan kannalta eri tavoin kuin vaikenemisoikeuden käyttämistä tai tietojen salaamista, ja päätyi samaistamaan valehtelemisen vaikenemisoikeuteen.[1346] Kun tarkastellaan tästä näkökulmasta ratkaisuja yhdessä, KKO 2011:46 herättää kysymyksen, missä määrin valehtelun ja vaikenemisoikeuden käytön voi samastaa. KKO 2015:6 puolestaan korostaa todistajan aseman erityispiirteitä ja sitä, että todistajan tehtävänä on tuoda esiin totuus asiassa. Itsekriminointisuojan rajat ja soveltaminen vaihtelevat eri oikeudellisissa tilanteissa, ja on osin epäselvää, milloin itsekriminointisuoja sisältää valehteluoikeuden.[1347] Äkkiseltään näyttäisi siltä, että ratkaisussa KKO 2011:46, jossa itsekriminointisuoja nähtiin laajemmin sovellettavana myös rikosprosessin ulkopuolisissa menettelyissä, KKO 2015:6:n tulkinnassa itsekriminointisuoja nähdään rajatummin. Kysymys on osittain siitä erosta, että ratkaisussa KKO 2011:46 kyse oli molempien prosessien osalta asianosaisasemassa eli epäiltynä tai syytettynä kuulemisesta, kun taas ratkaisussa KKO 2015:6 kysymys oli riita-asian osalta todistajista.

Korkein oikeus perusteli ratkaisua KKO 2015:6 sillä, ettei todistajille ollut syntynyt samankaltaista painostettua tilannetta kuin mitä KKO 2009:80 ja 2011:46 ratkaisuissa oli katsottu.[1348] Tämä johtui siitä, että todistajalla, joka asianmukaisesti vetoaa kieltäytymisoikeuteensa, ei ole pakkoa vastata kysymyksiin, jotka voisivat vaarantaa hänen asemansa syytettynä, eikä tällaisesta kieltäytymisestä seuraa rangaistusta.[1349] Kieltäytyminen todistamasta silloin, kun se saattaisi todistajan syytteen

1345 KKO kiinnitti huomiota myös tietojen antajan asemaan ja katsoi, että koska itsekriminointisuojan tarkoituksena on suojata epäillyn tai syytetyn asemassa olevan tahtoa viranomaisten epäasiallista pakottamista vastaan, ei itsekriminointisuojan perättömältä lausumalta suojaava poikkeamisperuste tule vapaaehtoisesti lausuvaa todistajaa koskevaksi. KKO katsoi, että osaan kysymyksistä vastaaminen ja osaan vastaamatta jättäminen osoitti, että todistajat olivat tienneet saavansa kieltäytyä ja tätä kieltäytymisoikeutta myös osin käyttäneet.

1346 KKO:n keskeisenä perusteena oli, että valehtelemisen rangaistavuus voisi heikentää merkittävästi syytetyn oikeutta vaieta ja olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. KKO katsoi, että itsekriminointisuoja ulottuu myös aktiiviseen valehteluun tällaisessa tilanteessa.

1347 Ks. KKO:n ratkaisujen tulkinnoista Hupli 2017, s. 80–85.

1348 KKO on ratkaisun KKO 2015:6 perusteluissa verrannut todistajien asemaa ennakkopäätöksiin KKO 2009:80 ja KKO 2011:46, joissa asetelma on ollut erilainen painostuskeinojen osalta. Niissä oli kysymys tilanteista, joissa rikoksesta syytetyn asemassa olleilla velallisilla oli ollut lakiin perustuva ilmoitus- ja tiedonantovelvollisuus, joihin liittyi painostusvankeuden tai veronkorotuksen tai rangaistuksen uhka, ja tiedot ovat olleet sen luonteisia, että niillä on ollut yhteys sekä rikosasiaan että viranomaismenettelyyn. Painostuksen tai pakottamisen todistamaan itseään vastaan osalta huomioitava myös EIT:n ratkaisu Serves v. Ranska (20.10.1997), jossa EIT totesi, että todistajan samanaikainen asema toisessa rikosprosessissa ei oikeuttanut kieltäytymiseen todistamisesta kokonaan, koska todistaja voi kieltäytyä vastaamasta kysymyksiin, jotka aiheuttavat syytteen vaaran. EIT totesi, että valan vaatiminen todistajalta ei loukannut itsekriminointisuojaa, koska valan vannominen ja siihen liittyvät uhkasakot eivät pyrkineet pakottamaan todistamaan, vaan varmistamaan todistajan kertomuksen oikeellisuuden.

1349 Viljasen (2015) mukaan ratkaisun perusteella perätöntä lausumaa koskeva rajoitussäännös RL 15:13:n 2 kohdassa toimii viimeisenä suojakeinona todistajalle, kun taas OK:ssa säädetty kieltäytymisoikeus on ensisijainen. Viljasen johtopäätöksenä ratkaisusta on, että vaikka OK:n todistamista koskevat

vaaraan, edellyttää kieltäytymisoikeuteen vetoamista, jolloin tuomioistuin tulee tietoiseksi mahdollisista puutteista todistajan kertomuksessa. Kuitenkin jo pelkkä kieltäytyminen vastaamasta voi herättää epäilyksiä todistajaa kohtaan. Tällöin voidaan kysyä, toteutuuko itsekriminointisuoja riittävästi vai olisiko todistajalla oltava oikeus jättää vetoamatta vaitiolo-oikeuteensa ja sen sijaan valehdella. Perustelujen mukaan kieltäytymisoikeuden käyttämisen yksilöinti palvelee oikeudenkäynnin tavoitetta selvittää aineellinen totuus, eikä siinä ole kyse sopimattomasta pakosta. Perusteluissa viitattiin aineellisen totuuden osalta myös siihen, että tavoitteena todistajien kuulemisessa on totuuden selvittäminen. Tämä erottaa todistajan aseman esimerkiksi konkurssivelallisen tai verovelvollisen asemasta erityisissä menettelyissä.[1350]

Nähdäkseni asiassa on kaksi ristiriitaa. Ensimmäinen kytkeytyy laajemmin tämän tutkimuksen kontekstiin vapaasta todistusteoriasta ja Hormian sanoja lainaten sen arvottomasta luonteesta luulotellun täydellisen hyödyntämisvapauden puoltajana. Hyödyntämiskelpoisuuden perusteluksi ei voida esittää, että olisi ilmeisessä ristiriidassa vapaan todistusteorian kanssa, jos tuomioistuin pakotettaisiin jättämään huomiotta todistamiskieltoa rikkoen esitetty oikeudenkäyntisaineisto.[1351] Aineellista totuutta tavoitellaan käsitykseni mukaan melko samantasoisesti kaikissa indispositiivisissa prosesseissa. Totuuden tavoittelu ei voi toimia perusteluna itsekriminointisuojan loukkaamiselle, koska kysymys on arvoperiaatteesta, jota vapaa todistelu parhaiten toteuttaa. Vapaasta todistelusta on kuitenkin nimenomaisesti sallittu poikkeamismahdollisuus, joka itsekriminointisuojan osalta muotoutuu perus- ja ihmisoikeudeksi. Toiseksi painostustilanteen argumentointi on ontuva. Mikäli henkilö katsoo todistajan asemessa, jossa hänen on pysyttävä totuudessa vastatessaan kysymyksiin, olevansa vaarassa joutua itsekriminoivaan tilanteeseen, hän on eittämättä pakotettu ilmaisemaan mahdollinen syyllisyytensä jo pelkästään sillä, että hän joutuu vaikenemisoikeuden saadakseen vetoamaan kieltäytymisoikeuteensa itsekriminointisuojan perusteella. Mielestäni pelkästään se seikka, ettei pakottaminen ole henkilöllistä toimintaa, vaan johtuu menettelysäännöksestä, ei ole asiassa merkityksellistä. Merkityksellistä on se, että henkilö ei voi valita toisin joutumatta perättömästä lausumasta syytetyksi. Tämän probleeman korjaisi todistajan oikeus valehdella rinnakkaisprosesseissa.

Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2017:78 vahvistanut ratkaisussa KKO 2015:6 linjatun.[1352] Näin ollen kannanotto on jokseenkin poikkeava verrattuna rat-

säännökset mahdollistavat poikkeuksen positiivisesta totuusvelvollisuudesta, ne korostavat kuitenkin todistajan velvollisuutta toimia totuudenmukaisesti ja käyttää kieltäytymisoikeuttaan harkiten, välttäen tarpeetonta itseään vastaan todistamista.

1350 Ks. ratkaisun komennointia Pölönen – Tapanila 2015, s. 438 ja Rautio – Frände 2016, s. 147.

1351 Hormia 1978, s. 42.

1352 Ratkaisun KKO 2017:78 otsikko: *"A:ta oli kuultu käräjäoikeudessa takaisinsaantia konkurssipesään koskevan asian pääkäsittelyssä vastaajayhtiön edustajana henkilökohtaisesti todistelutarkoituksessa ja toisessa vastaavassa asiassa asianosaisena henkilökohtaisesti todistelutarkoituksessa. Ennen kuulemistaan*

kaisuun KKO 2011:46 valehteluoikeuden osalta.[1353] Ratkaisun KKO 2017:78 mukaisesti riita-asiassa todistelutarkoituksessa kuultavalla asianosaisella ei ole oikeutta valehdella, vaan hänen on turvauduttava kieltäytymisoikeuteensa, jolloin hänen asemansa on itsekriminointisuojan kannalta rinnastettavissa todistajan asemaan.[1354] Korkeimman oikeuden perustelujen mukaan, vaikka asianosainen oli käytännössä suostunut todistamaan, myös hänen vaitioloaan olisi voitu käyttää häntä vastaan, mikä ei merkitse epäasianmukaista pakottamista itseään vastaan todistamiseen. Jos todistaja lausuu tai vastaa kysymyksiin kieltäytymisoikeuttaan käyttämättä, ei voida puhua pakottamisesta todistamaan itseään vastaan.

Vuorenpää on argumentoinut, että normaalissa tilanteessa vaitiolo-oikeus on riittävä, mutta rinnakkaistilanteissa, kuten ratkaisujen KKO 2015:6 ja KKO 2017:78 asetelmissakin on ollut kysymys, joissa vireillä on hallinnollisen menettelyn lisäksi rikosasia, ei vaitiolo-oikeus voi olla riittävä suoja. Vuorenpään mukaan itsekriminointisuojaa on sovellettava siten, että periaatteen sisältö on yhdenmukainen riippumatta siitä, missä menettelyssä ja missä asemassa henkilöä kuullaan.[1355] Tällöin myöskään syytetyn asema ei voi vaihdella sen mukaan, missä prosessissa häntä kuullaan, eikä voida noudattaa vain samaa vaitiolotasoa kuin hallinnollisessa prosessissa prosessin sisäisesti muutoin noudatettaisiin. Vuorenpään mukaan, jos sanktiouhkainen kuuleminen tapahtuu sen jälkeen, kun henkilö on EIS 6 artiklan tarkoittamalla tavalla rikoksesta syytetty, itsekriminointisuoja antaa oikeuden valehdella, mikä koskee kaikkia viranomaisprosesseja. Ratkaisut KKO 2015:6 ja KKO 2017:78 ovat Vuorenpään mukaan ongelmallisia, koska niissä KKO katsoi vaitiolo-oikeuden

---

*näissä oikeudenkäynneissä A:ta oli kuultu rikoksesta epäiltynä velallisen rikoksia koskevassa esitutkinnassa, joka liittyi takaisinsaantioikeudenkäyntien kohteena oleviin toimiin. A:lle vaadittiin rangaistusta törkeästä petoksesta ja petoksesta, koska hän oli hankkiakseen edustamalleen yhtiölle ja itselleen oikeudetonta taloudellista hyötyä erehdyttänyt käräjäoikeutta kertomalla todistelutarkoituksessa henkilökohtaisesti kuultuna totuudenvastaisesti takaisinsaantikanteiden perusteita koskevista seikoista, aiheuttaen menettelyllään kanteiden hylkäämisen ja siten kantajalle vahinkoa. Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevillä perusteilla katsottiin, ettei A:n itsekriminointisuojaa ollut loukattu. Syytteitä törkeästä petoksesta ja petoksesta ei ollut hylättävä itsekriminointisuojaa koskevalla perusteella. Ks. KKO 2015:6.*"

1353 Ratkaisussa KKO 2017:78 tosin käsiteltiin itsekriminointisuojan soveltuvuutta ja rajoja velallisen kuulustelutilanteessa takaisinsaantiasioissa, mutta oikeusohje valehteluoikeudesta on poikkeava ratkaisuun KKO 2011:46 verrattuna. Tapanilan kommenttien nojalla (2019a, s. 140–141) ratkaisu osoittaa, että itsekriminointisuojan soveltaminen edellyttää hienovaraista tulkintaa asianosaisen roolin ja toiminnan luonteen perusteella.

1354 On huomattava, että asiassa KKO 2017:78 asianosainen oli itse nimennyt itsensä todistelutarkoituksessa kuultavaksi, mikä osoitti pyrkimystä voittaa takaisinsaantiasiat antamalla totuudenvastaisia lausuntoja. Tilanne ei ole siten aivan verrannollinen ratkaisuun KKO 2015:6, koska asetelma valehtelulle on erityyppinen. Velallisen olisi pitänyt käyttää muita lain tarjoamia keinoja suojatakseen itseään itsekriminointisuojan puitteissa, sen sijaan että hän aktiivisesti pyrki vaikuttamaan asiassa todistajana. KKO:n näkemyksen mukaan velallisen aktiivinen osallistuminen ja itsensä nimittäminen todistajaksi eroavat perustavanlaatuisesti passiivisesta suojan käytöstä, jota itsekriminointisuoja edellyttää. Olennaista ratkaisussa onkin oikeusohjeen vahvistaminen siitä, ettei rinnakkaistilanteissa ole valehteluoikeutta.

1355 Vuorenpää 2011, s. 592–594.

rinnakkaisprosessissa olevan riittävä itsekriminointisuojan toteuttamiskeino, eli valehteluoikeutta ei tarjottaisi. Tämä asettaa erilaiseen tulkintatilanteeseen ne prosessit, joiden osalta on säädetty omia vaitiolo-oikeuksia, verrattuna niihin, joista ei ole, vaan joihin sovelletaan OK 17:25.2:a ja siitä johtuvaa oikeutta valehdella.[1356]

Syytetyllä on oikeus vaikenemisen lisäksi valehdella, mitä pitäisin Vuorenpään tavoin lähtökohtana myös rinnakkaisprosessissa. Pelkästään se seikka, että sääntely suojaa kieltäytymisoikeuteensa vetoavaa todistajaa joutumasta vastaamaan kysymyksiin ja viime kädessä tulemasta tuomituksi perättömästä lausumasta, ei ole riittävä suoja, jos syytetyn roolissa kuultaessa hänellä olisi oikeus valehdella. Myöskään se, että henkilö ei ole epäillyn tai syytetyn roolissa juuri kyseisessä kuulemisessa, ei poista hänen epäillyn statustaan ja oikeuttaan itsekriminointisuojan mukaisiin täysiin oikeuksiin.[1357] Korkeimman oikeuden tulkinnan mukaista menettelyä voisi perustullusti arvioida myös syyttömyysolettamadirektiivin 7.2 artiklan nojalla siten, että syytetyn tai epäillyn oikeus olla todistamatta itseään vastaan tulisi olla samantasoinen prosessista riippumatta. En pidä riittävänä argumentointina sitäkään, ettei epäiltyä tai syytettyä ole kielletyllä tavalla painostettu lausunnon antamiseen. Syynä tähän pidän sitä, että itsekriminointisuoja, vaikka se viime kädessä suojaakin viranomaisen epäasialliselta painostukselta, ei rajoitu pelkästään tällaisiin tilanteisiin.[1358] Melko päinvastaisella linjalla asiassa on Hyttinen, jonka mukaan sekä KKO 2015:6 että KKO 2017:78 vaikuttavat järkeviltä, koska ratkaisujen pitäisi perustua mahdollisimman hyvin totuudenmukaisiin tietoihin, vaikka kieltäytymisoikeus tietojoukkoa rajoittaisi.[1359] Laapas on suhtautunut myötämielisesti korkeimman oikeuden tulkintaan, jossa valehteluoikeutta rinnakkaisprosessissa ei ole.[1360] Samoin Tapanilan mukaan ratkaisussa KKO 2011:46 luotu käsitys, joka sallii negatiivisen

1356 Ks. ratkaisujen analyysista kattavammin Vuorenpää 2020, s. 108–113.

1357 Samoin on argumentoitu ratkaisussa KKO 2009:80 ja siihen liittyvässä EIT:n ratkaisussa Marttinen v. Suomi (21.4.2009) siltä osin kuin kysymys on ollut lähtökohtaisesta velvollisuudesta antaa tietoja muussa kuin rikosprosessissa ja tästä poikkeamisesta itsekriminointisuojan nojalla. Ratkaisuissa olennaista oli, että vaikenemisoikeus laajennettiin koskemaan tilannetta, jossa tietoja vaadittaessa ei ole voitu sulkea pois sitä mahdollisuutta, että tiedot saattavat olla merkityksellisiä siinä rikosasiassa, johon itsekriminointisuoja liittyy. Vastaavassa tilanteessa olisi luontevaa ulottaa suoja myös valehteluoikeuteen pelkän vaikenemisoikeuden sijaan.

1358 Esim. Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta (5.11.2002) EIT on todennut, että oikeus vaieta ja olla myötävaikuttamatta omaan syyllisyytensä selvittämiseen ei rajoitu vain tapauksiin, joissa syytettyä on pakotettu.

1359 Hyttinen 2017.

1360 Laapas on käsitellyt itsekriminointisuojan soveltamista rikosprosessissa, erityisesti keskittyen vaitiolo-oikeuden ja valehteluoikeuden suhteeseen. Laapas on tarkastellut, onko pelkkä vaitiolo-oikeus riittävä itsekriminointisuojan kannalta, päätyen siihen, että rikosprosessissa tämä voi olla riittävä suoja. Hän soveltaa samaa periaatetta myös verotusmenettelyyn, katsoen, että sielläkin vaitiolo-oikeus voi olla riittävä itsekriminointisuojaa antava mekanismi. Kontekstissa, jossa rikoksesta epäillyltä kysytään suoraan rikoksen tekemisestä, pelkkä vaitiolo-oikeus ei tarjoaisi epäillylle riittävästi liikkumavaraa, vaan voisi johtaa joko suoraan tai epäsuorasti tunnustamiseen. Ks. Laapas 2022, s. 73–85 ja selostettujen prejudikaattien analyysistä tarkemmin s. 209–219.

totuusvelvoitteen puuttumisen muissa kuin rikosprosessin yhteyksissä, on altis kritiikille.[1361]

> Myös EIT on arvioinut valehteluoikeuden laajuutta ratkaisuissa Vondel v. Alankomaat (23.3.2006) ja Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta (10.9.2002). Ensiksi mainitussa syytetty oli valehdellut poliisin tutkintamenetelmiä tutkineen komission kuulustelussa. EIT totesi, että tässä tilanteessa ei ollut kyse itsekriminointisuojan tarkoittamasta pakkokeinosta, joka olisi ollut tarpeen syytetyn aiemman rikoksen selvittämiseksi. Sen sijaan valehtelu kuulustelussa oli itsessään rikos, eikä itsekriminointisuojaa voitu pitää yleisenä suojana välttyä rikostutkinnalta. Tämän perusteella EIT hylkäsi valituksen ilmeisen perusteettomana. Ratkaisussa Allen syytettynä ollut oli tehnyt väärän ilmoituksen tuloistaan verotuksessa. EIT toisti saman periaatteen kuin ratkaisussa Vondel: itsekriminointisuoja ei oikeuta henkilöä välttämään verotarkastusta. Valitus hylättiin myös tässä tapauksessa ilmeisen perusteettomana. Ratkaisuilla EIT selvensi itsekriminointisuojan rajoja siltä osin, että suojan tavoitteena ei ole antaa yleistä immuniteettia totuuden kertomisen velvoitteelta tai tarjota suojaa itsenäisille rikoksille, vaan sen ydintarkoitus on turvata henkilön oikeus vaieta ja pysyä passiivisena rikostutkinnassa. Aktiivinen toiminta, kuten valehtelu tai väärän tiedon antaminen, ei kuulu itsekriminointisuojan tarjoaman oikeuden piiriin.

Itsekriminointisuoja prosessissa alkaa silloin, kun henkilö on epäiltynä tai vastaajana rikoksesta. Lisäksi itsekriminointisuoja koskee tilanteita, joissa esitutkinta tai oikeudenkäynti on jo vireillä rikoksesta, josta henkilöä syytetään. Tämän aikamääreen ulkopuolelle jää ennen epäillyn statuksen saavuttamista vapaaehtoisesti annetut lausunnot tai luovutetut aineistot, jos esitutkinta epäilystä rikoksesta ei vielä ole alkanut. Tällöin ei luonnollisesti edellytetä ETL 7:10:n mukaista ilmoitusta henkilölle oikeudestaan olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen.[1362] Määrittely on sinänsä haasteellinen, koska se on riippuvainen siitä, miten epäillyn status määritellään. Myös esitutkinnan aloittamisen hetki on riippuvainen viranomaisen toiminnasta. Todistamis- ja hyödyntämiskiellon rikkomisen tilanteessa määrittely tehdään jälkikäteisenä arviointina, jolloin muodollisille perusteluille annettava painoarvo voi muodostua vähäisemmäksi.[1363]

---

1361 Ks. ratkaisun kommentit Tapanila 2019a, s. 140–141 ja itsekriminointisuojan ulottuvuudesta KKO 2011:46 kohta 9: ”*EIT:n ratkaisukäytännön mukaan veroilmoituksiin ja muihin hallinnollisiin ilmoitusvelvollisuuksiin liittyvä velvollisuus tietojen antamiseen ei itsessään loukkaa itsekriminointisuojaa [– –] Tilannetta on kuitenkin arvioitu EIT:n ratkaisukäytännössä toisin kun hallinnollisen ilmoitusvelvollisuuden kanssa samanaikaisesti on vireillä samoja seikkoja koskeva rikostutkinta.*”

1362 Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 18.

1363 LaVM 19/2014 vp, s. 19–20.

ETL 4:9:n mukaan, kun henkilöön kohdistetaan esitutkintatoimenpiteitä, hänelle on mahdollisimman nopeasti ilmoitettava hänen asemansa esitutkinnassa. Erityisen vahva tämä ilmoitusvelvollisuus on silloin, kun henkilöön kohdistetaan esitutkintakuulustelutoimenpiteitä. Tällöin hänen asemansa kuulustelussa on aina ilmoitettava ennen kuulustelua. Haasteellisiksi muodostuvat alustavat puhuttelut, joita esitutkintaviranomainen saattaa suorittaa ennen varsinaisen esitutkinnan käynnistämistä. Tällöin puhuteltava henkilö ei vielä ole epäillyn asemassa, eikä hänelle ole siksi kerrottu vaitiolo-oikeudestaan. Kuitenkin puhuteltavan asema on ilmoitettava, mikäli mahdollista. Aseman ilmoittamisvelvollisuus on merkityksellinen itsekriminointisuojan ja siihen kiinnittyvän hyödyntämiskieltoseuraamuksen kannalta erityisesti tilanteissa, joissa henkilön asema muuttuu todistajasta epäillyksi kesken esitutkinnan, mutta myös silloin, kun rooli on ylipäänsä vasta muotoutumassa.

Voikin perustellusti kysyä, millainen on tällaisen sinänsä vapaaehtoisesti, mutta esitutkinnan ulkopuolella, annetun lausuman tai sitä koskevan lausuman vastaanottaneen virkamiehen suorittaman todistelun hyödyntämiskelpoisuus.[1364] Alustavissa puhutteluissa tai keskusteluissa sovelletaan ETL 7:20:n mukaista puhutettavan oikeutta ja velvollisuutta kieltäytyä todistamasta. Tällöin näyttää siltä, että täysin vapaaehtoisesti annettu itsekriminoiva lausunto ei välttämättä olekaan kielletty todiste, vaikka puhuteltavan asema muuttuisi. Itsekriminointisuojan soveltaminen riippuu lain esitöiden mukaan siten siitä, onko puhutettava antanut lausunnon tietäen, ettei hänen tarvitsisi sitä antaa.[1365] Kannanotto on käytännössä ongelmallinen, koska vapaaehtoisuus ei voi olla tiedostamatonta itsekriminointisuojasta. Edelleen esitöiden mukaan itsekriminointisuoja ei estä vapaaehtoisten lausuntojen antamista eikä myöskään raskauttavia aineistoja. Sen sijaan niitä voidaan hyödyntää jopa riippumatta siitä, onko henkilölle ilmoitettu ETL 7:10:n mukaisesti hänen oikeudestaan olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen.[1366] Lakivaliokunnan kannanottoa on kritisoitu voimakkaasti.[1367]

Pelkän ilmoittamisvelvollisuuden laiminlyönnin kaltaista menettelyvirhettä voidaan arvioida OK 17:25.3:n nojalla. Sen sijaan alustavan puhuttelun osalta itsekriminointisuojan ulottuvuutta voi tarkastella myös siitä näkökulmasta, rikkooko

---

1364 LaVM 19/2014 vp, s. 18 näyttää vastoin HE 46/2014 vp, s. 89 olevan taipuvainen hyväksymään tällaisen alustavassa puhuttelussa tai muussa esitutkinnan ulkopuolisessa tilanteessa hankitun kuulopuhetodistelun hyödyntämisen.

1365 Ks. HE 46/2014 vp, s. 89 ja LaVM 19/2014 vp, s. 18.

1366 LaVM 19/2014 vp, s. 18, jonka mukaan "*Itsekriminointisuoja ei sitä vastoin sellaisenaan koske ennen esitutkinnan aloittamista tapahtuneessa alustavassa puhuttelussa vapaaehtoisesti annettuja raskauttavia lausuntoja tai poliisille vapaaehtoisesti luovutettua aineistoa, vaikka henkilölle ei olisi ilmoitettu esitutkintalain 7 luvun 10 §:n mukaisesti hänen oikeudestaan olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen.*" Ks. myös HE 46/2014 vp, s. 58 ja toisaalta KKO 2017:65, kohta 13 sekä KKO 2021:73 kohta 12, joissa KKO ei sinänsä sovella tulkintatapaa ratkaisussaan, vaan ainoastaan mainitsee tai toistaa esityön kohdan, minkä vuoksi en katso maininnalla olevan tarkoitusta muodostaa asiasta oikeussääntöä.

1367 Pölönen – Tapanila 2015, s. 328–329; Vuorenpää 2020, s. 88 ja Fredman 2021, s. 414.

tällaisessa puhuttelussa annetusta lausumasta todistaminen muulla todisteella itsekriminointisuojaan kiinteästi liittyvää OK 17:9.2:ssa säädettyä todistuskeinoneutraalisuutta, jos alustavassa puhuttelussa neutraalissa asemassa ollut henkilö muuttuukin syytetyksi ja vaikenee oikeudenkäynnissä itsekriminointisuojan perusteella. OK 17:18.1:a sanamuodon mukaisesti tulkittuna tämä on sinänsä selvä lähtökohta, koska todistamiskieltosäännös ei edellytä minkään erillisen prosessin vaiheen olevan käynnissä. Riittävää on, että todistamalla henkilö asettaisi joko itsensä tai läheisensä syytteen vaaraan tai myötävaikuttaisi syyllisyyden selvittämiseen. Koska todistamiskieltosäännös perustuu henkilön oikeuteen, hän itse valitsee, käyttääkö suojaa vai ei. Vaikka alustavassa puhuttelussa henkilö olisi antanut lausuman ilman puhuttelijan epäasiallista painostusta, vapaaehtoisuuden luonne on helppo kyseenalaistaa, jos henkilö ei ole ymmärtänyt, missä asemassa häntä puhutellaan.

Vuorenpään mukaan on pidettävä vakiintuneena tulkintana, että itsekriminointisuoja ulottuu alustavassa puhuttelussa vapaaehtoisesti annettuihin lausuntoihin.[1368] Yhdyn tähän näkemykseen lakivaliokunnan kannanotosta riippumatta. Itsekriminointisuoja on sillä tavoin yleinen oikeus, että se kiinnittyy suojaamaan henkilöä syytteen vaaralta ilman, että kysymyksessä tarvitsisi olla käynnissä oleva prosessi ja muodollinen epäillyn asema.[1369] Ei voi olla niin, että alustavan puhuttelun käyttäminen mahdollistaisi itsekriminointisuojan kiertämisen. Roolin muodostuminen ennen esitutkintaa tarkoittaa osaltaan sitä, että kun epäilys kohdistuu tiettyyn henkilöön, kuulemista itsekriminoivista seikoista ei voi jatkaa ilman vapaaehtoisuudesta varmistumista. Tällöin roolittoman alustavan puhuttelun jatkaminen tarkoittaisi peiteltyä epäillyn kuulemista, mikä eittämättä rikkoo itsekriminointisuojaa.[1370] Myös läheiskriminointisuojasta annetut ratkaisut KKO 1995:66 ja KKO 2021:73 puoltavat tulkintaa, jolloin läheiselle annettu suoja alustavissa puhutteluissa on johdonmukaisesti voimassa myös itsekriminointitilanteissa.[1371]

---

1368 Vuorenpää 2020, s. 87–88.

1369 Vaitiolo-oikeudesta tietoisuuden ja vapaaehtoisuuden problematiikkaan vastauksena ovat Miranda-oikeuksien turvaamiseksi Yhdysvalloissa käytettävän menettelyn soveltaminen heti tapahtumapaikalla poliisin alkaessa suorittaa alustavaa puhuttelua, kun henkilöiden roolit ovat vielä epäselvät. Tällöin alustava puhuttelu saisi varsinaisen rikosprosessin ulkopuolelle jäävänä, mutta ei kuitenkaan OK 17:25.2:n itsekriminointisuojan laajennoksen tarkoitukseen tai oikeastaan sanamuotoonkaan lopulta kuuluvana, selkeän aseman. Mikäli alustavassa puhuttelussa henkilön myöhemmin katsotusta rikosprosessuaalisesta asemasta riippumatta henkilö olisi ennen alustavan puhuttelun käymistä ymmärtänyt, että hänellä saattaa olla itsekriminointisuojaan tai läheissuhteeseen perustuva vaitiolo-oikeus ja hän olisi antanut lausuman tästä huolimatta, se olisi itsekriminointisuojan soveltamisalan ulkopuolelle jäävä vapaaehtoisesti annettu lausuma, jolloin todistamiskiellon soveltuvuutta ja siten hyödyntämisproblematiikkaa ei tarvitsisi miettiä. Tällöin alustavan puhuttelun lausumia saisi hyödyntää, vaikka henkilö vetoaisi myöhemmin oikeuteensa vaieta. Kuitenkin, mikäli kysymyksessä olisi läheinen, erityisesti vielä erilaisissa asianosaisasemissa, liittyy siihen vielä lisäksi eräitä probleemoja, joita tarkastelen jaksossa 8.6.3.

1370 Ks. myös Jämsä 2020, s. 234–237.

1371 Ratkaisun KKO 2021:73 mukaan alustavan puhuttelun läheiskriminointisuojaa loukkaavasta sisällöstä todistaminen esti puhuttelun suorittaneen poliisin lisäksi myös paikalla olleen kolmannen hen-

### *8.6.2 Läheisen kokonaiskieltäytymisoikeus ja läheiskriminointisuoja*

Läheisen kokonaiskieltäytymisoikeus (OK 17:17.1) antaa oikeuden kieltäytyä kokonaan todistamasta asiassa, jossa läheinen on asianosaisena, ja läheiskriminointisuoja (OK 17:18.1) siltä osin kuin todistaminen saattaisi edesauttaa läheisen syyllisyyden selvittämistä. Läheisen käsite on määritelty OK 17:17.1:ssa, ja läheiskriminointisuoja kattaa saman henkilöpiirin kuin läheisen kokonaiskieltäytymisoikeus. Läheiskriminointisuojan laajuus rinnastetaan itsekriminointisuojaan. Sen tarkoituksena on suojata läheisiä, eikä luoda uusia itsenäisiä oikeuksia, minkä vuoksi se ei ulotu pidemmälle kuin itsekriminointisuoja.[1372] Tällöin itsekriminointisuojan soveltumisalan rajat koskevat vastaavasti myös rikoksesta epäillyn läheisen oikeutta olla myötävaikuttamatta läheisensä syyllisyyden selvittämiseen.

Läheisen kokonaiskieltäytymisoikeus on ensisijassa todistuskeinokielloksi katsottava ehdoton todistamiskielto. Läheisen kokonaiskieltäytymisoikeudella suojataan yksityishenkilöiden lähimpien henkilösuhteiden luottamuksellisuutta. Käytännössä säännös lähtee olettamasta, että siinä mainitut tahot ovat keskenään luottamuksellisessa suhteessa, jolloin heidän ei voida vaatia rikkovan edes oikeudenkäynnissä tätä luottamusta. Luottamuksen suojaaminen perustuu yksityis- ja perhe-elämän suojaan, jossa läheisen suhteen voidaan olettaa myös aiheuttavan virhelähteen todistelulle.[1373] Vaikka yksistään kertomuksen luotettavuus ei ole todistamiskiellolla, vaan tuomioistuimen suorittamalla näytön arvioinnilla, ratkaistava seikka on läheisen kieltäytymisoikeudella myös kertomuksen luotettavuuteen liittyvä peruste, mikä johtuu läheisen henkilön ja todistajan roolin ristiriidasta.[1374] Mikäli läheinen olisi velvollinen kertomaan hänelle luottamuksella uskottuja tietoja, kertomuksen luotettavuus kärsisi, koska läheinen joutuisi mahdollisesti valitsemaan läheiselleen haitallisten tietojen kertomisen ja valehtelemisen välillä. Todistamiskielto perustuu oikeuteen kieltäytyä todistamasta, jolloin todistuskeino on sallittu, jos läheinen onkin halukas todistamaan ja rikkomaan oletuksen luottamuksellisuudesta. Tämä on

---

kilön todistamisen puhuttelun sisällöstä. Ks. ratkaisun kohdat 12–14. Kohdan 11 mukaan itsekriminointisuojan vakiintunut sisältö kattaa myös läheiskriminointisuojan. Ks. myös Jämsä 2020, s. 288. Ratkaisun Bandaletov v. Ukraina (31.10.2013) nojalla näyttäisi sille, että ratkaisevaa alustavan puhuttelun hyödyntämisessä on se, onko henkilö ollut epäillyn asemassa. Kotimaisessa oikeuskäytännössä alustavan puhuttelun suoja on kuitenkin epäselvissä roolitilanteissa ratkaistu melko kategorisesti siten, että todistelua niistä ei voi hyödyntää.

1372 Pölönen 2003, s. 283–284; Tapanila 2019, s. 205–206 ja Tapanila 2019a, s. 252–256. Ks. KKO 2021:73 kohta 13 ja KKO 2017:65, kohta 13, joiden mukaan läheiskriminointisuojaa ei ole perusteltua ulottaa ainakaan pidemmälle kuin itsekriminointisuojaa sekä HE 46/2014 vp, s. 58. Läheiskriminointisuojan sisällön ja laajuuden osalta sovelletaan siten edellä itsekriminointisuojasta esitettyä. Läheiskriminointisuojaan liittyy kuitenkin eräitä tulkintakysymyksiä samoin kuin läheisen kokonaiskieltäytymisoikeuteen, joita molempia tarkastelen oikeuskäytännön valossa.

1373 Yksityiselämän suoja on turvattu PL 10 §:ssä perusoikeutena ja EIS 8 artiklan mukaan jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta, eli kysymys on myös ihmisoikeudesta.

1374 Näin on katsottu olevan jo ennen todistelu-uudistusta, ks. Tirkkonen 1949, s. 108; Hormia 1979, s. 74 ja Lappalainen 2001, s. 217. Ks. myös HE 46/2014 vp, s. 74–75 ja Tapanila 2019, s. 190.

luonnollista ottaen huomioon sen, että säännöksessä lueteltu henkilöpiiri on vain oletus ja yleistys siitä, mitkä suhteet tyypillisesti ovat näin luottamuksellisia.[1375]

Läheisellä tarkoitetaan asianosaisen nykyistä tai entistä aviopuolisoa, avopuolisoa, sisarusta, sukulaisia suoraan ylenevässä tai alenevassa polvessa sekä henkilöä, jolla on asianosaiseen rinnastettava läheinen suhde.[1376] Todistajan kieltäytymisoikeus ei oikeuskäytännön mukaan ulotu muuhun henkilöön kuin lainkohdassa erikseen mainittuun läheiseen, eli luettelo on tyhjentävä.[1377] Ensimmäinen kategoria puolisosta käsittää myös asianosaisen avopuolison, mutta avoliiton määritelmä vaatii tapauskohtaista arviointia, koska se ei ole lainsäädännössä tarkasti määritelty eikä viranomaisrekisteröity.[1378] Avoliitto ymmärretään avioliittoon rinnastuvana parisuhteena, joka voi olla joko samaa tai eri sukupuolta olevien henkilöiden välillä. Läheisen määritelmä ei edellytä parisuhteen yksityiskohtien tarkkaa selvittämistä, vaan suhde voidaan yleensä tunnistaa ulkoisista seikoista, kuten yhteisestä asumisesta. Asuminen samassa taloudessa on merkittävä indikaattori, mutta esimerkiksi yhteinen osoite ei riitä osoittamaan avoliittoa.[1379] Sen sijaan päättynyt avoliitto tai vastaava suhde ei suoraan anna kieltäytymisoikeutta, vaan oikeus kieltäytyä todistamasta koskee vain voimassa olevia avoliittoja.[1380] Toisessa kategoriassa on lueteltu sukulaiset, joita vaitiolo-oikeus koskee. Tämä henkilöpiiri on varsin selkeä, koska oikeus on annettu asianosaisen lapsille ja näiden jälkeläisille, vanhemmille ja näiden vanhemmille ja isovanhemmille sekä sisaruksille.[1381]

---

1375 Tirkkonen 1977, s. 190. Läheisen todistajankertomus katsotaan kuitenkin usein heikoksi todisteeksi, koska läheisen voi olla vaikea olla neutraali ja objektiivinen.

1376 Henkilöpiiri, jota kieltäytymisoikeus koskee, on jaettavissa kolmeen kategoriaan: puolisot, tietyt sukulaiset ja kolmantena näihin rinnastuvat läheiset.

1377 KKO 2021:73 kohta 25.

1378 Avoliiton olemassaoloa ei arvioida avopuolisoiden yhteistalouden purkamisesta annetun lain (avoliittolaki, 26/2011) mukaan, vaan tuomioistuin harkitsee erikseen, onko henkilöä pidettävä avopuolisona nimenomaan säännöksen kieltäytymisoikeuden kannalta. Hallituksen esityksen (HE 46/2014 vp, s. 75–76) mukaan harkinnassa merkitystä olisi osapuolten "*asumisolosuhteilla, suhteen kestolla ja sillä, onko avopuolisoilla yhteisiä tai yhteisessä huollossa olevia lapsia tai onko lapsia tulossa*". Suhteen tulisi olla vakiintunut ja voimassa oikeudenkäynnin aikana. Ks. EIT:n ratkaisukäytännöstä esim. Heijden v. Alankomaat (3.4.2012), jonka mukaan EIS 8 artiklan tarkoittama perhe-elämä kattaa avioliiton ja rekisteröidyn suhteen lisäksi myös muita suhteita. Vrt. vanhan lainsäädännön aikaiset ratkaisut HelHO:2007:22, jossa viitataan oikeuskäytännön epäyhtenäisyyteen ja siihen, että kieltäytymisoikeus on kohdistunut lähinnä kihlakumppaniin ja VaaHO:2013:1, jossa laajennettiin kieltäytymisoikeus myös pitkäaikaiseen avopuolisoon, kun puolisoilla olo myös yhteisiä lapsia. Tapanilan (2019, s. 189) mukaan avopuoliso on henkilö, jolla on asianosaisen kanssa parisuhde. Lainsäätäjä ei ole kuitenkaan hyväksynyt polygamiaa parisuhteen muodoksi, vaikka parisuhteiden käsitystä on muutoin modernisoitu. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015, s. 306.

1379 Rautio – Frände 2016, s. 140 ja Tapanila 2019, s. 190.

1380 Avio- ja avoliiton välillä vallitsee keskeinen ero: entisellä aviopuolisolla on aina kieltäytymisoikeus statuksensa perusteella, mutta entisellä avopuolisolla tätä oikeutta ei lähtökohtaisesti ole, vaan se arvioidaan kolmannen kategorian mukaan. Kuitenkin lyhytkestoiset tai kauan aikaa sitten päättyneet avosuhteet eivät riittävästi perustele vaitiolo-oikeutta. Ks. Rautio – Frände 2016, s. 140–141.

1381 Ottolasta pidetään ottovanhempien lapsena adoptiolainsäädännön mukaan, jolloin adoption kautta muodostuneet vastaavat sukulaissuhteet kuuluvat vaitiolo-oikeuden soveltamisalaan.

Kolmannen kategorian henkilöpiiriä ei ole rajattu, vaan siinä viitataan ensimmäisen ja toisen kategorian määritelmien mukaisiin suhteisiin. Henkilö, jolla on vastaavanlainen parisuhteeseen tai sukulaisuuteen rinnastuva läheinen suhde asianosaiseen, voi siten olla kuka tahansa riittävän läheinen henkilö, joka ei kuitenkaan täytä edellä esitettyjä puolisoihin tai eriteltyihin sukulaisiin säädettyjä kriteereitä. Arviointi siitä, kuka täyttää riittävän läheisyyden edellytykset, tehdään tuomioistuimessa. Harkinta on tapauskohtaista, eikä sille ole esimerkiksi lain esitöissä lueteltu arvioitavia seikkoja, vaan on tyydytty toteamaan, että vapaasta todistelusta poikkeamiselle eli kieltäytymisoikeuden myöntämiselle on oltava painavia syitä.[1382]

EIS ei edellytä läheisen kieltäytymisoikeutta itsekriminointisuojan nojalla. EIS 6.1 artikla edellyttää vain sitä, että henkilöllä itsellään on oikeus olla todistamatta itseään vastaan. EIT:n tulkintakäytännön mukaan läheisille voidaan tällainen oikeus antaa, ja niin on tehty useissa sopimusvaltioissa. EIT:n tulkinnan mukaan ei ole myöskään estettä käyttää läheisen esitutkintakertomusta oikeudenkäynnissä todisteena, vaikka hän olisi kertomuksen antamisen jälkeen kieltäytynyt todistamasta.[1383] Kotimainen oikeuskäytäntö ei vastaa EIT:n tulkintatapaa. Ratkaisun KKO 1995:66 mukaan oikeudenkäynnissä kieltäytymisoikeuttaan käyttäneen läheisen esitutkintaviranomaiselle epäselvässä roolissa antamaa kertomusta ei saanut hyödyntää todisteena.[1384] Ratkaisussa KKO 2023:79 korkein oikeus on edelleen vahvistanut tulkintatavan ajanmukaisuuden. Lisäksi se on katsonut, että esitutkinnassa epäiltynä tai syytettynä kuultu henkilö sai roolinsa todistajaksi muuttuessa ensi kertaa tuomioistuimessa todistajana hovioikeudessa kuultaessa kieltäytyä todistamasta samassa jutussa syytettyä läheistään vastaan, jolloin esitutkintakertomusta ei saanut hyödyntää todisteena. Roolimuutoksiin liittyvä kieltäytymisoikeus voi siten aktualisoitua vasta muutoksenhakuvaiheessakin.

Viljanen on kiteyttänyt läheisen kokonaiskieltäytymisoikeuden siten, että läheisellä itsellään on yksinomainen valta ratkaista, todistaako hän vai ei. Pelkkä laissa määritellyn läheissuhteen olemassaolo on riittävä peruste kieltäytymiselle, eikä

1382 Kyseessä on tapauskohtainen harkinta, mutta arvioinnissa painavat samat perusteet kuin avoliiton toteamisen osalta; mitä enemmän suhteen avoliitoksi luettavuuden kriteerejä täyttyy, sitä todennäköisemmin kieltäytymisoikeus myönnettäneen. Uusioperheissä sukulaisuuteen rinnastuvaa läheisyyttä arvioidaan riippumatta siitä, ovatko perheen vanhemmat avioliitossa tai rekisteröidyssä parisuhteessa keskenään. Hallituksen esityksessä on otettu esimerkinomaisesti kuitenkin kantaa keskeisimpien tilanteiden arviointiin. Sen mukaan esimerkiksi päättynyt avoliitto tai muu avoliittoon rinnastettava suhde osapuolten asuessa erillään, voi täyttää muun läheisen määritelmän. Ks. HE 46/2014 vp, s. 76.

1383 Ks. esim. Hummer v. Saksa 19.7.2012, jossa EIT katsoi EIS:ta rikotun kontradiktorisuuden puutteen vuoksi, kun läheinen kieltäytyi todistamasta oikeudenkäynnissä. Tällöin oikeusohjeena oli kuitenkin, etteivät tällaiset kertomukset saa olla ratkaiseva näyttö langettavaan tuomioon, eli hyödyntämiskelvottomuuttakaan ei sinänsä todettu.

1384 Vastaavasti kertomuksen kuulleen henkilön todistelu kertomuksen sisällöstä ei ollut sallittua. Raution (2016, s. 711) mukaan todistuskeinoneutraalisuutta ei tule kuitenkaan ulottaa niin pitkälle, että muulle kuin esitutkintaviranomaiselle kerrotusta seikasta ei saisi todistaa.

muita perusteluja tarvitse esittää. Sama koskee johdonmukaisesti tilannetta, jossa läheinen luopuu kieltäytymisoikeudestaan. Vaikka lähtökohtaoletuksena on ollut, ettei läheinen haluaisi vahingoittaa asianosaisena olevan läheisensä asiaa, läheisen kaikki motiivit kieltäytyä tai olla kieltäytymättä ovat sallittuja.[1385] Rikosasiassa läheisen kieltäytymisoikeus kiteytyy läheiskriminointisuojan kautta niihin syytekohtiin, joissa todistajan läheinen on vastaajana. Samassa käsittelyssä voi olla useita vastaajia eri syytekohdissa. Tällöin, mikäli kyse on yhdestä tekokokonaisuudesta, on kieltäytymisoikeus haasteellista kohdistaa. Todistelu yhdessä syytekohdassa voi nimittäin liittyä jakamattomaan asiakokonaisuuteen, ja yhdessä syytekohdassa todistaminen voi kytkeytyä myös sellaiseen syytekohtaan, jossa läheinen on vastaajana.[1386]

> Ratkaisussa KKO 2017:65 on arvioitu läheiskriminointisuojan perustavanlaatuisia elementtejä, läheisen kieltäytymisoikeuden merkitystä ja hyödyntämiskiellon soveltuvuutta, tapauksessa, jossa vastaajan äiti oli kieltäytynyt todistamasta läheissuhteen perusteella. Tämän takia hovioikeus ei ollut sallinut käyttää äidin ja vastaajan välisistä telekuunteluilla ja teknisellä kuuntelulla tallennetuista keskusteluista laadittuja litterointeja todisteena asiassa, koska niiden todistusteema olisi ollut sama kuin äidin kuulemisen. Korkein oikeus salli näiden litterointien käyttämisen todisteena, vaikka äidillä oli asiassa oikeus kieltäytyä todistamasta. Korkein oikeus perusteli ratkaisua sillä, että läheistä ei ole pakotettu antamaan lausuntoa, vaan litteroitu materiaali on hankittu lainmukaisin perustein ja keinoin telekuuntelun ja teknisen kuuntelun avulla.[1387] Äitiä ei ollut kuultu asiassa todistajana eikä hänen muutakaan kertomustaan ollut esitetty todisteena. Tällöin ei ollut kysymys todistamiskiellon kiertämisestä tai vastakuulustelumahdollisuuden puuttumisesta, eli läheiskriminointisuojaa tai kokonaiskieltäytymisoikeutta ei ollut loukattu, koska läheisen kertomusta ei käytetty todisteena, vaan kyse oli laillisen pakkokeinon nojalla hankitusta aineistosta. Myöskään todistelun kontradiktorisuutta ei samasta syystä ollut tarpeen pohtia. OK 17:25.3 ei myöskään tulisi tilanteessa sovellettavaksi, koska sen mukaisen hyödyntämiskiellon asettamisen edellytyksenä on todisteen hankintatavan laittomuus, mistä ei myöskään ollut kysymys.

---

1385 Viljanen 2012, s. 620–622.

1386 Ks. Probleemista tarkemmin Hormia 1979, s. 64–66. Hormia esittää asian ratkaisukriteeriksi sitä, muodostavatko samassa istunnossa käsiteltävät syytekohdat yhden kokonaistapahtumankulun vai ovatko teot erillisiä.

1387 Läheisen oikeutta ei saa ulottaa ainakaan pidemmälle kuin itsekriminointisuojaa, jolloin on arvioitava, olisiko todisteen hyödyntäminen itsekriminointisuojan näkökulmasta mahdollista. Itsekriminointisuoja ei anna suojaa syyllisyyttä tukevia lausumia vastaan, muutoin kuin painostamalla tai pakottamalla hankittuna, eikä estä todisteen hankkimista laillisin pakkokeinoin. Ks. ratkaisun kommentointia tarkemmin Vuorenpää 2020, s. 90–93.

Läheiskriminointisuojaan ja läheisen kokonaiskieltäytymisoikeuteen perustuvat todistamiskiellot ovat ehdottomia, koska niistä ei ole säädetty yleisiä murtamisperusteita. Kuitenkaan ne eivät ole täysin poikkeuksettomia, vaan läheissuhteeseen perustuvista kielloista on säädetty erikseen tilanteet, joissa kiellot ei ole voimassa. Läheisen kokonaiskieltäytymisoikeudesta säädetään OK 17:17.2:ssa rajoitus, jonka mukaan, jos henkilö suostuu todistamaan tuomioistuimessa, suostumusta ei voida peruuttaa. Suostumuksen peruuttaminen on mahdollista, jos jokin toinen oikeudenkäymiskaaren salassapitovelvollisuuden tai vaitiolo-oikeuden säännös täyttyy. Tällainen on luonnollisesti OK 17:18:ssä säädetty läheiskriminointisuoja.

> OK 17:18.2:n ja OK 17:17.1:n välisestä suhteesta on todettava myös, että läheisen kokonaiskieltäytymisoikeus ei kata tilannetta, jossa on poikettu läheiskriminointisuojasta eli asetettu läheiselle todistamisvelvollisuus. Tällöin läheistä kuullaan todistajan roolissa eikä asianomistajana.

Itsekriminointisuojaa ei loukkaa vapaaehtoisten lausumien antaminen. Kuitenkin kieltäytymisoikeuden käyttämättä jättämisen on oltava tietoista. Vastaavasti kuin itsekriminointisuojan, myös läheiskriminointisuojan osalta on havaittava, että tiedostamatta kieltäytymisoikeuden olemassaolosta annettu lausuma ei ole hyödynnettävissä. Tällöin roolin muodostumisen epäselvyys alustavissa puhutteluissa tai roolimuutokset kesken prosessin voivat aiheuttaa pulmallisia tilanteita. Perustilanne läheistodistajan osalta on selvä: asianosaisen läheisellä on kokonaiskieltäytymisoikeus (OK 17:17.1) todistamisesta. Lisäksi todistajalla on läheiskriminointisuojaan (OK 17:18.1) perustuva oikeus kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi läheisen henkilön syytteen vaaraan tai myötävaikuttaisi läheisen henkilön syyllisyyden selvittämiseen. OK 17:17.1 ja OK 17:18.1 eivät erittele prosessin vaihetta, jossa läheinen saa kieltäytyä todistamasta. Lisäksi OK 17:18.1:n suojan osalta ei ole merkitystä sillä, missä roolissa henkilöä kuullaan. Läheisellä on valintamahdollisuus todistamisessa, jolloin kieltäytymisoikeuden käyttäminen kulkee läpi rikosprosessin, ja oikeutta kieltäytyä voi käyttää missä tahansa kohdassa esitutkintaa tai oikeudenkäynnin todisteluvaihetta. Kun siirrytään esitutkinnasta oikeudenkäyntiin, läheinen saa kieltäytyä oikeudenkäynnissä todistamasta, vaikka hän olisi esitutkinnassa omasta suostumuksestaan antanut lausunnon. Tämä herättää kuitenkin kysymyksiä esitutkinnassa annettujen lausuntojen hyödyntämiskelpoisuudesta.

> Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa probleemaan on ottanut kantaa Hormia, jonka mukaan vastaus riippuu siitä, onko todistajalle informoitu hänen kieltäytymisoikeudestaan. Mikäli läheinen on jo ennättänyt esitutkinnassa antaa lausuman, ei esimerkiksi esitutkintakertomusta, johon lausunto on kirjattu, saa käyttää todisteena, jos läheiselle ei ole informoitu ennen lausunnon antamista oikeudestaan kieltäytyä todistamasta. Myöskään kuulustelijaa ei

> saa nimetä todistajaksi oikeudenkäyntiin koskien kuulustelun sisältöä. Kysymys on tällöin yksinkertaisesti suostumuksen puutteesta, koska suostumuksen on oltava nimenomainen. Läheisellä on oikeudenkäynnissä jopa kesken kuulemisensa oikeus kieltäytyä todistamasta. Tällöin siihen saakka saatu lausunto asetetaan hyödyntämiskieltoon, mikäli todistajaa ei ole informoitu kieltäytymisoikeudesta.[1388]

Läheisen kieltäytymisoikeudesta on annettu kaksi korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 1995:66 ja KKO 2000:71, jotka koskevat kieltäytymisoikeuteen vetoamista lausunnon antamisen jälkeen. Näistä vanhempi, vahvennetussa jaostossa annettu äänestysratkaisu KKO 1995:66 ansaitsee tässä kohdassa tarkempaa huomiota prosessin vaiheeseen liittyen.[1389] Ratkaisussa korkein oikeus katsoi, ettei esitutkinnassa alustavassa puhuttelussa annettuun todistajankertomukseen voitu nojautua tilanteessa, jossa vastaajan läheinen oli kieltäytynyt todistamasta oikeudenkäynnissä. Tältä osin läheistä puhutelleen poliisin kuuleminen todistajana oli kiellettyä. Korkein oikeus katsoi, että poliisin kuuleminen siitä, mitä läheinen oli kertonut myös alustavassa puhuttelussa, on merkinnyt tosiasiallisesti lähisukulaisuuden suojan murtamista. Vastaajalla ei ole tällöin ollut mahdollisuutta kuulustella tai kuulusteluttaa varsinaista todistajaa eli läheistä, vaan ainoastaan tätä puhutellutta poliisia, mikä rikkoi kontradiktorisuutta.

Korkein oikeus perusteli ratkaisuaan läheiskriminointisuojan kiertämisellä ja kontradiktorisuudella. Kontradiktorisuus olisi vastaajan osalta rikkoontunut, jos poliisia olisi kuultu, koska vastaajalla ei olisi ollut läheisen kieltäytymisen vuoksi mahdollisuutta esittää kysymyksiä suoraan todistajalle. Ensimmäisen seikan osalta korkein oikeus katsoi, että poliisin todistajankertomukseen ei voitu nojautua jutussa näyttönä, koska poliisi kertoi syytetyn läheisen antamista alustavan puhuttelun tiedoista asiassa, jossa läheinen kieltäytyi läheissuhteeseen vedoten todistamasta. Korkein oikeus katsoi, että kuuleminen siitä, mitä läheinen oli kertonut alustavassa puhuttelussa, on merkinnyt tosiasiallisesti lähisukulaisuuden suojan murtamista ja syytetyn todistajaan kohdistuvan kyselyoikeuden laiminlyöntiä.

> Korkeimman oikeuden ratkaisun perusteluja mielenkiintoisemmat ovat perusteluista eri mieltä olleiden jäsenten kannanotot siitä, että ”*vapaan todistusteorian vallitessa ei ole esteitä todistajan kuulemiseen esitutkinnan tapahtumista*” ja ”*pelkästään esitutkintapöytäkirjan esittäminen selvitykseksi hänen lausunnostaan todistajana poliisikuulustelussa ei myöskään riitä todisteeksi oikeudessa.*” Eri mieltä olleet jäsenet perustelivat enemmistön kanssa

1388 Ks. tarkemmin Hormia 1979, s. 68–78.

1389 Myöhemmässä on asiallisesti kysymys asianomistajan vaitiolo-oikeudesta ja siihen liittyvästä todistuskeinoneutraalisuudesta, minkä vuoksi tarkastelen ratkaisua jaksossa 8.6.3.

> saman lopputuloksen sillä, että läheisen oma asema alustavassa puhuttelussa oli ollut epäselvä. Mielestäni tapauksessa oli rooliepäselvyyden ohessa enemmälti kyse siitä, että läheisen vaitiolo-oikeus pyrittiin kiertämään toista todistuskeinoa käyttämällä, mikä ei ole sallittua. Jos tieto olisi saatu esimerkiksi televalvonnalla tai teknisellä kuuntelulla, kysymys ei olisi todistamiskiellon rikkomisesta.[1390]

Toisen seikan osalta puolestaan korkein oikeus katsoi, että menettelytapa ei ollut sallittu: poliisin todistus oli kuulopuhetta läheistodistajan kertomuksesta eikä se täyttänyt syytetyn oikeutta vastakuulusteluun, mikä rikkoi kontradiktorisuutta. Tapanila on arvioinut, että myöskään tämän perusteella läheistodistajan esitutkintakertomusta ei olisi hyväksytty todisteeksi oikeudenkäynnissä.[1391] Yksin kontradiktorisuuden rikkominen johtaisi kuitenkin nykyisen sääntelyn nojalla lähtökohtaisesti hyödyntämiskelpoisuuden arvioimiseen OK 17:25.3:n perusteella. Ratkaisusta ei näin ollen voi tehdä suoraa johtopäätöstä yhdistämättä arviointia läheiskriminointisuojan loukkaamiseen, mikä on nähdäkseni ratkaisussa määräävä tekijä. Tosin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin arvioinnin näkökulmasta läheiskriminointisuoja ei ole aivan yksiselitteinen, vaan asiaa koskee kansallinen sääntely.[1392]

KKO 2021:73 kohdan 20 mukaan ratkaisusta KKO 1995:66 ilmenee kielto käyttää toista todistuskeinoa näyttönä siitä, mitä kieltäytymisoikeuttaan käyttänyt läheinen on häntä koskevan rikosasian aikaisemmassa vaiheessa esitutkintaviranomaiselle kertonut. Kuitenkin ratkaisussa KKO 1995:66 on ollut kysymys alustavan puhuttelun suhteesta läheiskriminointisuojaan. Ratkaisussa KKO 2021:73 tätä on sovellettu myös sivullisiin henkilöihin, jotka ovat olleet kuulemassa poliisin läheiselle suorittamaa alustavaa puhuttelua. Tällöin lääkäri tai kolmas henkilö ei ole kielletty todistuskeino siltä osin kuin kysymys ei ole nimenomaan alustavassa puhuttelussa annetusta lausumasta todistamisesta.

> Korkein oikeus katsoi, että läheiskriminointisuojan kiertämistä ja todistamiskiellon rikkomista on yhtä lailla myös muiden tahojen kuin alustavan pu-

1390 Vaikka kyseessä oli äänestysratkaisu, myös eri mieltä olevat jäsenet tulivat samaan lopputulokseen kuin enemmistö. Erimielisyys koski perusteluja, joiden osalta eri mieltä olleet jäsenet olisivat korostaneet todistajan epäselvää asemaa alustavassa puhuttelussa, koska puhutteluvaiheessa ollut selvää, onko hän epäillyn asemassa myös itse. Kontradiktorisuuden puutteen oikeudellinen seuraamus tosin jäi ratkaisussa epäselväksi, koska korkein oikeus on ensin asettanut hyödyntämiskiellon läheisen todistelulle. Eri mieltä olleiden jäsenten vetoaminen vapaaseen todistusteoriaan ei ole kestävä perustelu, sillä vapaa todistusteoria tulee ymmärtää oikeudellisena kokonaisuutena, johon kuuluvat rajoittavina tekijöinä myös todistamiskiellot. Pelkkä vapauden käsitteeseen nojautuminen ei ole riittävää argumentointia.

1391 Tapanila 2019, s. 191.

1392 On tärkeää myös havaita, että OK 17 luvun uudistamista koskevissa esitöissä on otettu kantaa siihen, että luvun uudistamista koskevassa esityksessä ei ole ollut tarkoitus puuttua ratkaisusta KKO 1995:66 ilmenevään linjaan. Ks. HE 46/2014 vp, s. 78.

huttelun suorittaneen poliisin kertomus puhuttelun sisällöstä, joten tällaista todistetta ei saisi hyödyntää näyttönä. Mainitut sivulliset saivat kuitenkin todistaa omista havainnoistaan, eli ainoastaan asianomistajan puhuttelukertomus asetettiin hyödyntämiskieltoon. Sen sijaan kirjallisena todisteena hyväksyttiin lääkärinlausunnon esitietoihin kirjattu asianomistajan kertomus sillä perusteella, että lääkärinlausunnossa ei ollut kysymys läheisen esitutkinnassa esitutkintaviranomaiselle antaman kertomuksen tosiasiallisesta käyttämisestä todisteena eikä muusta todistelusta koskien tällaista kertomusta. Lisäksi lääkäri ei kuulunut syytetyn läheispiiriin, jota todistamiskielto koskisi suoraan.

Kaiken kaikkiaan poliisin suorittama alustava puhuttelu on todistamiskieltojen osalta rinnastettava varsinaiseen esitutkintaan ja puhuteltavalla siten oltava samat oikeudet ja velvollisuudet kieltäytyä antamasta lausuntoa kuin esitutkinnassa. Ongelmallisen tilanteesta tekee se, että alustavassa puhuttelussa henkilöiden asema ei välttämättä ole selvä, jolloin sekä viranomainen että henkilö itse eivät välttämättä tiedä, mitkä oikeudet ja velvollisuudet tilanteessa soveltuvat. Mikäli alustavassa puhuttelussa annetusta lausumasta saisi todistaa vastoin todistamiskieltoa, muodostaisi tämä esitutkintaviranomaisen keinovalikoimaan hyvin ongelmallisen keinon kiertää kieltonormia. Oikeuskirjallisuudessa on aiemmin melko vakiintuneesti katsottu, että esitutkinnassa annettua läheiskriminoivaa lausuntoa ei voi hyödyntää todisteena, jos läheinen päättääkin vaieta lausunnon antamisen jälkeen.[1393]

Todistelu-uudistuksen esitöissä on viitattu tällaisten kuulemisten rikkovan kaikkia vaitiolo-oikeudellisia todistamiskieltoja, ei ainoastaan läheisen todistamiskieltoa, seuraavasti: *”Jos todistaja, jolla on vaitiolo-oikeus, on antanut kertomuksen esitutkinnassa, mutta kieltäytyy oikeudenkäynnissä todistamasta, esitutkintakertomusta ei edelleenkään saisi käyttää.”*[1394] Samoin viittaus laajentaisi oikeusohjetta alustavien puhuttelujen lisäksi varsinaisessa esitutkinnassa annettuihin kertomuksiin. Sinänsä olen valmis hyväksymään laajuuden itsekriminointisuojaan kuuluvaksi todistajan roolissa, mutta muu kieltäytymisoikeus olisi haasteellisempi ainakin kiellon suojelutarkoituksen ja toisaalta itsekriminointisuojan asiallisen sisällön näkökulmasta. Sisältö nimittäin korostaa nimenomaista vapaaehtoisuutta, jolloin tulkinnalle on annettava sijaa todistajasta lähtien. Toisaalta muiden vaitiolo-oikeuksien tilanteessa kertomuksen käyttäminen johtaisi mahdollisesti kontradiktorisuuden puutteeseen siten, että todiste voitaisiin asettaa käyttökieltoon.

1393 Lappalainen 2001, s. 220 av. 110; Pölönen 2003, s. 266 ja Järvinen 2011, s. 35.
1394 Ks. HE 46/2014 vp, s. 13 ja 107.

Pölösen mukaan ratkaisu KKO 1995:66 tukee sitä, ettei läheisen esitutkintakertomusta saa lainkaan käyttää näyttönä, edes vertailuaineistona, mikäli läheinen kieltäytyy todistamasta tuomioistuimessa. Tällöin läheisellä on mahdollisuus muuttaa mieltään ennen oikeudenkäyntiä ja saada annetut lausumat hyödyntämiskieltoon todistuskeinoneutraalisuuden perusteella.[1395] Ongelmalliseksi tulkinta muodostuu tilanteessa, jossa rikosasian todistelu nojautuu esitutkinnassa annettuihin läheisen kertomuksiin, koska niitä ei tällöin voida hyödyntää ja syyte voi jäädä vaille näyttöä. Jämsä pitää ratkaisun KKO 1995:66 todistelu-uudistuksessa vahvistettua linjaa ongelmallisena. Hänen mukaansa tulkinta muodostaa itsekriminointisuojaa pidemmälle menevän tehokkaan katumisoikeuden. Ongelmallisena hän pitää myös sitä, että kokonaiskieltäytymisoikeuteen voi vedota edelleen tuomioistuimessa, jolloin esitutkintakertomusten käyttäminen todisteena ei olisi mahdollista silloin, kun se puhuu syytettyä vastaan.[1396] Jämsän mukaan, mikäli todistaja vetoaa vaitiolo-oikeuteen OK 17:17.1:n tai OK 17:18.1:n nojalla vasta tuomioistuimessa, esitutkinnassa pätevän suostumuksen nojalla annettua kertomusta tulisi saada hyödyntää todisteena.[1397] Jämsän esittämään kritiikkiin on luonteva yhtyä, vaikka asetunkin tulkinnassa toiselle kannalle.

Sanamuodon mukaisesti on todettava, että suostumuksen antaminen OK 17:17.2:ssa koskien tuomioistuimessa todistamista tarkoittaa mahdollisuutta vaieta edelleen pääkäsittelyssä, vaikka kertomuksen olisi prosessin aiemmassa vaiheessa antanut. Mikäli kertomuksen antaminen on ollut tietoista vaitiolo-oikeudesta, esitutkintakertomuksen voisi tällöin ajatella saatavan lukea OK 17:47.2:n nojalla, paitsi jos todistaja vetoaakin läheiskriminointisuojaan, koska suostumus ei koske muita todistamiskieltoja, eli ei myöskään OK 17:18.1:ssa säädettyä. Tällöin olisi pohdittava, mitä läheiskriminoiville vapaaehtoisesti esitutkinnassa annetuille lausunnoille tehdään. Todistuskeinoneutraalisuus estäisi niiden käyttämisen, samoin aiemmassa oikeuskirjallisuudessa näin on vakiintuneesti tulkittu. Myös viitatut esityöt antavat, joskin melko laajentavasti alustavasta puhuttelusta johdettuna, vastaavan tulkintakannanoton. Vaikka tulkintoja voi kritisoida hieman laventaviksi, mikä ei todistamiskieltosäännösten tarkkarajaisuuden nojalla tulisi olla ensisijaista, eivät EIT:n tulkintaratkaisut vähimmäissuojan tuottavina myöskään tarjoa parempaan kotimaiseen suojaan ratkaisua.

Alustavan puhuttelun asema on sinänsä selkeä, ettei siinä annettua lausumaa voi käyttää todisteena, jos henkilö myöhemmin kieltäytyy todistamasta. Ratkaisussa KKO 1995:66 puhutaan kuitenkin esitutkinnassa läheistä alustavasti puhutellees-

1395 Pölönen 2003, s. 266. Samassa yhteydessä Pölönen on kuitenkin huomauttanut, ettei ratkaisun KKO 2000:71 perusteella asia ole näin selvä. Viitattu ratkaisu koskee kuitenkin asianomistajaa, joskin vailla vaatimuksia olevaa.

1396 Jämsä 2020, s 282–284.

1397 Jämsä (2020, s 284–285) perustaa näkemystään osin myös siihen, että kysymyksessä ei ole absoluuttinen todistusteemakielto, vaan enemmälti keinokielto.

ta poliisista. Tällöin jää epäselväksi, miten varsinaisessa esitutkintakuulemisessa, eli sen jälkeen, kun henkilölle on kerrottu oikeudestaan kieltäytyä todistamasta, vapaaehtoisesti annettu lausuma käyttäytyy myöhemmässä kieltäytymistilanteessa. Mikäli ratkaisun oikeusohje pidetään prosessin vaiheeseen ja roolin epäselvyyteen liittyvänä, siitä tehtyjen asiallisesti laajentavien kannanottojen voisi katsoa myös tarkoittavan, että kun läheinen kieltäytyy oikeudenkäynnissä todistamasta läheiskriminointisuojaan vedoten, todistajana annetun esitutkintakertomuksen hyödyntämiseen ei oikeastaan ole otettu kantaa. Kantaa on otettu ainoastaan siihen, että jos kertomus on annettu muussa roolissa kuin todistajana tai epäselvässä roolissa, sitä ei saa hyödyntää. Myöskään kuulustelun toimittanutta henkilöä ei voida kuulla todistajana siitä, mitä kieltäytyjä on esitutkinnassa kertonut.[1398]

> Kysymys olisi tällöin siitä, että läheisellä on valintaoikeus ensi kertaa todistajana kuultaessa riippumatta siitä, missä vaiheessa prosessia roolimuutos todistajaksi tapahtui. Läheiselle näyttää olevan annettu myös OK 17:17.2:n sanamuodosta johdettuna vielä tuomioistuimessa mahdollisuus muuttaa mieltään, jolloin todistuskeinoneutraalisuus estäisi myös esitutkinnassa annetun lausunnon hyödyntämisen. Ristiriita asiassa aiheutuu siitä, voiko sanamuodon mukaisesti oikeuden ulottaa pidemmälle kuin itsekriminointisuojan, siis koskemaan myös vapaaehtoisesti annettuja lausuntoja läheiskriminointitilanteissa. Jämsä on perustellut viitattua kritiikkiään sillä, että läheiskriminointisuoja näin ollen ulottuisi pidemmälle kuin itsekriminointisuoja, jonka osalta OK 17:47.2:n mukaisesti estettä esitutkintaviranomaiselle annettujen lausuntojen käyttämisestä todisteena ei ole, jos kertomukset on saatu laillisesti.[1399] Käytännössä kuitenkin, koska epäillyllä tai syytetyllä on sekä vaikenemis- että valehtelemisoikeus toisin kuin todistajalla, jolla on sekä todistamis- että totuudessapysymisvelvollisuus, todistajan voidaan ajatella tarvitsevan suojaa, jolloin ulottuvuus ei asiallisesti olisikaan laajempi.

Avoimeksi jääneisiin kysymyksiin on ainakin osittain ratkaisussa KKO 2023:79 annettu vastauksia. Ratkaisussa vahvistettiin, että läheisen epäillyn roolissa antamaa esitutkintakertomusta ei saanut hovioikeudessa käyttää todisteena, kun läheinen oli kieltäytynyt häntä ensi kertaa tuomioistuimessa todistajana kuultaessa todistamasta:

---

1398 Ks. Viljanen 2012, s. 620–622. Ks. myös KKO 1985 II 93, jonka mukaan riita-asiassa jutussa todistajaksi nimetty asianosaisen läheinen, joka suostui todistamaan, ei voinut saman jutun toisessa käsittelyssä vastapuolen todistajaksi nimeämänä kieltäytyä todistamasta. Ks. Lappalainen 2001, s. 220. Todistamisesta kieltäytyvä läheinen on silti laillisen kutsun saatuaan velvollinen saapumaan tuomioistuimeen. Ks. Tirkkonen 1972, s. 243 ja Lappalainen 2001, s. 219.

1399 Jämsä 2020, s. 287–288. Samoin perustein hän on kritisoinut vastaavia tulkintoja, jotka on tehty hätäkeskuspuheluista eräissä hovioikeuden ratkaisuissa.

*Sisarukset A ja B olivat käräjäoikeudessa syytteessä yhdessä tehdystä murhasta. Syyttäjä oli nimennyt heidät molemmat asianosaisina kuultaviksi todistelutarkoituksessa. A ja B olivat kieltäytyneet kuulemisestaan käräjäoikeudessa. Käräjäoikeus oli ottanut heidän esitutkinnassa antamansa kertomukset vastaan näyttönä videotallenteelta. Käräjäoikeus oli lukenut teon A:n syyksi ja hylännyt B:tä koskevan syytteen. A oli valittanut käräjäoikeuden tuomiosta hovioikeuteen. B:n osalta käräjäoikeuden tuomio oli jäänyt lainvoimaiseksi. Syyttäjä oli nimennyt B:n todistajaksi hovioikeudessa. B oli kieltäytynyt todistamasta, koska hän oli A:n sisar. Korkein oikeus katsoi, että B:n esitutkintakertomusta ei saanut hovioikeudessa käyttää todisteena, kun B oli kieltäytynyt häntä ensi kertaa tuomioistuimessa todistajana kuultaessa todistamasta sisartaan koskevassa asiassa.*

Ensiksi ratkaisun oikeusohjeiden selostuksessa toistetaan kohdassa 7 ratkaisusta KKO 1995:66 viitatuissa esitöissä johdettu jokseenkin laajentava tulkinta siitä, että vaitiolo-oikeutta ei saa kiertää esitutkintakertomuksen käyttämisellä, jos todistaja kieltäytyy oikeudenkäynnissä todistamasta. Vaikka tulkinta oikeussäännönomaisesti ratkaisussa todetaan, sitä ei yleisenä sääntönä ratkaisussa sovelleta tai kommentoida, vaan ainoastaan siltä osin, kuin kysymys on kuultavan roolimuutoksesta rikosprosessin aikana. Toiseksi ratkaisussa vahvistetaan (kohdat 12 ja 13) se, että OK 17:17.2:a tulkitaan sanamuodon mukaisesti, jolloin todistaja voi käyttää oikeutta vaieta vielä silloin, kun häntä kuullaan ensimmäisen kerran todistajana tuomioistuimessa. Tällöin hän on vasta voinut käyttää tehokkaasti oikeuttaan kieltäytyä kertomasta asiassa mitään. Kolmanneksi ratkaisussa on myös vahvistettu se, että kieltäytymisoikeutta todistajana ei ole ollut sallittua kiertää käyttämällä todisteena hänen esitutkinnassa tallennettua kertomustaan (kohta 13). Tältä osin annettu oikeusohje on selvä. Läheisen suostumuksen antaminen todistamiseen kohdistuu nimenomaan tuomioistuinvaiheeseen. Täten kieltäytyminen todistamasta tuomioistuimessa tarkoittaa myös sitä, että käräjäoikeudessa kerran todistanut läheinen ei voi enää kieltäytyä todistamisesta hovioikeudessa tai korkeimmassa oikeudessa, mikäli rooli on ollut koko prosessin läpi sama.[1400] Neljänneksi ratkaisussa on vahvistettu todistelu-uudistuksessa tarkoitettu muutos siitä, että niin sanottu kanssaepäilty on asian myöhemmässä käsittelyvaiheessa todistajan asemessa.[1401]

1400 Ammattiin tai asemaan liittyvät todistamiskiellot eivät yleensä aiheuta ongelmia vastakuulustelu-oikeuden suhteen, sillä nämä kiellot otetaan huomioon jo esitutkinnassa, eikä todistamiskiellon alainen henkilö yleensä todista oikeudenkäynnissä. Sen sijaan vaikeuksia voi aiheutua niissä tapauksissa, joissa todistamiskielto perustuu henkilön omaan päätökseen todistamisesta, ja tämä päätös voi muuttua oikeudenkäynnin aikana. Ks. Tapanila 2019, s. 188.

1401 Vrt. ennen ratkaisun antamista Rautio ja Frände (2020, s. 225–226), jotka ovat katsoneet, ettei kanssaepäilty muutu todistajaksi. Ks. roolimuutoksesta tarkemmin jaksossa 8.6.3 siltä osin kuin tulkinta on rinnastettavissa asianomistajatodistajaan.

Itsekriminoiva eli OK 17:18.1:n mukainen lausunto, joka on annettu tietoisesti, vapaaehtoisesti ja puolustajan läsnä ollessa esitutkinnassa epäillyn asemassa, on ollut hyödyntämiskelpoinen niin kauan kuin henkilö oli samassa roolissa. Mutta sen jälkeen, kun kanssaepäillystä tulikin todistaja, hänelle piti tarjota OK 17:17.2:n mukainen mahdollisuus suostua todistamiseen tuomioistuimessa. Tätä ei ollut kanssaepäillyn roolin ja asian vaiheen vuoksi voitu tarjota. Näin esitutkintakertomusta ei voitu hyödyntää, koska oikeus kieltäytyä aktualisoitui roolimuutoksen yhteydessä. Todistuskeinoneutraalisuus kieltäytymistilanteessa esti myös esitutkintakertomuksen käyttämisen todisteena.[1402] Ratkaisussa KKO 2023:79 annettu tulkintatapa estää myöhemmissä tuomioistuinkäsittelyissä niin ikään aiempien lausuntojen hyödyntämisen. Vastavuoroisesti edelleen, jos todistaja kieltäytyy vasta hovioikeudessa, ei estettä aiemmissa oikeusasteissa annettujen lausuntojen hyödyntämiselle tai niitä edeltäneiden laillisesti hankittujen esitutkintakertomusten hyödyntämiselle ole.

> Ratkaisun perusteella kysymyksessä näyttää olevan todistajan oikeus olla kertomusta antaessaan tietoinen siitä, mihin kertomusta käytetään. Mikäli näin ei olisi, todistaja asetettaisiin oikeudenkäynnissä melko kohtuuttomaan asemaan. Jos nimittäin on niin, että läheistodistaja on epäillyn roolissa valehdellut esitutkinnassa ja kieltäytyy oikeudenkäynnissä todistamasta ja hänen kertomuksensa läheiskriminoivien tietojen osalta saadaan lukea, kontradiktorisuutta loukataan. Vastakuulusteluoikeus ei nimittäin tällöin täyty, ja lisäksi todistaja, koska hänellä on totuusvelvollisuus, joutuisi esitutkintakertomuksen vertailutilanteessa joko edelleen valehtelemaan tai myöntämään valehdelleensa. Tällaisen kertomuksen näyttöarvo olisi kyseenalainen. Tästä näkökulmasta läheiskriminoivien tietojen osalta esitutkintakertomuksen hyödyntämisen tulkinta oikeuskirjallisuudessa, lain esitöissä ja ratkaisussa KKO 2023:79 on hyväksyttävissä.

Ennakkopäätösten osalta on todettava, että asiassa on mahdollista muodostaa oikeussääntöjä, koska kysymyksessä ei ole näytönarviointiin liittyvä asia. KKO:n ratkaisut eivät kuitenkaan aivan yksiselitteisesti muodosta sääntöä läheisen esitutkintakertomuksen käyttämiselle kieltäytymistilanteissa kuin epäselvän roolin ja roolimuutoksen tilanteessa. Sen sijaan ratkaisussa KKO 2023:79 todettu OK 17:17.2:n sanamuodon mukainen tulkinta ratkaisee Jämsän kritisoiman katumusoikeuden olevan vallitseva tulkintatapa, jolloin todistuskeinoneutraalisuus ulottuu esitut-

1402 Vastavuoroisesti lienee pääteltävissä, että kanssaepäillyn suostuessa todistamaan tuomioistuimessa, myös aiempia kertomuksia saisi käyttää ainakin vertailuaineistona, vaikkakin niiden näyttöarvo epäillyn roolissa annettuna olisi kyseenalainen. Ratkaisu ei kuitenkaan ota lainkaan kantaa siihen, missä vaiheessa roolimuutos tapahtuu, vaan siinä kiinnitetään kieltäytymisoikeus tuomioistuinvaiheeseen.

kintakertomukseen ja ohittaa todistamiskieltona myös kertomuksen vertailumahdollisuuden. Käytännössä ratkaisusta KKO 1995:66 esitöissä laajennettu tulkinta on näin ollen voimassa oleva läheistodistajan osalta, joskin aiempaa selkeämmillä perusteilla. Sen sijaan kaikkia vaitiolo-oikeuksia laajentavaksi ratkaisua ei voi katsoa, koska esitöiden viittausta ei ole ratkaisussa sovellettu, vaan asiakohta on toteava. Samalla tavoin sanamuodon mukaisesti tarkasteltuna asia ratkeaisi kunkin todistamiskiellon soveltamistilanteessa osin sen mukaisesti, onko suostumus todistamiseen kohdistettu tuomioistuinvaiheeseen.

Kokonaiskieltäytymisoikeuteen perustuvaa suostumusta todistamiseen tuomioistuimessa ei voi OK 17:17.2:n sanamuodon mukaan peruuttaa. Ratkaisun KKO 2023:79 mukaisesti tämä tarkoittaa ainoastaan tilannetta, jossa läheinen suostuu lausumaan tuomioistuimessa nimenomaan todistajan roolissa. Roolimuutostilanteissa, jolloin asianosainen muuttuu todistajaksi, hänellä on valintamahdollisuus ensi kertaa tuomioistuimessa kuultaessa, eikä tätä oikeutta saa rikkoa. Jos hän tällöin kieltäytyy todistamasta, vapaaehtoisesti ja tietoisestikaan annettua esitutkintakertomusta ei saa hyödyntää, jos se on annettu toisessa roolissa kuin todistajana. Säännöksen sanamuodon mukaan valinnan hetki on kiinnitetty tuomioistuinvaiheeseen. Tällöin todistajana ensi kertaa tuomioistuimessa kuultavaa koskee sama kieltäytymisoikeus riippumatta siitä, onko hän jo antanut aiemmin vapaaehtoisesti lausuman prosessin aiemmassa vaiheessa muussa roolissa. Jos hän päättää käyttää kieltäytymisoikeuttaan, todistuskeinoneutraalisuus estää muussa roolissa aiemmin annetun lausuman hyödyntämisen todisteena.

Tuomioistuimessa annettu suostumus tarkoittaa sitä, että kertomus on hyödynnettävissä, koska todistuskeinona läheiseen ei tällöin kohdistu todistamiskieltoa lainkaan eikä kieltonormi täyty enää suostumuksen antamisen jälkeen. Tällöin, mikäli läheinen on jo alkanut todistaa oikeudenkäynnissä, hän on luopunut kieltäytymisoikeudestaan. Kokonaiskieltäytymisoikeuteen perustuva suostumuksen antaminen tarkoittaa myös, että tuomioistuimessa saadaan tarvittaessa lukea kaikki samassa roolissa annetut esitutkintakertomukset ja todistajalla on myös vastaamisvelvollisuus samassa laajuudessa. Mikäli hän kuitenkin suostumuksen antamisen jälkeen vaikenee, esitutkintakertomusta voidaan käyttää OK 17:47.2:n nojalla todisteena. OK 17:18.1:ssa säädetty läheiskriminointisuoja ei sisällä vastaavaa suostumuksen lopullisuutta, mikä tarkoittaa sitä, että todistaja voi kieltäytyä antamasta läheiskriminoivia tietoja. Tällöin esitutkintakertomusta ei syyllisyyden puolesta puhuvista seikoista voisikaan käyttää todisteena vaikenemistilanteessa, jos kieltäytymisen perusteena on vaitiolo-oikeuden käyttäminen. Tällöin kielto aktualisoituisi siltä osin kuin esitutkinnassa on annettu syyllisyyttä laajentavia lausuntoja verrattuna

oikeudenkäynnissä kerrottuun.[1403] Tuomioistuin ei voi kiertää vaitiolo-oikeutta hyväksymällä esitutkintakertomuksen käyttämisen todisteena.[1404]

Suostumusperuste ei siten tee kokonaiskieltäytymisoikeudesta ehdollista todistamiskieltoa, vaan suostumus todistamiseen tarkoittaa ainoastaan sitä, että todistaja ei voi enää muuttaa mieltään oikeudestaan luopumisen suhteen. Näin todistamaan suostuminen oikeudenkäynnissä tarkoittaa myös mahdollisuutta esitutkintapöytäkirjan hyödyntämiseen todisteena. Läheiskriminointisuojasta voidaan myös poiketa tuomioistuimen päätöksellä vaatimuksia esittämättömän asianomistajan kohdalla, mikäli häntä voidaan perustellusti olettaa painostetun vaikenemiseen. Tällaisen päätöksen tehtyään tuomioistuin voi hyödyntää todisteena myös esitutkintamateriaalia, koska todistamiskielto on murrettu.

### *8.6.3 Asianomistajan vaitiolo-oikeuden ja läheissuhteisten todistamiskieltojen rajapinnoista*

Kun asianomistajaa kuulustellaan todistelutarkoituksessa, hänen ei tarvitse kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. Riita-asiassa asianosaisen ja rikosasiassa asianomistajan on OK 17:26:n nojalla pysyttävä totuudessa antaessaan kertomuksensa tai tehdessään selkoa asiasta ja vastatessaan tehtyihin kysymyksiin. Asioiden, joista rikosasian asianomistaja lausuu, on oltava totuudenmukaisia. Asianomistaja ei siis saa valehdella, eikä hän saa antaa harhaanjohtavia tietoja.[1405] Asianomistajan totuusvelvollisuudesta on oikeuskirjallisuudessa esitetty kannanottoja sekä positiivisen että negatiivisen totuusvelvollisuuden puolesta.[1406]

> Esimerkiksi Jokelan mukaan, kun asianomistaja päättää antaa lausuman oikeudenkäynnissä tai vastata kysymyksiin, hänelle muodostuu positiivinen totuusvelvollisuus. Asianomistajan positiivinen totuusvelvollisuus korostuu

1403 Kokonaiskieltäytymisoikeuden poistumisesta huolimatta läheiskriminointisuoja mahdollistaa kieltäytymisen todistamasta missä prosessin vaiheessa tahansa. Kokonaiskieltäytymisoikeus kattaa muitakin tietoja kuin läheistä kriminoivia. Tällöin perusteena ei voi käyttää sellaista vapaaehtoisuuden ja tietoisuuden astetta kuin läheiskriminoivien tietojen osalta, vaan riittävää on, että todistaja tietää vaitiolo-oikeudestaan. Läheiskriminoivilla tiedoilla on vahvempi suoja, jolloin kokonaiskieltäytymisoikeuden nojalla annettuja muita kuin läheiskriminoivia lausuntoja saisi käyttää jollakin tavoin helpommin kuin läheiskriminoivia.

1404 HE 46/2014 vp, s. 107. Ks. myös KKO 2023:79, kohta 7. Ks. arviointia tilanteesta tarkemmin Virolainen 2000, s. 674 ja Pölönen 2003, s. 267.

1405 HE 46/2014 vp, s. 95; Virolainen – Pölönen 2004, s. 213–214; Viljanen 2013, s. 147–148 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 390.

1406 Positiivisen totuusvelvollisuuden kannalla on ollut esim. Peltonen 1985, s. 57. Ks. myös Tirkkonen 1949, s. 96–97. Negatiivista totuusvelvollisuutta on kannatettu mm. kannanotoissa Turunen 1999, s. 479 ja 496; Havansi 2007, s. 163; Viljanen 1993, s. 1010; Viljanen 2001, s. 1007 ja Viljanen 2013, s. 147–148; Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 324; Virolainen – Pölönen 2004, s. 213–214; ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 390. Esim. ROL 6:5.3:n ja ETL:n esitöiden HE 14/1985 vp, s. 28 ja 75 mukaan totuusvelvollisuus on tulkittavissa negatiiviseksi samoin kuin ennakkoratkaisussa KKO 2000:71.

erityisesti, kun häntä kuullaan todistelutarkoituksessa oikeudenkäynnissä.[1407] Viljasen mukaan OK 17:26:ssä säädetty totuusvelvollisuus on negatiivinen sekä riita- että rikosasian asianomistajalla, kun häntä kuullaan todistelutarkoituksessa.[1408] Positiivinen totuusvelvollisuus tarkoittaisi sitä, että asianomistaja ei voi jättää kertomatta jotain asiaa, vaan hänen on kerrottava kaikki tietämänsä. Tämä näkemys on pulmallinen asianomistajan omien oikeuksien, kuten itsekriminointisuojan, näkökulmasta. On oltava niin, että asianomistajalla on mahdollisuus pidättäytyä kertomasta tai jättää vastaamatta kysymyksiin ilman että hän joutuisi vetoamaan todistamiskieltoon.

Syytetty saa vaieta tai valehdella, ja asianomistajan ei tarvitse todistaa oikeudenkäynnissä. Verrattuna todistajaan, jolla on sekä todistamis- että totuudessapysymisvelvollisuus, syytetty ja asianomistaja eivät tarvitse todistamiskiellolla asetettua suojaa todistamiselle eivätkä siten myöskään todistuskeinoneutraalisuuden kautta esitutkintakertomuksille, jotka voidaan oikeudenkäynnissä tarvittaessa lukea.

Asianosaista voidaan kuulustella todistelutarkoituksessa (OK 17:26) ja jokaista muuta kuin asianosaista voidaan kuulustella todistajana (OK 17:29.1). Säännös rinnastaa myös asianomistajan, jolla ei ole vaatimuksia, eli niin sanotun asianomistajatodistajan 2 momentin nojalla ja kanssaepäillyn 3 momentin nojalla todistajaksi. Asianomistajan asema riippuu siten siitä, onko hän asianomistaja-asianosainen vai asianomistajatodistaja. Rooli voi muuttua prosessin aikana, ja myös epäilty voi muuttua asianomistajaksi tai todistajaksi. Roolimuutoksissa on keskeistä havaita, että todistajan vaitiolo-oikeuden käyttämisestä päättäminen voi tapahtua roolimuutoksen yhteydessä kesken prosessin, jos henkilön asema muuttuu asianosaisesta todistajaksi.[1409]

Ratkaisussa KKO 2023:79 on ratkaistu kanssaepäillyn tilanne, mutta ei asianomistajatodistajan. Kuitenkin jos asianomistajatodistajan asemaa arvi-

1407 Jokela 2015, s. 97–98.

1408 Viljanen 2013, s. 145.

1409 HE 46/2014 vp, s. 95 ja LaVM 19/2014 vp, s. 22. Tällöin hän on saattanut ennen roolimuutosta joko valehdella tai vaieta roolistaan riippuen, jolloin hänellä oltava todistajaksi muuttuessaan mahdollisuus arvioida vaitiolo-oikeuttaan totuusvelvollisuuden näkökulmasta, eli sitä onko hän valmis oikeudenkäynnissä puhumaan totta. Tämän vuoksi todistajaa suojellaan todistamiskielloin. Suojeluperuste ei ulotu siihen, jos todistaja tietoisena vaitiolo-oikeudestaan antaa esitutkinnassa todistajan roolissa lausunnon, mutta kieltäytyykin todistamasta oikeudenkäynnissä. Tuolloin muun henkilön lausunnon sisällöstä antaman kertomuksen käyttämisen este voi olla todistuskeinoneutraalisuus eli se ettei vaitiolo-oikeutta voi kiertää. Sekään ei aivan yksiselitteisesti riitä annetun esitutkintalausunnon hyödyntämiskelvottomuuden perusteeksi, mihin läheisen kieltäytymisoikeuden peruste on lopulta ratkaisussa KKO 2023:79 vahvistamalla tulkintatavalla OK 17:17.2:n sanamuodon mukaisuus, eli se, että läheinen saa vielä tuomioistuimessa päättää todistamisesta. Mainittakoon, että Vuorenpää (2020, s. 82–84) on eritellyt kaikki eri variaatiot läheisasianomistajan vaitiolo-oikeuden sisällöstä asianomistajan prosessuaalisen aseman muutoksissa, eikä niitä ole tässä liiemmin tarve enää toistaa.

oidaan sen nojalla, että OK 17:29.1:n tarkoittamaan todistajana kuulemiseen rinnastetaan niin kanssaepäilty kuin asianomistajatodistaja, voitaneen johtaa vastaava roolimuutoksen aiheuttama valintatilanne ensi kertaa todistajaa tuomioistuimessa kuultaessa myös asianomistajatodistajaan. Käytännössähän asianomistaja voi muuttua asianomistajatodistajaksi luopuessaan kesken prosessin vaatimuksistaan, jolloin hänellä on todistamisvelvollisuus, mutta myös todistamiskieltojen tarjoama suoja vaieta. Tällöin vaikenemisen tahdonmuodostuksen itsenäisyyttä suojataan läheisasianomistajaan kohdistuvalla OK 17:18.2:n todistamiskiellon murtamismahdollisuudella.

Puhtaaseen asianomistaja-asemaan ei liity myöskään ratkaisussa KKO 2023:79 tarkoitettua roolimuutosta. Tällöin, jos asianomistaja on kertonut asiasta esitutkinnassa, hän voi silti kieltäytyä puhumasta oikeudenkäynnissä, jolloin hänen esitutkintakertomuksensa hyödyntäminen todisteena on sallittua OK 17:47.2:n nojalla.[1410] Asianomistaja, joka on alkanut kertoa asiasta oikeudessa, voi edelleen kieltäytyä vastaamasta yksittäisiin kysymyksiin, sillä häntä ei voi pakottaa kuulusteltavaksi. Kertomuksen hyödyntäminen todisteena voi tosin estyä syytetyn vastakuulusteluoikeuden puuttumisen vuoksi.[1411] Seurauksena voi lisäksi olla, että kertomuksen näyttöarvoa arvioidaan (OK 17:6.1:n 3 kohta) kieltäytymisen vuoksi uudelleen.

Rikosasiassa asianomistaja on henkilö, joka esittää rikokseen perustuvia vaatimuksia. Tällöin rikosasian asianomistajaa, joka ei esitä vaatimuksia, kohdellaan todistajana ja häneen sovelletaan todistajaa koskevia säännöksiä tietyin poikkeuksin.[1412] Rikosasiassa tuomioistuin voi lisäksi OK 17.18.2:n nojalla päättää, että asianomistaja, joka ei esitä vaatimuksia, ei saa kieltäytyä todistamasta, mikäli epäillään, ettei hän ole itse päättänyt vaitiolo-oikeuden käyttämisestä. Läheiskriminointisuoja on tällöin murrettu, eikä todistuskeinoneutraalisuus ole voimassa, jolloin esitutkintakertomuksen käyttö todisteena on sallittua, koska läheinen on todistajan asemassa todistamisvelvollinen. Tuomioistuin voi lisäksi käyttää oikeudenkäynnissä kyselyoikeuttaan tai kuulla todistajana asiaa tutkinutta poliisia. Tuomioistuin ei kuitenkaan voi käyttää todistajaan kohdistettavia pakkokeinoja asianomistajatodistajaan.[1413]

Tuomioistuimen OK 17:18.2:n mukainen päätös tapahtuu esiin tulleiden seikkojen kokonaisharkintaan, mutta vaitiolo-oikeuden epäämisestä riittää painotuksen osalta ”*syytä epäillä*” -kynnys, joka vastaa PKL 2:11.2:ssa olevaa alempaa vangitsemiskynnystä ja on siten verrattain alhainen. Painostamisen tai taivuttelun

1410 Ks. myös mitä jaksossa 6.4.3 kieltosäännösten systematiikasta esitetty.

1411 Virolainen (2000, s. 678) on kommentoinut, että todistelussa ei tulisi tyytyä nojautumaan pelkästään asianosaisten kertomuksiin, jotka voidaan myöhemmin oikeudessa peruuttaa tai muuttaa, vaan tapahtumat tulisi selvittää esitutkinnassa tutkintatoimenpitein.

1412 Rautio – Frände 2016, s. 209–210 ja Tapanila 2019, s. 189 ja 192.

1413 HE 46/2014 vp, s. 78–79.

todistamiseksi vaaditaan näyttöä, ja tuomioistuimen tulee tarvittaessa selvittää asianomistajan kieltäytymisen syyt. Murtamispäätöksen tekemiseksi asianomistajan esitutkintapöytäkirjaan kirjatut tiedot painostuksesta tai pelosta syytettyä kohtaan voidaan esittää. Tällaiset kirjaukset eivät kuulu läheiskriminointisuojan piiriin, sillä ne eivät suoraan liity rikoksen näyttämiseen.[1414]

> Ratkaisussa KKO 2019:17 on katsottu, että asianomistajalla, jolla ei ollut rikosasiassa vaatimuksia, ei ollut oikeutta kieltäytyä todistamasta vedoten läheissuhteeseen, koska oli syytä epäillä, ettei hän ollut itse päättänyt vaitiolo-oikeutensa käyttämisestä. Tämän vuoksi, vaikkei asianomistaja itse suostunut todistamaan, asianomistajan esitutkintakertomus voitiin ottaa huomioon oikeudenkäynnissä. Myös tapahtumapaikalle saapunutta poliisia voitiin kuulla siitä, mitä asianomistaja oli hänelle kertonut. Korkein oikeus on ratkaisussa arvioinut kieltäytymisoikeuden murtamisen kynnystä ja punninnassa käytettäviä harkintaperusteita. Näiden perusteella se on katsonut, että murtamiseen vaadittava kynnys sille, että läheinen ei ole itse päättänyt vaitiolo-oikeudestaan, on varsin matala ”*syytä epäillä*”-kynnys, jonka täyttyminen arvioidaan kokonaisharkinnalla. Ratkaisun (kohdat 17–19) mukaan painostus on riittävän todennäköistä eli ”*syytä epäillä*” -kynnys ylittyy lainsäädännössä käytetyn pienimmän todennäköisyyden asteen mukaan.[1415]

Läheisasianomistaja voidaan siten riippumatta kokonaiskieltäytymisoikeudesta ja läheiskriminointisuojasta velvoittaa rikosasiassa todistamaan, mikäli hänellä ei ole asiassa vaatimuksia.[1416] Kyseinen mahdollisuus kiinnittyy nimenomaan henkilön prosessuaaliseen asemaan eli siihen, onko hän todistaja vai asianomistaja. Siitä voidaan jo päätellä, että asianomistaja-asema ja todistajan asema ovat tarkoituksellisesti kieltokokonaisuudessa erotettu toisistaan.

---

1414 Ks. Rautio – Frände 2016, s. 148; Pölönen – Tapanila 2015, s. 310 ja Tapanila 2019, s. 194–195.

1415 Vaasan Hovioikeus on ratkaisussa VaaHO:2017:2 käyttänyt kokonaisharkintaa sen arvioimiseen, oliko todistajana kuultavalla vastaajalle läheisessä suhteessa olevalla asianomistajalla vaitiolo-oikeutta ja tuliko asianomistajan soittama hätäkeskuspuhelu asettaa hyödyntämiskieltoon. Hovioikeus arvioi, oliko asiassa syytä epäillä, ettei asianomistaja ollut itse päättänyt vaitiolo-oikeuden käyttämisestä. Ratkaisussa otettiin siten kantaa ”*syytä epäillä*” -kynnyksen ylittymiseen. Hovioikeus katsoi, että murtamiskynnys vastaa PKL 2:11.2:ssa säädettyä alempaa vangitsemiskynnystä ja että sen kynnyksen ylittyminen tulee suorittaa esille tulleiden seikkojen perusteella tehtävällä kokonaisharkinnalla. Hovioikeus katsoi, ettei asianomistaja ole itse päättänyt vaitiolo-oikeudestaan oikeudenkäynnissä, koska asianomistaja oli jutussa epäillyn parisuhdeväkivallan ja laittoman uhkauksen uhri ja hän oli esitutkinnassa kertonut oma-aloitteisesti vastaajan häneen kohdistamasta väkivallasta ja siitä, että hän pelkää vastaajaa. Koska asianomistajalle ei ollut asiassa vaitiolo-oikeutta, myöskään hätäkeskusnauhoitteen hyödyntämiskieltoon ei ollut perustetta.

1416 Luonnollisesti läheinen asianomistaja voi itse päättää vaitiolo-oikeutensa käyttämisestä muutoinkin, mutta epäillyssä painostustilanteessa päätöksen tekee viranomainen, jotta asianomistaja, joka ilman painostusta mahdollisesti todistaisi, joutuisi ilman omaa aloitettaan todistamaan. Tavoitteena on suojella painostettua läheistä asianomistajaa painostajalta.

Läheisen todistajan oikeuksien ulottuvuuden tarkastelua edellisessä jaksossa jatkaen OK 17:17.1 ja 17:18.2 herättävät tätä taustaa vasten kysymyksiä myös siitä, miten todistamiskieltoja sovelletaan vaatimuksia esittävään läheiseen asianomistajaan verrattuna sellaiseen todistajana kuultavaan läheiseen asianomistajaan, joka ei esitä vaatimuksia. Lain esitöiden perusteella todistelu-uudistuksessa ei ollut tarkoitus muuttaa sitä periaatetta, että todistajana oleva läheinen voi kieltäytyä todistamasta ilman, että kieltäytymistä voisi kiertää.[1417] Kiista tulkinnassa koskee viime kädessä sitä, voidaanko asianomistajan esitutkintakertomusta käyttää todisteena riippumatta siitä, onko hän esittänyt vaatimuksia.[1418]

> Vuorenpään mukaan tilanne, jossa vaatimuksia esittäneen asianomistaja-asemassa olevaa todistajaa koskevan todistamiskiellon murtaminen tulisi kysymykseen, olisi ylipäänsä varsin teoreettinen, koska tällöin asianomistajatodistaja kieltäytyisi todistamasta, vaikka on esittänyt vaatimuksia. Tällöin tulee pohdittavaksi käytännössä se, voidaanko esitutkintakertomusta käyttää oikeudenkäynnissä, koska OK 17:26:n mukaan asianomistajan ei tarvitse lausua mitään.[1419]

Rautio ja Tolvanen ovat esittäneet asiasta vastakkaisia näkemyksiä. Rautio mukaan esitutkintavaiheessa asianomistaja on aina asianosainen eikä todistaja, jolloin hänellä ei ole kieltäytymisoikeutta, mutta toisaalta hänen ei myöskään tarvitse lausua mitään.[1420] Tolvanen puolestaan on katsonut, että rooli määräytyy jo esitutkinnassa sen perusteella, esittääkö asianomistaja vaatimuksia.[1421] Problematiikka läheisasianomistajan tilanteessa kytkeytyykin tuomioistuinvaiheeseen, jolloin viimeistään on selvää, esittääkö asianomistaja vaatimuksia vai ei. Rautio ja Frände ovat katsoneet, että vaatimuksia esittävällä läheisasianomistajalla on OK 17:17.1:n nojalla ehdoton oikeus kieltäytyä todistamasta, koska OK 17:18.1:n kieltäytymisoikeus koskee läheistä ja todistaminen kaikkia todistelutarkoituksessa kuultavia. Edelleen koska OK 17:18.2:n vaitiolo-oikeuden murtamissäännös koskee vain vaatimuksia esittämätöntä asianomistajatodistajaa, asianomistajan esitutkintapöytäkirjaakaan ei voi lukea, jos hän vetoaa kokonaiskieltäytymisoikeuteensa.[1422]

---

1417 HE 46/2014 vp, s. 78. Alaikäisen läheisasianomistajan päätäntävallan käyttämisestä kieltäytymisoikeuteen vetoamisessa ja esitutkintakertomuksen käyttämisessä ks. Tolonen 2017, s. 402–409.

1418 Ks. läheisasianomistajan asemaan liittyvästä todistelu-uudistusta edeltävästä keskustelusta myös Pölönen 2003, s. 275–279 ja Riekkinen 2014, s. 152–155.

1419 Vuorenpää 2020, s. 79.

1420 Rautio 2016, s. 709 ja 711 sekä HE 46/2014 vp, s. 33. Rautio mukaan, koska ETL 7:8, jonka mukaan esitutkinnassa sovelletaan oikeudenkäymiskaaren todistamiskieltosäännöksiä, koskee esitutkinnassa ainoastaan todistajan, eikä asianosaisen asemassa olevia henkilöitä. Vrt. Tolvanen 2016, s. 202.

1421 Tolvanen 2016, s. 203.

1422 Rautio 2016, s. 711–712 ja Rautio – Frände 2016, s. 149.

Vuorenpää ja Tolvanen ovat tästä eri kannalla. Heidän mukaan läheisasianomistajan antama esitutkintakertomus voidaan lukea oikeudenkäynnissä, jos tämä kieltäytyy todistamasta. Näkemys pohjautuu siihen, että Rautio ja Frände asettavat tulkinnassa tavallisen läheisen todistajan eli sellaisen, joka ei ole asianomistaja, ja asianomistajana toimivan läheisen samaan asemaan: he kun katsovat, että kokonaiskieltäytymisoikeus on ehdoton molemmissa ryhmissä sen perusteella, että termi todistaminen koskee kaikkia todistelutarkoituksessa kuultavia. OK:n esitöihin nojaten Tolvanen on katsonut ratkaisuissa KKO 1995:66 ja KKO 2000:71 annettujen linjausten olevan edelleen voimassa, eikä sääntelyllä ole ollut tarkoitus niitä muuttaa.[1423] Tolvasen mukaan uudistuksessa oli tarkoitus muuttaa vain vaitiolo-oikeuden murtamista koskevaa säännöstä, mutta asianosaisen asemassa kuultavan asianomistajan vaitiolo-oikeus määräytyisi edelleen samoin kuin ratkaisussa KKO 2000:71.[1424] Tapanila puolestaan on katsonut, että lain esityöt jättävät asiassa tulkinnanvaraa, mutta tuomioistuimet ovat soveltaneet asianomistajan kieltäytymisoikeutta ennemmin Tolvasen kuin Raution esittämällä tavalla.[1425] Lisäksi Tapanilan mukaan viitattujen ratkaisujen ero siitä, että läheisasianomistaja voi kieltäytyä todistamasta, mutta oikeus ei ole yhtä ehdoton kieltäytymisoikeus kuin todistajan tapauksessa, mikä herättää kysymyksiä sääntelyn johdonmukaisuuden ohessa suojien poikkeavasta tasosta roolin perusteella.[1426] Tarkastelen tämän vuoksi viitattuja ratkaisuja suhteessa todistelu-uudistukseen ja tulkinnanvaraiseksi kuvattuihin esitöihin vielä lyhyesti.

Ratkaisussa KKO 2000:71 asianomistajan esitutkintakertomuksen lukeminen sallittiin.[1427] Ratkaisun mukaan asianosaisasemassa olevan asianomistajan antama kertomus voidaan esittää todisteena, kunhan se on saatu laillisesti. Ratkaisusta on käyty varsin moninaista keskustelua oikeuskirjallisuudessa. Kysymyksessä on ollut vailla vaatimuksia ollut asianomistaja eli nykysääntelyn nojalla asianomistajatodistaja. Virolainen ja Pölönen[1428] ovat katsoneet, että ratkaisussa kierrettiin asianomistajan vaitiolo-oikeutta. Näin voimassaolleen sääntelyn nojalla on perustellusti voitu tulkita, mutta todistelu-uudistuksessa asianomistajaa koskeva oikeustila on selkiytetty. Asianomistajatodistaja ja kanssaepäilty rinnastettiin todistajaksi, jolloin heillä on todistamisvelvollisuus, mitä puolestaan asianomistajalla ei ole. Ratkaisun KKO

1423 Ks. Tolvasen viittaama HE 46/2014 vp, s. 77–78.
1424 Vuorenpää 2020, s. 70 ja Tolvanen 2016, s. 200–204.
1425 Tapanila 2019, s. 193–194.
1426 Tapanila 2019, s. 191.
1427 Ratkaisun otsikko: *"Syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta siitä, että tämä oli pahoinpidellyt B:tä. B selitti häntä käräjäoikeudessa todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa, että hän ei halunnut lausua asiassa mitään. B:n ei asianomistajana tarvinnut kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. B:n esitutkinnassa antama kertomus saatiin tässä tapauksessa lukea käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja ottaa todisteena huomioon. Kun A:lla ei ollut B:n kieltäytymisen johdosta tilaisuutta kuulustuttaa B:tä ja kun muu jutussa esitetty näyttö ei ollut riittävä selvitys A:n syyllisyydestä, syyte hylättiin. (Ään.)"*
1428 Virolainen – Pölönen 2003, s. 279.

1995:66 mukaan tällainen rinnastus ei olisi ollut mahdollista ilman nimenomaista säännöstä.[1429] Samassa yhteydessä vielä poistettiin vaitiolo-oikeus asianomistajatodistajalta epäillyissä painostustilanteissa. Mikäli näin ei olisi tehty, asianomistajatodistajan rinnastamisessa todistajaan ongelmallista olisi ollut se, että syytetyllä olisi ollut mahdollista painostaa läheispiiriinsä kuuluva asianomistaja vetoamaan todistajan vaitiolo-oikeuteen, jolloin myös esitutkintakertomus olisi hyödyntämiskelvoton.[1430] Vuorenpään mukaan ei ole kestävää, että asianomistajatodistajan ehdoton vaitiolo-oikeus johtuu siitä, että OK 17:18.1:ssa verbin ”*todistaa*” katsotaan uudistuksen jälkeen viittaavan kaikkiin todistelutarkoituksessa.[1431] Yhdyn mieluusti Vuorenpään ja Tolvasen tulkintatapaan tähdentäen vielä, ettei OK 17:18.1:n sanamuoto sulje sitä pois.

Todistelu-uudistuksella ei siis ole ollut tarkoitus muuttaa sitä oikeustilaa, joka vallitsi ratkaisussa KKO 2000:71, jossa asianomistaja-asemassa olevan esitutkintakertomusta sai hyödyntää. Tällöin mikäli asianomistajatodistaja tai kanssaepäilty vetoaa läheiskriminoivaan vaitiolo-oikeuteensa tuomioistuimessa, vaitiolo-oikeutta ei saa rikkoa tai kiertää, paitsi asianomistajatodistajan kohdalla, jos hänen vaitiolo-oikeus murretaan OK 17:18.2:n nojalla. Kuitenkin oikeudeton kieltäytyminen tarkoittaa esitutkintakertomuksen lukemisen mahdollisuutta. Oikeudetonta on kieltäytyä, jos vaitiolo-oikeutta ei ole lainkaan tai se on murrettu. Muutos on selkiyttänyt oikeustilaa verrattuna aiempaan, vaikka sinänsä KKO:n ennakkoratkaisujen KKO 1995:66 ja KKO 2000:71 lopputulema ei olisi oletettavasti nykyisen sääntelyn mukaisesti arvioitunakaan ollut toinen johtuen ratkaisujen muista olosuhteista. Ratkaisu KKO 1996:55 ei nimittäin ota kantaa selvän roolin tilanteeseen, eikä sitä ole oikeuskäytännössä tulkittukaan laajentavasti. Ratkaisu KKO 2000:71 puolestaan liittyi tuolloiseen asianomistajuuteen. Se ei yleisenä oikeusohjeena ottanut kantaa nyt säädettyyn erityistilanteeseen, jossa vailla vaatimuksia oleva asianomistajatodistaja on painostettu vaikenemaan,[1432] eikä toisaalta myöskään siihen, millainen on asianomistajan todistamisvelvollisuus, kun hän ei ole asianomistajatodistaja vaan puhtaasti asianomistaja. Viime mainittuun myöskään OK 17:18.2 ei ota kantaa. Näin ollen läheisasianomistajan antama esitutkintakertomus voidaan lukea oikeudenkäynnissä.[1433]

---

1429 Ks. HE 46/2014 vp, s. 77–78.

1430 Ks. vaitiolo-oikeuden ulottuvuudesta KKO 2018:54 ja tähän liittyen Vuorenpää 2020, s. 77–78.

1431 Vuorenpää 2020, s. 80–81 ja Tolvanen 2016, s. 199–200.

1432 Ks. Vuorenpää 2020, s. 71–72 ja 79–81 sekä Tolvanen 2016, s. 199–200.

1433 Ks. myös KKO 2018:54, jossa OK 17:24:ssä säädettyä kirjallisen kertomuksen käyttökieltoa sovellettiin siten, että asianomistajan esitutkinnassa antamaa kertomusta sai käyttää todisteena siltä osin, kun pääkäsittelyssä kuultavana ollut asianomistaja poikkesi esitutkinnassa antamastaan kertomuksesta. Vanhassakaan oikeuskirjallisuudessa, Hormian (1979, s. 68–78) esittämillä perusteilla, kieltäytyminen läpi rikosprosessin ei koskisi vaatimuksia esittävää asianomistajaa, koska hän ei ole, ilmiselvästikään esitutkintavaiheessa vaatimuksia esittäessään, tai myöhemmin oikeudenkäynnissä, voinut kieltäytyä todistamasta. Asianomistajana häntä voidaan tarvittaessa kuulla todistelutarkoituksessa.

Nähdäkseni OK 17:18.2:n myötä ratkaisun KKO 2000:71 tarpeellisuus oikeusohjeena olisi päättynyt myös siitä syystä, että ratkaisun olosuhteissa olisi tullut arvioitavaksi se, onko todistaja painostettu vaikenemaan. Ratkaisussa annetut tulkintatavat vastaavat läheissuhteeseen liittyvien todistamiskieltojen nykyistä sanamuotoa ja oletettavasti myös OK 17:18.2:n tarkoitusta murtamisperusteena. Sen soveltuessa myöskään todistuskeinoneutraalisuus, joka kiinnittyy läheiskriminointisuojaan, ei estä esitutkintakertomuksen hyödyntämistä. En kuitenkaan katso, että tämä hyvin yksilöity ja erityinen murtamisperuste aiheuttaisi läheiskriminointisuojan ehdollisuutta. Sen tarkoituksenahan on estää, joskin toiseen suuntaan eli vaikenemista tavoitellen, samanlaiset kielletyt painostuselementit, jotka koskevat myös itsekriminointisuojan rikkomista pakottamalla todistamaan itseään tai läheistään vastaan. Käytännössä kysymys on siitä, että läheiskriminointisuojan väärinkäyttöä ei tuomioistuimen tarvitse sallia, vaan säännöksen voi ajatella myös turvaavan läheisen oikeutta päättää itse siitä, käyttääkö hän vaikenemisoikeuttaan vai ei.

## 8.7 Todistuskeinoneutraalisuudesta

Todistuskeinoneutraalisuuden periaate tarkoittaa sitä, että todistamiskiellon alaisesta teemasta todistaminen ei ole sallittua millään todistamiskeinolla. Toisin sanoin sellaisen todisteen käyttäminen näyttönä, jonka esittäminen tai hyödyntäminen merkitsee "*tosiasiassa todistamiskiellon loukkaamista, kiertämistä tai muutoin sen tarkoittaman suojan murtamista*", on kielletty.[1434] Todistuskeinoneutraalisuus sisältyy OK 17:9.2:iin. Sen mukaan henkilöllä, jolla on tuomioistuimessa kuulusteltaessa velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta, ei ole velvollisuutta esimerkiksi luovuttaa esinettä tai asiakirjaa käytettäväksi todisteena näytön hankkimiseksi salassa pidettävästä tai vaitiolo-oikeuden alaisesta tiedosta. Asiasta ei ole säännelty tämän tarkemmin, vaan todistuskeinoneutraalisuuden toteaminen vaatii tapauskohtaista arviointia, jossa olennaista on kunkin todistamiskieltosäännöksen tarkastelu siitä näkökulmasta, milloin tällainen kiellon loukkaus voi olla kyseisen kiellon osalta todettavissa.

OK 17 luvun velvollisuus ja oikeus kieltäytyä todistamasta -otsakkeella varustetut säännökset jakaantuvat todistusmetodi, -keino ja -teemakieltoihin. Jako on kuitenkin liukuva, sillä todistusteemakieltoihin liittyy useissa tilanteissa henkilöllinen rajaus. Sääntely on oikeustieteessä tuotetuista käsitemäärittelyistä riippumatta todistuskeinoneutraalia. Vaikka todistamiskieltosäännökset on muotoiltu todistajaa koskeviksi, tietystä kielletystä teemasta todistaminen ei käy myöskään asiakirjatodisteella. Seikasta todistaminen ei silloin ole mahdollista millään keinolla, eli seikkaa

1434 Ks. KKO 2017:65 kohta 22.

ei saa käsitellä asianosaisen, todistajan tai asiantuntijan suullisessa kertomuksessa eikä myöskään kirjallisessa kertomuksessa. Katselmusta ei saa myöskään toimittaa tällaisen seikan selvittämiseksi. Mikäli kirjallinen todiste sisältää yhtenä osana todistamiskiellon alaisen seikan, sen voi joko peittää asiakirjasta tai poistaa kokonaan.[1435] Todistamiskieltoa ei saa kiertää myöskään hankkimalla kielletty todiste välikäsien kautta eli niin, että viranomainen hankkii sen yksityisen kautta.[1436]

Säännöksen esitöissä todistuskeinoneutraalisuutta kuvataan seuraavasti: ”*Velvollisuutta tai oikeutta kieltäytyä todistamasta koskevat säännökset olisi muotoiltu ennen muuta silmällä pitäen todistajaa. Tietystä teemasta todistaminen ei tällöin kävisi päinsä muullakaan todistuskeinolla, esimerkiksi asiakirjatodisteella*.”[1437] Todistuskeinoneutraalisuus ei kuitenkaan käyttäydy aivan näin yksioikoisesti. Sen tarkoitus on ainoastaan estää todistamiskiellon tai vaitiolo-oikeuden kiertäminen käyttämällä muuta todistuskeinoa kieltoon tai oikeuteen vetoavan henkilön antaman lausunnon sijaan. Todistuskeinoneutraalisuus ei estä hankkimasta muuta kuin kieltäytyvän todistajan havaintoihin liittyvää todistetta pois lukien puhdas todistusteemakielto, eli jos todistamiskielto kieltää teemasta todistelun kokonaisuudessaan eikä vain tietyssä asemassa olevilta todistajilta.

OK 17:9.2:n säännös todistuskeinoneutraalisuudesta tavoittelee käytännössä sitä, että oikeudenkäymiskaaressa säädettyjä todistamiskieltoja ei voisi kiertää todistuskeinoa vaihtamalla.[1438] Viljasen mukaan ”*[– –] jos tietyllä henkilöllä on oikeus tai velvollisuus kieltäytyä todistamasta jostakin asiasta, hänen oikeuttaan tai velvollisuuttaan ei saa kiertää niin, että tieto hankittaisiin häneltä jollakin muulla keinolla*”.[1439] Todistamiskieltojen osalta on tapauskohtaisesti arvioitava, milloin kiellon loukkaus voi olla kysymyksessä.[1440]

Todistuskeinoneutraalisuutta voi Rautionja Fränden[1441] mukaan tarkastella seuraavissa ryhmissä:

1) Kaikkia koskeva velvollisuus kieltäytyä todistamasta tietystä teemasta: teema on kokonaan kielletty, joten näytön esittäminen on kiellettyä kaikilla mahdollisilla todistuskeinoilla. Tällaisia ovat valtionsalaisuuksia (OK 17:10) ja tuomioistuimen päätösneuvotteluja (OK 17:11.1) koskevat todistamiskiellot.
2) Kaikkia koskeva oikeus kieltäytyä todistamasta tietystä teemasta: Teema on kokonaan kielletty sen henkilön osalta, joka käyttää oikeuttaan kieltäytyä todistamasta. Tällöin tätä oikeutta ei voi kiertää hankkimalla kyseiseltä kiel-

1435 HE 46/2014 vp, s. 62.
1436 Fredman ym. 2020, s. 495–496.
1437 HE 46/2014 vp, s. 26.
1438 Vuorenpää 2020, s. 147–148.
1439 Viljanen 2013, s. 150.
1440 Ks. KKO 2017:65 kohta 22.
1441 Rautio – Frände 2016, s. 86.

täytyneeltä todistajalta näyttöä esimerkiksi editiolla. Näytön esittäminen on kiellettyä kaikilla mahdollisilla todistuskeinoilla, jotka kohdistuvat kieltäytyneen henkilön todisteluun kyseisestä teemasta. Tällainen on liikesalaisuutta (OK 17:19) koskeva todistamiskielto.

3) Tiettyä henkilöä koskeva oikeus kieltäytyä todistamasta teemasta riippumatta: Kieltonormi ei estä rikoksen selvittämistä, vaan ainoastaan sen, ettei henkilön itse tai läheisen tarvitse edistää rikoksen selvittämistä. Tällaisia ovat itse- ja läheiskriminointisuojaan (OK 17:18) sekä läheisen kokonaiskieltäytymisoikeuteen (OK 17:17) perustuvat todistamiskiellot.
4) Tiettyä henkilöä koskeva oikeus kieltäytyä todistamasta tietystä teemasta: Teema on kokonaan kielletty tietyssä eritellyssä roolissa olevan henkilön osalta, joka käyttää oikeuttaan kieltäytyä todistamasta. Tällöin tätä oikeutta ei voi kiertää hankkimalla kyseiseltä kieltäytyneeltä todistajalta näyttöä esimerkiksi editiolla. Näytön esittäminen on kiellettyä kaikilla mahdollisilla todistuskeinoilla, jotka kohdistuvat kieltäytyneen henkilön todisteluun kyseisestä teemasta. Tällainen on lähdesuojaa (OK 17:20) koskeva todistamiskielto. Lisäksi virkasalaisuuteen (OK 17:12) ja anonyymiin todisteluun (OK 17:21) perustuvista todistamiskieltonormeista osa on tällaisia.
5) Tiettyä henkilöä koskeva velvollisuus kieltäytyä todistamasta tietystä teemasta: Velvollisuus kieltäytyä todistamasta tietyssä asemassa saadusta tiedosta, jolloin teemasta ei saa hankkia kyseiseltä taholta mitään muutakaan todistetta. Tällaisia ovat avustamiseen oikeudenkäynnissä ja muuhun oikeudelliseen avustamiseen (OK 17:13), terveydenhoitoon (OK 17:14) sekä uskonnollisen yhdyskunnan pappiin (OK 17:16) liittyvät todistamiskiellot. Lisäksi virkasalaisuuteen (OK 17:12) ja anonyymiin todisteluun (OK 17:21) perustuvista todistamiskieltonormeista osa on tällaisia.

Rautio ja Fränden jako on erinomaisen selkiyttävä, eikä siitä ole syytä esittää kriittisiä huomioita. Muutamia muita nostoja esitettyihin kohtiin kuitenkin on tehtävä.[1442] Ensiksi kaikkia kohtia koskee myös se, ettei esimerkiksi asiantuntijatodistelun avulla voi myöskään kiertää todistuskeinoneutraalisuuden ulottuvuutta esimerkiksi siten, että asiantuntijalle annettaisiin tutustuttavaksi kielletty todiste, josta hän antaisi asiantuntijalausunnon. Toiseksi kieltäytymisoikeuden haltija, silloin kun kyse on hänen mahdollisuudestaan kieltäytyä todistamasta tietystä teemasta, on taho, jolta ei saa hankkia edition keinoin asiakirjatodistelua. Näissä tilanteissa myös PKL 7:3:n nojalla esineen takavarikointi todistamasta vain kieltäytyneeltä

1442 Vuorenpää (2020, s. 148–150) on kommentoinut todistuskeinoneutraalisuuden eri tilanteita laajemmin ja lisäksi todennut, että jos henkilön vaitiolo-oikeus tai -velvollisuus murtuu tai väistyy, henkilö voidaan velvoittaa todistamaan ja lisäksi voidaan kohdistaa editiovaatimus toisen todistuskeinon käyttämiseksi.

henkilöltä on kielletty.[1443] Kolmanneksi todistuskeinoneutraalisuus on merkittävä rikosprosessissa, jossa itsekriminointisuoja usein kohdistuu esitutkinnassa annettuihin kertomuksiin. Mikäli kertomus on hankittu itsekriminointisuojaa loukaten, ei muita todistuskeinoja voi käyttää kertomuksen sisällön todistamiseksi. Tällöin sekä kertomus itsessään että sen kuulleen henkilön, kuten vaikkapa kuulustelijan tai muun paikallaolleen henkilön, todistajankertomus lausunnon sisällöstä ovat hyödyntämiskiellon piirissä.[1444] Todistuskeinoneutraalisuus ulottuu myös tilanteisiin, joissa todistaja tai asiantuntija ei ole velvollinen luovuttamaan esinettä tai asiakirjaa, jos sen käyttö todisteena rikkoisi todistamiskieltoa.[1445] Tämä ei kuitenkaan vapauta yleisestä velvollisuudesta sallia katselmuksen toimittaminen tai esineen taikka asiakirjan luovuttaminen, vaan se ainoastaan estää todistamiskiellon kiertämisen eli aktiivisesta toiminnasta kieltäytymisen kiertämisen.

1443 Kohdan 2 tilanteen osalta koskien liikesalaisuutta Viljanen on ymmärtänyt todistelutoimikunnan mietinnön (OMML 69/2012, s. 85) tarkoittavan, että jos jollakulla henkilöllä on oikeus kieltäytyä todistamasta teemasta, jossa henkilöpiiriä ei ole yksilöity, vaan teema itsessään aiheuttaa oikeuden kieltäytyä, ei kyseisestä teemasta saa hankkia todistelua muiltakaan. Ks. Viljanen 2013, s. 148–149.

1444 Esim. KKO 2016:96, jossa henkilö oli tunnustanut murhan esitutkintaviranomaisille ilman puolustajansa läsnäoloa, mutta kiistänyt osallisuutensa, kun puolustaja oli läsnä. Korkein oikeus katsoi, että epäillyn itsekriminointisuojaa ja puolustautumisoikeutta oli loukattu, eikä siksi myöskään rikosylikonstaapelin todistajankertomusta voitu käyttää näyttönä henkilön syyllisyydestä. Ks. HE 46/2014 vp, s. 25–26 ja 57–68; Pölönen – Tapanila 2015, s. 228; Rautio – Frände 2016, s. 11–12 ja Tapanila 2019a, s. 236.

1445 Ks. Rautio – Frände 2016, s. 11–12; Pölönen – Tapanila 2015, s. 228; Tapanila 2019, s. 200–206 ja Tapanila 2019a, s. 236–237.

# 9 HYÖDYNTÄMISKIELTO OIKEUSSÄÄNTÖNÄ

## 9.1 Lähtökohtia

Todistelu-uudistuksessa säädettiin ensimmäistä kertaa yleissäännös todisteiden hyödyntämiskiellosta.[1446] OK 17:25 sisältää kolme hyödyntämiskieltosäännöstä, jotka jakautuvat kolmeen momenttiin. Niistä ensimmäinen on kiduttamalla saatua ja toinen itsekriminointisuojaa loukaten hankittua todistetta koskeva hyödyntämiskieltosäännös. Kolmas momentti on hyödyntämiskiellon yleissäännös, joka koskee muulla kuin 1 ja 2 momentissa säädetyin tavoin lainvastaisesti hankittua todistetta. Siinä lähtökohtana on vapaan todistusteorian sisältämän vapaan todistelun hengen mukainen todisteen hyödyntämiskelpoisuus. Se voi kuitenkin kumoutua, mikäli lainvastaisesti hankittu todiste johtaisi tiettyjen harkintakriteerien pohjalta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen vaarantumiseen. Momentit 1 ja 3 koskevat sekä riita- että rikosasioita. Toinen momentti itsekriminointisuojaa loukaten hankitusta todisteesta puolestaan koskee todistelua rikosasioissa, mutta sillä on hankitun todisteen osalta luontainen liityntä muihin prosessilajeihin kuin rikosprosessiin ajallisen ja asiallisen yhteyden täyttyessä.

Vaikka kaikki momentit ovat yleissäännöksiä siinä mielessä, että OK:ssa ei säädetä niitä koskevia todistamiskieltonormeja,[1447] kutsun hyödyntämiskiellon yleissäännöksi 3 momentin lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskieltosäännöstä. Sen osalta on erikseen todettu,[1448] että sen kriteerein ei arvioida erikseen säädettyjä todistamiskieltoja, koska niistä voi luonnollisesti seurata hyödyntämiskielto ilman erillistä hyödyntämiskieltosäännöstä.[1449] Näin hyödyntämiskiellon yleissäännös rajattiin koskemaan vain muuta lainvastaista menettelyä, ei todistamiskieltonormeilla erikseen säädeltyjä tilanteita.[1450] OK 17:25 koskee kaikenlaisia todisteita. Toisin

1446 Aiemmin katsottiin, että hyödyntämiskielto olisi ristiriidassa vapaan todistusteorian, erityisesti vapaan todistelun, kanssa. YK:n yleissopimuksen voimaan saattamisvaiheessa lainsäädännön ja oikeuskäytännön katsottiin tosiasiallisesti täyttävän kidutuksella saadun todisteen hyödyntämiskiellon vaatimuksen ilman nimenomaista säännöstä. YK:n kidutuksen vastainen komitea on kuitenkin suositellut erillisen hyödyntämiskieltosäännöksen säätämistä. Ks. HE 36/1989 vp, s. 4 ja HE 46/2014 vp, s. 86 ja OMML 69/2012, s. 119.

1447 Jos 2 momentin ensimmäistä, lähinnä momentin sanamuotoa selkiyttävää lausetta, ei huomioida.

1448 HE 46/2014 vp, s. 92 ja OMML 69/2012, s. 122.

1449 Rikosprovokaatio voisi siten olla perustellusti niin sanottu itsenäinen hyödyntämiskielto.

1450 Nähdäkseni lainsäädäntöprosessissa tehtiin jaottelu kolmeen kategoriaan heikoimmasta vahvimpaan hyödyntämiskieltotilanteeseen: 1) lainvastaisesti hankittu todiste, jossa lainvastaisuus ei kohdistu todistamiskieltonormilla säädettyyn seikkaan, jolloin hyödyntämiskielto vaatii oikeudenmukaisen oikeu-

sanoen merkitystä ei ole sillä, onko kysymyksessä reaalistodiste vai henkilötodiste.[1451] Toisin kuin todistamiskieltonormit, se on osoitettu sanamuotonsa mukaisesti tuomioistuinta velvoittavaksi.[1452] Päätäntävallan ollessa tuomioistuimella on syytä havaita, että rikosasioissa tuomioistuin voi asettaa hyödyntämiskiellon lähtökohtaisesti vain vastaajan vahingoksi koituvaan todisteluun.[1453]

EIT on edellyttänyt hyödyntämiskiellon asettamista kiduttamalla ja itsekriminointisuojaa loukkaamalla hankitulle todisteelle samoin kuin rikosprovokaation tilanteissa.[1454] Kiduttamalla ja itsekriminointisuojaa loukkaamalla hankitut todisteet kuuluvat selvästi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten rikkomiseen. Tällaisten todisteiden hyödyntäminen puolestaan johtaa EIS:ta koskevaan sopimusrikkomukseen, minkä vuoksi niitä koskeva selvä EIT:n ratkaisukäytännön linjaus on tuotu lain tasolle hyödyntämiskieltosäännöksiksi. Tällaisten menettelyjen osalta ei tarvitse edes harkita sitä, toteutuuko oikeudenmukainen oikeudenkäynti, kun taas muut lainvastaiset menettelytavat johtavat yleissäännöksen nojalla harkintatilanteeseen.[1455] Rikosprovokaatiotilanne kuuluu OK 17:25.3:n soveltamisen piiriin, mutta hyvin poikkeuksellisesti ilman arviointikriteerien mukaista hyödyntämiskieltoharkintaa, toisin kuin muiden säännöksen soveltamisalaan kuuluvien kiellettyjen metodien käyttämisessä. EIT ei ole ottanut yleisesti kantaa ratkaisutoiminnassaan siihen, johtaako muu lainvastainen menettely hyödyntämiskieltoon, vaan se on arvioinut ainoastaan menettelyn oikeudenmukaisuutta.

Sekä hyödyntämiskieltosäännösten säätämisen perusteena että niiden soveltamisen tulkitsemisessa on EIT:n EIS:sta tekemillä tulkintaratkaisuilla tärkeä rooli. Hyödyntämiskieltojen soveltamistilanteet pohjautuvat vahvasti EIS:n 6 artiklaan oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä. Merkityksellisiä ovat kuitenkin myös 3 artikla kidutuksen kiellosta ja 8 artikla yksityiselämän suojasta, joiden ulottuvuu-

---

denkäynnin toteutumisen vaarantamista, eli lähtökohtana on todisteen hyödynnettävyys 2) ehdollisesta todistamiskiellosta seuraava hyödyntämiskielto 3) ehdottomasta todistamiskiellosta seuraava hyödyntämiskielto ja 4) kiduttamalla ja itsekriminointisuojaa loukkaamalla hankittu todiste. Ryhmissä 2 ja 3 todistamiskieltonormin soveltuessa hyödyntämiskelvottomuus seuraa ilman erillistä hyödyntämiskieltosäännöstä mutta ehdollisten kieltojen eriasteiset murtamis- ja väistymisperusteet ja ehdottomien mahdolliset väistymisperusteet vaikuttavat myös hyödyntämiskieltoseuraamuksen syntymiseen.

1451 HE 46/2014 vp, s. 85.

1452 Ks. Jakso 7.5 menettelystä tuomioistuimessa sekä 7.3 hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksen osalta.

1453 Vuorenpää 2009, s. 22–24. Poikkeuksena tästä on kuitenkin kiduttamalla hankitut todisteet. OMML 69/2012, s. 122 mukaan kuitenkin, mikäli todisteen hankkimiseen tähtäävä menettely ei täytä kidutuksen tunnusmerkistöä, mutta lähenee sitä, on hyödynnettävyys myös syytetyn syyttömyyttä tukevana todisteena kyseenalaista todisteen epäluotettavuuden vuoksi.

1454 EIT on kuitenkin katsonut, että kidutus ja itsekriminointisuojan loukkaus ovat sellaisia virheitä todisteen hankkimismenettelyssä, että hyödynnettäessä tällaista todistetta, menettely rikkoo ihmisoikeussopimusta riippumatta siitä, mitä kansallisessa lainsäädännössä on asiasta säädetty. Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta (5.12.2011), kohta 118 ja Gäfgen v. Saksa (1.6.2010), kohdat 163 ja 164.

1455 OMML 69/2012, s.122, OMML 30/2013, s. 186 ja HE 46/2014 vp, s. 93.

desta on runsaasti ratkaisukäytäntöä.[1456] Todisteen hyödynnettävyysarvioinnissa on huomioitava EIT:n oikeuskäytäntö, mutta liiaksi yksittäisratkaisuihin ei voida nojautua, sillä hyödyntämissäännökset ovat kansallista oikeutta.[1457]

> EIT:n tehtävä ei ole arvioida kansallisten tuomioistuinten oikeudellisia virheitä tai todisteluvirheitä, elleivät ne loukkaa yleissopimuksen mukaisia oikeuksia. Artikla 6 takaa oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, johon kuuluvat todisteiden kansallisesti säädellyt hyväksymisen edellytykset.[1458]

Selkeää onkin käyttää tulkintalähteenä KKO:n ennakkopäätöksiä, jotka on johdettu PL 21 §:n tarkoittaman oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kautta EIT:n ratkaisukäytännöstä. Tällaisia hyödyntämiskieltoproblematiikan kannalta ovat vastakuulustelumahdollisuuksien puutteita koskevat ratkaisut KKO 2000:71 ja KKO 2008:84, itsekriminointisuojaa koskevat KKO 2009:80 ja KKO 2010:41 sekä lainvastaisesti hankittua todistetta koskeva KKO 2012:45, joiden kaikkien osalta on kuitenkin todettava todistelu-uudistuksen selkiyttäneen oikeustilaa. EIT antaa silti tulkintalinjauksia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksista, joiden sisältöön hyödyntämiskiellon yleissäännös pohjautuu.

Tässä jaksossa tarkastellaan hyödyntämiskieltoa oikeussääntönä, missä lähtökohtana on sanamuodon mukainen tulkinta. Virallislähteisiin viittaamisen vahva korostuminen voi olla ongelmallista, mikäli se johtaa kapeaa lakipositivismia vahvistavaan suuntaan, kun taas tämän tutkimuksen oikeuspositivistisessa ideologiassa ja käytännön lainoppia hyödyntävissä sääntöjen tulkintaratkaisuissa pyritään virallislähteiden osalta lainsäätäjän (objektiivisen) tarkoituksen etsimiseen.[1459] Esitöiden merkitys oikeuslähteenä on sitä suurempi, mitä tuoreempaa sääntely on ja mitä lähempänä voimaantulevaa lakia kyseinen esityö on muodostunut, varsinkin, jos lakivaliokuntien mietinnöt tai perustuslakivaliokunnan lausunnot poikkeavat hallituksen esityksestä.[1460] Hyödyntämiskielto on lainsäädännössämme verrattain

---

1456 EIT:n ratkaisut ovat aina yksittäistapauksia, mutta jos samassa asiassa on annettu useita ratkaisuja, joista muodostuu selkeä linjaus, on tätä noudatettava kotimaisessa oikeuskäytännössä ja sen mukaan myös lainsäädäntöä muutettava. Ks. tarkemmin jakso 2.4.4.2.

1457 OK 17:25.3 kuuluu varsin voimakkaasti kansallisen sääntelyn alaan, koska hankkimistavan lainvastaisuus on lähtökohtaisesti säännelty kansallisesti. Toisaalta se saa vahvan liitynnän oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin käsitteen näkökulmasta EIT:n ratkaisukäytännöstä. Ks. tarkemmin jakso 2.4.

1458 Jalloh v. Saksa (11.7.2006), kohta 94.

1459 Virallislähteisiin on vaarallista takertua liiaksi, sillä ne voivat kaventaa tutkittavaa ilmiötä tutkimuksellisesti epäsuotuisalla tavalla ja toisaalta niillä on oikeuslähdehierarkiassa heikon oikeuslähteen status. Esityöt oikeuslähteenä ovat saaneet kritiikkiä myös siitä, että niitä saatetaan muotoilla tarkoituksellisesti joko niin, etteivät ne saisi vastustusta valmisteluvaiheessa tai että niillä ohjattaisiin tietoisesti tulevaa oikeuskäytäntöä. Ekelöf – Boman 1990, s. 80; Virolainen – Pölönen 2003, s. 99. Myös Koponen 2004, s. 18 on kritisoinut voimakasta tukeutumista esitöihin ja korostanut säännöksen sanamuotoa.

1460 Tällaisissa tilanteissa, joita myös todistelu-uudistuksesta löytyy, on sääntelyongelman identifioimiseksi tutkimuksen kannalta mielekästä tutustua auktoriteettiarvoltaan tärkeimpien lausunnonanta-

tuore ilmiö. Tutkimuksellisesti mielekkäämpien tieteellisten lähteiden suppeuden vuoksi tässä vapaan todistusharkinnan rajoituksia koskevassa osiossa virallislähteiden osuus ajoittain korostuu. On kuitenkin huomattava, että hyödyntämiskielto ei ilmiönä ole uusi. Aiemman ja nykyisen oikeustilan vertailu onkin oikeusdogmaattisen tutkimuksen näkökulmasta mielenkiintoinen, sillä se mahdollistaa hyödyntämiskieltosäänte lyn vaikuttavuuden arvioinnin. Osin hyödyntämiskieltosäännöksen tarkoitus on ollut muuttaa vallinnutta oikeuskäytäntöä ja vähintäänkin selkiyttää sekä yhdenmukaistaa hyödyntämiskieltojen käyttämistä prosessissa.

## 9.2 Elementaariset todistusmetodikiellot hyödyntämiskiellon perusteena

Niin sanottuja elementaarisia[1461] todistusmetodikieltoja ovat OK 17:25.1:n yleissäännöksen piiriin kuuluvat todisteen hankkiminen kiduttamalla ja vastaavaan ehdottomaan hyödyntämiskieltovaikutukseen EIT:n oikeuskäytännön nojalla rinnastettava tietyntasoinen epäinhimillinen tai halventava kohtelu, jos hankittava todiste oli rikoksen tunnustaminen.

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus on tärkein prosessioikeudellinen ihmisoikeus. Koska EIT:n ratkaisukäytännön mukaan kidutuksen kiellon vastaisesti hankitun todisteen käyttäminen johtaisi epäoikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, voidaan kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämiskielto johtaa myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta ja itsekriminointisuojasta. EIT:n mukaan kiduttamalla saatujen todisteiden vastaanottaminen ei tekisi koko oikeudenkäynnistä ainoastaan moraalitonta ja laitonta, vaan myös täysin epäluotettavaa.[1462] EIT on katsonut, että kiduttamalla saadun lausunnon käyttäminen tai kiduttamisen välittömänä seurauksena saadun esineellisen näytön käyttäminen syytettyä vastaan johtaa aina epäoikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin riippumatta todisteelle asetettavasta näyttöarvosta.[1463] Tämän vuoksi kidutta-

jien lausuntoihin. Ks. esitöiden relevanssista tarkemmin Aarnio 1989, s. 227; Tolonen 2003, s. 116 ja Huovila 2005, s. 36–39. Todistelutoimikunnan mietinnön (OMML 69/2012), hallituksen esityksen (HE 46/2014 vp) ja eduskunnan vastauksen (EV 274/2014 vp) sanamuotojen vertailu osoittaa, että hyödyntämiskieltosäännöksen muotoilua on pohdittu valmisteluvaiheessa monipuolisesti. Tarkastelemalla todistelutoimikunnan mietinnön perusteluja, mietinnöstä annettuja lausuntoja (OMML 30/2013) ja hallituksen esityksen yksityiskohtaisia perusteluja, päästään jokseenkin tyydyttävään oikeustieteelliseen vuoropuheluun hyödyntämiskiellon tarkoituksesta ja soveltamisalasta. Säännöksen valmisteluvaiheessa haastavimpien sanamuotojen osalta lopulliseen säännökseen on tehty myös muutoksia oletettavasti lakivaliokunnan (LaVM 19/2014 vp) ja perustuslakivaliokunnan (PeVL 39/2014 vp) kannanottojen perusteella.

1461 Termistä esim. Pölönen 2003, s. 187–188 ja erityisesti av. 31.

1462 Ks. Othman (Abu Qatada) v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.1.2012)

1463 Kiduttamalla saatua lausuntoa koskeva hyödyntämiskielto vaikuttaa olevan ehdottomampi kuin esinetodisteen, jota syytetyn eduksi voisi herkemmin hyödyntää. Kotimaisen sääntelyn kannalta näin ei ole, mutta käytännössä, koska todisteen hankkiminen kiduttamalla edellyttää välittömyyttä kidutustoi-

malla hankitun todisteen hyödyntämiskieltoa on kuvattu ehdottomuuden lisäksi myös absoluuttiseksi luonteeltaan.[1464]

> Absoluuttisuuden määrittäminen on kuitenkin sellaista käsitteenmuodostusta, että se voi johtaa harhaan siltä osin, ettei kidutuksesta saisi todistella lainkaan. Näin ei kuitenkaan ole. Ainoa tilanne, jossa kidutuksella saatua todistetta voidaan oikeudenkäynnissä käyttää, on YK:n kidutuksenvastaisen yleissopimuksen[1465] 15 artiklan mukaan tilanne, jossa todistetta käytettäisiin kidutuksesta syytettyä vastaan todisteena siitä, että sellainen lausunto on annettu. Tällöin todisteella pyritään näyttämään, että kiduttamista on tapahtunut, mutta muissa prosesseissa kyseisen todisteen hyödyntämiskielto on voimassa.[1466]

Kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämiskielto syrjäyttää vapaan todistelun periaatteen kokonaisuudessaan, minkä vuoksi kiduttamalla hankittuja reaalitodisteita koskee myös kotimaisessa todistusoikeudessa poikkeuksellinen etäishyödyntämisen kielto.[1467] Tällöin mahdollisia kompromisseja kilpailevien arvojen tai oikeuksien välillä ei tehdä. Todisteiden merkitys tai todistusarvo on tilanteessa merkityksetöntä.[1468] Ennen hyödyntämiskieltosäännöstä on sekä lainsäätäjän toimesta että oikeuskäytännössä katsottu, ettei kidutuksella hankittua lausumaa voida hyödyntää todisteena, vaikkei asiasta ollut säädetty kansalliseen lakiin todistusmetodikieltonormia tai hyödyntämiskieltosäännöstä. Tulkinta on ollut voimassa tavanomaisessa oikeudessa ainakin vuodesta 1989 saakka, kun YK:n kidutuksen vastainen sopimus

---

men ja todisteen saamisen välillä, on lausunnon muodostuminen toimen seurauksena yksiselitteisempää kuin esinetodisteen, joka on olemassa kidutuksesta riippumatta. EIT totesi ratkaisussa Gäfgen v. Saksa (1.6.2010), että mikäli syytetty väittää, että todiste on hankittu 3 artiklassa kielletyllä menettelyllä, riittää hyödyntämiskiellon asettamisen perusteeksi se, että tällaisen menettelyn tapahtumiselle on todellinen riski olemassa, jos kansallinen oikeusjärjestys ei pysty takaamaan riippumatonta, puolueetonta ja asian vakavasti otettavaa tutkintaa. Hyödyntämiskiellon yleissäännöksessä tarkastellaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumista, jolloin myös ETL:ssa säädetyt kuulustelussa sopimattomat keinot ja menettelytavat saattavat tulla hyödyntämiskiellon asettamisen näkökulmasta tarkasteltavaksi yleissäännöksen piirissä, vaikka menettely ei kiduttamisen tunnusmerkistöä täyttäisi. Yleissäännös hyödyntämiskiellosta nojaa mielestäni EIT:n ratkaisukäytännölle myös tältä osin.

1464 Riekkinen 2019, s. 314.

1465 Yhdistyneiden Kansakuntien kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastaiseen yleissopimukseen, SopS 59–60/1989.

1466 HE 46/2014 vp, s. 88.

1467 Riekkinen 2019, s. 314. Riekkinen on perustellut kiduttamalla hankittuja reaalitodisteita koskevan hyödyntämiskiellon lähtökohtaisen etäisvaikutuksen perustuvan OK 17:25.1 sanamuotoon "*saatu kiduttamalla*", joka ei rajaa reaalitodisteisiin kohdistuvaa etäisvaikutusta pois, minkä vuoksi kiduttamalla välillisesti hankittujen esinetodisteiden hyödyntämiseen on suhtauduttava kielteisesti. Ks. muutoin hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksen mahdollisista soveltamistilanteista jakso 7.3.

1468 Ks. Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998) ja Gäfgen v. Saksa (1.6.2010)

on pantu täytäntöön.[1469] Kidutuksella hankitun todisteen hyödyntämiskiellosta ei ole kotimaista oikeuskäytäntöä, joskin korkein oikeus on sivunnut kysymystä.[1470]

OK 17:25.1:n mukaan tuomioistuin ei saa hyödyntää todistetta, joka on saatu kiduttamalla. Kysymyksessä on yleissäännös kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämiskiellosta, joka koskee sekä riita- että rikosasioita. Kiduttamalla hankittuun todisteeseen ei voi vedota edes kidutettu henkilö itse. Hyödyntämiskielto perustuu paitsi kansainvälisiin sopimusvelvoitteisiin, perus- ja ihmisoikeuksiin, myös yleismaailmalliseen ymmärrykseen siitä, että kiduttamalla saatu todiste on epäluotettava, koska todisteen näyttöarvioinnissa olisi mahdotonta ottaa kantaa luotettavuuteen. Lähtökohtaisesti pelkkä todisteen epäluotettavuus ei ole todistamis- ja hyödyntämiskieltojen kohdalla johtanut lainsäädännössä vapaan todistelun tai vapaan todistusharkinnan rajoittamiseen, vaan suojeltavan oikeushyvän perus- ja ihmisoikeusliityntä on nähdäkseni enemmälti määräävä tekijä rajoitusten säätämisessä. Luotettavuus ei siten ole hyödyntämiskieltoa kidutuksen perusteella asetettaessa laillinen edellytys vaan säännöksen lisäperustelu.[1471]

Hyödyntämiskieltosäännös kiduttamalla hankitusta todisteesta ei sisällä kidutuksen määritelmää.[1472] Kidutuksen yleinen tarkkarajainen määritteleminen on haastavaa, koska siitä on kirjattu erilaisia versioita lukuisiin Suomea koskeviin kansainvälisiin velvoitteisiin ja kansalliseen lainsäädäntöön.[1473] Kidutuksen kiellosta säädetään PL 7.2 §:ssä, EIS 3 artiklassa ja KP-sopimuksen 7 artiklassa. Näiden lisäksi Suomi on sitoutunut YK:n kidutuksenvastaiseen yleissopimukseen. Sen 15 artiklan mukaan jokainen sopimusvaltio huolehtii siitä, ettei mitään lausuntoa, joka todetaan saadun kidutuksella, käytetä todisteena oikeudellisessa menettelyssä. Lisäksi Suomi on sitoutunut Euroopan neuvoston eurooppalaiseen yleissopimukseen kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen estämiseksi.[1474]

Perustuslain esitöissä kiduttaminen kuvataan erittäin vakavaa henkistä tai fyysistä kärsimystä aiheuttavaksi kohteluksi.[1475] EIS 3 artikla erittelee kidutuksen, epäinhimillisen kohtelun ja halventavan kohtelun mutta tukeutuu kidutuksen määritelmän osalta YK:n kidutuksenvastaisen yleissopimuksen 1 artiklaan:

---

1469 Pölönen – Tapanila 2015, s. 325. Samoin Lundqvistin (1998, s. 257; 2013, s. 202, 206 ja 225 sekä 2015, s. 103) mukaan kysymyksessä on automaattinen ja ehdoton todisteiden hyödyntämiskielto, joka tarkoittaa pysyvää todisteiden vastaanottamista koskevaa kieltoa.

1470 Kiduttamalla hankittujen kertomusten asettamisesta hyödyntämiskieltoon ks. KKO 2007:58, kohta 7 ja KKO 2012:45, kohta 39.

1471 Riekkinen 2019, s. 409.

1472 Esimerkiksi hallituksen esityksessä (HE 46/2014 vp, s. 86–87) kiduttamisen käsitteen osalta viitataan perustuslain ja rikoslain esitöihin (HE 309/1993 vp, s. 47 ja HE 76/2009 vp, s. 13–17) ja YK:n kidutuksen vastaiseen yleissopimukseen (1 artikla SopS 59–60/1989).

1473 Ks. Kiduttamisen eri määritelmistä taustoja tarkemmin OMML 69/2012, s. 119.

1474 SopS 16–17/1991.

1475 HE 309/1993 vp, s. 47.

*Tässä yleissopimuksessa 'kidutuksella' tarkoitetaan kaikkia tekoja, joilla aiheutetaan jollekulle tahallisesti kovaa kipua tai kovaa joko henkistä tai ruumiillista kärsimystä tietojen tai tunnustuksen saamiseksi häneltä tai kolmannelta henkilöltä, hänen rankaisemisekseen teosta, jonka hän tai kolmas henkilö on tehnyt tai epäillään tehneen, hänen tai kolmannen henkilön pelottelemiseksi tai pakottamiseksi taikka minkäänlaiseen tahansa syrjintään perustuvasta syystä, kun virkamies tai muu virallisessa asemassa toimiva henkilö aiheuttaa sellaista kipua tai kärsimystä, yllyttää tai suostuu niiden aiheuttamiseen tai hyväksyy sen hiljaisesti. Kidutusta ei ole sellainen kipu tai kärsimys, joka saa alkunsa pelkästään laillisista seuraamuksista, joko niihin kuuluvana tai niihin liittyvänä.*

Terminä kidutus kattaa siten "*kaikki teot, joilla aiheutetaan jollekulle tahallisesti kovaa kipua tai kovaa joko henkistä tai ruumiillista kärsimystä*"[1476]. OK 17:25.1:n säätämistä koskevien esitöiden mukaan todisteen hyödyntämiskieltoa koskeva kidutuksen määritelmä on sidottu lähtökohtaisesti RL 11:9a:n määritelmään. Sen mukaan kidutuksena rangaistavaksi on säädetty muun muassa se, että virkamies aiheuttaa toiselle voimakasta ruumiillista tai henkistä kärsimystä saadakseen hänet tai muun henkilön tunnustamaan tai antamaan tietoja.[1477] Vuorenpää on todennut, että ainoa OK 17:25.1:a koskeva tulkinnanvaraisuus on kidutuksen määritelmä.[1478] Kiduttamiselle annetaan todisteiden hyödyntämiskieltoa tulkitessa vastaava sisältö kuin RL 11:9a:ssä sillä erotuksella, että hyödyntämiskielto ei rajoitu pelkästään sellaiseen kiduttamiseen, jossa julkisella vallalla tai virkamiehellä on jonkinasteinen rooli. Merkitystä ei ole myöskään sillä, kenen vahingoksi tai eduksi todiste koituisi.[1479] Näin ollen hyödyntämiskieltosäännöksessä tarkoitettu kidutus määritellään RL 11:9a.1 ja 2:ssa ja kidutuksen täyttävistä tekomuodoista osviittaa löytyy EIS 3 artiklan tulkinnasta. Tällöin palaamme käytännössä aineellisen arvioinnin osalta edellä avattuun YK:n kidutuksenvastaisen yleissopimuksen 1 artiklan mukaiseen määritelmään. Tarkoitus ei ole ollut luoda erillistä, vain todisteiden hankkimista koskevaa kiduttamisen määritelmää, mutta hyödyntämiskieltoon johtavan kidutuksen osalta on tehtävä muutamia olennaisia huomioita. Ensinnäkin todisteen hankkimisen osalta kidutuksen suorittajan statuksella ei ole merkitystä.[1480] Viran-

1476 Soveltamiskäytännöstä tarkemmin ks. kansainvälisten sotarikostuomioistuinten oikeuskäytännöstä HE 76/2009 vp, s. 10–13.

1477 OMML 69/2012, s. 120 ja HE 46/2014 vp, s. 87. Ks. myös HE 76/2009 vp, s. 28–29, jonka mukaan kidutuksen tulkinnassa otetaan huomioon Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja kansainvälisten rikostuomioistuimen käytäntö.

1478 Vuorenpää 2020, s. 119–120.

1479 HE 46/2014 vp, s. 87.

1480 Kansainvälisten tuomioistuinten ratkaisukäytännössä on katsottu, ettei kiduttamista ole syytä sitoa vain julkisen vallan käyttöön, koska kiduttamista ei pidä sallia missään olosuhteissa (ks. HE 309/1993 vp, s. 47 ja HE 76/2009 vp, s. 11).

omaistahon lisäksi myös yksityishenkilön suorittama kidutus johtaa hyödyntämiskieltoon riippumatta siitä, kenen aloitteesta hän on toiminut. Toiseksi kidutukseen ryhtymisen alkuperäinen motiivi ei ole hyödyntämiskiellon asettamisessa merkityksellinen, vaan kidutukseen on voitu ryhtyä myös muusta intressistä kuin todisteen tai tiedon saamisesta.[1481] Kolmanneksi hyödyntämiskiellon kannalta ei ole merkitystä sillä, onko kidutettu todistajan, asianomistajan tai rikoskumppanin roolissa.[1482]

Kiduttamiskielto on ehdoton perus- ja ihmisoikeus, joka koskee kaikkea viranomaistoimintaa, mutta kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämiskielto on yleinen ja ehdoton. Sen sanamuodossa ei oteta kantaa siihen, kuka kiduttamista on suorittanut, vaan riittävää on, että kiellettyä metodia on käytetty todisteen hankkimiseksi. Hyödyntämiskiellon asettaminen ei siten edellytä tai mahdollista minkäänlaista harkintaa. Merkitystä ei ole myöskään sillä, tiesikö tai olisiko henkilö edes voinut tietää todisteiden hankintatavan täyttävän kidutuksen tunnusmerkistön.[1483] Tästä edelleen jatkaen syy-seuraussuhde kiduttamiseksi katsotun toiminnan ja todisteen saamisen välillä ei edellytä, että kiduttamista olisi suoritettu nimenomaan todisteen hankkimistarkoituksessa, vaan riittävää on, että todiste jollakin tavoin annettiin tai muodostui kidutuksen yhteydessä tai sen seurauksena. Kuitenkin todisteen pitäisi olla saatu nimenomaisesti kiduttamisella, eikä säännöksen sanamuotoa täytä se, että sen hankkiminen on tapahtunut asiallisemmin keinoin, vaikka kidutusta itsessään tapahtuikin.[1484]

Kiduttamisen tarkka määrittely lainsäädännössä on haasteellista. Kuitenkin, mikäli teko ei mahdu kidutuksen määritelmään, mutta loukkaa muutoin EIS 3 artiklaa, ei hyödyntämiskielto ole yhtä ehdoton. Muu EIS 3 artiklan mukainen toiminta kuin kidutus ei siis välttämättä yksistään johda hyödyntämiskiellon asettamiseen. Tällöin hyödyntämiskieltopäätöstä tehtäessä kyseessä lienee kokonaisharkinta kaltoinkohtelun tasosta kiduttamista koskevien määritelmien sekä EIT:n ja kansainvälisen rikostuomioistuimen ratkaisujen määrittämiä perusteita arvioiden.[1485]

---

1481 OMML 69/2012, s. 120–121. Vaikka kiduttamiseen ryhtymisen syyllä ei ole asiassa merkitystä, kiduttamisen ja todisteen antamisen välillä on kuitenkin oltava jonkinasteinen syy-yhteys, jotta hyödyntämiskielto voidaan asettaa, koska muutoin todistetta ei olisi hankittu kiduttamalla.

1482 Ks. esim. Kaciu ja Kotorri v. Albania (23.6.2013).

1483 Ks. Huseyn ym. v. Azerbaidžan (26.7.2011)

1484 Riekkinen 2019, s. 314. Syy-yhteyden osalta on todettava, että kiduttamisen vuoksi annetun lausuman syy-yhteys juuri kiduttamiseen on selvempi, kuin kiduttamisen avulla hankitun muun tiedon, joka johtaa reaalitodisteen äärelle. Reaalitodiste on nimittäin olemassa joka tapauksessa, tapahtuipa kiduttamista tai ei, jolloin todisteen olemassaolon ja kiduttamisen välillä ei sinänsä ole syy-yhteyttä. Riekkisen mukaan onkin äärimmäisen vaikea argumentoida, ettei tällaista reaalitodistetta olisi saatu kiduttamalla. Riekkinen myös lisää, että tällaisessakin tilanteessa riittävän syy-yhteyden puuttuessa tai kohtelun jäädessä kidutusta lievemmäksi, hyödyntämiskielto voisi edelleen tulla kyseeseen OK 17:25.3:n harkinnanvaraisen yleissäännöksen perusteella.

1485 Kidutuksen ja muun epäinhimillisen tai halventavan kohtelun arviointi on jokseenkin olosuhderiippuvaista, mutta EIT on pyrkinyt tasoittamaan jäsenvaltioiden välisiä olosuhteiden eroja käyttä-

Tämän vuoksi on kriittistä tarkastella EIS 3 ja 6 artiklojen välistä suhdetta.

EIS 3 artiklassa säädetään kiellettyä kohtelua koskevasta kiellosta,[1486] joka erottelee menettelyinä kidutuksen, epäinhimillisen kohtelun ja halventavan kohtelun. EIT on katsonut, että kaltoinkohtelun tulee olla tietyn tason ylittävää, jotta sitä voidaan pitää kidutuksena. Se on painottanut harkinnassa tapauskohtaisia olosuhteita, kohtelun laatua ja siihen liittyviä olosuhteita, kohtelun kestoa sekä sen aiheuttamia psyykkisiä ja fyysisiä seuraamuksia sekä todennut, että uhriin liittyvillä tekijöillä saattaa olla merkitystä.[1487] EIS 3 artiklan rikkominen johtaa prosessissa EIS 6 artiklassa säädetyn oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkaamiseen.[1488] Seuraukset EIS 6 artiklan rikkomisesta EIS 3 artiklassa kielletyn menettelyn täyttävällä tavalla, silloin kun kysymyksessä on todisteen hankkiminen tai esittäminen, johtavat erilaisiin arviointeihin hyödyntämiskiellosta seuraamuksena.

Ratkaisuissa Gäfgen v. Saksa (1.6.2010) ja Jalloh v. Saksa (11.7.2006) EIT on ottanut kantaa EIS 3, 6 ja 15 artiklojen väliseen suhteeseen. Valtioilla on velvollisuus suojella vapautensa menettäneitä henkilöitä, ja tällaisen suojan rajoittaminen ei ole sallittua, paitsi jos se on perusteltavissa EIS 6 artiklan rajoituksena kansallisen turvallisuuden näkökulmasta EIS 15 artiklan mukaisesti. Rajoittaminen ei kuitenkaan ole mahdollista siten, että todisteiden hankkimistapa loukkaa EIS 3 artiklaa.[1489] EIT totesi, että vaikka asiassa syyttämisen ja rankaisemisen intressi oli suuri, EIS 3 artiklassa suojellut oikeudet ovat rajoittamattomia eikä niiden suojeleminen saa väistyä muiden etujen edessä. Sallimalla EIS 3 artiklan vastaisesti hankittujen todisteiden käytön oikeudenkäynnissä oikeusjärjestelmä altistaisi itsensä kritiikille ja kannustaisi viranomaisia ohittamaan EIS 3 artiklan ehdottoman kiellon ja loukkaisi siten suojattuja oikeuksia ja arvoja.[1490] Toisin sanoen EIS 3 artiklan absoluuttista kieltoa ei voida poistaa käytöstä vedoten EIS 15 artiklan mukaiseen kansallisen turvallisuuden tarpeeseen. Näin ollen yksilön oikeusturva on voimassa, eikä sitä voida kiertää rajoittamalla oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin EIS 6 artiklan tai kansallisen turvallisuuden nimissä EIS 15 artiklan perusteella.[1491]

---

mällä menettelyjen arvioinnissa Euroopan neuvoston kidutuksen vastaisen komitean (CPT) raportteja. Esimerkiksi vankeusolosuhteet ovat jäsenvaltioissa varsin eritasoisia, jolloin kohtelu on jollakin tavoin pystyttävä sitomaan kontekstiinsa.

1486 Artikla on yksinkertainen, absoluuttinen ja ehdoton kieltonormi: "*Ketään ei saa kiduttaa, eikä kohdella tai rangaista epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla.*" Kiduttamisen ja epäinhimillisen sekä halventavan kohtelun kieltoa ei koske lainkaan valtiosopimusten soveltamiseen ja tulkintaan muutoin tyypillisesti liittyvä harkintamarginaali. Ks. artiklan merkityksestä normina tarkemmin Pellonpää ym. 2018, s. 404–408.

1487 Ks. HE 46/2014 vp, s. 86–87 ja esim. Gladyshev v. Venäjä (30.7.2009), Harutyunyan v. Armenia (28.6.2007), Jalloh v. Saksa (11.7.2006) ja El Haski v. Belgia (25.9.2012).

1488 EIS 3 artikla on kansainvälisen oikeuden pakottavaa normistoa (jus cogens). Ks. Pellonpää ym. 2018 s. 544.

1489 Gäfgen v. Saksa (1.6.2010) kohdat 171 ja 176; Jalloh v. Saksa (11.7.2006) kohdat 68–69.

1490 Gäfgen v. Saksa (1.6.2010) kohdat 171 ja 176.

1491 Jalloh v. Saksa (11.7.2006) kohta 99.

Kiduttamisen ja epäinhimillisen kohtelun välinen rajanveto on olennainen tutkimuskysymyksen kannalta, koska se määrittää, milloin hyödyntämiskielto on ehdoton seuraamus. EIT on antanut useita ratkaisuja, jotka asettavat jokseenkin selkeän eron menettelyjen välille. EIT:n ratkaisukäytännössä erilaisten fyysisten vammojen tahallinen aiheuttaminen on täyttänyt kidutuksen tunnusmerkit, mikä tekee kohtelusta vakavaa ja julmaa. Sen sijaan kiduttamisen määritelmää eivät ole täyttäneet fyysisiä vammoja aiheuttamattomat toimet.[1492]

> Kiduttamiseksi on katsottu esimerkiksi käsistä roikottaminen Aksoy v. Turkki (18.12.1996), pitkään jatkunut vakava väkivalta Selmouni v. Ranska (28.7.1999) ja henkisen kärsimyksen tahallinen aiheuttaminen fyysisen väkivallan yhteydessä, kuten ratkaisussa Menesheva v. Venäjä (9.3.2006), raiskauksella uhkaaminen tai epäinhimilliset olosuhteet oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta vakavasti rikkovan kuolemanrangaistuksen tuomitsemisen jälkeen, kuten ratkaisussa Ilascu ym. v. Moldova ja Venäjä (8.7.2004).

Rikoksen tunnustamisen osalta epäinhimillinen ja halventava kohtelu on asetettu EIT:n ratkaisukäytännössä samaan ehdottomaan hyödyntämiskelvottomaan asemaan, joten kysymys on tällaisen tunnustuksen osalta myös elementaarisesta todistusmetodikiellosta ja yhtä vahvasta hyödyntämiskieltotilanteesta, kuin kiduttamalla hankitun todisteen osalta.[1493] Tunnustus, joka on saatu tavalla, joka rikkoo EIS 3 artiklaa, riippumatta siitä, onko kyseessä kidutus vai epäinhimillinen tai halventava kohtelu, ei saa missään olosuhteissa olla osa oikeudenkäyntiä kyseistä henkilöä vastaan. EIT:n mukaan tällaisissa tapauksissa EIS 6 artikla katsotaan aina loukatuksi, riippumatta siitä, mikä on kyseisen lausunnon todistusarvo tai miten asia lopulta ratkaistaan.[1494] Ero kohteluiden laadun välillä on siinä, että vastaava hyödyntämis-

1492 Rajanvedosta myös Stefanou v. Kreikka (22.4.2010), Kopylov v. Venäjä (29.7.2010), Bekirski ym. v. Bulgaria (2.9.2010), El Shennawy v. Ranska (20.1.2011), Yazgül Yilmaz v. Turkki (1.2.2011), Bocharov v. Ukraina (17.3.2011), Korobov v. Ukraina (21.7.2011), Portmann v. Sveitsi (11.10.2011), Borbola Kiss v. Unkari (26.6.2012), Aleksahin v. Ukraina (19.7.2012).

1493 Ks. vastaavasti ruotsalaisesta oikeuskirjallisuudesta Lundqvist 2015, s. 110–111. Suomessa kidutusta lievemmällä kohtelulla hankitun tunnustuksen hyödyntämiskiellon asettamiseen sovelletaan OK 17:25.3:a, joskin kokonaisharkintaa ei ole tarpeen tehdä, vaan menettelyn toteaminen ja syy-yhteys tunnustuksen saamiseen on riittävä samoin kuin rikosprovokaationkin osalta on. Kotimaisessa sääntelyssä harkinnanvarainen hyödyntämiskiellon yleissäännös johtaa siten käytännössä tietyissä vakavimmissa EIT:n toteamissa 6 artiklaa loukkaavissa tapauksissa aina hyödyntämiskieltoon.

1494 Mostipan v. Venäjä (16.10.2014) kohta 73 ja erityisesti Gäfgen v. Saksa (1.6.2010), jossa EIT katsoi koko oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaiseksi, kun oikeudenkäyntiaineistoon oli otettu EIS 3 artiklan vastaisesti kidutuksella tai muulla kaltoinkohtelulla saatu tunnustus. Tunnustuksen näyttöarvo ja merkitys todisteena asian ratkaisemisen kannalta eivät olleet arvioinnissa huomioitavia seikkoja, vaan kidutuksen käyttäminen hankintakeinona johti ehdottomaan hyödyntämiskieltoon. Ks. myös El Haski v. Belgia (25.9.2012).

kiellon absoluuttiseksikin kuvattu luonne koskee ainoastaan tunnustusta eikä muita lausuntoja.

OK:n hyödyntämiskieltosääntelyn osalta tämä tarkoittaa, että jos kiduttamisen tunnusmerkistö ei täyty eikä OK 17:25.1 sovellu, mutta kohtelu on kuitenkin ollut epäasiallista, voidaan soveltaa toista hyödyntämiskieltosäännöstä.[1495] Tällöin epäinhimillinen tai halventava kohtelu todisteen hankkimisessa voi johtaa hyödyntämiskieltoon OK 17:25.3 mukaisen harkinnan perusteella, jossa arvioidaan kokonaisuutena oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista. Siinä puolestaan EIT:n ratkaisukäytäntö on keskeisessä roolissa EIS 3 ja 6 artiklojen tulkintalinjausten vuoksi. Toisaalta, mikäli menettely johtaa samalla itsekriminointisuojan rikkomiseen, sovelletaan OK 17:18:n mukaista todistamiskieltosäännöstä, josta seuraa hyödyntämiskielto erillisen OK 17:25.2:n vahventamana.[1496]

> Ratkaisussa Irlanti v. Yhdistynyt kuningaskunta (18.1.1978) arvioitiin lukuisia kuulustelutekniikoita ja niiden luonnetta kidutuksen määritelmän näkökulmasta ja päädyttiin siihen, että kyseisissä tekniikoissa, kuten metelin aiheuttamisessa, valvottamisessa, syömisen estämisessä, pään peittämisessä ja tietyssä asennossa seisottamisessa ei ollut kysymys kidutuksesta. Siltä edellytetään erityisen vakavan kärsimyksen tarkoituksellista aiheuttamista, kun taas kuulustelutekniikoiden katsottiin aiheuttavan fyysistä ja henkistä kärsimystä mutta ei fyysisiä vammoja.[1497] Kiduttamisen sijaan kuulustelutekniikat täyttivät epäinhimillisen ja halventavan kohtelun määritelmät.[1498] Samoin arvioitiin ratkaisussa Jalloh v. Saksa (11.7.2006) menettelyä, jossa epäillylle oli pakotettu lääkitys aiheuttamaan oksentelua, jotta hänen nielemänsä huumausainepakkaus saatiin esille. EIT käsitteli kysymystä kahdesta näkökulmasta: ensinnäkin puuttumisena epäillyn fyysiseen ja psyykkiseen koskemattomuuteen ja toiseksi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta.

1495 Hyödyntämiskieltosäännös on sidottu nimenomaisesti kidutuksen määritelmän täyttävään toimintaan, jolloin selvästi epäasiallisesta todisteen hankintakeinosta, joka ei kuitenkaan ole kiduttamista, ei seuraa ehdotonta hyödyntämiskieltoa muutoin kuin tunnustuksen hankkimismetodina.

1496 Ks. Vuorenpää (2020, s. 119–120), joka mainitsee vaihtoehtona OK 17:25.3:n. Vrt. Rautio ja Frände (2016, s. 176), jotka tarjoavat vaihtoehdoksi OK 17:25.2:n mukaista eli itsekriminointisuojasta johtuvaa hyödyntämiskieltoa. Molemmat soveltamistilanteet voivat tulla kysymykseen riippuen siitä, todetaanko itsekriminointisuojaa rikotun. Mikäli hankintamenettely on lainvastaista mutta ei johda selkeästi itsekriminointisuojan loukkaamiseen, sovelletaan hyödyntämiskiellon yleissäännöstä. Rajanvetotilanteita ovat tunnustustilanteet, joissa kiduttamisen kriteeristö ei täyty, eikä kyseessä ole myöskään tunnustuksen saamiseen johtanut tietyntasoinen epäinhimillinen tai halventava kohtelu. Tällöin hyödyntämiskieltoharkinta sinänsä etenisi OK 17:25.3:n mukaisesti lainvastaisesti hankittuna todisteena, mutta jos menettely rikkoo itsekriminointisuojaa, on sovellettava OK 17:18:ää ja sen rikkomisesta seuraavaa OK 17:25.2:n ensimmäistä lausetta.

1497 Ks. ratkaisun kohta 167.

1498 Ks. myös ratkaisun revisio Ireland v. the United Kingdom (request for revision of the judgment of 18 January 1978) 20.3.2018.

> EIT arvioi, että tällainen toimenpide oli tarpeettoman voimakas ottaen huomioon, että kyseessä oli suhteellisen pieni määrä huumausaineita, josta oli määrätty vain lyhyt ehdollinen vankeusrangaistus. EIT totesi, että vaikka kysymyksessä ei ollut kidutus, menettely rikkoi EIS 3 artiklaa. Oksennuttamalla saadun todisteen hyväksyminen todisteena oli EIT:n mukaan johtanut siihen, ettei oikeudenkäynti kokonaisuudessaan ollut oikeudenmukainen, ja se loukkasi siten EIS 6.1 artiklaa.

Sellainen epäinhimillinen kohtelu, jota arvioidaan todistuksen hankkimiseksi toteutettuna hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla, on kynnykseltään alentunut viime vuosina. Erityisesti vangittuna olevien henkilöiden epäinhimillisen kohtelun piiriin lasketaan vakavuudeltaan tietyntasoinen pahoinpitely, hoidon laiminlyönti, peitellyt hoitotoimet, tarpeeton laaja eristäminen ja kehnot vankilaolosuhteet. Mainittujen esimerkkien osalta tosin voi tulla kysymykseen myös halventava kohtelu, mikä on epäinhimillistä kohtelua lievempää.[1499]

## 9.3 Itsekriminointisuojaan liittyvä hyödyntämiskielto

Oikeudenkäymiskaaren 17:25.2:ssa säädetään itsekriminointisuojan vastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskiellosta. Momentti jakautuu kahteen osaan, joista ensimmäisen mukaan tuomioistuin ei saa rikosasiassa hyödyntää OK 17:18:ssä säädetyn vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittua todistetta. Itsekriminointisuojaan ja sen laajennokseen perustuva hyödyntämiskielto OK 17:25.2 momentissa muuttui lainvalmisteluprosessissa olennaisesti. Rajanveto siitä, kuuluuko todisteen hankkimismenettely rikosasian käsittelyn vai hallinnollisen menettelyn piiriin, on sinänsä tärkeä, koska se ratkaisee, kumpi osa momentista tulee sovellettavaksi.

Todistelutoimikunnan mietinnössä[1500] ei viitattu ensimmäisessä virkkeessä lainkaan OK 17:18:n rikosasiassa itsekriminointisuojan vastaisesti hankitun lausuman hyödyntämiskieltoon. Itsekriminointisuojan laajennos muihin kuin rikosprosesseihin koki myös merkittävän sanamuodollisen muutoksen, joka tosin oli enemmälti selkiyttävä eikä muuttanut esimerkiksi rikos- ja hallinnollisen prosessin ajallisen yhteyden määritelmää. Lainsäätäjä on mielestäni tehnyt selvän lakiteknisen valinnan EIT:n oikeuskäytännön mukaisesti: vaikka rikosprosessia koskeva itsekriminointi-

1499 Halventavan ja epäinhimillisen kohtelun välisestä rajanvedosta niin ikään on lukuisia EIT:n ratkaisuja, eikä näidenkään tunnusmerkkien läpikäyminen ole tutkimuksen kannalta tarpeellista. Kaikki kiduttamisen määritelmän täyttämätön toiminta, joka ei riko suoraan itsekriminointisuojaa, arvioidaan epäinhimillisen ja halventavan kohtelun näkökulmasta hyvin yksittäistapauksellisesti, johtaa joka tapauksessa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamiseen ja siinäkin yksittäistapaukselliseen arviointiin. Ks. EIT:n oikeuskäytännöstä tiivistys Pellonpää ym. 2018, s. 414–421.
1500 OMML 69/2012.

suoja onkin todistamiskielloksi OK 17:18:ään samassa uudistuksessa lisätty, sen rikkomisen johtaminen hyödyntämiskieltoon haluttiin vielä tuoda korostetusti esiin. Hallituksen esityksessä[1501] se oli kirjattuna muotoon "*rikosasiassa ei saa hyödyntää 18 §:ssä vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittua todistetta*", mutta lopulta lakiin kirjattiin vielä tarkempi muotoilu siitä, että hyödyntämiskielto koskee nimenomaisesti tuomioistuinta: "*Tuomioistuin ei saa hyödyntää 18 §:ssä säädetyn vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittua todistetta*." Säännös kirjattiin vastaamaan OK 17:25.1 ja 3:n muotoilua, joiden mukaan hyödyntämisratkaisun tekee lopulta aina tuomioistuin. Itsekriminointisuojaa koskevan hyödyntämiskieltosäännöksen ensimmäisen lauseen merkitys on selvä, mutta momentin loppuosa on tarpeen tulkita tarkemmin. Itsekriminointisuojalla on keskeinen merkitys esitutkintavaiheessa, minkä vuoksi on harvinaista, että OK 17:25.2:n ensimmäistä lausetta sovellettaisiin itsenäisesti. Sen sovellus tulee lähinnä kyseeseen silloin, kun lausuma esitetään ensimmäistä kertaa tuomioistuimessa tai lausuma on annettu muussa kuin rikosprosessissa, jota eivät esitutkintalain mukaiset esitutkintaperiaatteet (esim. ETL 4:3) tai itsekriminointisuoja (ETL 7:10.2) koske.[1502]

> OK 17:25.2:n ensimmäinen lause on niin sanottu epäitsenäinen hyödyntämiskielto, koska se viittaa suoraan todistamiskieltosäännökseen rikosasiassa. Sen sijaan laajennos muuhun menettelyyn ei pohjaudu todistamiskieltoon, koska varsinaista todistelua ei ole kielletty, vaan ainoastaan sen hyödyntämiseen rikosprosessissa. Tästä näkökulmasta voisi sanoa, että kysymyksessä olisi itsenäinen hyödyntämiskielto. Kuitenkin koska kielletyn hyödyntämisen kohteena on rikosprosessi, laajennos voidaan nähdä epäitsenäisenä, ETL:n suojasäännösten korvaajana muussa kuin rikosprosessissa. Koska säännöksen sanamuoto täyttyy eli todisteen hankkiminen on sekä rikosprosessissa käytettynä OK 17:18:n näkökulmasta kielletty että ajallisesti ja asiallisesti vaadituissa suhteessa rikosprosessiin, on kielto ehdoton luonteeltaan.

### *9.3.1 Itsekriminointisuojan laajennoksen luonteesta*

Itsekriminointisuojan vastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskielto rajoittuu rikosasiaan. OK 17:25.2:n toisen osion hyödyntämiskieltosäännös eli niin sanottu itsekriminointisuojan laajennos koskee myös todistetta, joka on hankittu muussa menettelyssä[1503] kuin esitutkinnassa tai rikosasian oikeudenkäynnissä henkilöltä

1501 HE 46/2014 vp, s. 169 ja 122.

1502 Rautio – Frände 2016, s. 176.

1503 Laajennos muihin kuin rikosasian menettelyihin on peräisin EIT:n ratkaisukäytännöstä. Ks. Tapanila 2019a, s. 33. Tällaisia muita menettelyitä ovat esimerkiksi ulosotto- tai konkurssimenettely, verotusmenettely sekä yleisesti valvonnasta huolehtivan hallintoviranomaisten menettelyt, joiden tarkoituksena on saada tietoa lakisääteisen insolvenssi- tai hallintomenettelyn toteuttamiseksi. Koska tiedonsaantioikeuksien vahvistamiseksi voidaan käyttää laissa säädettyjä uhkia rangaistuksesta tai siihen rinnastettavasta

pakkokeinon käyttämisen uhalla tai muutoin vastoin hänen tahtoaan.[1504] Ehtona on, että hän oli tällöin epäiltynä tai vastaajana rikoksesta taikka esitutkinta tai oikeudenkäynti oli vireillä[1505] rikoksesta, josta häntä syytetään. Ehtona on myös se, että todisteen hankkiminen rikosasiassa olisi ollut vastoin OK 17:18:ssä säädettyä todistamiskieltoa. Laajennososan kattavaa todistetta ei ole kiellettyä hankkia ja esittää prosessissa, johon se on hankittu, vaan ainoastaan hyödyntäminen rikosprosessissa on kiellettyä. Säännös vahvistaa myös sen, että vaikka itsekriminointisuoja onkin voimassa läpi rikosprosessin ja OK 17:18 on huomioitava esitutkinnan ja syyteharkinnan vaiheessa, tuomioistuin on viime kädessä taho, joka päättää hyödyntämiskiellon asettamisesta.[1506] Hyödyntämiskielto koskee siten sekä varsinaisen itsekriminointisuojan (OK 17:18) vastaisesti eli laittomasti hankittuja todisteita, mutta myös muussa menettelyssä, jolla on ajallinen ja asiallinen yhteys rikosprosessiin, laillisesti hankittuja todisteita.

Laajennoksen tulkintatapa itsekriminointisuojaa loukkaavista todisteista on suoraan rinnasteinen OK 17:18:n mukaiseen määrittelyyn. Tämä tarkoittaa muun muassa, että se ei ulotu rikosprosessissa todistetta tarkasteltaessa asiallisesti pidemmälle kuin itsekriminointisuojasta säädetty todistamiskielto. Kuten edellä jaksossa 8.6.1 on argumentoitu, itsekriminointisuoja ei koske henkilön aktiivista toimintaa vaatimattomin keinoin hankittuja todisteita tai henkilön vapaaehtoisesti antamaa lausumaa. Tällaiset tilanteet eivät siten tule myöskään hyödyntämiskieltosäännöksen piiriin, koska säännöksessä on nimenomaisesti viitattu todistamiskieltosäännökseen, joten tulkinta tehdään samoin kuin rikosasiassa todistamiskieltosäännöksen osalta. Hyödyntämiskieltosäännöksen laajennos myös muissa menettelyissä kuin

---

seuraamuksesta, sakosta tai pakkokeinosta, eikä tällaisessa muussa menettelyssä rikosprosessia koskeva itsekriminointisuoja ole menettelyn sisällä yksistään voimassa, on EIT katsonut, että itsekriminointisuojaa on laajennettava siten, että muussa menettelyssä ei-vapaaehtoisesti annettua itsekriminoivaa tietoa ei voida käyttää rikosprosessissa todisteena, vaikka sitä saadaan kyseisessä muussa menettelyssä viranomaisen lain mukaisesti hankkimana tietona käyttää. Tällaisessa tilanteessa ei ole kyse lain vastaisesti hankitusta tiedosta, kuten OK 17:25.1 ja 3 tai 2 momentin ensimmäisessä osassa, joka koskee vastoin itsekriminointisuojaa eli todistamiskieltoa hankittua todistetta riksasiassa. Ks. OMML 69/2012, s. 125.

1504 Pakkokeinon käyttäminen voi olla laillista hallinnollisessa prosessissa, mutta laillisen pakkokeinon nojalla annettua lausuntoa ei saa siitä huolimatta käyttää ajallisesti ja asiallisesti hallinnolliseen prosessiin yhteydessä olevassa rikosasiassa. Mikäli pakkokeinosta hallinnollisessa prosessissa ei ole säädetty, vaan lausunto muutoin saadaan vastoin henkilön tahtoa, soveltuu hyödyntämiskielto niin ikään. Hyödyntämiskielto ei koske ilman pakkokeinon uhkaa vapaaehtoisesti annettua lausumaa vastaavasti kuin rikosprosessinkaan osalta, mutta vapaaehtoisuudelle on asetettu vaatimus siitä, että sen on oltava tietoista, eli henkilön on tietoja antaessaan oltava tietoinen vaikenemisoikeudestaan.

1505 Eduskunnan oikeusasiamies on todistelutoimikunnan mietinnön johdosta antamassaan lausunnossaan katsonut, että itsekriminointisuojaa ei tulisi rajata vain vireilläolotilanteisiin, vaan mahdollistaa tapauskohtainen joustavuus myös ajallisesti jonkin verran erillään oleviin tilanteisiin, koska "*vireillä*" sanamuodon mukaan säännös ei sovellu tapauksissa, joissa rikosepäily syntyy vasta hallinnollista pakkoa sisältävän hallintomenettelyn jälkeen. OMML 30/2013, s. 173. Ks. EIT:n linjauksista perustilanteessa Weh v. Itävalta (8.4.2004).

1506 Ks. tarkemmin Pölönen – Tapanila 2015, s. 327.

rikosasiassa annettuihin lausumiin ei mahdollista sopivan viranomaismenettelyn valintaa siten, että henkilö voisi vapaaehtoisesti todisteita luovuttamalla saada ne asetetuksi hyödyntämiskieltoon rikosasiassa.[1507]

Laajennos koskee vain muussa menettelyssä kuin esitutkinnassa tai rikosasian oikeudenkäynnissä hankittua todistetta, joita koskevasta hyödyntämiskielloista säädetään suoraan momentin ensimmäisessä lauseessa viitaten todistamiskieltonormiin. Hyödyntämiskiellon soveltamisala puolestaan on sama kuin itsekriminointisuojalla yleensäkin eli rikossyytettä käsittelevät oikeudenkäynnit. Säännöksen sanamuoto ei rajoita menettelyä, jossa todiste on hankittu, eli kysymys voi olla siviiliprosessista, hallintoprosessista tai hallintomenettelystä. Sanamuoto ei myöskään edellytä tietyn pakkokeinon tai sanktion käyttämisen mahdollisuutta, vaan sen uhkaa. Samoin muu hankkimistapa vastoin henkilön tahtoa on sanamuodossa hyväksytty.

Laajennoksen taustalla on EIT:n tulkintalinjaus siitä, että itsekriminointisuoja ei estä vaatimasta henkilöltä tietoja sanktion tai pakkokeinon uhalla, koska tällaiset prosessit katsotaan rikosasiaan rinnastettaviksi. Tällöin niissä sovelletaan itsekriminointisuojaa prosessin sisäisesti siten, ettei tietoja voi käyttää rikosasiassa todisteena. Henkilöllä ei ole vaitiolo-oikeutta kaikkien itsekriminoivien lausuntojen osalta, koska itsekriminointisuoja on todistamiskieltona voimassa vain rikosprosessissa. Muussa menettelyssä kuin esitutkinnassa, syyteharkinnassa tai rikosasian oikeudenkäynnissä henkilön antama lausuma, joka rikosasiassa todistaisi vastaajana olevaa lausuman antajaa vastaan, voi jäädä rikosasian oikeudenkäynnin ulkopuolelle tai tuomiossa huomioon ottamatta myös palomuurisäännöksen nojalla.[1508] Käytännössä OK 17:25.2:n hyödyntämiskieltosäännös tulee sovellettavaksi erityisesti sellaisissa prosesseissa hankittuihin todisteisiin, joiden osalta ei ole omassa menettelysääntelyssä tällaista riittävää palomuuria.[1509]

1507 Henkilö ei voi vapaaehtoisesti luovuttamalla todisteita saada myöskään taktikoitua niitä hyödyntämiskiellon piiriin ja tällä tavoin valita viranomaismenettelyä. Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 18.

1508 Ks. myös jakso 8.6.1.2 itsekriminointisuojan ulottuvuudesta. Haasteelliseksi näiden rajapintojen osalta ovat osoittaneet hallintomenettelyistä konkurssimenettely ja verotusmenettely, joissa velallinen on velvollinen antamaan tietoja, vaikka ne osoittaisivat hänen syyllistymisen rikokseen. Esimerkiksi verovelvollisilla on laaja oma-aloitteinen ilmoittamisvelvollisuus, mikä luo jännitteen rikos- ja veroprosessin periaatteiden välille, sillä vero-oikeudessa näyttötaakka ja selvitysvelvollisuus voivat olla joustavampia kuin rikosasioissa. Näin turvataan sekä muun menettelyn eteneminen, että rikosprosessissa syytetyn itsekriminointisuoja. Itsekriminointisuojan soveltaminen vero-oikeudessa ja insolvenssimenettelyissä herättää myös useita muita, hallinnollisen menettelyn sisäisiä, kysymyksiä, joita en kuitenkaan tarkastele tutkimuksen rajauksen vuoksi sen laajemmin, kuin mitä on tarpeellista todistamis- ja hyödyntämiskieltosäännösten systematiikan osalta saman todistelun rikosprosessiin kytkeytymisen, eli OK 17:25.2:n hyödyntämiskieltosäännöksen näkökulmasta.

1509 Käytännössä laajennoksen osalta kyse on tyypillisesti prosesseista, joissa voidaan määrätä hallinnollinen rankaisuluonteinen maksuseuraamus, joista osassa on riittävä palomuurisääntely olemassa, jolloin hyödyntämiskieltotilannetta ei pitäisi tulla rikosoikeudenkäynnissä edes esille.

> Hyödyntämiskieltosäännös yleisluonteisena turvaa sen, että tuomioistuimen on asetettava todiste hyödyntämiskieltoon, jos prosessien välinen ajallisen ja asiallisen yhteyden vaatimus täyttyy. Näin on hallinnollisen prosessin sisäisestä palomuurin olemassaolosta tai tosiasiallisesta oikeussuojan vahvuudesta riippumatta, viime kädessä rikosasian oikeudenkäynnissä. Hyödyntämiskieltosäännös on niin ikään palomuurin kaltainen järjestelmä,[1510] joka lopulta takaa itsekriminointisuojan toteutumisen prosessissa, vaikka esitutkinnassa ja syyteharkinnassa virhelähteen rasittama todiste olisi päässyt etenemään tuomioistuimeen saakka.

Vaikka muussa prosessissa hankittua itsekriminoivaa lausuntoa ei hyödyntämiskieltosäännöksen soveltuessa voida käyttää rikosasiassa todisteena, sen käyttäminen ei esty muussa menettelyssä.[1511] Kysymys on siten paitsi itsekriminointisuojan takaamisesta todistamiskiellon soveltamisalan ulkopuolelle asettuvassa prosessissa, samalla myös tämän muun menettelyn tarkoituksen turvaamisesta.

> Mikäli muussa menettelyssä on säädetty jonkinlaisen pakon tai sanktion uhalla lausunnon antamisen velvollisuus ilman riittävää palomuuria, olisi ilman itsekriminointisuojan laajennosta koskevaa hyödyntämiskieltosäännöstä mahdollista hankkia henkilön tahdon vastaisesti itsekriminoiva lausunto myös rikosprosessissa hyödynnettäväksi. Luonnollisesti myös lainvastaiset menettelyt, kuten esimerkiksi pakottaminen tai painostaminen, todisteen saamiseksi voivat johtaa hyödyntämiskieltoon. Itsekriminointisuojan soveltuminen korostuu erityisesti tilanteissa, joissa on todennäköistä, että annettua lausumaa tai hankittua todistetta käytetään myöhemmin rikosprosessissa syyllisyyden todistamiseen.

Itsekriminointisuoja ei poista rikosvastuuta väärien tietojen antamisesta, vaan kysymyksessä on oltava todisteiden hankkiminen pakolla itsekriminointisuojan vastaisesti epäillystä aiemmin tehdystä rikoksesta. Muutoin hallintomenettelyssä annettuja tietoja voidaan käyttää todisteena syytteen tueksi.[1512] Muussa menettelyssä

---

1510 Hyödyntämiskielto on viime kädessä palomuurisäännös, mikä on myös yksi peruste sille, että laajennoksen kriteerien täyttyessä, asiassa ei ole harkinnanvaraa, vaan hyödyntämiskielto on asetettava. Hyödyntämiskieltosäännös ja palomuurisäännös johtavat toisiaan vastaavaan lopputulokseen, eikä lainsäätäjän tarkoitus ole ollut tehdä niistä toisiaan poissulkevia, vaan täydentäviä. Ks. OMML 69/2012, s. 125.

1511 Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 18. Esimerkiksi, jos veron määräämisen osalta: kun verotusmenettely ja rikosprosessi ovat rinnakkain, itsekriminointisuoja tulee soveltaa myös verotusmenettelyssä, välttääkseen tilanteen, jossa verotarkastaja hankkii syyttäjälle hyödynnettävää aineistoa. Toisaalta, jos esitutkinta ei ole vireillä, mutta rikossyytteen uhka on ilmeinen, itsekriminointisuojan soveltaminen voi olla perusteltua.

1512 Tarkka 2016, s. 497. Sama koskee myös esimerkiksi konkurssia, joka ei ole viranomaisvetoinen menettely samalla tavoin kuin Tarkan artikkelissa esimerkkinä mainittu verotarkastus. Ks. HE 86/2012 vp, s. 7.

kuin rikosprosessissa henkilö ei saa myöskään valehdella toisin kuin rikosprosessissa itsekriminointisuojan oikeuttamalla tavalla, jolloin syytetty saa vaieta tai puhua vastoin totuutta. Totuudenvastaisen lausuman, väärän tai sisällöltään totuuden vastaisen asiakirjan taikka väärän tai väärennetyn esineen antaminen mahdollistaa todisteen hyödyntämisen rikosasiassa, joka koskee velvollisuuden vastaista menettelyä. Säännöksen tarkoituksena on mahdollistaa kriminalisoidun väärän tiedon tai tietojen antamatta jättämisen näyttäminen kyseistä kriminalisoitua toimintaa koskevassa rikosasiassa.[1513] Todistetta ei kuitenkaan voi käyttää toisessa rikosasiassa kuin siinä, minkä tunnusmerkistön väärän tiedon antaminen tai tiedon antamatta jättäminen täyttää.[1514]

> Itsekriminointisuojan ulottuvuuden ja ihmisoikeuksien soveltamisalan osalta siinä, antaako itsekriminointisuoja oikeutta valehdella, on merkitystä rinnakkaistilanteissa.[1515] Prosesseja, joiden osalta on säädetty omia vaitiolo-oikeuksia verrattuna niihin, joista ei ole, vaan joihin sovelletaan pelkästään OK 17:25.2:a, ei voi asettaa erilaiseen asemaan itsekriminointisuojan ulottuvuuden osalta, koska tällöin myös rinnakkaisprosessissa saisi valehdella.[1516]

### *9.3.2 Soveltuvuuden edellytykset*

Oikeuskäytäntö siitä, milloin muussa menettelyssä annetut lausumat kuuluvat rikosasiassa hyödyntämiskiellon piiriin, jos ne on annettu itsekriminointisuojan vastaisesti, on alkanut vakiintua jo ennen OK 17:25:n säätämistä. Kotimaisessa oikeuskäytännössä tätä rajanvetoa on puitu esimerkiksi ratkaisuissa KKO 2009:27, KKO 2009:80, KKO 2010:49, KKO 2011:46 ja KKO 2012:16. Itsekriminointisuojan ulottuvuuden tulkinnassa merkittävin ratkaisu on KKO 2009:80[1517], jolla suojan

---

1513 Kyseessä ei tällöin ole todisteen hankkiminen aiemmin tehdyksi epäillystä rikoksesta. Ks. Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta (10.9.2002), jossa EIT totesi, että itsekriminointisuojaa ei rikottu silloin, kun esitettyjä tietoja ei hyödynnetty toisen, mahdollisesti aiemmin tapahtuneen rikoksen tutkimisessa, josta henkilöt olisivat voineet olla syyllisiä ennen väärän tiedon antamista. Koska henkilöt eivät olleet missään vaiheessa rikosepäiltyjä, itsekriminointisuoja ei ollut heidän käytettävissään. Itsekriminointisuoja ei tarjoa mahdollisuutta pysyä vaiti tulevaisuudessa mahdollisesti tapahtuvan rikoksen osalta.

1514 HE 46/2014 vp, s. 91–92.

1515 Ks. itsekriminointisuojan ulottuvuudesta jakso 8.6.1.2, jossa olen käsitellyt ratkaisuja ja niistä tehtyjä tulkintoja laajemmin. Tässä yhteydessä viittaan ainoastaan tulkintatapaan, joka on nähdäkseni hyväksyttävissä.

1516 Vuorenpää 2020, s. 110–111: "*mikäli itsekriminointisuojan antamisedellytykset ovat olemassa, rikosprosessin ulkopuolella kuultavan henkilön oikeudet eivät saa olla heikommat kuin silloin jos kuuleminen tapahtuisi häntä vastaan vireillä olevassa rikosprosessissa.*"

1517 Ratkaisu muutti oikeustilaa ja siinä tehdyt tulkinnat huomioitiin myös itsekriminointisuojan laajennosta koskevassa hyödyntämiskieltosäännöksen valmistelussa. Ratkaisussa katsottiin tuomion purkamisperusteeksi itsekriminointisuojaan liittyvän tulkinnan ristiriita EIS 6 artiklan kanssa, mikä johti KKO:ssa syytteen hylkäämiseen. Ratkaisun perustelukohdassa 17 korkein oikeus totesi itsekriminointisuojan olevan voimassa esimerkiksi konkurssimenettelyssä.

ulottuvuutta laajennettiin rikosprosessin ulkopuolisiin menettelyihin.[1518] Ratkaisu asetti tällaisille rinnakkaisprosesseille rikosprosessiin peilattuna viisi vaatimusta, joiden on täytyttävä, jotta itsekriminointisuoja voidaan ulottaa niissä annettuihin lausumiin: prosessien samanaikaisuus- ja yhteysvaatimukset eli ajallinen ja asiallinen yhteys, tietojen relevanttius- eli merkityksellisyysvaatimus sekä palomuurin puuttuminen ja pakko. Näiden vaatimusten samanaikaisesti täyttyessä henkilöllä on syytetyn oikeus itsekriminointisuojaan riippumatta siitä, missä prosessissa hän lausunnon antaa.[1519] Sittemmin säädetty itsekriminointisuojan laajennosta koskeva hyödyntämiskielto täyttää ratkaisun tulkintalinjaukset, mistä voidaan karrikoiden todeta, että ratkaisun oikeusohje tuotiin säädöstasolle kuitenkin siten, että palomuurin puuttumisella ei ole hyödyntämiskiellon asettamisessa merkitystä.[1520]

---

1518 Vrt. aiemmasta oikeuskäytännöstä KKO 2002:122, KKO 2002:116 sekä KKO 2009:27. Ratkaisussa KKO 2002:122 samanaikainen muu prosessi ei riittänyt hyödyntämiskiellon asettamiseen, vaan katsottiin ainoastaan, että tietojen antaminen konkurssimenettelyssä ei liity mihinkään rikosasiaan tai selvityksen hankkimiseen mahdollisesta rikoksesta eikä velallinen tietoja antaessaan ollut rikoksesta epäillyn asemassa. Ratkaisun mukaan itsekriminointisuoja oli voimassa vain, jos henkilöä kuultiin epäiltynä tai syytettynä rikosasiassa, mutta ei muussa asiassa, vaikka niissä tietojen antamisesta seuraisikin rikosprosessi. Äänestysratkaisussa KKO 2002:116 korkein oikeus katsoi, että käynnissä oleva esitutkinta, jossa henkilön epäiltiin syyllistyneen velallisen petoksiin aikaisemman ulosottomenettelyn ja konkurssin yhteydessä, ei oikeuta kieltäytymään ulosottoselvitykseen osallistumisesta. Korkein oikeus ei ole ottanut ratkaisussaan kantaa siihen, olisiko velallisen rikosepäilyn johdosta ollut oikeutettu joltakin osin kieltäytymään selvityksestä tai olisiko ulosottoselvityksessä esiin tulevia seikkoja voitu käyttää näyttönä mahdollisessa aikaisempaa rikosta koskevassa oikeudenkäynnissä. Ratkaisussa on kuitenkin otettu selvä kanta siihen, että ulosottoselvitykseen on saavuttava mahdollisesta itsekriminointisuojasta huolimatta. Äänestysratkaisussa KKO 2009:27 oli puolestaan kysymys siitä, mitä itsekriminointisuojan soveltamisesta seuraa velkojen pakkotäytäntöönpanoa koskevassa menettelyssä. Korkein oikeus katsoi, että tarkasteltaessa vaitiolo-oikeuden olemassaoloa oli arvioitava, millainen vaara henkilöllä oli tietoja antaessaan ollut tulla näiden tietojen johdosta tuomituksi velallisen epärehellisyysrikoksesta, missä arvioinnissa keskeistä oli se, miten merkittävänä näyttönä hänen syyllisyydestään näitä tietoja olisi voitu käyttää. Henkilö oli syytettynä velallisen epärehellisyydestä, sillä perusteella, että hän oli konkurssissa pesäluetteloa vannoessaan jättänyt ilmoittamatta omaisuuttaan, jotta ei myötävaikuttaisi oman syyllisyytensä selvittämiseen vireillä olevassa rikosoikeudenkäynnissä. Korkein oikeus katsoi, että huomioon ottaen velallisen epärehellisyyttä koskevissa syytteissä kerrotun menettelyn ja konkurssin välinen ajallinen etäisyys, varojen sekoittumiset ja niiden poikkeuksellisen monimutkaiset siirrot yhteisöistä toisiin, ei kyseisiä omaisuustietoja sellaisinaan voitu pitää niin merkittävinä, että tietojen antaminen olisi loukannut itsekriminointisuojaa.

1519 Ks. Vuorenpää 2020, s. 92–99 koskien ratkaisun KKO 2009:80 keskeisimpiä linjauksia. Huomioitava on kuitenkin, että itsekriminointisuojaa annettiin siviiliprosessissa, kun siviilikuultava oli kuulemisen hetkellä epäiltynä tai syytettynä rikosasiassa.

1520 Laajennos ei siten koske pelkästään palomuurittomissa menettelyissä hankittuja todisteita, joskin palomuurin pitäisi toimia niin, ettei sellaisesta menettelystä itsekriminoiva todiste päädy rikosprosessiin saakka. Tällä on yhteys EIT:n ”*syyte*” -määritelmään ja Engel-kriteereihin: käytännössä niiden mukaisissa prosesseissa tulisi olla prosessin sisäinen palomuuri. Mikäli muuta menettelyä koskevassa sääntelyssä on riittävä palomuuri, se soveltuu ensisijaisesti, mutta palomuurin olemassaolo ei rajoita hyödyntämiskieltosäännöksen soveltamisalaa, vaan viime kädessä kysymys on siitä, että palomuurin pettäessä ja tietysti tilanteessa, jossa palomuuria ei ole lainkaan, rikosasiassa tuomioistuin on viimeistään OK:n hyödyntämiskieltosäännöksen nojalla velvollinen jättämään todisteen hyödyntämättä.

Ratkaisussa KKO 2009:80, oli kysymys siitä, että henkilö, joka oli syytteessä velallisen epärehellisyysrikoksista, oli samanaikaisesti asetettu henkilökohtaiseen konkurssiin ja hänet oli määrätty vannomaan pesäluettelo. Tätä vannoessaan hän oli jättänyt ilmoittamatta osan omaisuudestaan katsoen, että hänellä oli oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Henkilö oli tuomittu vankeusrangaistukseen törkeästä velallisen petoksesta, koska hän oli jättänyt pesäluetteloa vannoessaan omaisuuttaan ilmoittamatta. Korkein oikeus arvioi itsekriminointisuojan ulottuvuutta todeten, että itsekriminointisuoja ulottuu myös rikosoikeudenkäynnin ulkopuolisiin menettelyihin. Ratkaisulla muutettiin korkeimman oikeuden aiempaa ratkaisukäytäntöä vastaamaan EIT:n asiassa antamaa ratkaisua (Marttinen v. Suomi 21.4.2009). Siinä itsekriminointisuojaa on sovellettu siten, että velallinen saa kieltäytyä ilmoittamasta insolvenssimenettelyssä sanktion uhalla vaadittuja tietoja riippumatta siitä, miten merkittävinä näitä tietoja pidettäisiin hänen syyllisyytensä näkökulmasta.

Aiemmin korkein oikeus oli arvioinut vaitiolo-oikeuden olemassaoloa siltä pohjalta, millainen vaara henkilöllä olisi tietoja antaessaan tulla näiden tietojen johdosta rikosasiassa tuomituksi, eli miten merkittävänä näyttönä henkilön syyllisyydestä rikosasian ulkopuolisessa viranomaismenettelyssä saatuja tietoja olisi voitu käyttää. Korkein oikeus otti tietojen olennaisuuden kannalta uuden linjan ja katsoi, että riittävänä tietojen ja rikosepäilyn välisen yhteyden kannalta tuli pitää sitä, ”*ettei tietoja vaadittaessa ole voitu sulkea pois sitä mahdollisuutta, että tiedot saattavat olla merkityksellisiä siinä rikosasiassa, johon itsekriminointisuoja liittyy*”. Korkein oikeus katsoi, että syytetyllä ei ole velvollisuutta antaa sellaisia tietoja, joiden antamisen hän voi perustellusti arvioituna katsoa vaarantavan omat puolustusmahdollisuutensa tai heikentävän niitä. Mikäli syytetty ei ole voinut tietojen vaatimisen hetkellä sulkea pois mahdollisuutta siitä, että tiedot saattavat olla merkityksellisiä rikosasiassa, hänellä on itsekriminointisuojaan perustuva oikeus vaieta myös muussa viranomaismenettelyssä kuin rikosprosessissa. Ratkaisun perusteella vaitiolo-oikeutta on arvioitava subjektiivisesti syytetyn näkökulmasta ajallisen ja asiallisen ulottuvuuden osalta niiden tietojen perusteella, jotka syytetyllä oli silloin, kun tietoja vaadittiin.

Vuorenpää on tiivistänyt korkeimman oikeuden tulkintalinjassa tapahtuneen muutoksen siten, että ennen ratkaisua KKO 2009:80 korkein oikeus oli ratkaisuillaan linjannut, että itsekriminointisuoja ei pääsääntöisesti poistanut rangaistusvastuuta tilanteissa, joissa oli kyse siviilioikeudellisen ilmoitusvelvollisuuden täyttämisestä. Itsekriminointisuoja oli puhtaasti voimassa vain, jos henkilöä kuultiin epäiltynä tai syytettynä rikosasiassa, eikä se ulottunut samanaikaisesti vireillä oleviin muihin kuulemistilanteisiin.[1521] Keskeinen merkitys ratkaisun mukaisella tulkinnalla on se, ettei itsekriminointisuojan muodostaman todistamiskiellon olemassaoloa tarvitse pohtia, mikäli on olemassa riittävän tehokkaat oikeussuojatakeet sen estämiseksi,

1521 Vuorenpää 2011, s. 586, joka viittaa tältä osin myös Illmaniin (2009, s. 7).

ettei sanktiouhkaisessa kuulemissa annettuja lausumia voi käyttää tietojen antajaa vastaan rikosprosessissa.[1522] Tällainen tehokas oikeussuojatae on hallinnollisen menettelyn sääntelystä palomuurin puuttuessa todisteen hyödyntämiskielto,[1523] joka voidaan tässä tilanteessa asettaa myös ilman todistamiskiellon rikkomista. Todisteen hyödyntäminen nimittäin johtaisi perusoikeuksien rajoittamiseen, mitä itsekriminointisuojan loukkaaminen on.[1524] Ratkaisuun KKO 2009:80 sisältyvää itsekriminointisuojan tulkintaa katsottiin oikeuskirjallisuudessa mahdolliseksi pitää sellaisena palomuurina, joka estää muussa prosessissa todistajana annetun lausuman hyödyntämisen todisteena myöhemmässä rikosoikeudenkäynnissä. Tällöin todistajalla ei olisi itsekriminointisuojaan vedoten tarvetta vaieta tai valehdella rikosasian ulkopuolisessa kuulemisessa, koska häntä vastaan käytettynä kyseinen tieto olisi hyödyntämiskiellon alaista. Tämä koskee kuitenkin vain yksittäisiä todisteita, ei tutkimuksen suuntaamista uudelleen ja sitä kautta hankittuja uusia todisteita.[1525]

> Toinen korkeimman oikeuden ratkaisu, jossa viitattiin EIT:n ratkaisuun Marttinen vs. Suomi (21.4.2009), on KKO 2010:41. Siinä henkilö oli tuomittu rangaistukseen törkeästä kätkemisrikoksesta sillä perusteella, että hän oli erilaisilla toimenpiteillä peittänyt ja häivyttänyt sellaista omaisuutta, joka oli katsottu toisen henkilön niin sanottuna esirikoksena törkeällä velallisen petoksella hankkimaksi. Korkein oikeus oli ratkaisullaan KKO 2009:80 kuitenkin purkanut esirikoksen tekijälle törkeästä velallisen petoksesta annetun tuomion ja hylännyt sitä koskeneen syytteen itsekriminointisuojasta johtuvilla perusteilla. Korkein oikeus katsoi, että itsekriminointisuojan vaikutus kohdistui vain toiseen esirikoksen tekijään, eikä itsekriminointisuoja siten vapauttanut henkilöä kätkemisrikosta koskevasta rangaistusvastuusta. Korkein oikeus perusteli ratkaisua sillä, että esirikoksen tekijän menettely täytti velallisen petosrikoksen tunnusmerkistön, mutta rikosoikeudellinen vastuuvapausperuste täyttyi itsekriminointisuojan nojalla. Suoja ulottui henkilöllisesti vain esirikoksen tekijään, ei kätkemisrikokseen, sillä kysymyksessä on ollut esirikoksen tekijää henkilökohtaisesti rangaistusseuraamuksilta suojannut vastuuvapausperuste.

---

1522 Vuorenpää 2011, s. 590.

1523 Ks. Virolainen – Pölönen 2004, s. 317.

1524 Vuorenpää 2007, s. 57 ja Pölönen 2003, s. 206.

1525 Vuorenpää (2011, s. 591) on kuitenkin päätynyt siihen, että käytännön syistä itsekriminointisuojan ulottaminen kaikkiin sanktiouhkaisiin kuulemisiin voi olla joka tapauksessa tarpeellista, koska ennen sanktiouhkaista kuulemista on "*erittäin vaikeata – ellei mahdotonta – sanoa, tullaanko kuulemisessa saatuja tietoja hyödyntämään esitutkinnassa vai ei. Ilman laissa olevaa selkeää kieltoa hyödyntää sanktiouhkaisessa kuulemisessa saatuja tietoja kuultavaan kohdistuvassa rikosprosessissa, voidaan itsekriminointisuoja siis ulottaa kaikkiin sanktiouhkaisiin kuulemisiin. Näin on siksi, että ilman mainitunkaltaista kieltosäännöstä aina on mahdollista väittää, että kuulemisessa saatuja tietoja voidaan hyödyntää pääkäsittelyä edeltävissä rikosprosessin vaiheissa eli esitutkinnassa tai syyteharkinnassa.*"

Mikäli kuultavalla on tosiasiassa vapaus valita, antaako hän tietoa vai ei, itsekriminointisuojaan ei voi vedota, jos tietoa on vapaaehtoisesti antanut. Tiedon antamiseen tulee siten liittyä sanktio tai pakko. Toisaalta tehokkaat oikeussuojatakeet turvaavan palomuurisäännöksen vuoksi itsekriminointisuojaan ei voida vedota edes sanktiouhkaisessa prosessissa, jos palomuuri estää annettujen tietojen käytön estämiseksi rikosprosessissa kuultavaa vastaan.[1526] Hyödyntämiskielto itsekriminointisuojaan vedoten ja palomuurisäännös ovat toisiaan täydentäviä, sillä itsekriminointisuojan kannalta on riittävää, että tietoja ei käytetä rikosasiassa. Henkilö voi kuitenkin olla muussa menettelyssä velvollinen antamaan tietoja, jotka ovat hänelle haitallisia.[1527]

> Tällainen säännös on esimerkiksi UK 3:73, jonka mukaan ulosottovelallisen ulosottoa varten antamia tietoja ei saa luovuttaa, jos ne voivat saattaa velallisen syytteen vaaraan muusta kuin ulosottomenettelyssä tehdystä rikoksesta, sekä UK 3:91, jossa kielletään ulosottohakijaa käyttämästä tällaista tietoa velallisen syytteeseen saattamiseksi.[1528]

Marttila on tutkinut itsekriminointisuojan ja insolvenssimenettelyjen, erityisesti konkurssin, liityntöjä kolmen artikkelin sarjassa.[1529] Marttilan tutkimuksesta, vaikka se koskeekin pääasiassa KonkL 4:5:n ja 4:5a:n mukaisia velallisen velvollisuuksien ja itsekriminointisuojaa koskevan ristiriidan ratkaisua konkurssimenettelyssä, on paikallaan tehdä muutamia tärkeitä nostoja ja huomioita. Niistä osa on tosin jo ratkaistu todistelu-uudistuksen yhteydessä hallituksen esityksestä annettujen lausumien perusteella tai oikeuskäytännössä.[1530] Marttila on arvioinut itsekriminointisuojan ja velkojien täytäntöönpanointressien yhteensovittamista konkurssi- ja ulosottome-

1526 Ks. kriteereistä tarkemmin Korvenmaa 2012, s. 249; Koponen 2006, s. 143; Ervo 2008, s. 362; Virolainen – Pölönen 2004, s. 299 ja Vuorenpää 2011, s. 589.

1527 HE 46/2014 vp, s. 89.

1528 Itsekriminointisuojan laajennoksen edellytyksiä on käsitellyt myös Rautio – Frände 2016, s. 177–178, jonka mukaan hyödyntämiskieltosäännös laajentaa UK 3:73:n palomuurisääntelyä, koska jos tietoa vuotaa ulosottomenettelyn ulkopuolelle palomuurista huolimatta, sitä ei voi ainakaan käyttää rikosasiassa. Ks. palomuurin osalta myös Marttila 2011, s. 559–562.

1529 Nämä ovat vuosina 2011–2013 julkaissut Itsekriminointisuoja ja velkojien täytäntöönpanointressi, Konkurssi ja itsekriminointisuoja – toinen erä ja Vaitiolo-oikeus ja hyödyntämiskielto konkurssissa.

1530 Erityisesti Marttila 2013, s. 811–817 esiin nostetut huomiot. On keskeistä havaita, että Marttilan viimeisin artikkeli, jossa tarkastellaan tuolloin hallituksen esityksen vaiheessa ollutta hyödyntämiskieltosäännöstä, on julkaistu ennen lakivaliokunnan kannanottoa, jonka perusteella säännöksen sanamuotoa edellä käsitellysti selkiytettiin. Marttila on esimerkiksi tuonut ennen oikeudenkäymiskaaren 17 luvun uudistamista esiin, että oikeuskäytännössä vakiintuneeksi periaatteeksi on muodostunut, että itsekriminointisuojan vastaisesti hankittuja todisteita, kuten vaitiolo-oikeutta loukkaavia todisteita, ei tulisi hyödyntää. Tuolloin ei kuitenkaan ole ollut hyödyntämiskieltosäännöstä, joka olisi selkeästi ilmaissut asian. OK 17:25.2 on asiassa vielä viimeinen palomuuri, jos käy niin, etteivät insolvenssimenettelyissä ole pystytty ratkaisemaan ristiriitaa itsekriminointisuojan ja velkomusintressisen tiedonsaantioikeuden välillä. Ks. myös Marttila 2011, s. 553–558.

nettelyssä. Hän on arvioinut myös erityisesti sitä, miten niin sanotusti palomuurina toimivien säännösten käyttö voi suojata velallisen itsekriminointisuojaa samalla, kun velkojien etuja turvataan ulosottomenettelyssä.[1531] Konkurssimenettelyllä on ulosottomenettelyyn verrattuna kuitenkin tietynlainen kaksoisrooli velkojien maksunsaannin turvaamisessa ja väärinkäytösten paljastamisessa. Näistä jälkimmäinen vaikuttaa velallisen itsekriminointisuojan soveltamiseen, joille Marttila esitteli kaksi lähestymistapaa: palomuurimallin ja vaitiolomallin. Vaitiolomalli ikään kuin laajentaisi itsekriminointisuojaa, koska se antaa velalliselle mahdollisuuden vaitioloon tämän ollessa epäiltynä tai syytettynä rikoksesta, eikä pelkästään tietojen hyödyntämiskelvottomuuteen rikosprosessissa. Palomuurimalli pyrkii tasapainottamaan velkojien oikeudet ja velallisen itsekriminointisuojan, kun taas vaitiolomalli asettaa itsekriminointisuojan etusijalle, mikä voi rajoittaa velkojien oikeuksia konkurssimenettelyssä.[1532]

> Marttilan mukaan lopulta itsekriminointisuojan keskeiseksi kysymykseksi konkurssimenettelyssä muodostuu etukäteisen myötävaikutuksen tilanteissa saatujen itsekriminoivien tietojen hyödyntäminen myöhemmässä rikosprosessissa. Marttilan mukaan ongelmana on, että itsekriminointisuojan ja hyödyntämiskieltosäännöksen soveltamisen rajat poikkeavat toisistaan, mikä aiheuttaa epävarmuutta siitä, kuinka hyödyntämiskieltoa tulisi soveltaa erityisesti konkurssimenettelyssä. Marttilan arvion mukaan hyödyntämiskiellon soveltamisen edellytys vastaa melko pitkälti konkurssimenettelyn sisäisen itsekriminointisuojan soveltamisen edellytystä, mutta eroavaisuudet soveltamisen ajallisessa epäsuhdassa eivät auta selkeyttämään pesänhoitajan tehtävien asianmukaista toteuttamista. Marttila kritisoikin tuolloin ehdotettua hyödyntämiskieltoa koskevaa sääntelyä sen epäselvyyden ja etukäteisen myötävaikutuksen ongelman ratkaisemattomuuden vuoksi, koska konkurssimenettelyn monimutkaisuus ja haasteet itsekriminointisuojan ja hyödyntämiskiellon soveltamisessa eivät ehdotuksella ratkeaisi.[1533]

### *9.3.3 Ajallisesta ja asiallisesta ulottuvuudesta*

Hyödyntämiskieltosäännös itsekriminointisuojan laajennoksen osalta perustuu siihen, että jos tietoja hankitaan sinänsä laillisesti rangaistuksen tai siihen rinnastettavan seuraamuksen tai uhkasakon tai muun pakkokeinon uhalla tai muutoin vastoin

1531 Marttila 2011, s. 559–562. Ks. itsekriminointisuojan funktiosta konkurssiasioissa Marttila 2012, s. 916–921.

1532 Marttila 2012, s. 916–921.

1533 Itsekriminointisuojan ja hyödyntämiskiellon soveltamisen ajallinen epäsuhta ei auta selkeyttämään pesänhoitajan tehtävien asianmukaista toteuttamista konkurssimenettelyssä, eikä ehdotettu sääntely ratkaise itsekriminoivien tietojen ongelmaa, sillä ongelma ei niinkään ole velallisen prosessuaalisessa asemassa vaan tosiasiallisessa tilanteessa. Ks. Marttila 2013, s. 811–814.

henkilön tahtoa, on niiden käyttäminen ajallisesti ja asiallisesti hallinnollisen menettelyn kanssa yhteydessä olevassa rikosasiassa itsekriminointisuojan vastaista.[1534] Tarkan mukaan ajallinen ja asiallinen ulottuvuus merkitsee käytännössä esimerkiksi sitä, että jos henkilö kertoo verotusmenettelyssä ilmoittamatta jättämistään tuloista, mikä liittyy suoraan veropetoksen tunnusmerkkeihin, hän on velvollinen antamaan oikeat tiedot verotuksessa. Jos kuitenkin ajallinen yhteys on olemassa, näitä tietoja ei voi käyttää rikosasian käsittelyssä.[1535]

Asiallisuuskriteerin mukaan rikosprosessin ja muussa prosessissa vaadittujen tietojen välillä on oltava riittävä yhteys. Ne siis koskevat esimerkiksi samoja oikeustosiseikkoja, tai tiedoilla on vähintään välillinen yhteys. Ensinnäkin luovutetun tiedon on oltava merkityksellinen kyseisessä menettelyssä. Käytännössä merkityksellisyys voidaan osoittaa esimerkiksi siten, että tieto on sellainen, jonka saamiseksi sanktion tai pakkokeinon uhka voidaan asettaa. Täysin hallinnolliseen menettelyyn liittymätön seikka, joka näyttää tiedon antajan syyllisyydestä rikokseen, ei kuulu hyödyntämiskiellon piiriin. Tällaista lausumaa voidaan hyödyntää myöhemmässä rikosoikeudenkäynnissä. Toiseksi hyödyntämiskielto edellyttää, että tieto on merkityksellinen myös rikosasiassa. Hallituksen esityksen mukaan tällaisen asiallisen yhteyden rajanvetokriteerinä voidaan pitää sitä, että selvitettävät tosiseikat ovat merkityksellisiä sekä rikosasiassa että muun menettelyn tarkoituksen toteuttamisen kannalta.[1536] Tavanomaiset, asiaan vaikuttamattomat tiedot eivät kuulu itsekriminointisuojan piiriin. Kolmanneksi hyödyntämiskiellon syntymiselle tulee olla ajallinen yhteys hallinnollisen menettelyn ja rikosasian välillä. Ajallisen yhteyden eli käytännössä samanaikaisuuskriteerin mukaan prosessien on oltava ajallisesti riittävän lähellä toisiaan.[1537]

Asiallinen yhteys on OK 17:25.2:ssa ilmaistu seuraavasti: ”*[– –] Hyödyntämiskielto koskee myös todistetta, joka on hankittu muussa menettelyssä kuin esitutkinnassa tai rikosasian oikeudenkäynnissä henkilöltä pakkokeinon käyttämisen uhalla tai muutoin vastoin hänen tahtoaan [– –].*” Todistelutoimikunnan mietinnössä säännöksen soveltamisalaa korjattiin hallituksen esitykseen, jonka sanamuoto puolestaan säilytettiin lakiin. Sanamuotoa selkiytettiin laajennoksen soveltamisalasta siten, että se koskee muita menettelyitä kuin esitutkintaa tai rikosasian oikeudenkäyntiä. Mietinnön sanamuotoon ”*muu viranomaismenettely kuin rikosasia tai siihen rinnastettava asia*” verraten soveltamisala on selkeä, koska mietinnön säännöksestä ei ilmennyt,

1534 PeVL 39/2014 vp, s. 4

1535 Tarkka 2016 s. 497 sekä av. 38 ja 39 viitatut EIT:n ja KKO:n ratkaisut Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.12.1996) ja KKO 2014:82, KKO 2011:46; Marttinen v. Suomi (21.4.2009) ja KKO 2002:116 sekä Elomaa v. Suomi (16.3.2010) ja KKO 2015:1.

1536 He 46/2014 vp, s. 90.

1537 Esim. ratkaisussa Elomaa v. Suomi (16.3.2010) ulosottoselvitys tehtiin vuonna 1996 ja esitutkinnat aloitettiin vuosina 1997 ja 1998. Kyseessä eivät olleet samanaikaiset menettelyt, mutta asiallisesti kysymys oli samasta tosiseikastosta.

mitä ovat rikosasiaan rinnastettavat asiat tai mitä prosessin vaihetta tarkoitetaan. Mikäli sanamuoto olisi jäänyt mietinnön mukaiseksi, olisi sen tulkinta Engel-kriteerien[1538] soveltamistilanteissa nimenomaan sulkenut laajennoksen ulkopuolelle ne hallinnolliset prosessit, joihin säännös piti kohdistaa, jolloin laajennoksen varsinainen merkitys olisi osin kadonnut.[1539] Toinen, ei pelkästään selkiyttävä vaan myös hyödyntämiskiellon alaiseksi kuuluvia todisteiden piiriä laajentava, muutos tehtiin todisteen hankkimistapaan. Mietinnössä todisteen hankkimistapa oli ilmaistu *"rangaistuksen tai siihen rinnastettavan seuraamuksen taikka pakkokeinon käyttämisen uhalla"*, mutta hallituksen esitys ja lopullinen lain sanamuoto lavensi tätä kattamaan pakkokeinon käyttämisen uhalla ja muutoin vastoin henkilön tahtoa hankitut todisteet.[1540]

Asiallisen yhteyden täyttymiseksi todisteen on tässä muussa prosessissa kuin rikosprosessissa oltava hankittu pakkokeinon käyttämisen uhalla tai muutoin vastoin kuultavan tahtoa. Säännös ei siis koske esitutkintaviranomaisen käyttämiä pakkokeinoja. Ainoastaan esimerkiksi ulosottoprosessissa pakkokeinojen käyttäminen voi johtaa siihen, ettei aineistoa voi käyttää rikosprosessissa hyödyksi, mutta esitutkinnassa poliisin hankkimia todisteita puolestaan saadaan käyttää ulosottoprosessissa.[1541] Pölönen ja Tapanila ovat kuitenkin tulkinneet, oletettavasti mietinnön sanamuodon perusteella, että asiallisen yhteyden vaatimus rajaa hyödyntämiskieltosäännöksen ulkopuolelle myös tilanteet, joissa henkilö antaa sellaisia tietoja, joihin asetettu hallinnollinen pakko ei kohdistu. Lähtökohtaisesti tällaisissa tilanteissa hyödyntämiskieltosäännös ei tule sovellettavaksi, ellei hallinnollisen pakon käyttämiseen liity toimivallan ylittämistä tai henkilön erehtymistä pakon laajuudesta viranomaisesta johtuvasta syystä.[1542]

Ajallinen yhteys on OK 17:25.2:ssa ilmaistu näin: *"[– –] jos hän oli tällöin epäiltynä tai vastaajana rikoksesta taikka esitutkinta tai oikeudenkäynti oli vireillä rikoksesta, josta häntä syytetään, [– –]."* Edellytys täyttyy ensinnäkin, jos rikosasia oli vireillä, kun siinä epäilty tai vastaajana ollut henkilö itse antoi hallinnollisessa menettelyssä lausuman tai muun todisteen.[1543] Hallituksen esityksen mukaan *"ajallinen yhteys voi ilmetä joko niin, että henkilö on epäiltynä tai vastaajana silloin, kun hän on hallinnollisessa menettelyssä joutunut antamaan myös asianomaisen rikosasian kannalta merkityksellisiä tietoja tai niin, että henkilö ei ole epäillyn tai vastaajan asemassa,*

1538 Ks. jakso 2.4.1.

1539 Ongelmia olisi voinut aiheutua myös oikeuskäytännössä, koska Engel-kriteerien mukainen prosessien määritteleminen ei istu kotimaiseen hallinto- ja rikosprosessin erilliseen menettelysääntelyyn, vaan se on tarkoitettu ihmisoikeuksien ulottuvuuden määrittelyyn universaalimmin.

1540 Tähän otti kantaa myös lakivaliokunta, ks. LaVM 19/2014 vp, s. 19.

1541 Ks. esim. Vuorenpää 2020, s. 105–106.

1542 Pölönen – Tapanila 2015, s. 330–331.

1543 Menettelyjen välistä ajallista yhteyttä EIT on edellyttänyt ratkaisuissa Marttinen v. Suomi (21.4.2009) ja Elomaa v. Suomi (16.3.2010).

*mutta rikosoikeudenkäynti on kuitenkin odotettavissa silloin, kun henkilö antaa tietoja hallinnollisessa menettelyssä*". Näin ollen ensimmäinen kohta edellyttää, että henkilön asema esitutkinnassa on muodollisesti epäilty eli esitutkinta (tai oikeudenkäynti) on vireillä samaan aikaan kun tietoja hallinnollisessa menettelyssä annetaan. Toinen kohta puolestaan tarkoittaa, että edes esitutkinta ei vielä ole vireillä, kun tietoja hallinnollisessa menettelyssä annetaan, mutta myöhemmin esitutkinta aloitetaan rikoksesta, jossa myös syyte nostetaan. Tällöin edelleen myös asiallisen yhteyden tulee täyttyä.[1544] Ajallinen yhteys voi täyttyä myös silloin, kun henkilö ei ole vielä rikoksesta epäillyn asemassa, mutta hallinnollisen pakon käyttämisen aikana on rikosprosessin kohteeksi joutuminen asiallisen yhteyden täyttävässä menettelyssä odotettavissa. Tällöin ei edellytetä edes sitä, että henkilö olisi esitutkintaviranomaisen tutkinnan kohteena, vaan riittävää on, että esitutkinta rikoksesta on aloitettu hallinnollisen pakon ajankohtana.[1545]

Käytännössä säännös sisältää myös henkilöllisen rajauksen, koska se sulkee OK 17:18:ssä säädetyn läheisen antaman lausunnon hyödyntämiskiellon ulkopuolelle. Todistelutoimikunnan mietinnön ja hallituksen esityksen, joka lopulta päätyi sellaisenaan lakiin, välillä tehtiin lisäys hyödyntämiskiellon soveltamisalaan kuuluvan todisteen antajan asemasta. Ajallisen ja asiallisen yhteyden lisäksi myös henkilöllisen yhteyden tulee täyttyä tilanteessa, jossa rikosasiassa hyödyntämiskiellon soveltamiseksi annetaan itsekriminoiva todiste hallinnollisessa menettelyssä. Henkilön, joka muussa menettelyssä antaa tietoja, jotka ajallisesti ja asiallisesti ovat rikosasiaan yhteydessä, tulee olla sama, joka on myös rikosasiassa epäiltynä tai syytettynä. Näin ollen hyödyntämiskielto ei koske tilannetta, jossa muu henkilö kuin rikoksesta epäilty tai syytetty antaa tietoja hallinnollisessa menettelyssä. Hyödyntämiskielto rikosasiassa syntyy vain silloin, kun sama henkilö on antanut muussa menettelyssä todisteita, jotka ovat rikosasian kanssa asiallisessa ja ajallisessa yhteydessä.[1546]

---

1544 HE 46/2014 vp, s. 90–91. Ks. ajallisesta yhteydestä esim. Weh v. Itävalta (8.4.2004), jossa EIT katsoi, että auton omistajan velvollisuus ilmoittaa omistamansa ajoneuvon kuljettaja tiettynä ajankohtana ei käsittänyt itsekriminoivien tietojen antamista, kun valittajaa ei edes epäilty ylinopeudesta eikä siten odotettavissa ollut oikeudenkäyntiä. Ratkaisussa J.B. v. Sveitsi (3.5.2001) EIT on tulkinnut ajallista yhteyttä joustavammin ja ulottanut itsekriminointisuojan ajallisesti aikaisempaan ajankohtaan. EIT on kuitenkin todennut myöhemmin ratkaisussa Elomaa v. Suomi (16.3.2010), että ratkaisu J.B. v. Sveitsi (3.5.2001) on ollut poikkeuksellinen, koska siinä menettelyt palvelivat sekä verojen määräämistä että veronkorotuksen ja sakon määräämistä.

1545 Pölönen – Tapanila 2015, s. 331.

1546 Edellä vapaan todistelun rajoituksia koskevassa osiossa (jakso 8.6) itsekriminointisuojan ja läheiskriminointisuojan sisältö sekä niiden rikosprosessin sisäinen ulottuvuus on avattu yksityiskohtaisesti. Tässä yhteydessä on kuitenkin keskeistä huomauttaa siitä, että itsekriminointisuoja antaa vaitiolo-oikeuden, mitä oikeutta käyttämällä henkilö rajoittaa vapaata todistelua. Itsekriminointisuojaan perustuva vaitiolo-oikeus on henkilön oma valinta, myös silloin kun kysymyksessä on läheiskriminointisuoja. OK 17:25.2:ssa säädetyn laajennoksen osalta asia on samoin, koska hyödyntämiskelvottomuus on prosessien ajallisen ja asiallisen yhteyden lisäksi kiinnitetty arviointiin siitä, olisiko todisteen hankkiminen rikosasiassa olisi ollut vastoin OK 17:18:ää. Läheiskriminointisuoja kuuluu rikosasioiden osalta saman sääntelyn

Yhteenvedonomaisesti voidaan todeta, että OK 17:25.2 toimii palomuurimallin mukaisesti. Tietoa siis voidaan toisessa prosessissa vaatia pakolla, mutta sitä ei voi hyödyntää rikosprosessissa. Toinen vaihtoehto olisi poistaa pakko, mutta se heikentäisi hallinnollisen menettelyn tarkoitusta, jolloin käytännössä ainoa riittävä palomuuri on hyödyntämiskielto.[1547] OK 17:25.2 koskee kuitenkin vain tuomioistuinmenettelyä: tuomioistuin ei saa hyödyntää todistetta rikosasiassa, mutta tietoja saa hyödyntää muussa prosessissa.[1548] Ajallisen ulottuvuuden osalta Vuorenpää on huomauttanut, että sanamuodosta huolimatta siviilikuultava voi saada itsekriminointisuojan jo ennen epäillyksi tulemista rikosasiassa, jos häntä myöhemmin syytetään siviilikuulemisen aikaan vireillä olleessa rikosasiassa.[1549] Toisin sanoen riittää, että poliisilla on rikosasia tutkittavana siviilikuulemisen aikaan eli esitutkinta on aloitettu, mutta merkitystä ei ole sillä, onko siviilikuultava vielä tuossa vaiheessa edes yhdistettynä tutkittavaan juttuun. Alkamishetki voi muodostua siitä huolimatta epäselväksi, koska sen määrittäminen, milloin esitutkinta on alkanut, voi aiheuttaa ongelmia erityisesti siksi, että esitutkintaviranomaisilla ei ole velvollisuutta kirjata esitutkinnan alkamista.[1550] Kuitenkin on huomattava, että itsekriminointisuojaa ei loukkaa se, että esitutkinta alkaa siviilikuulemisen jälkeen. Tällöin lausuntoa voidaan käyttää rikosprosessissa hyödyksi ja rikosprosessi voi suorastaan käynnistyä siviilikuulemisessa annetun tiedon perusteella. Tätä ei itsekriminointisuojaan liittyvällä hyödyntämiskiellolla ole ollut tarkoitus estää, koska tällöin suoja tekisi siviiliprosessin kuulemisen tarpeettomaksi, kun jokainen voisi siitä pelkän itsekriminointisuojaväitteen nojalla kieltäytyä.[1551]

---

piiriin, pois lukien tilanteet, joissa läheisellä ei laisinkaan olisi ollut OK 17:18:n mukaista vaitiolo-oikeutta. Läheiskriminointisuoja ei kuitenkaan sovellu hyödyntämiskieltosäännöksen itsekriminointisuojasta annettuun laajennokseen, eikä syytetyn läheisen muussa prosessissa kuin rikosprosessissa annettuja läheiskriminoivia lausuntoja aseteta hyödyntämiskieltoon. Laajennos on sanamuotonsa mukaisesti osoitettu vain epäiltynä tai vastaajana rikosasiassa olevan henkilön antamiin lausumiin. HE 46/2014 vp, s. 91. Ks. myös KKO 2010:41 ja KKO 2012:16, joista ensimmäisessä vastaavalla henkilöllisen ulottuvuuden tulkinnalla on EIT:n ratkaisussa Huhtamäki v. Suomi (24.9.2012) katsonut etteivät itsekriminointisuojan antamisen edellytykset täyty.

1547 Ks. Virolainen – Pölönen 2004, s. 317. Ks. myös Marttila (2012, s. 916–921), joka on esittänyt ratkaisuksi konkurssimenettelyissä joko palomuurimallia ja vaitiolomallia.

1548 Vuorenpää (2020, s. 102) pohtii myös, soveltuuko säännös sanamuodon mukaan vain tuomioistuimessa sovellettavaksi. Sinänsä kaikki todistamis- ja hyödyntämiskiellot on otettava huomioon prosessin aiemmissa vaiheissa, mutta mielestäni tuomioistuin on oikea taho arvioimaan asiallisen ja ajallisen yhteyden olemassaoloa.

1549 Vuorenpään (2020, s. 102–103) mukaan säännöksessä olisi ollut syytä olla sana "*myöhemmin*" sanan "*syytetään*" edessä. Vuorenpään mukaan itsekriminointisuojan ulottuvuus on näin ollen laajempi kuin ratkaisun KKO 2009:80 ajallinen ulottuvuus osoittaa.

1550 Vuorenpää 2020, s. 102–103; Mantila 2020, s. 150 ja Laapas 2022, s. 228.

1551 Ks. laajemmin Vuorenpää 2020, s. 105–106.

Esimerkiksi verotusmenettelyssä voi käydä niin, että ajallinen yhteys verotarkastuksen ja rikosprosessin osalta ei täyty, koska rikosprosessia ei ole vielä vireillä verotarkastuksen aikaan. Laapaksen mukaan verovelvollinen voisi tässä tapauksessa saada itsekriminointisuojaa ja olla oikeutettu vaitioloon verotarkastuksessa. Hän kuitenkin huomauttaa, että samanaikaisuusvaatimuksesta luopuminen voi aiheuttaa haasteita verotusmenettelyn toimittamiselle, erityisesti jos verovelvollinen luo keinotekoisia itsekriminointitilanteita.[1552]

## 9.4 Hyödyntämiskiellon yleissäännös

OK 17:25.3 on yleissäännös lainvastaisesti saadun todisteen hyödyntämiskiellosta. Toisin kuin toinen momentti ja samoin kuin ensimmäinen, se koskee niin riita- kuin rikosasioita. Sen mukaan tuomioistuin saa hyödyntää myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jollei hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista. Tässä sen tulee ottaa huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet. Kyseessä on kokonaisharkintaa edellyttävä säännös, jonka harkintaperusteet on yksilöity. Huomioon otettavien seikkojen lista ei kuitenkaan ole tyhjentävä, jolloin tuomioistuin voi huomioida päätöksessään myös muita olosuhteita. Yleissäännöksen soveltamisen piiriin kuuluva laittomasti hankittu todiste on asetetun pääsäännön mukaisesti hyödyntämiskelpoinen.[1553]

Todistelutoimikunnan mietinnössä (OK 17:25.2) ja hallituksen esityksessä (OK 17:25.3) hyödyntämiskiellon yleissäännös oli kirjattu seuraavaan muotoon: ”*Tuomioistuimen on jätettävä hyödyntämättä lainvastaisesti hankittu todiste myös, jos siihen on painavat syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet*.”[1554] Säännös muuttui kuitenkin hallituksen esityksen jälkeen lähtökohdiltaan. Voimaantullut säännöksen alkuosa muutettiin seuraavaan muotoon: ”*Muussa tapauksessa tuomioistuin saa hyödyntää myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jollei hyödyntäminen*

1552 Laapas 2022, s. 224–233. Laapaksen mukaan verotusmenettely ei kuitenkaan estyisi, vaikka verovelvollinen loisi keinotekoisia itsekriminointitilanteita, sillä menettelyssä on mahdollista käyttää myös muita kuin verovelvollisen itsensä antamia selvityksiä.

1553 Lakivaliokunnan (LaVM 19/2014 vp, s. 6–7) mukaan lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämiskielto voi tulla kyseeseen vain hyvin poikkeuksellisissa tilanteissa. Aivan näin asia ei kuitenkaan ole, vaan kysymys on kokonaisharkinnasta, jossa sekä hyödyntämistä puoltavia että sitä vastaan puhuvia seikkoja on arvioitava. Olennaista on muistaa lisäksi, että ylipäänsä kiduttamisen kieltoa rikkoen hankittua todistetta lukuun ottamatta laittomasti hankittu todiste on hyödynnettävissä rikosasiassa syytetyn syyttömyyttä tukevana. Ks. HE 46/2014 vp, s. 93.

1554 OMML 69/2012, s. 122 ja HE 46/2014 vp, s. 93

*vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista [– –].*"[1555] Loppuosan harkinnassa huomioon otettavien seikkojen listaus ei sen sijaan muuttunut. Muutos on ainakin periaatteellisesti olennainen, sillä nyt lainsäätäjä teki tietoisen valinnan siitä, että hyödyntämiskieltosäännöksen muita kuin 1 ja 2 momenteissa erikseen säädettyjä hyödyntämiskieltotilanteita tuomioistuin arvioi siten, että lähtökohtaisesti lainvastaisestikin hankittu todiste on hyödyntämiskelpoinen.[1556] Lainvastaisesti saadun todisteen hyödyntämiskiellon harkinnassa punnitaan kaikkia asiaan vaikuttavia seikkoja sekä asian selvittämisintressin puolesta että hyödyntämisen epäedullisten vaikutusten osalta. Laittomasti hankittu todiste voi olla merkittävä asian ratkaisemisen kannalta, mutta toisaalta sen hyödyntäminen voi loukata perus- ja ihmisoikeuksia, henkilön oikeusturvaa tai hänelle muutoin kuuluvaa oikeutta.

Uuden sanamuodon oli tarkoitus supistaa hyödyntämiskieloon soveltamisalaa verrattuna hallituksen esityksessä käytettyyn sanamuotoon.[1557] Käytännössä säännöksen tarkoitus ei muuttunut, vaan ainoastaan sen sanamuoto muutettiin vastaamaan tarkoitettua eli korostamaan myös laittomasti hankitun todisteen hyödyntämiskelpoisuutta. Olennainen muutos yleissäännöksen soveltamiseen tuli painavien syiden poistamisella ja ottamalla tilalle arvioitavien olosuhteiden oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumiseen vertaamisen. Tämä on oikeusvarmuudeltaan ja yhdenmukaiselta soveltamiseltaan parempi kriteeri, koska "*painavat syyt*" -käsitteen arviointi on punnintamallien vaihtelevuuden vuoksi tapauskohtaista ja voi itsessään vaatia todistelua.[1558] Sanamuotovalinta korostaa myös sitä, että hyödyntämiskieltoharkinnassa on nimenomaisesti arvioitava prosessin oikeudenmukaisuuden turvaamisen mahdollisuuksia ratkaistavassa yksittäistapauksessa. Painavia syitä voi yksittäistapauksissa nimittäin olla argumentoitavissa paljon muitakin kuin ainoastaan oikeudenmukaisuuteen liittyviä. Tällöin olisi vaarana, että tapauskohtaiset ja subjektiiviset olosuhteet saisivat turhan suuren painoarvon, kun tavoitteena hyödyntämiskielloilla kuitenkin on koko prosessin oikeudenmukaisuuden tarkastelu. Näin ollen muutettu sanamuoto selkiyttämisen lisäksi myös kaventaa mahdollisuutta asettaa hyödyntämiskielto, koska harkinnan perusteluiden tulisi noudattaa EIT:n ratkaisukäytäntöä.[1559]

---

1555 Tätä sanamuotoa esitettiin lakivaliokunnan mietinnössä LaVM 19/2014 vp, s. 20. Valiokunnan ehdotus perustui siihen, että hyödyntäminen on pääsääntö ja hyödyntämiskiellon asettaminen poikkeus.

1556 LaVM 19/2014 vp, s. 20.

1557 LaVM 19/2014 vp, s. 21.

1558 Raution ja Fränden (2016, s. 180–181) mukaan omaksutusta sääntelyratkaisusta seuraa ongelmia, koska hallituksen esityksen muotoilu ja lakivaliokunnan huomioin muutettu säädöksen sanamuoto poikkeavat toisistaan. Hallituksen esitys edellyttää hyödyntämiskiellon asettamiseksi painavia syitä, joita on avattu varsin seikkaperäisesti, kun taas lakiteksti edellyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumisen, vaikka arvioitavat kriteerit ovat molemmissa samat. Lakivaliokunta katsoi, ettei hyödyntämiskieltoa tule asettaa laajemmin kuin EIT on ratkaisukäytännössä määrittänyt, mutta ei kuitenkaan muuttanut hallituksen esityksen poikkeavan sanamuodon harkintakriteereitä, vaan asetti samoilla "*painavien syiden*" kriteereillä arvioitavaksi sen, vaarantuuko oikeudenmukainen oikeudenkäynti.

1559 Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 21.

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen täyttymisen arviointi on tapauskohtaista arviointia, mutta sille on oikeussääntö EIS 6 artiklassa ja runsaasti EIT:n tulkintalinjauksia. Hyödyntämiskieltoa ei tule asettaa laajemmin kuin EIT on ratkaisukäytännössä määrittänyt olevan välttämätöntä. Rautio ja Fränden mukaan tuomioistuin voi säännöksen perusteella hyödyntämiskieltoharkintaa tehdessään katsoa, että jos ihmisoikeustuomioistuin todennäköisesti päätyisi vastaavassa tapauksessa hyödyntämiskiellon asettamiseen, on perusteltua katsoa, että todisteen hyödyntäminen johtaisi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumiseen.[1560] EIT:n oikeuskäytännössä on kehitetty useita kriteereitä, joilla arvioidaan myös hyödyntämiskiellon soveltamisen rajoja. Oikeudenkäyntiä ja pääkäsittelyä edeltävänä aikana saadut lainvastaisesti tai mielivaltaisesti hankitut todisteet voivat vaikuttaa siihen, saako vastaaja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin, jos todisteita käytetään häntä vastaan.[1561]

Beilingin mukaan todisteiden hankkimisen oikeudellisilla rajoituksilla on pakottava luonne, jolloin laittomasti hankittuja todisteita ei voi tuoda tuomioistuimeen. Niitä ei ainakaan voi ottaa huomioon todistusharkinnassa, ja jos ne olisi otettu huomioon, viime kädessä tuomio olisi kumottavissa.[1562] Pidän Beilingin johtopäätöstä Suomessa sovellettavana siltä osin, kuin kysymys on todistamiskieltonormien tai OK 17:25.1 ja 2:n rikkomisesta. Sen sijaan muun laittoman hankkimistavan osalta en katso määritelmää täsmälliseksi, koska sellainen johtaisi OK 17:25.3:n mukaisen hyödyntämiskiellon asettamisen arvioimiseen, missä on kysymys kokonaisharkinnasta. Säännös ei osoita ilman hyödyntämisratkaisun tekemistä sellaista ylimääräisen muutoksenhaun edellyttämää virhettä, jonka voitaisiin sanoa aina johtavan tällaisiin oikeusvaikutuksiin, vaan pääsääntönä laittomasti hankitun todisteen osalta on hyödyntämiskelpoisuus.[1563] OK 17:25.3 ei kuitenkaan rakennu vallitsevalle ideologialle siitä, että kielto seuraisi vain vakavalla tavalla perus- ja ihmisoikeuksia loukkaavasta menettelystä, vaan se voi seurata eri vakavuusasteilla oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä vaarantavasta lainvastaisesta toiminnasta. Lainvastaisuuden ollessa näin laveasti määritelty ovat loukkauksetkin eri tasoisia.

---

1560 Rautio – Frände 2016, s. 185–186.

1561 Näistä keskeisimmät: Furcht v. Saksa 23.10.2014, Jalloh v. Saksa (11.7.2006); Othman (Abu Qatada) v. Yhdistynyt kuningaskunta (9.5.2012) ja Heino v. Suomi (15.2.2011).

1562 Beiling 1903, s. 30–31.

1563 Tässä on syytä tehdä eräs havainto termistöstä. Saksassa on sekä hankintasäännöksistä johdettuja esittämiskieltoja että niistä riippumattomia kieltoja, joilla on itsenäinen perusta siinä mielessä, että ne eivät liity jonkin hankintanormin rikkomiseen. Riippumattomat todistamiskiellot seuraavat suoraan normista, joka johtuu esimerkiksi yksityisyyteen liittyvästä perustuslaillisesta suojasta, mutta käsitteellisesti se sisältää myös lakisääteisiä todistamiskieltoja. Ks. myös Lundqvist 1998, s. 28–30, jonka mukaan monet todisteiden hankkimista rajoittavat normit on säädetty ensisijaisesti yksityisyyden suojan varmistamiseksi laajassa merkityksessä, jolloin sama suojelutarkoitus voi johtaa myös itsenäiseen, hankkimistavan laittomuudesta sinänsä riippumattomaan kieltoon. Totean, että eri maiden tosiasiallisesta hyödyntämisproblematiikasta ja todistamiskieltojen merkityksestä ei voi tehdä kovinkaan laajaa johtopäätöstä termistöön perustuen, vaan on hedelmällisempää tarkastella kieltonormeja suojelutarkoituksen kautta.

> Tällöin voidaan palata siihen oikeuslähdehierarkiataustaiseen näkökulmaan, jossa perus- ja ihmisoikeuden ydinalue tulisi olla koskematon. Jos menettely hankkimistavassa rikkoo jonkin muun perus- ja ihmisoikeuden kuin EIS 6 artiklan ydinaluetta, rikkonee se myös oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä. Tällöin EIT:n oikeuskäytännön nojalla todiste olisi asetettava hyödyntämiskieltoon. Mikäli puolestaan menettely rikkoo jonkin ihmis- ja perusoikeuden reuna-aluetta, voidaan harkinnassa päätyä myös toisenlaiseen lopputulemaan. Mikäli lainvastaisuus puolestaan on menettelysäännösten rikkomista oikeuslähdehierarkialtaan tätä alemmissa normiluokissa, hyödyntämiskelvottomuus olisi harvinaisempaa. Viime kädessä voidaan todeta, että puhtaan menettelynormin rikkomisen ei pitäisi johtaa hyödyntämiskiellon asettamiseen.

Huomionarvoista yleissäännöksessä on se, että se ei koske 1 ja 2 momenteissa erikseen säädettyjä hyödyntämiskieltoon johtavia tilanteita. Se ei koske myöskään OK 17 luvussa todistamiskieltonormeiksi, eli vaitiolovelvollisuuden ja vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämiseen, säädettyjä tilanteita. Hyödyntämiskiellon yleissäännös voi tulla arvioitavaksi ehdollisten todistamiskieltosäännösten kohdalla, jos vaitiolovelvollisuus tai -oikeus murretaan. Samoin on asia käyttökieltosäännösten mahdollistamissa tilanteissa, joissa esimerkiksi yksityisluonteinen kirjallinen kertomus onkin poikkeuksellisesti todisteena sallittu. Tällaisessa tilanteessa, jos todiste on hankittu muulla tavoin kuin kieltosäännöksen tarkoittamalla tavalla lainvastaisesti, voi tuomioistuin lähtökohtaisesti osapuolen vetoamisen perusteella arvioida, täyttyvätkö hyödyntämiskiellon yleissäännöksen kriteerit. Käytännössä arvioinnin tekeminen jää tuomioistuimelle, mitä säännöksen sanamuotokin lähtökohtaisesti on tarkoittanut. Tällöin hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltaminen tulee esille vasta oikeudenkäynnissä. Mikäli tuomioistuin katsoo, etteivät hyödyntämiskiellon asettamisen edellytykset täyty, olipa kysymyksessä minkä tahansa lainvastaisen hankintamenettelyn tilanne, se arvioi todisteen näyttöarvon vapaassa todistusharkinnassa normaalein näytönarvioinnin menetelmin. Tällöin pelkästään se seikka, että on arvioitu hyödyntämiskiellon olemassaoloa, ei vähennä todisteen näyttöarvoa.

Lähtökohtainen hyödynnettävyysolettama säännöksen soveltamisalaan jäävissä tilanteissa johtuu siitä, että hyödyntämiskiellon tarkoitus ei ole toimia sanktiona viranomaiselle tämän toiminnan ylittäessä laissa säädetyt valtuudet todisteiden hankinnassa. Lainvastaisin metodein hankittu todiste on kuitenkin olemassa, ja mikäli hankkimistapa ei vaikuta sen sisältöön ja näyttöarvoon, kyseessä on enemmälti menettelyllinen virhe.[1564] Sen todistusoikeudelliseen arviointiin ei ole yksioikoista

1564 Kyseessä voi toki olla myös virkavelvollisuuden rikkominen. Suomessa virkavirheet käsitellään virkamies- ja rikosoikeudellisin keinoin. Muotovirheiden, ellei niihin liity esimerkiksi pakkokeinoja, joiden edellytykset puuttuvat kokonaan, ei pitäisi johtaa hyödyntämiskieltoon. Ks. OMML 69/2012, s.

vastausta, vaan tarkasteltavaksi tulee juuri se, onko tällainen virheellinen menettely johtanut siihen, ettei oikeudenkäynti ole oikeudenmukainen. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin käsitteessä on huomioitava, että kysymys on kokonaisuudesta. Pelkästään yksi lainvastaisesti hankittu todiste, silloin kuin kysymyksessä ei ole elementaarisiksi kutsutuista todistusmetodikieltotilanteista, ei tyypillisesti johda lopputulokseen, jossa koko oikeudenkäynti muuttuisi epäoikeudenmukaiseksi.

Yleisäännöksen soveltamisen voi jakaa kolmeen eri vaiheeseen. Ensiksi ratkaistaan säännöksen soveltuvuus eli se, ettei kysymys ole OK 17 luvun todistamiskieltosäännösten tai OK 17:25.1 tai 2:n hyödyntämiskieltosäännösten soveltamistilanteesta. Toiseksi tehdään arviointi todisteen hankkimistavan lainvastaisuudesta ja kolmanneksi arvioidaan sitä, vaarantaako hyödyntäminen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista.

### *9.4.1 Lainvastaisuus hankkimistavassa*

Hyödyntämiskiellon yleissäännös koskee muuta lainvastaisuutta kuin OK 17 luvussa säädettyjä vaitiolovelvollisuuksia ja -oikeuksia tai hyödyntämiskieltosäännöksen kahden ensimmäisen momentin tarkoittamia tilanteita. Lainvastaisuus voi ilmetä rangaistavaksi säädettynä menettelynä tai sellaisena prosessuaalisessa tai aineellisessa lainsäädännössä kiellettynä menettelynä, johon on liitetty muunlainen sanktio tai jota ei ole sanktioitu lainkaan.[1565] Usein tuomioistuimen on tehtävä päätös hyödyntämiskiellosta ennen kuin itse hankintamenettelyn laillisuus on arvioitu. Käytännössä tuomioistuimen on ratkaistava, onko todisteiden hankinnassa tapahtunut oikeudenloukkaus ennen kuin mahdollinen oikeudenkäynti oikeudenloukkauksesta on edes käyty.[1566]

Lainvastaisella todisteiden hankinnalla viitataan tilanteisiin, joissa normeja, jotka säätelevät todisteiden keräämistä, on rikottu. Rikkomus ei kuitenkaan aina ole suoraan yhteydessä laissa säädettyyn hankintatavan rikkomiseen, vaan pikemminkin oikeusnormien rikkomiseen laajemmassa mielessä. Termillä ”*laki*” tarkoitetaan kaikkia yleisiä määräyksiä, joita pidetään oikeudellisesti sitovina.[1567] Käsite sisältää eduskuntalain, lakia alemman asteiset kansalliset säädökset, EU-lainsäädännön ja Suomea sitovat kansainväliset sopimukset. Lainvastaisuuden ulottuvuus on määritelty laajasti, koska sen on tarkoitus vastata OK 31 luvussa säädettyä purkuperustetta

122–123.

1565 HE 46/2014 vp, s. 92.

1566 Vuorenpään mukaan tuomioistuimen ei ole tällöin mahdollista perusteellisesti tutkia, onko todisteet hankittu lainvastaisesti. Usein tuomioistuin nojaa olettamukseen, että oikeudenloukkaus on todennäköisesti tapahtunut. Tämä olettamus voi johtaa prosessuaalisiin ongelmiin, kuten ylimääräiseen muutoksenhakuun. Esimerkiksi, jos tuomioistuin asettaa hyödyntämiskiellon oletetun oikeudenloukkauksen perusteella ja myöhemmin tähän loukkaukseen liittyvä syyte hylätään, tai päinvastaisessa tilanteessa, jos tuomioistuin ei aseta hyödyntämiskieltoa ja myöhemmin todetaan, että todisteet on hankittu lainvastaisesti. Ks. tarkemmin Vuorenpää 2020, s. 125–126 ja Vuorenpää 2023a.

1567 Laiton hankinta käsitetään laajassa merkityksessä. Ks. esim. Eckhoff 2001, s. 39.

siltä osin kuin kysymyksessä on väärä lainsoveltaminen.[1568] Väärää lain soveltamista purkamisperusteena voi osoittaa myös KKO:n prejudikaatin tai EIT:n ratkaisun vastaisesti toimiminen.[1569] Määritelmä tunnustaa, että sama hankintatoimenpide voi olla laitonta tietyssä kontekstissa, mutta ei toisessa. Oikeusnormien rikkomisen vaikutus todisteiden hyödyntämiskieltoon riippuu siitä, miten näitä normeja sovelletaan ja tulkitaan kussakin tapauksessa.[1570]

Laittomasti hankitut todisteet ovat erityisessä suhteessa laittomaan toimintaan ja todisteen hankinnan sekä laittoman toiminnan välillä on oltava syy-yhteys.[1571] Lundqvistin mukaan todisteiden hankkimisen ja oikeudenkäynnin välillä on lisäksi oltava ajallinen ja toiminnallinen yhteys.[1572] Todisteiden hankintanormit, jotka sääntelevät hankkimisen laillisuutta, voidaan Torgersenin mukaan jakaa kahteen päätyyppiin: velvollisuusnormeihin ja pätevyysstandardeihin. Velvollisuusnormit, kuten kuulustelun suorittamista koskevat metodinormit tai rikoslain tunnusmerkistöt, sisältävät yleisiä kieltosäännöksiä, jotka rajoittavat toimintavapautta ja siten myös todisteiden hankkimisvapautta. Pätevyysstandardit, kuten pakkokeinot, puolestaan mahdollistavat poikkeuksen yleisistä kieltoista lupamenettelyn kautta. Tällöin hankkimiskiellot rajoittavat todisteiden saatavuutta, mutta luvanvaraiseksi asetettu poikkeaminen hankkimiskiellosta laajentaa todisteiden saatavuutta. Velvollisuusnormien rikkominen johtaa hankkimisen lainvastaisuuteen, mutta pätevyysnormien rikkominen ei automaattisesti tarkoita hankkimistavan laittomuutta.[1573]

---

1568 OMML 69/2012, s. 122 ja HE 46/2014 vp, s. 93 mukaan myös tavanomainen oikeus, niin sanottu maan tapa, voisi tulla kysymykseen. Todisteen hankintatapana tällainen totuttuun käytäntöön perustuva oikeuslähde, joka ei osoittaisi mitään säädännäisen oikeuden vastaisuutta edes viranomaisen menettelynä, on harvinainen. Ks. maan tavan oikeuslähdestatuksesta tarkemmin jaksossa 1.1. Purkuperusteessa lakia olisi oltava sovellettu selvästi väärin, jolloin sovellettu säännös ei voi olla myöskään tulkinnanvarainen tai sisältää tuomioistuimen harkintavaltaa. Tuomion purkaminen edellyttää, että tuomiosta ilmenevä lain soveltaminen on kiistattomasti ristiriidassa sen oikeustilan kanssa, joka vallitsi tuomion antamishetkellä. Ks. KKO 2009:80 kohta 6, KKO 2011:43 kohta 13, KKO 2017:6 kohta 20 ja KKO 2022:77 kohta 16. Huomioitava kuitenkin, että purkuperusteena *"lailla"* viitataan aineelliseen sääntelyyn, ei prosessisäännöksiin. Ks. rikosasioissa Hiivanainen 2018, s. 153 ja riita-asioissa Vähätalo 2017, s. 510.

1569 Näihin ei kuitenkaan ole otettu kantaa esitöissä, mutta samoin perustein kuin jaksossa 2.4.4 määritelty ja ratkaisuissa KKO 1995:95, KKO 2007:36 ja KKO 2009:80 EIT:n ratkaisukäytännön perusteella tulkittu, ne voivat joissain tilanteissa osoittaa purkuperusteen. Fredmanin (2021, s. 1025) mukaan lakiin voidaan tässä suhteessa rinnastaa myös vakiintunut ja johdonmukainen oikeuskäytäntö.

1570 Torgersen 2009, s. 7.

1571 Torgersen 2009, s. 5.

1572 Lundqvist 2018, s. 257.

1573 Ks. Torgersen (2009, s. 6), jonka mukaan tilanne todisteen hankkimisessa voi vaihdella siitä, että todiste jälkikäteen arvioituna olikin lainvastaisesti hankittu, esimerkiksi pakkokeino oli mitoitettu lainvastaisin perustein tai hankittu todiste ei kuulunutkaan käytetyn pakkokeinon piiriin tahi kotietsinnässä ei ole noudatettu menettelysäännöksiä, siihen, että todisteen hankkimisessa on tietoisesti laiminlyöty lainsäädännön noudattaminen, esimerkiksi tehden kotietsintä kokonaan ilman lupaa. Olipa lainvastaisuus mitä luokkaa tahansa, keskeinen kysymys on, onko lainvastainen toiminta muuttanut todistetta. Mikäli näin on, ei sellaiselle todisteelle ole luotettavuuden puuttuessa mahdollista antaa painoarvoa, jolloin sen hyödyntämiskelpoisuuskin on kyseenalainen.

Esimerkiksi jos pakkokeinon toimittavalla taholla ei ole muodollista toimivaltaa tietyssä tilanteessa, mutta tällainen toimivalta olisi ollut esimerkiksi luvan tai päätöksen saamisella kyseisessä tilanteessa kyseiselle taholle hankittavissa, kysymyksessä voi olla puhdas menettelynormi, jonka rikkominen ei tee hankkimisesta sinänsä laitonta. Näiden erottaminen velvollisuusnormeista onkin tärkeää OK 17:25.3:n sanamuodon kannalta, kun arvioidaan hankintatavan lainvastaisuutta. Asiassa on kuitenkin erotettava esimerkiksi yksityishenkilön suorittamat todisteiden hankinnat eli tilanteet, joissa yksityinen on käyttänyt ainoastaan viranomaiselle kuuluvaa toimivaltaa, jolloin hankkiminen ei olisi ollut yksityiselle edes muodollisen luvan saamisella sallittua tai mahdollista. Säännöksen soveltamisalaan kuuluvat todisteet riippumatta siitä, kuka lainvastaista hankintaa suoritti.[1574]

Myös EIT on korostanut, että todisteiden hyödyntämiskelvottomuus pätee myös silloin, kun yksityishenkilö on hankkinut todisteet, jolloin esimerkiksi yksityisen suorittama kuulustelu voi loukata oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä.[1575] Hankintatapa on tällöin lainvastainen, vaikka yksityistä eivät koske viranomaisen toimintaa ohjaavat oikeussäännöt. Myöskään toimeksiannot tai sopimukset henkilön ja viranomaisen välillä eivät muuta tilannetta, jos todisteiden hankkiminen loukkaa perus- ja ihmisoikeuksia tai todisteet ovat muutoin laittomasti hankittuja. Tämä kattaa myös tilanteet, joissa todisteet on hankittu yksityisen omasta aloitteesta. Jos yksityishenkilö on loukannut toisen oikeuksia todisteita hankkiessaan, on hyödyntämiskiellon asettamisen tarkoitus paitsi pyrkiä palauttamaan oikeustila ennalleen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamiseksi, myös laajemmin ylläpitää oikeusvaltiota, jossa ainoastaan viranomaisella on tarkkaan säädetyt toimivaltuudet puuttua yksityisen oikeuksiin.[1576] Yksityisen käyttäessä viranomaiselle säädettyä toimivaltaa kyseeseen voi tulla lisäksi sikäli laiton hankkimistapa, että yksityisen menettely voi täyttää rikostunnusmerkistön.[1577]

Torgersenin jaottelusta, vaikka se edellä kuvatusti suomalaiseen prosessiin istuu, on kuitenkin tehtävä keskeinen taustahuomio. Norjassa todisteiden laiton hankkiminen ei itsessään ole välttämättä riittävä peruste hyödyntämiskiellolle, kuten ei yleissäännöksen soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa Suomessakaan, vaan kiellon asettaminen edellyttää harkintaa. Norjassa siviiliprosessissa, jossa ei ole säädetty yksityiskohtaisia todisteiden hankkimisen säännöksiä, tosin arvioidaan laittomuuden sijaan sitä, onko todiste hankittu sopimattomalla tavalla tai olisiko todisteen

1574 Ks. Rautio – Frände 2016, s. 311–313 ja Vuorenpää 2018, s. 311–315.

1575 Ks. Schenk v. Sveitsi (12.7.1988), jossa todettiin, että yksityishenkilön suorittamat kuulustelut voivat loukata oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

1576 Ks. Lundqvist 2018, s. 574–577.

1577 Esimerkiksi niin sanottu itsenäinen kotietsintä epäilemättä voi täyttää useammankin tunnusmerkistön samoin kuin salaa kuvaaminen ja äänittäminen todisteiden hankkimiseksi. Vrt. LaVM 19/2014 vp, s. 21.

esittäminen sopimatonta.[1578] Rikosprosessissa puolestaan todisteiden esittämiskiellon säännöt laittomasti hankittujen todisteiden osalta on muodostettu pääasiassa oikeuskäytännön ja oikeusteorian kautta, eivätkä ne ole täysin yksiselitteisiä.[1579]

Avaan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisen harkintakriteerien osalta seuraavaksi lyhyesti yksitellen. Käytän esimerkkinä hyödyntämiskieltoharkinnan näkökulmasta rakenteeltaan erinomaista ratkaisua KKO 2023:14, jonka otsikko on muotoiltu seuraavasti:

> *Syyttäjä oli nimennyt rikosasiassa todisteeksi FBI:n peiteoperaatiossa ns. Anom-puhelimista saatuja viestejä, joiden lähettäjät ja vastaanottajat olivat olleet Suomessa. Korkein oikeus katsoi, että todisteet oli hankittu lainvastaisesti, kun menettelyllä oli puututtu yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suojaan ilman laissa säädettyä perustetta. Todisteiden hyödyntämisen ei kuitenkaan katsottu vaarantavan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista, eikä niitä siten asetettu hyödyntämiskieltoon.*

Ratkaisussa lainvastaisuutta arvioitiin monipuolisesti niin perus- ja ihmisoikeussäännösten, kotimaisen rikosprosessisääntelyn kuin Yhdysvaltojen lakien soveltuvuuden näkökulmasta. Korkein oikeus totesi asiassa olevan riidatonta, että todisteiden hankinnassa oli rikottu PKL:ssa säädettyä luvan hakemista salaisen pakkokeinon käyttöön. Todisteet oli saatettu suomalaiselle viranomaiselle lainmukaisella menettelyllä ja tämän jälkeen viestien käyttämiseen todisteena oli oikeusaputeitse pyydetty ja saatu suostumus Yhdysvalloista (kohta 6). Ulkomaisen todisteiden hankintasääntelyn osalta korkein oikeus katsoi, että EIS 1 artiklan toteutumisen varmistamiseksi Suomesta hankittujen todisteiden hankkimistavan lainmukaisuutta oli arvioitava Suomessa voimassa olevan lainsäädännön ja Suomea sitovien ihmisoikeusvelvoitteiden perusteella (kohta11), eikä Yhdysvaltojen sääntelyllä ole asiassa merkitystä (kohta18). Tämän vuoksi KKO arvioi PL 10.2 §:ssä säädetyn kirjeen, puhelun ja muun luottamuksellisen viestin salaisuuden suojan ja EIS 8 artiklan mukaisen yksityiselämän suojan toteutumista. Sen mukaan jokaisella on oikeus nauttia

---

1578 Ilmaisua "*sopimaton*" käytetään Norjassa joissakin tapauksissa kuvaamaan sellaisia todisteiden hankinnan olosuhteita, jotka voivat johtaa todisteiden kieltämiseen ei-lakisääteisten sääntöjen mukaisesti. Sopimattomia ovat tilanteet, joissa todisteiden hankkiminen ei välttämättä riko muodollista lakia, mutta loukkaa yleisiä oikeusnormeja tai periaatteita ja on moitittavaa eettisten tai moraalisten normien perusteella. Torgersenin mukaan, esimerkiksi jos menettelyyn liittyy sellainen henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkaus, että yleisten yksityisyyden suojaa koskevien näkökohtien perusteella hankintatapaa ei voi hyväksyä, se voi olla hyödyntämiskelvottomuuteen johtavalla tavalla sopimattomasti hankittu. Ks. Torgersen 2009, s. 8–11, erityisesti viitatun oikeuskäytännön osalta. En ole valmis adaptoimaan tällaista laajentavaa tulkintaa kotimaiseen oikeuteen, koska se heikentää lainkäytön ennakoitavuutta ja osapuolten oikeusturvaa erityisesti kuluriskin kantamisen näkökulmasta.

1579 Torgersen 2009, s. 2 ja 5. Ks. vanhemmasta oikeuskirjallisuudesta vastaavaa problematiikkaa Bratholm 1959.

yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta.[1580] Molemmat säännökset mahdollistavat rajoitusten säätämisen kansallisessa laissa tietyin edellytyksin. KKO katsoi, että kyseiset Anom-viestit olivat luottamuksellisia viestejä ja että viestien lähettäjiä ja vastaanottajia koskee yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suoja, johon puuttuminen on mahdollista ainoastaan laissa säädetyin edellytyksin. Nämä edellytykset eivät täyttyneet.[1581] Viestien tallentaminen ja tarkkailu ei ole ollut pakkokeinolain tai muun lain mukaista, joten ne on hankittu OK 17:25.3:ssa tarkoitetulla tavalla lainvastaisesti (kohdat 14–17 ja 30).

Selvää ratkaisussa KKO 2023:14 on, että todisteiden hankintatapa on ollut lainvastainen ja OK 17:25.3:a voidaan soveltaa. Ratkaisun perusteluista on luettavissa sinänsä selvä kannanotto ulkomaisen lainsäädännön soveltumattomuudesta ja siten hankintatavan lainvastaisuuden arvioimisesta. Ulkomaisen sääntelyn nojalla ei voida rikkoa perustuslain suojaa. Korkein oikeus kuitenkin totesi, että vaikka lainvastaisuuden arviointiin ei vaikuta Yhdysvaltojen laki eikä se, että viestit on saatu suomalaisen viranomaisen haltuun laillisesti, molemmat seikat voidaan huomioida hyödyntämiskiellon asettamisen kokonaisharkinnassa.

Vastaavaa Anom-viestikokonaisuutta koskevassa vailla lainvoimaa olevassa ratkaisussa HelHO:2022:4 todettiin, että FBI:n hankkimat Anom-viestit on saatu sekä suomalaisen lainsäädännön että kansainvälisten sopimusten vastaisesti.[1582] Vaikka viestit toimitettiin laillisesti Suomen viranomaisille valtiosopimuksen nojalla,[1583] FBI:lla olisi pitänyt olla oikeusapupyyntö tutkintatoimien suorittamiseen Suomen alueella. Hovioikeuden mukaan Anom-viestintä tapahtui pääosin Suomessa ja keskustelun osapuolet olivat Suomessa, joten viesteihin liittyviä tutkintatoimenpiteitä oli niin sanotun territoriaaliperiaatteen nojalla arvioitava Suomen lain mukaan, riippumatta siitä, oliko FBI toiminut Yhdysvaltojen lakien mukaisesti tai oliko viestejä tallennettu EU:n ulkopuolisessa maassa. Muiden valtioiden viranomaisilla ei ole toimivaltaa suorittaa tutkintaa tai pakkokeinoja Suomen alueella.[1584]

> KvOikapuL 15 §:n mukaan pakkokeinojen käyttäminen olisi sallittua, jos pakkokeinojen käyttö olisi sallittua silloin, kun sama teko olisi tehty Suomes-

1580 PeV:n (PeVL 8/1994 vp, s. 1) mukaan suoja kattaa sekä viestin välittömän kuuntelemisen että viestin ja sitä koskevien suojattujen tietojen tallentamisen ja tallenteen käytön.

1581 Esim. HE 309/1993 vp, s. 29, 40 ja 54. PL 10.4 §:n sisältämän rajoituslausekkeen on tulkittu kattavan konkreettisen ja yksilöidyn rikosepäilyn johdosta suoritettavaan toimenpiteeseen, vaikka rikos ei olisi edennyt toteutuneen teon asteelle. Ks. PeVM 4/2018 vp, s. 5–6.

1582 Ratkaisussa I-SHO:2022:5 on puolestaan todettu menettelyn olleen myös Yhdysvalloissa lainvastaista.

1583 Sopimus yhteistyön tehostamisesta rikollisuuden estämiseksi ja torjumiseksi (PCSC-sopimus, SopS 62/2012).

1584 Fredman ym. 2020, s. 213 ja toisaalta KvOikapuL 12 § ja YK:n kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastaisen yleissopimuksen (SopS 18/2004) 4 artikla sekä Euroopan neuvoston tietoverkkorikollisuutta koskevan yleissopimuksen (SopS 59/2007) 23, 25 ja 27 artiklat.

sa. Suomen esitutkintaviranomaiset eivät ole toimineet laittomasti, koska he eivät olleet aktiivisia viestien hankinnassa eivätkä yrittäneet kiertää Suomea sitovaa sääntelyä hyödyntämällä FBI:n toimia. FBI:lla oli kansainvälisen sopimuksen perusteella oikeus luovuttaa tietoa oma-aloitteisesti suomalaisille viranomaisille. Hovioikeus katsoi, etteivät edes mahdolliset kotimaisen sääntelyn rikkomukset olleet keskeisiä arvioinnissa, koska kyseessä olisi kolmannen osapuolen mahdollinen rikos.

### *9.4.2 Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumisen arviointi*

Yleissäännöksen harkintaperusteet kytkeytyvät siihen, vaarantaisiko laittomasti hankitun todisteen hyödyntäminen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista kaikkia oikeudenkäynnin osapuolia tarkastellen. Toisin sanoen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen vaarantumista arvioidaan asian laatuun suhteuttaen todisteen hankkimistavan ja todisteen merkityksen näkökulmasta. Yleisenä lähtökohtana punninnassa pidetään asian selvittämisintressiä ja vastavuoroisesti epäedullisia vaikutuksia, mitä hyödyntämisestä seuraisi.[1585] Harkintaperusteiden lista ei ole tyhjentävä vaan ohjeellinen, mikä ilmenee ”*muut olosuhteet*” -ilmaisusta. Todisteen hyödyntämättä jättäminen voi loukata asianomistajan oikeusturvaa, minkä vuoksi säännöksen soveltamisessa pitää ottaa huomioon syytetyn lisäksi yhtä lailla asianomistajan oikeusturvan toteutuminen.[1586] Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin arviointi edellyttää kokonaisvaltaista tarkastelua.[1587]

Yleissäännös koskee kaikkia oikeudenkäyntejä niiden lajista riippumatta, mutta syytetylle rikosasiassa tai siihen rinnastettavassa asiassa on asetettu erityisiä oikeuksia verrattuna muihin rooleihin tai prosesseihin.[1588] Esimerkiksi jos esitutkinnassa tehdään kontradiktorisuutta loukkaava menettelyvirhe, jota ei voida enää oikeudenkäynnissä korjata, on tuomioistuimen arvioitava hyödyntämiskiellon asettamista. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantamisen arviointiperusteet ovat EIS-taustaisen sääntelyn vuoksi peräisin EIT:n ratkaisukäytännöstä. EIT on korostanut tuomioistuimen velvollisuutta ottaa arvioinnissa huomioon kaikki relevantit seikat, jotka voivat vaikuttaa todisteiden hyödyntämiskiellon soveltamiseen.[1589] Tyypillisten arvioitavien seikkojen lisäksi EIT on antanut erityistä merkitystä myös syytetyn oikeuksien toteutumiselle, mistä tyyppitapauksena on oikeus avustajaan, ja mahdollisuuteen riitauttaa todisteen luotettavuus ja hyödyntämiskelpoisuus. Lisäksi yhtenä huomion kohteena on ollut se, missä määrin asiassa on esitetty muuta, laillisesti hankittua näyttöä.

---

1585 HE 46/2014 vp, s. 92.
1586 LaVM 19/2014 vp, s. 21.
1587 Ks. Schatschaschwili v. Saksa (15.12.2015) kohta 101.
1588 Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin normiperusta, eli EIS 6 artikla ja sen soveltuminen eri prosesseihin, on avattu jaksossa 2.4.1.
1589 Lundqvist 2018, s. 570–571.

> EIT on esimerkiksi ratkaisussa Othman (Abu Qatada) v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.1.2012) määritellyt oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin rikkomista yksityiskohtaisesti todeten, että todisteiden hyväksyminen rikkoi vakavasti oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, mikä merkitsi enemmän kuin pelkkiä muodollisia virheitä tai puutteita oikeuden menettelyssä. EIT mainitsi esimerkkeinä erityisen vakavista rikkomuksista tilanteet, joissa tuomio on annettu vastaajan poissa ollessa ilman mahdollisuutta uuteen käsittelyyn, menettely on ollut summaarinen ja puolustautumisoikeudet on sivuutettu. Myös vapaudenmenetys ilman mahdollisuutta haastaa päätöksen laillisuus itsenäisessä ja puolueettomassa tuomioistuimessa tai epäillyltä tahallisesti ja järjestelmällisesti kielletty oikeudellinen apu, erityisesti kun epäilty on ollut vieraassa maassa, on katsottu vaikuttaneen vakavan rikkomuksen toteamiseen.[1590]

Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen punnintakriteerit[1591], joilla oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumista arvioidaan, voidaan Vuorenpään mukaan[1592] tiivistää seuraavasti:

1) Asian laatu: Mitä vakavampi rikos, sitä korkeampi kynnys jättää todistusaineistoa hyödyntämättä.[1593]
2) Todisteen hankkimistapaan liittyvän oikeudenloukkauksen vakavuus: Onko todiste hankittu lainvastaisin menetelmin?
3) Todisteen hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle: Jos hankkimistapa vaarantaa todisteen luotettavuuden, sitä ei saa hyödyntää.
4) Todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta: Mitä merkittävämpi todiste, sitä korkeampi kynnys jättää todistusaineisto hyödyntämättä.
5) Muut olosuhteet: Esimerkiksi asianosaisten suhtautuminen todistusaineiston hyödyntämiseen.[1594]

Valitsemassani esimerkkiratkaisussa KKO 2023:14, oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumisen arvioinnin lähtökohtina on huomioitu se, että pääsääntönä on lainvastaisten todisteiden hyödyntämisen salliminen, eikä todisteiden hyödyntämiselle tule asettaa tiukempia edellytyksiä kuin EIT:n ratkaisukäytännössä. Tässä yhteydessä KKO kuitenkin rinnasti EIT:n ratkaisukäytännön oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkauksista EU-tuomioistuimen ratkaisuihin, mikäli hyödyntäminen olisi unionin oikeuden soveltuessa niiden vastaista (kohta

1590 Ks. Othman (Abu Qatada) v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.1.2012) kohdat 259–260 ja 265–267. Erityisen vakavaksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen loukkaukseksi ratkaisussa katsottiin myös kidutuksella saatujen todisteiden hyväksyminen.

1591 Jotka avattu esitöissä HE 46/2014 vp, s. 92–95 ja LaVM 19/2014 vp, s. 21–22.

1592 Vuorenpää 2023a; Vuorenpää 2020, s. 121 ja tarkemmin em. tiivistyksestä s. 120–136.

1593 Otan kantaa arviointikriteerien tarkemmassa tarkastelussa riita-asioihin.

1594 Vuorenpään mukaan ei kuitenkaan rikosasian vastaajan kielteinen suhtautuminen.

20). Ratkaisussa arvioitavat kansainvälisoikeudelliset liitynnät ovat sellaisia, joiden nojalla voisi ajatella asetetun Suomelle velvoitteita, joita EU-tuomioistuimessa on käsitelty unionin oikeuden rikkomisena. Tällöin myös ratkaisukäytäntö voisi päätyä hyödyntämiskieltosäännöksen arviointikriteerien perustaksi.

#### 9.4.2.1 Asian laatu

Ensimmäinen harkintaperuste on asian laatu. Prosessilajilla on merkitystä siten, että rikosasiassa todisteen hyödynnettävyys voi olla tärkeämpää kuin riita-asiassa. Asian laadulla harkintaperusteena prosessilajin sisällä tarkoitetaan rikoksen vakavuusastetta tai riita-asian kohteena olevan intressin suuruutta. Mitä vakavampi rikos tai mitä suurempi riita-asian intressi, sitä suurempi on asian selvittämisintressi ja sitä painokkaammin todisteen hyödynnettävyyden pääsääntöä on toteutettava.[1595]

Todisteen hyödynnettävyys vakavammissa rikoksissa on tärkeämpää kuin vähäisemmässä teossa.[1596] Rikosasiassa selvittämisintressiä punnintaperusteena voi kuitenkin kritisoida siitä näkökulmasta, että vakavimmissa rikoksissa todistelun tulisi olla jollakin tavoin moitteettomampaa kuin lievemmissä.[1597] Rikoksen vakavuutta voidaan tarkastella sekä rangaistusasteikon että rikostyypin perusteella. Rikoksen vakavuuden lisäksi myös teon laatu vaikuttaa harkinnassa, jolloin suurin selvittämisintressi voi olla myös yleistä turvallisuutta vaarantavissa ja perusoikeuksia loukkaavissa rikoksissa.[1598]

> Valiokunta korosti mietinnössään, että vakavuus on suhteellinen käsite, eikä sen korostamisesta pidä tehdä vastakohtaisjohtopäätelmää. Valiokunnan kannanotto viittaa ymmärtääkseni rikollisen teon objektiin eli siihen, mihin

1595 LaVM 19/2014 vp, s. 21.

1596 Voisi myös ajatella, että lievemmissä rikosepäilyissä menettelyn oikeellisuus ei olisi niin tärkeää, vaikka selvittämisintressi on pienempi. Rikoksen laadulla ei kuitenkaan voi olla siinä määrin merkitystä, että olisi olemassa jokin lievän rikoksen määre, jota koskevassa asiassa todisteen hankkimistavan laittomuus sallittaisiin. Arvioinnin pitäisikin kytkeytyä siihen, rikkooko menettely oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, minkä toteutuminen on kunkin asianosaisen ihmisoikeus, eikä syytetyn oikeuden loukkaamisen sallittavuus saisi olla riippuvainen siitä, onko kysymys lievästä teosta.

1597 OMML 30/2013, s. 189, jonka mukaan toisaalta on tärkeää yhdistää asian laadun arviointi todisteen merkityksen arviointiin asian ratkaisemisen kannalta ja arvioida harkintaperusteiden muodostamaa kokonaisuutta. Lausuntovaiheessa nostettiin esiin, että *"todisteen merkityksen arviointi voi olla hyvin vaikeaa oikeudenkäynnin alkuvaiheessa, jolloin hyödyntämiskieltoa koskeva ratkaisu yleensä tullee tehtäväksi. Toisaalta, jos kysymys on vakavan rikosasian keskeisestä todisteesta, rikoksen selvittämisintressi puoltaa todisteen hyödyntämistä."* Lisäksi lausuntopalautteessa kyseenalaistettiin suuren intressin rikoksissa hyödyntämiskiellon asettamisen korkeaa kynnystä, koska sellaisissa tilanteissa, vaikka selvittämisintressi on suurempi, todisteiden hankkimisen tulisi myös olla erityisen moitteetonta.

1598 Ks. esim. ratkaisu Jalloh v. Saksa (11.7.2006), jossa todisteen hyödyntämiselle ei ollut perustetta asian laadun kannalta, koska EIS 3 artiklan asettamaa ihmisoikeutta oli rikottu todisteen hankkimisella suhteellisen lievässä rikoksessa, johon ei liittynyt painavaa julkista intressiä.

epäillyn rikoksen vaikutukset kohdistuvat ja voidaanko henkeen kohdistuvaa rikosta ja sen selvittämisintressiä verrata omaisuusrikokseen tai aineettomaan rikokseen.[1599] Tulkintakannanotot esitöissä ovat linjassa myös tutkimuksen keskeisen teoreettisen taustan näkökulmasta. Oikeuskulttuurin tasolla olevat perus- ja ihmisoikeudet ja oikeudenalakohtaiset perustavanlaatuiset periaatteet, kuten juuri rikosten selvittämisintressi, suuntaavat hyödyntämiskelpoisuutta yhdessä aineellisen totuuden tavoittelun kanssa tulkintaa oikeuden pintatasolla olevia menettelysäännöksiä tärkeämmäksi.

Riita-asiassa selvittämisintressi on puolestaan monitahoisempi ilmiö kuin rikosasiassa. Keskeinen lähtökohta intressin painoarvolla riita-asiassa on se, kuuluuko asia indispositiivisiin vai dispositiivisiin riita-asioihin. Indispositiivisissa asioissa intressi on jo asian luonteen vuoksi painoarvoltaan suurempi. Molemmissa riita-asian tyypeissä intressin tarkastelun kohteena ovat riidan kohteen arvo ja seurausvaikutukset sekä asian merkitys asianosasille. Lisäksi indispositiivisissa asioissa painoarvoa on sillä perusteella, miksi sovinto asiassa ei ole sallittu eli mikä on indispositiivisuudella suojeltava oikeushyvä.[1600]

Asian laatua on arvioitu esimerkkiratkaisussa KKO 2023:14. Sen arvioinnin KKO on peilannut suhteessa lähtökohtaan siitä, että lainvastaisesti saatujen todisteiden hyödyntäminen on pääsääntö, eikä hyödyntäminen edellytä erityisen vakavaa rikosta. Johtopäätöksenä KKO totesi, että väitetyn rikoksen vakavuudelle voidaan antaa vain suhteellisen vähäinen painoarvo, mikä ei puoltanut laittomasti hankittujen todisteiden asettamista hyödyntämiskieltoon (kohdat 27–28) tarkasteltavassa tekokokonaisuudessa, joka sisälsi sekä lieviä että törkeitä rikostunnusmerkistöjä osoittavia syytekohtia.

#### 9.4.2.2 Todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus

Toinen arvioitava peruste on todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, jolloin keskeistä on se, mitä oikeutta on loukattu ja kuinka vakavasti. Mitä tärkeämpää oikeutta ja mitä vakavammin sitä on loukattu, sitä epätodennäköisempää todisteen hyödynnettävyys on. Esimerkiksi henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkaaminen on oikeudenloukkauksena vakavampaa kuin omaisuuteen kohdistuva oikeudenloukkaus.[1601] Kuten asian laatua koskevassa arviointikohdassa, perus- ja ihmisoikeuksien loukkaukset puoltavat vahvimmin hyödyntämiskiellon

1599 Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 21. Valiokunta kuitenkin totesi, että esimerkiksi törkeissä talousrikoksissa kynnys hyödyntämiskiellon asettamiselle on korkea.

1600 Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 21.

1601 Toisaalta myös henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkaukset ovat keskenään vakavuudeltaan eriasteisia vaihdellen aina erikseen hyödyntämiskieltosäännöksellä suojatusta kiduttamisen kiellosta tätä lievempiin epäinhimilliseen ja halventavaan kohteluun tai lopulta PKL:ssa tarkoitettuun henkilönkatsaukseen. OMML 69/2012, s. 123 ja HE 46/2014 vp, s. 93–94.

määräämistä, mutta niidenkin osalta arvioinnissa on merkitystä sillä, loukattiinko suojan ydinaluetta vai reuna-aluetta.[1602]

> Esimerkiksi Turun hovioikeus on ratkaisussa THO:2017:6 arvioinut, oliko todistajan kuvaama video, jossa näkyi vastaajan omakotitalotontilla oleskelleita henkilöitä ilman näiden suostumusta, asetettava hyödyntämiskieltoon vahingontekoa koskevassa oikeudenkäynnissä. Hovioikeus katsoi, että todistajan menettely videon hankkimisessa voisi tulla arvioitavaksi rikoslaissa tarkoitettuna salakatseluna, minkä vuoksi todisteen hyödynnettävyys tulee arvioitavaksi. Hovioikeus katsoi, että vaikka syytteessä tarkoitettu vahingonteko ei ollut rikoksena vakava, mikä puhuisi hyödyntämistä vastaan, on selvittämisintressi kaikkien rikosten kohdalla tärkeä. Lisäksi vaikka todistajan suorittama kuvaaminen täyttäisi mahdollisesti salakatselun tunnusmerkistön, se ei ollut kohdistunut yksityiselämän tai kotirauhan suojan ydinalueeseen. Oikeudenloukkaus ei myöskään ollut erityisen vakava, koska tallenteessa esiintyneet henkilöt olivat olleet kuvaamisesta tietoisia, vaikka eivät olleetkaan siihen suostuvaisia. Hovioikeuden mukaan sekä videotallennetta että sen kuvanneen todistajan kuulemista oikeudenkäynnissä ei tullut asettaa hyödyntämiskieltoon. Hyödyntämistä puolsi lisäksi jossain määrin myös se, että todisteen on hankkinut yksityinen henkilö omasta aloitteestaan ilman viranomaisen myötävaikutusta.

Oikeudenloukkauksen vakavuus lainvastaisesti hankitun todisteen osalta tarkoittaa ensiksi sitä, onko menettely ollut tarkoituksellisesti lainvastaista vai onko sen luultu olevan laillinen. Toiseksi kyse voi olla siitä, että sinänsä laillista keinoa on käytetty lain säännökset ylittävin menettelyin. Viranomaisen toimissa esimerkiksi muotoseikkojen ohittamisen tai merkityksettömien virheiden tekemisen ei tulisi johtaa hyödyntämiskieltoon. Tosin virkamiesten on tunnettava toimivaltuutensa ja lainsäädäntö, johon heidän toimintansa perustuu.[1603] Tällöin niiden vastainen

1602 Ks. jaksossa 2.4.1 ja 2.4.2 perus- ja ihmisoikeussäännösten rakenteesta ja merkityksestä sekä näiden normien tulkinnasta. Esimerkiksi yksityiselämän suojan ydinalueen loukkaaminen on vakavaa ja siitä seuraa yleensä hyödyntämiskielto. Tämä ei kuitenkaan ole täysin poikkeuksetonta, koska yksityisyyden suojan ydinalueellakin voidaan operoida erilaisin menetelmin, missä esimerkiksi salakatselua voidaan pitää suurempana oikeudenloukkauksena kuin salakuuntelua. Myös EIT on todennut ratkaisuissa Schenk v. Sveitsi (12.7.1988), Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta (12.5.2000), P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt kuningaskunta (25.9.2001) ja lisäksi ratkaisuissa Bykov v. Venäjä (10.3.2009) ja Lee Davies v. Belgia (28.7.2009), ettei yksityiselämän suojaa loukkaamalla hankitun todisteen käyttäminen ollut tehnyt oikeudenkäyntiä epäoikeudenmukaiseksi. Viimeksi mainitussa oli kysymys luvattoman kotietsinnän tuloksena saadun näytön hyödyntämisestä.

1603 LaVM 19/2014 vp, s. 21. Pienet muodollisuusvirheet tai merkityksettömät puutteet eivät saisi johtaa hyödyntämiskiellon asettamiseen. Toisaalta, jos lainsäädäntö on monimutkaista tai epäselvää, se voidaan ottaa huomioon arvioitaessa oikeudenloukkauksen vakavuutta. Ks. OMML 69/2012, s. 123 ja

toiminta on herkemmin luokiteltavissa tahalliseksi verrattuna yksityiseen henkilöön, ja virkamiehen lainvastainen toimintatapa todisteen hankkimiseksi on sinänsä moitittavampaa. Viranomainen ei saisi koskaan ryhtyä tietoisesti hankkimaan todisteita lainvastaisin keinoin, koska virkamies voi syyllistyä tällöin virkarikokseen, ja jos todiste on rikoksella hankittu, menettely puhuu voimakkaasti hyödyntämistä vastaan.[1604] Todisteen voi kuitenkin hankkia lainvastaisesti myös muu taho kuin viranomainen, eikä hyödyntämiskieltosäännös sanamuotonsa mukaisesti erottele lainvastaisesti toimineita tahoja. Viranomainen ei saa kuitenkaan hyödyntää tätä käyttämällä yksityishenkilöä välikappaleena lainvastaisen todisteen hankkimiseen.[1605] Hyödynnettävyyden kannalta ongelmallisempia ovatkin tilanteet, joissa viranomaiselle päätyy todiste, jonka joku muu kuin viranomaistaho on hankkinut lainvastaisesti. Tällöin nimittäin ei välttämättä ole kysymys rikoksen tekemisestä todisteen hankkimiseksi, eikä hankkimistapa silloin ole oikeudenluokkaukseltaan niin vakava.[1606]

Vuorenpään mukaan tämä arvioitava kohta aiheuttaa eniten tulkinnanvaraisuuksia ja sen arviointi on vaikeinta. Oikeudenloukkauksen vakavuutta arvioitaessa tärkeä huomio on se, että hyödyntämiskieltosäännöksen kattamalle hankkimistavan lainvastaisuudelle on annettu laaja merkitys eikä menettelyn tarvitse olla kriminalisoitua. Näin ollen oikeudenloukkauksen vakavuus ei voi myöskään olla sidottu pelkästään hankkimistavan rikostunnusmerkistön täyttymiselle, koska arviointikohdassa fokus on oikeuden loukkaamisessa eikä hankkijan teon rangaistavuudessa. Todisteen hankkiminen rikollisella teolla kuuluu kuitenkin moitittavaan todisteen hankkimistapaan. Täten voidaan oikeudenloukkauksen vakavuutta yleisesti arvioida rangaistusasteikon suhteutumista kyseisen rangaistuslajin minimi- ja maksimiasteikkoon ja kyseisessä teossa vielä asettumista tunnusmerkistönmukaiselle asteikolle.[1607] Tällöin harkinnassa kiinnitetään käytännössä huomiota siihen, onko rikos ensinnäkin tahallinen vai tuottamuksellinen, ja toiseksi, onko tahalliseen rikokseen

---

HE 46/2014 vp, s. 93–94.

1604 Arvioitaessa oikeudenloukkauksen vakavuutta, olisi tärkeää huomioida, oliko todiste hankittu tahallisesti laittomasti, varsinkin silloin kun laillisia menetelmiä ei ole saatavilla. Esimerkiksi jos kotietsintä tehdään tietoisesti ilman lain edellyttämiä perusteita, se puoltaa vahvemmin todisteen hyödyntämiskelvottomuutta verrattuna tilanteeseen, jossa etsintä suoritetaan laillisten vaatimusten mukaisesti, mutta vastoin lain määrittelemiä menettelyjä. Ks. OMML 69/2012, s. 123 ja HE 46/2014 vp, s. 93–94.

1605 OMML 69/2012, s. 123 ja HE 46/2014 vp, s. 93–94. Näin ollen hyödyntämistä jossain määrin puoltavana seikkana voidaan huomioida se, että yksityinen henkilö on menetellyt itsenäisesti lainvastaisesti.

1606 Hallituksen esityksen ja valiokunnan mietinnön tulkinnat tällaiseen tilanteeseen poikkeavat toisistaan. Valiokunta katsoi mietinnössään, toisin kuin hallituksen esitys, että muun kuin viranomaisen rikoksella tai siihen verrattavalla lainvastaisella menettelyllä hankittu todiste ei ole yhtä voimakkaan hyödyntämiskielto-olettaman piirissä ja jopa kolmannen osapuolen tekemän rikoksen johdosta saatu todiste voisi joutua hyödyntämiskieltoon vain aivan poikkeuksellisesti. Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 21 ja HE 46/2014 vp, s. 93–94.

1607 Ks. Vuorenpää 2020, s. 121.

ryhdytty nimenomaan todisteen hankkimiseksi vai onko rikollisen teon intressinä ollut jokin toinen seikka ja todiste on saatu tässä yhteydessä.[1608]

Ratkaisussa KKO 2023:14 on arvioitu varsin monipuolisesti (kohdat 29–42) todisteen hankkimistapaan liittyvää oikeudenloukkauksen vakavuutta. Kysymyksessä ollut todisteen hankkimistavan laittomuus perustui nimittäin siihen, että todisteet oli hankittu Yhdysvalloissa, eikä niiden hankkimistavan laillisuutta Yhdysvaltojen sääntelyn nojalla hyödyntämiskiellon yleisäännöksen soveltuvuuden tarkoittamalla tavalla pystytty toteamaan. Korkein oikeus viittasikin, että todisteen hankkimistapaa Yhdysvalloissa voidaan huomioida kokonaisharkinnassa yhtenä elementtinä. KKO toisti, että todisteiden hankkiminen oli ollut PL 10.2 §:n ja EIS 8 artiklan vastaista, mutta EIT:n ratkaisukäytännössä laittomasti hankittujen äänitallenteiden tai laittoman kotietsinnän keinoin hankittu todiste ei ole tehnyt oikeudenkäyntiä epäoikeudenmukaiseksi, vaikka se loukkasi yksityiselämän suojaa.

Perus- ja ihmisoikeuden suojan ydinalueeseen kuulumisen osalta KKO katsoi, että viestien hankkiminen on lähtökohtaisesti merkinnyt olennaista yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suojan loukkausta, koska tähän suojaan on puututtu ilman laissa säädettyä perustetta. Kuitenkin viestintävälinettä, jolta todisteet hankittiin, oli käytetty vakavien rikosten suunnitteluun ja tekemiseen, mikä ei kuulu yksityiselämän suojan ydinalueelle, eikä viranomaisen menettelyyn liittynyt epäinhimillisiä tai halventavia piirteitä. Samoin hankintaperusteena on ollut tarkoitus torjua yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavaa vakavaa rikollisuutta, mikä olisi ollut myös peruste poiketa perus- ja ihmisoikeudesta laissa erikseen säädettynä (kohdat 30–32). Näillä perusteilla KKO katsoi, että yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suojan loukkaus ei ole ollut niin vakava, että se puoltaisi hyödyntämiskiellon asettamista. Vastaajien väitteestä KKO on arvioinut myös verrattuna ratkaisuun KKO 2022:11 sitä, onko viranomainen syyllistynyt rikokseen ylläpitäessään viestialustaa, josta todisteet oli hankittu, ja toisaalta hankkimismenettelyllä. Näiltä osin KKO katsoi, että menettely voisi täyttää Suomen rikoslain mukaisen tunnusmerkistön, mutta hankkimistavan oikeudenloukkauksen vakavuudessa kriminalisoinnilla ei ole ratkaisevaa merkitystä (kohta 37).

Tämän jälkeen KKO on ottanut kantaa siihen, onko hankintamenettelyn lainvastaisuudessa Yhdysvaltojen sääntelyn näkökulmasta merkitystä. Asiasta oli esitetty osapuolten toimesta selvitystä kumpaankin suuntaan: sekä menettelyn lainvastaisuuden että laillisuuden puolesta. Tältä osin KKO katsoi, ettei asiassa ollut esitetty selvitystä siitä, että menettely olisi ollut Yhdysvalloissa lainvastaista. KKO totesi kuitenkin, ettei asiassa voi antaa ratkaisevaa merkitystä sille, että toisen valtion viranomainen vakuuttaa asiassa noudatetun jonkin kolmannen valtion lakia (kohdat 38–39).

1608 Ks. HE 46/2014 vp, s. 93.

> Ratkaisussa I-SHO:2022:5, jossa ratkaistiin kysymys siitä, mikä merkitys Anom-viestien hankintatavalla oli niiden näyttöarvoon todisteena, hovioikeus muutti aiemman ratkaisun (I-SHO:2022:2) mukaisen käsityksensä siitä, että Anom-viestit olisi hankittu Yhdysvalloissa laillisesti sen lainsäädännön mukaan. Peiteoperaation päätavoite ei ollut rikostutkintaan liittyvän näytön kerääminen vaan laajemmin rikollisuuden torjunta. Tätä tavoitetta varten Anom-viestejä on käytetty todisteena muissa maissa, koska Yhdysvalloissa se ei ole ollut mahdollista. Todellisuudessa FBI sijoitti palvelimen kolmanteen maahan, jossa viestien tallennus ja salauksen purku tehtiin käyttäjien tietämättä laillisesti ja luovutettiin FBI:lle paikallisen tuomioistuimen päätöksellä. Hovioikeuden mukaan, verrattuna aiemmin oletettuun tilanteeseen, oikeudenloukkaus voitiin katsoa vahvemmaksi. Kuitenkin, koska viestit oli alun perin hankittu kotimaisen sääntelyn vastaisesti, uusi tieto Yhdysvaltojen lakien noudattamatta jättämisestä ei muuttanut aiempaa arviointia. Ratkaisussa ei otettu kantaa FBI:n virkamiesten toimien rikosoikeudelliseen arviointiin.[1609]

Suomalaisten viranomaisten KKO puolestaan totesi saaneensa todisteet laillisesti ulkomaiselta viranomaiselta (kohta 40). Näillä perusteilla KKO katsoi, että myöskään viranomaisten menettelystä esitetyt asiat eivät puolla hyödyntämiskiellon asettamista (kohdat 40–41). Tältä osin päätöksen kriittinen tarkastelu on paikallaan, erityisesti kun pohditaan todisteiden hankinnassa tapahtuneiden oikeudenloukkausten vakavuutta siitä näkökulmasta, olisiko suomalaisen viranomaisen vastaava toiminta hyväksytty todisteen hankkimisen metodina.

Myös lakivaliokunta on katsonut oikeudenloukkauksen mahdollisesti vähäisemmäksi, jos suomalaisen viranomaisen menettely todisteiden saamisessa on ollut laillista. Valiokunta on myös korostanut laittomasti – jopa kolmannen osapuolen tekemän rikoksen johdosta – hankitun todisteen asettamista hyödyntämiskieltoon poikkeukselliseksi.[1610] Nämä kannanotot joutuvat nähdäkseni ratkaisun asetelmassa

1609 Ks. vastaavasti vailla lainvoimaa oleva ratkaisu HelHO:2022:4. Vrt. laittoman hankintatavan osalta HelHO:2024:3, jossa SkyECC-viestejä ei katsottu hankitun laittomasti. Viesteistä osa oli hankittu ranskalaisen viranomaisen toimesta ranskalaisen sääntelyn mukaisesti laillisesti ja ne oli saatu Suomeen laillisesti. Osa puolestaan oli saatu Suomessa kotimaisen viranomaisen laillisen menettelyn avulla. Hovioikeus on viitannut ratkaisuun KKO 2023:14 todeten tilanteiden poikkeavan toisistaan, koska Anom-ratkaisussa oli kysymys yhdysvaltalaisen viranomaisen peiteoperaatiosta ja SkyECC-viestit oli saatu poliisin tutkintamenettelyssä. Hovioikeus totesi sekä Ranskassa että Suomessa suoritetut tutkintatoimet laillisiksi, jolloin hyödyntämiskieltosäännös ei soveltunut.

1610 Valiokunnan mukaan tällaisesta tilanteesta on kysymys esimerkiksi silloin, kun Suomen veroviranomaisten haltuun päätyy esimerkiksi ulkomaisesta pankista varastettuja tilitietoja. Tällöin Suomen viranomainen ei ole syyllistynyt itse rikokseen hankkimisvaiheessa, jolloin hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkaus on mahdollisesti vähäisempi, koska Suomen viranomaisen hankkimistapa on asiakirjojen saaminen, ei asiakirjan varastaminen. Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 21.

todelliseen testiin. Olisi erityisen ongelmallista, jos ennakkoratkaisusta ja lain esitöistä johdettaisiin sellainen oikeusohje, että kolmannen tahon hankkimismenetelmät, vaikka ne sivuuttaisivat kokonaan suomalaisen sääntelyn asettamat velvoitteet ja täyttäisivät rikostunnusmerkistön, eivät johtaisi hyödyntämiskieltoon joko sen vuoksi, että suomalainen viranomainen sai ne haltuunsa laillisesti tai sen vuoksi, ettei menettelyn rikosoikeudellista luonnetta voida arvioida. Puhumattakaan siitä, että rikostunnusmerkistön täyttymisellä ei olisikaan asiassa mitään merkitystä. Myös Vuorenpään mukaan oikeudenloukkauksen vakavuutta olisi voitu arvioida toisin, koska toteutettu laaja televalvontaoperaatio olisi ollut kotimaisen sääntelyn nojalla täysin laiton todisteiden hankintamenetelmä, eikä asiassa olisi tällöin ollut kysymys siitä, että tuomioistuimen hyväksyntä menettelylle puuttui.[1611] Tapauksessa ei olisi ollut kysymys pienistä muotovirheistä esitutkinnassa tai pakkokeinolain yksittäisen kohdan ohittamisesta, vaan siinä ohitettiin koko pakkokeinolaki sekä siihen kuuluvat, vastaajien oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyvät suojamekanismit. Ratkaisun ei tulisi antaa perusteita olettaa, että esimerkiksi Suomen poliisin itsenäisesti ja ilman lupia pakkokeinojen käyttämiselle toteuttamat operaatiot, jotka muistuttavat kuvattua FBI:n toimintaa, tuottaisivat lähtökohtaisesti hyödyntämiskelpoista todistusaineistoa. Siinä ei ole kysymys myöskään yksittäisen perusoikeuden suojasta, vaan laajemmin oikeusvaltion periaatteista.[1612] Selvää on, että ratkaisun seurauksena olisi arvioitava tätä näkökulmaa ja tarvetta tasapainottaa tehokkaan lainvalvonnan ja perusoikeuksien suojan keskinäistä punnintaa.

Ratkaisussa ei arvioitu FBI:n toiminnan, eli varsinaisen todisteiden hankkimistavan, laittomuutta kovinkaan monipuolisesti. Tämä johtuu sovellettavan lain valinnasta ja toisaalta siitä, ettei FBI:n menettelyn lainmukaisuus Yhdysvaltojen säännösten osalta ole kotimaisen tuomioistuimen toimivallassa. Varsin todennäköisesti menettely täyttäisi virkarikoksen ohessa jonkin tieto- tai viestintärikoksen tunnusmerkistön. Oikeudenloukkauksen vakavuusasteen arviointi on ratkaisussa puutteellista myös siksi, että sitä voi arvioida joko menettelyvirheenä tai vakavana perus- tai ihmisoikeuden oikeudenloukkauksena riippuen siitä, mikä toiminnassa katsottiin laittomaksi. Lindroos-Hovinheimo onkin kritisoinut ratkaisua siitä näkökulmasta, ettei KKO soveltanut ratkaisussa lainkaan EU-oikeutta ja ottanut kantaa luottamuksellisen viestin suojaa koskeviin EUT:n tulkintalinjauksiin.[1613] Hänen

1611 Vuorenpää 2023a ja samansuuntaisesti myös Lindroos-Hovinheimo 2023, s. 577.

1612 Ks. Vuorenpään (2023a) ja Lindroos-Hovinheimon (2023, s. 577 ja 582–583) johtopäätökset ratkaisun merkityksestä.

1613 Lindroos-Hovinheimon (2023, s. 581) mukaan, mikäli korkein oikeus olisi katsonut EU-oikeuden, kuten ePrivacy-direktiivin tai unionin tietosuojalainsäädännön, olevan sovellettavaa, olisi sen täytynyt ottaa huomioon myös perusoikeuskirjan 47 artikla, joka käsittelee oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja tehokkaita oikeussuojakeinoja. Ks. myös ratkaisu Wieder ja Guarnieri v. Yhdistynyt Kuningaskunta (12.9.2023). EIT:n mukaan henkilöillä on oltava oikeus tehokkaaseen oikeussuojaan maassa, jossa viestejä on etsitty, tallennettu ja käytetty.

mukaansa, vaikka viestien sisältö pääosin liittyi rikosten suunnitteluun tai toteuttamiseen, eikä siten kuulu yksityiselämän suojan ydinalueeseen, viestien laajamittainen tarkkailu ja kerääminen ilman lainsäädännöllistä perustetta olisi kuitenkin katsottava luottamuksellisen viestin suojan ydinalueen loukkaukseksi.[1614]

#### 9.4.2.3 Hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle

Kolmas harkintaperuste on todisteen hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle. Kiduttaminen tai vakava kaltoinkohtelu aiheuttaa lähtökohtaolettaman todisteen epäluotettavuudelle. Silti myös lievempi menettely, kuten painostus tai sinnikäs taivuttelu ja uteleminen, voi horjuttaa hankkimistapana todisteen luotettavuutta siten, ettei se ole enää hyödyntämiskelpoinen.[1615] Todisteen hankkimistapa voi vaikuttaa todisteen luotettavuuteen myös, jos todisteen hankkimistapa itsessään voi vaikuttaa todisteen muuttumattomuuteen. Todisteen muuttuminen epäluotettavaksi hankkimistavan perusteella voi johtaa hyödyntämiskieltoon, koska nimenomaisesti laittoman hankkimistavan epäluotettavaksi muuttamaa todistetta ei pidä hyödyntää. Esinetodisteen kohdalla luotettavuusarviointi on tehtävä enemmälti sen nojalla, onko todiste aito ja muuttumaton lainvastaisesta menettelystä huolimatta, koska jo olemassa oleva esinetodiste ei välttämättä menetä luotettavuutta, vaan laiton hankkimistapa voi antaa lähinnä indikaation tutkia todisteen aitous ja muuttumattomuus.[1616]

Toisaalta on huomattava, että yksistään todisteen mahdollinen epäluotettavuus on arvioitavissa todistusharkinnassa todistusarvon alentamisen perusteena.[1617] Arviointikriteeri onkin haasteellinen sen vuoksi, että lähtökohtaisesti todisteen luotettavuuden arviointi ja siten näyttöarvo huomioidaan vapaassa todistusharkinnassa, jolloin todisteen pois jättäminen oikeudenkäyntiaineistosta pääosin epäluotettavuuden nojalla tulisi olla poikkeuksellista.[1618] Todisteen luotettavuuden syvällisempi arviointi huomioidaan näytönarvioinnin vaiheessa eli sen jälkeen, kun hyödyntämisratkaisu pitäisi olla jo tehty. Hyödyntämiskieltoharkinnassa todisteen

1614 Ks. tarkemmin Lindroos-Hovinheimo (2023, s. 577–579), joka perustelee kannanottoa sillä, että viesteistä on saatettu kerätä arkaluontoista tietoa, joka mahdollistaa tarkkailtujen henkilöiden ja heidän lähipiirinsä yksityiselämästä yksityiskohtaisten päätelmien tekemisen. EU-oikeuden näkökulmasta Anom-viestien kerääminen kuvatulla tavalla olisi vastoin perusoikeuskirjan mukaista yksityiselämän ja henkilötietojen suojaa. Lisäksi viranomaisten tietojensaantiin on liitettävä riippumattoman toimielimen, kuten tuomioistuimen, etukäteisvalvonta. Anom-operaatio ylitti rajat keräämällä sekä metatietoja että viestien sisältöjä, mikä eroaa merkittävästi aiemmasta metatietojen säilyttämiskäytännöstä.

1615 OMML 69/2012, s. 123 ja HE 46/2014 vp, s. 93–94.

1616 OMML 69/2012, s. 123–124 ja HE 46/2014 vp, s. 93–94.

1617 Valiokunta on korostanut mietinnössään tämän harkintakriteerin keskeistä merkitystä ja todennut, että epäluotettavia todisteita ei tule hyödyntää. Tämä sinänsä toteava kannanotto on kuitenkin jokseenkin ristiriidassa sen kanssa, että epäluotettavuus on yksistään riittämätön todisteen hyödyntämiskelvottomuuden kriteeriksi. LaVM 19/2014 vp, s. 22.

1618 Pölönen – Tapanila 2015, s. 337. Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 22 ongelmalliset kannanotot tältä osin.

luotettavuuden osalta tulisi huomioida ensisijaisesti se, onko todiste muuttunut tai voinut muuttua lainvastaisen hankkimistavan vuoksi. Reaalitodiste, joka on syntynyt ennen hankkimista, ei säilyessään sellaisenaan muutu epäluotettavammaksi hankkimistavan perusteella, samoin kuin ei myöskään todistajan omakohtainen kertomus, jos hän on sen merkinnyt muistiinpanoiksi.[1619]

Ratkaisussa KKO 2023:14 hankkimistavan merkitystä todisteen luotettavuudelle on arvioitu melko lyhyesti kohdassa 45. Sen mukaan asiassa ei ole esitetty perusteita katsoa, että todisteiden hankkija tai jokin muu taho olisi esimerkiksi muokannut viestien sisältöä tai jättänyt joitain merkityksellisiä viestejä kokonaan toimittamatta. Ei ollut myöskään syytä epäillä kunkin viestin lähettäjän henkilöllisyyden oikeellisuutta. KKO ei sen sijaan ole ottanut kantaa siihen, ovatko todisteet voineet muuttua hankintatavan vuoksi epäluotettaviksi muulla tavoin. Se on viitannut ainoastaan siihen, että kyseisten tietoteknisen järjestelmän avulla tallennettujen viestien eheyteen tai aitouteen ei vaikuta se, että niiden hankintamenettely on katsottu suomalaisen sääntelyn kannalta lainvastaiseksi. Tämä viittauksenomainen reaalitodisteen luotettavuuden perusteellisemman arvioinnin sivuuttaminen tosin johtunee siitä, että vastaajat ovat vedonneet luotettavuuden osalta siihen, että materiaalin oikeellisuus ei ole ollut suomalaisen viranomaisen virkavastuulla ja että materiaalissa on todettu virheitä. KKO olisi voinut perustella hankkimistavan merkitystä mielestäni siitä näkökulmasta, olisiko digitaalisesti kerättyyn ja tallennettuun materiaaliin voinut aiheutua jonkinlaista sisällön muuttumista hankintatoimenpiteen vuoksi riippumatta siitä, että hankkija on ollut toisen valtion viranomainen. Kysymyksessä on muualla hankittu ja Suomeen sellaisenaan toimitettu materiaali, johon sisältyy viestejä, jotka ovat oikeudenkäynnissä arvioitavia todisteita. On selvää, että viestit ovat syntyneet ennen niiden hankkimista, eikä siksi ratkaisussa todetulla Suomeen toimittamisella ole muuttumattomuuden kannalta asiassa mitään merkitystä. Sen sijaan merkitystä on sillä, onko hankkiminen voinut muuttaa niitä jollakin tapaa toiseksi, kuin mitä ne ovat syntyhetkellään olleet. Mielestäni tämä seikka olisi ollut eri arviointiperuste, ja vastaajien vetoaminen materiaalin virheisiin olisi voinut aktivoida korkeimman oikeuden myös tähän tarkasteluun esimerkiksi teknisestä tulokulmasta, vaikka hankkimistavan lainvastaisuudesta Yhdysvalloissa ei pystyttykään tekemään arviointia.

#### 9.4.2.4 Todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta

Neljäs harkintaperuste on todisteen merkitys asian ratkaisemiselle. Tätä arvioidaan sen mukaan, kuinka suuri näyttöarvo todisteella on. Tähän vaikuttaa myös muiden todisteiden laatu ja se, onko kyseinen todiste avaintodiste vai näyttöarvoltaan vä-

1619 Kuitenkin jälkimmäisessä tilanteessa on arvioitava sitä, onko kysymyksessä esinetodiste vai henkilötodistelua kirjallisessa muodossa, koska itsekriminoivissa todisteissa tällaisen esimerkiksi päiväkirjan tai muun henkilökohtaisen muistiinpanon käyttäminen voisi tosiasiassa kiertää itsekriminointisuojan nojalla asetettua todistamiskieltoa jos se rinnastuisi syytetyn lausuntoon.

hämerkityksellisempi todiste. Mitä keskeisempi todiste on kyseessä, sitä korkeampi kynnys todisteen asettamiselle hyödyntämiskieltoon olisi oltava. Todisteen osalta punninnassa huomioidaan kokonaisarviointina kaikki muutkin harkintaperusteet, eikä luotettavuudeltaan kyseenalaista avaintodistetta pidä hyödyntää herkemmin. Todisteen merkitys asian ratkaisemiselle on siten vain yksi harkinnassa huomioitava seikka.

Rautio ja Frände mukaan OK 17 luvun esitöissä ja EIT:n oikeuskäytännössä on eroja siinä, miten todisteen näyttöarvon merkitystä tulkitaan. Hallituksen esityksessä korostetaan, että mitä tärkeämpi todiste on, sitä suurempi on kynnys sen asettamiselle hyödyntämiskieltoon.[1620] EIT puolestaan on ollut taipuvaisempi hyväksymään, että esimerkiksi kontradiktorisuuden loukkaus, joka kohdistuu vähäisemmän näyttöarvon omaavaan todisteeseen, ei välttämättä johda EIS 6 artiklan loukkaukseen.[1621] EIT on lisäksi katsonut yksin tai pääasiassa -doktriinin hengessä, että lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämistä puoltaa se, että asiassa on samansuuntaista laillisesti hankittua todistelua.[1622] Tämä näkökulma EIT:n ratkaisukäytännössä, jossa todistusaineistoa verrataan keskenään, verrattuna OK 17:25.3:n sanamuotoon todisteen merkityksestä harkintakriteerinä asian ratkaisemisen kannalta, on mahdollisesti johtanut osaltaan päätelmiin myös niin sanotusta liukuvasta hyödyntämisestä, mikä sellaisenaan ei istu kotimaiseen oikeusjärjestykseen. Yhtenä OK 17:25.3:n harkintakriteerinä vastaavan arvioinnin käyttäminen on mielestäni sopusoinnussa kotimaisen sääntelyn kanssa.[1623] Kuten edellä todisteen luotettavuutta koskevassa arvioinnissa olen nostanut esiin, myöskään todisteen merkityksestä asian ratkaisemisen kannalta – ei vain todistekohtaisena arviointina vaan ennen kaikkea osana näyttökokonaisuutta – on haastavaa tehdä lopullisia päätelmiä oikeudenkäynnin siinä vaiheessa, kun todisteen hyödyntämistä olisi arvioitava.

Ratkaisussa KKO 2023:14 on otettu kantaa todisteen merkityksestä asian ratkaisemisen kannalta ja päädytty merkityksen osalta siihen, että kysymyksessä ovat olleet merkitykseltään huomattavan näyttöarvon tarjoavat todisteet. Ne eivät ratkaisun mukaan ole ainoa näyttö syytteen tueksi, vaan kaikissa syytekohdissa on esitetty muutakin näyttöä (kohta 49). Perusteluissa on viitattu EIT:n ratkaisukäytännön[1624] arviointiin siitä, onko asiassa ollut muutakin näyttöä ja onko laittomasti hankittu todiste ollut muuta näyttöä tukevaa tai näyttöarvoltaan vähäisempää. Lisäksi korkein

1620 HE 46/2014 vp, s. 94. Ajatus esitöissä on ollut, että mitä suurempi merkitys todisteella on asian ratkaisussa, sitä tärkeämpää sen hyödynnettävyyskin on. Erityisesti näin on, jos samasta teemasta ei ole korvaavaa todistetta.

1621 Rautio – Frände 2016, s. 183–184.

1622 Ks. esim. Schenk v. Sveitsi (12.7.1988), Lee Davies v. Belgia (28.7.2009) ja Gäfgen v. Saksa (1.6.2010).

1623 Ks. muutoin mitä jaksossa 3.4.3 esitetty.

1624 Ratkaisussa on viitattu tältä osin perusteluja EIT:n ratkaisuihin Schenk v. Sveitsi (12.7.1988), Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta (12.5.2000), P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt kuningaskunta (25.9.2001).

oikeus on todennut EIT:n ratkaisun Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta (12.5.2000) tulkintaan, että oikeudenmukainen oikeudenkäynti ei vaarannu välttämättä edes silloin, jos lainvastaisesti hankittu todiste on ainoa todiste asiassa, mikäli se on erittäin vahva ja luotettava (kohta 48). Tämän vuoksi KKO päätyi siihen, että vaikka kysymys on ratkaisevasta näytöstä, se on luotettavaa, eikä sen hyödyntäminen johda oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumiseen. Myöskään todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ei siksi puolla sen asettamista hyödyntämiskieltoon. Korkein oikeus on tulkinnut mielestäni näyttöarvon merkittävyyden kannalta tilannetta oikein, koska kysymyksessä on kotimaisen sääntelyn näkökulmasta vain yksi hyödyntämiskiellon asettamisharkinnassa vaikuttava kriteeri. EIT:n oikeuskäytännöstä ei myöskään voi johtaa päätelmiä muuhun kuin tähän arviointikohtaan. Kyseessä ei siten ole sellainen tulkintalinjaus, joka voisi ohittaa muut asiassa vaikuttavat seikat, vaan se on kokonaisarvioinnissa yksi osa.

#### 9.4.2.5 Muut olosuhteet

Neljän yksilöidyn arviointikriteerin lisäksi momentissa on mainittu muut huomioon otettavat seikat. Hallituksen esityksen mukaan tällaisia muita seikkoja ovat esimerkiksi sellaiset todisteen esittämisestä aiheutuvat seuraukset, jotka eivät välittömästi liity asian selvittämiseen.[1625] Muut huomioon otettavat olosuhteet voivat olla periaatteessa mitä tahansa asiassa vaikuttavia olosuhteita tai sellaisia todisteen esittämisestä aiheutuvia seurauksia, jotka eivät edes välittömästi liity asian selvittämiseen.[1626] Kysymys on nimittäin säännöksen sanamuodossa kirjauksesta, joka osoittaa, ettei aiempi lista ole ollut tyhjentävä, eikä kohta itsessään vaadi erityisempää tulkintaa.[1627]

Muita huomioon otettavia olosuhteita harkinnassa on lainvalmisteluaineistossa mainittu esimerkinomaisesti. Tällainen olisi kysymys siitä, syveneekö oikeudenloukkaus, kun todistetta hyödynnetään. Mikäli oikeudenloukkaus on jo tapahtunut kokonaisuudessaan, ei todisteen hyödyntämisellä ole enää yhtä vahvaa merkitystä loukatun intressille. Merkitystä on myös sillä, olisiko todiste saatu hankittua myös laillisin keinoin. Mitä todennäköisempää on se, että todisteen jäljille olisi päästy myös ilman laitonta menettelyä, ei hyödyntämiskiellon asettamiselle ole niin vahvoja perusteita kuin siinä tapauksessa, jossa voidaan pitää todennäköisenä, että laillisin keinoin ei todistetta olisi saatu hankittua.[1628]

Mielestäni molemmissa lainvalmisteluaineistossa esimerkeiksi nimetyissä seikoissa on ongelmia. Ensinnäkin oikeudenloukkauksen syveneminen ei pitäisi olla

1625 Esimerkiksi ratkaisussa HelHo:2022:4 muina olosuhteina arvioitu kontradiktorisuuden ja avustajaoikeuden toteutumista, joskin ne ovat myös itsenäisiä oikeuksia eivätkä pelkästään muita olosuhteita muissa laittomissa hankintatavoissa.

1626 HE 46/2014 vp, s. 93–94, LaVM 19/2014 vp, s. 20–21 ja Rautio – Frände 2016, s. 193–196.

1627 Ks. samansuuntaisesti Vuorenpää 2020, s. 121.

1628 OMML 69/2012, s. 124 ja HE 46/2014 vp, s. 94.

erityisen merkitsevää arvioinnissa, koska loukkaus on jo tapahtunut. Todisteen laiton hankkiminen on se hetki, jolloin suojeltua oikeushyvää on loukattu, eikä laitonta menettelyä pitäisi siksi arvottaa sen suhteen, loukataanko oikeushyvää uudelleen tai kenties vielä vakavammin oikeudenkäynnissä. Myös todisteen hankkimisen mahdollisuus laillisin keinoin on kyseenalainen arviointikriteeri siitä näkökulmasta, että laiton hankkiminen on jo tapahtunut, eikä oikeudenloukkausta voi jälkikäteen arvioituna poistaa kuvitteellisella vaihtoehtoisella tapahtumankululla. Arviointikriteerillä on kuitenkin merkitystä, jos kysymyksessä on pelkkä muodollinen seikka, kuten pakkokeinon käyttämiseksi hankittavan luvan saaminen joko väärään aikaan tai väärältä taholta, eli käytännössä puhdas menettelyvirhe, joka ei ole vaikuttanut siihen, päästiinkö todisteen jäljille ylipäänsä. Sen sijaan, jos kysymyksessä on suojeltavan henkilön tahdonvaltaisuuden selvittämisen ohittaminen, on mielestäni kyseenalaista jälkikäteen arvioida, olisiko henkilö pitäytynyt oikeudessaan vai ei, koska hänen näkemykseensä voi vaikuttaa jälkikäteen arvioituna myös tahdonvastaisesti hankitun todisteen laatu. Hankkimisen hyväksyminen jälkikäteen voi näin olla sattumanvaraisuuteen perustuvaa, mikä rikkoo valintaoikeuden käytön merkityksen.

Merkitystä voidaan antaa myös sen asianosaisen mielipiteelle todisteen hyödyntämisestä, jota vastaan todistetta aiotaan käyttää.[1629] Hallituksen esityksen mukaan tällaisen asianosaisen kielteinen suhtautuminen todisteen hyödyntämiseen olisi asiassa merkityksellinen seikka, kun taas valiokunnan mietinnön mukaan asiasta ei voi disponoida.[1630] Mielestäni hyödynnettävyys on rikosasioiden ja indispositiivisten riita-asioiden osalta selvempi pääsääntö kuin dispositiivisissa riita-asioissa. Niissä kun päätelmä voisi hyvinkin olla toinen, koska osapuolilla on oikeus päättää riidan kohteesta ja siten myös sulkea todisteita oikeudenkäynnin ulkopuolelle. Toisaalta haasteeksi muodostuisi sen arvioiminen, milloin todiste olisi asianosaista vastaan puhuva seikka. Jos asiassa on epäselvyyttä ennakkoon arvioituna, voi todiste olla herkemmin hyödynnettävissä, vaikka asianosainen suhtautuisi kielteisesti sen esittämiseen.[1631] Joka tapauksessa tuomioistuimen on oltava varovainen sen hyväksyessä lainvastaista menettelyä jälkikäteen, sillä se ei poista jo tehtyä oikeudenloukkausta, etenkään jos loukkaus on sen tyyppinen, ettei loukkauksen kohde voisi lain mukaan hyväksyä sitä pätevästi eli käytännössä luopua tahdonvaltaisesti oikeudestaan.[1632]

Ratkaisussa KKO 2023:14 ei ole juurikaan arvioitu muita olosuhteita, vaan on ainoastaan kerrattu kokonaisarvioinnin tähtäävän sen selvittämiseen, vaarantaako viestien hyödyntäminen kokonaisuutena arvioituna oikeudenmukaisen oikeuden-

1629 Ottaen kuitenkin huomioon sen pääsäännön, että rikosasiassa syytetyn puolesta puhuvia todisteita lähtökohtaisesti saa hyödyntää.

1630 LaVM 19/2014 vp, s. 22.

1631 OMML 69/2012, s. 124 ja HE 46/2014 vp, s. 94.

1632 Toisaalta todisteen merkitys voi etukäteen olla epävarma tai se voi joissain tapauksissa olla myös hyödyllinen asianosaiselle. Näissä tilanteissa todisteen hyödyntäminen voi saada tukea.

käynnin toteutumisen. Korkein oikeus on tältä osin ikään kuin EIS 6 artiklan syytetylle asetettuja oikeuksia yleistasolla kommentoiden todennut, että kaikilla vastaajilla on ollut saatavilla sama aineisto kuin syyttäjällä. Korkeimman oikeuden mukaan vastaajilla on ollut käytössään myös itse valitsemansa puolustaja, jonka avustuksella kukin on voinut riitauttaa todisteiden hyödynnettävyyden, luotettavuuden ja näyttöarvon, jolloin puolustuksen oikeuksia ei ole loukattu (kohdat 51–52). Oikeussuojakeinojen ja puolustautumismahdollisuuksien turvaaminen oikeudenkäynnissä on mielestäni melko lailla toisarvoista siihen nähden, että todisteiden hankintatapa sivuutti täysin esitutkintaan ja pakkokeinojen käyttämiseen kytkeytyvän oikeusturvajärjestelmän ja siten myös salaisten pakkokeinojen käyttämisen asettamat oikeussuojakeinot.[1633] Korkein oikeus päätti, ettei hyödyntämiskieltoa aseteta, koska se tuli kokonaisharkinnassa johtopäätökseen, ettei asiassa ei ollut ilmennyt sellaisia seikkoja, joiden perusteella laittomasti hankitun aineiston hyödyntäminen todisteena vaarantaisi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin.

## 9.5 Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisalaan kuuluvia tyyppitapauksia

EIT on edellyttänyt hyödyntämiskiellon asettamista OK 17:25.1 ja 2:n mukaisissa tapauksissa sekä rikosprovokaation tilanteissa silloin, kun kansallisessa laissa ei ole viime mainitulle mahdollistettu muuta oikeustilan korjaamisen keinoa.[1634] Kiduttamisen määritelmän täyttämätön, tietyntasoisella epäinhimillisellä ja halventavalla kohtelulla saatu syytetyn tunnustus kuuluu myös tilanteisiin, joissa EIT on edellyttänyt hyödyntämiskiellon asettamista. Arvioinnissa hyödyntämisen osalta on tällöin ensisijaisesti se, kuinka lähellä kidutusta menettely oli. Tällöin muut seikat saavat asiassa sitä vähemmän painoarvoa, mitä lähempänä toiminta oli OK 17:25.1:n soveltamismahdollisuutta.[1635] Kolmannen momentin soveltamisen piiriin mainittujen hyödyntämiskelvottomuustilanteiden lisäksi kuuluvat EIT:n oikeuskäytännöstä johdetuista tyyppitapauksista epäillyn epäasiallinen kohtelu esitutkinnassa, tietyt kontradiktorisuusvirheet, avustajaoikeuden loukkaaminen ja epäinhimillinen sekä halventava kohtelu muissa tilanteissa kuin tunnustuksen saamiseksi. Näillä kaikilla on liityntä itsekriminointisuojaan, joten aivan itsenäisistä oikeuksista ei ole kysymys. Tyyppitapauksissa tuomioistuimella on hyödyntämiskiellon asettamisessa EIT:n tulkintalinjausten perusteella enemmän harkintavaltaa.[1636] Kotimaisessa sääntelyssä

1633 Ks. oikeusturvajärjestelmästä Fredman ym. 2020, s. 744–753 ja salaisten pakkokeinojen osalta tarkemmin s. 1196–1208.

1634 Esim. Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998). Ks. Hirvelä – Heikkilä 2013, s. 226.

1635 En tarkastele tässä tyyppitapausten osalta asiaa uudelleen, vaan viittaan tältä osin jaksossa 9.2 tehtyyn rajanvetoon.

1636 Pölönen – Tapanila 2015, s. 335–336.

epäillyn oikeudet kuulustelussa sijoittuvat pääosin ETL 4–7 lukuihin. Näiden oikeudenkäyntivaihetta edeltävien metodisäännösten rikkominen voi johtaa siihen, että lainvastaisesti hankittua todistetta harkitaan asetettavaksi OK 17:25.3:n nojalla hyödyntämiskieltoon.[1637]

EIT:n oikeuskäytännöstä voidaan löytää ohjeita kansallisen lainsäädännön tulkintaan, vaikka sen näkökulma eroaa kansallisista tuomioistuimista. EIT:n tehtävänä ei ole määrittää prosessisanktioita kansalliselle lainsäädännölle, vaan arvioida, täyttääkö kansallinen menettely EIS 6 artiklan prosessuaaliset vähimmäisvaatimukset. Tämän perusteella voidaan ymmärtää myös, millaiset menettelyvirheet loukkaavat vaatimuksia kontradiktorisuudesta. Jos kansallisessa menettelyssä on loukattu EIS 6 artiklaa, tulee erikseen arvioida, millaisia seuraamuksia se edellyttää OK 17:25.3:n mukaan. EIT:n oikeuskäytäntöön liittyvät vaikeudet, kuten eroavaisuudet jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä ja tulkintaohjeiden johdattaminen tapaoikeudesta, voivat tehdä päätelmien tekemisen haasteelliseksi.

Esimerkiksi analysoimalla Norjassa korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä, jossa myös EIT:n ratkaisukäytäntöä seurataan, on päädytty kolmeen tilanteeseen, joissa hyödyntämiskielto on asetettu: 1) todiste, joka loukkaa itsekriminointisuojaa tai läheiskriminointisuojaa tai lähioikeuksia; 2) laittomasti salaisella pakkokeinolla hankittu ääni- tai kuvatallenne ja 3) todisteen luotettavuuden turvaamiseksi annettua hankintasäännöstä rikkomalla saatu todiste. Todisteiden laittoman hankinnan seurauksena asetettu hyödyntämiskielto on Norjassa melko harvinainen, ja sitä on käytetty vain rajoitetusti ja tapauskohtaisen arvioinnin perusteella.[1638] Laittomasti hankitun todisteen hyödyntämiskelpoisuuden arvioinnissa huomioidaan samoja elementtejä kuin Suomessa hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamistilanteissa. Keskeinen ero on se, että Suomessa on yksityiskohtaista todistamiskieltosääntelyä, josta niin ikään seuraa hyödyntämiskielto, eikä järjestelmä ole yhtä laajasti tuomioistuimen harkintaan perustuvaa. Ensiksi lainvastaisuuden on oltava sellainen, että rikotun hankintanormin tarkoitus on ollut suojata yksityistä etua ja laittomuuden sekä todisteiden hankinnan välillä on syy-yhteys. Jatkuvuus tai toistuvuus tällaisen normin rikkomisessa johtaa todennäköisemmin hyödyntämiskieltoon kuin ainutkertainen rikkomustilanne, mistä on havaittavissa tietynlaista hyödyntämiskiellon sanktioluonnetta. Toiminnan lainvastaisuuden luonne, tahallisuuden aste ja vakavuus sekä menettelyn vaikutus todisteen luotettavuuteen ovat keskeiset arvioitavat seikat, samoin kuin se, olisiko todiste ollut hankittavissa laillisin keinoin.[1639]

---

1637 Erityisesti epäillyn oikeudet ETL 4:3 ja 16:ssä ja esitutkintaviranomaisen ilmoitusvelvollisuudet ETL 7:10 ja 11:ssä ovat keskeisiä. OK 17 luvun todistelusäännösten ohessa muutettiin ETL 7 ja 9 lukujen säännöksiä ja pakkokeinolain 7 ja 10 luvun säännöksiä. Tutkimuksen rajausten vuoksi en käsittele näitä oikeuksia tarkemmin kuin oikeuskäytännössä esiintyneiden tyyppitapausten osalta tässä jaksossa.

1638 Torgersen 2009, s. 495–496.

1639 Torgersen 2009, s. 496–497.

### *9.5.1 Rikosprovokaatio*

Rikosprovokaatiolla (agent provocateur) tarkoitetaan sitä, että poliisi tai muu viranomainen taikka tällaisen lukuun toiminut on yllyttänyt henkilön tekemään rikoksen, jota hän ei olisi ilman yllytystä tehnyt.[1640] Kysymys on joko välittömästä tai välillisestä rikosprovokaatiosta riippuen siitä, suorittaako provokaation viranomainen vai yksityinen henkilö.[1641]

EIT:n vakiintuneen tulkintakäytännön mukaan rikosprovokaatiolla hankitun näytön käyttäminen rikkoo EIS 6 artiklaa ja tekee koko oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen. Rikosprovokaatio rikkoo tyypillisesti myös 8 artiklaa yksityisyyden ja perhe-elämän suojasta. EIT ei edellytä rikosprovokaation tilanteessa nimenomaan hyödyntämiskiellon asettamista, vaan viranomaisen oikeuden väärinkäyttö eli henkilön yllyttäminen tekemään rikoksen, jota hän ei muuten olisi tehnyt, voidaan EIT:n mukaan ratkaista myös hylkäämällä syyte tai pitämällä provokaatiota rikosoikeudellisena vastuuvapausperusteena. Rikolliselle toiminnalle ei tarvitse antaa oikeussuojaa, mutta EIT on johdonmukaisesti painottanut, että jokaisen henkilön oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin säilyy ennallaan myös silloin, kun kyse on vakavasta ja järjestäytyneestä rikollisuudesta, jos tutkinnassa on käytetty epätavanomaisia tutkintamenetelmiä.[1642] Tällaisen tutkintamenetelmän avulla hankitun todisteen hyödyntämisen sallittavuus arvioidaan Suomessa OK 17:25.3:n nojalla todistusmetodina. Suomessa on katsottu, että rikosprovokaation luontevin seuraus on hyödyntämiskiellon asettaminen, koska se soveltuu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamiseen paremmin kuin muut EIT:n mahdolliseksi katsomat seuraamusvaihtoehdot.[1643]

Mikäli todiste on hankittu epätavanomaisella tutkintamenetelmällä, hyödyntämiskielto voidaan asettaa OK 17:25.3:n nojalla.[1644] Kuitenkin jos kysymyksessä on niin vakava epätavanomainen tutkintatoimenpide, että se voidaan luonnehtia rikosprovokaatioksi, hankitut todisteet on EIS 6 artiklan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vastaisina pääsääntöisesti suoraan hankkimistapansa perusteella asetettava hyödyntämiskieltoon, eikä säännöksen mukaista hyödyntämiskielto-

1640 Määritelmä ratkaisusta KKO 2023:14 kohta 21.

1641 Myös välillisen provokaation tilanteessa tapauksessa Vanyan v. Venäjä (15.12.2005) EIT katsoi, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus oli peruuttamattomasti vaarantunut, kun mikään ei viitannut siihen, että henkilö olisi tehnyt tietyn huumausainerikoksen, ellei hänen ystävänsä, joka toimi poliisin ohjeiden mukaan, olisi yllyttänyt häntä siihen.

1642 Ramanauskas v. Liettua (5.2.2008).

1643 KKO 2023:14 kohta 21. Ks. tarkemmin Rautio – Frände 2016, s. 187. EIT on ratkaisussa Bannikova v. Venäjä (4.11.2010) todennut, että tapa, jossa yllyttämisen vaikutus eliminoidaan, jää lähtökohtaisesti päätettäväksi kansallisella tasolla. Lundqvistin (2015, s. 69–70 ja 2018, s. 193–194) mukaan Ruotsissa rikosprovokaation oikeudellinen vaikutus voi olla esimerkiksi syyteoikeuden menettäminen, hyödyntämiskiellon asettaminen tai rangaistuksen lieventäminen.

1644 KKO 2023:14 kohta 21.

punnintaa ole tarpeellista tehdä.[1645] Rikosprovokaatio on ilman erillistä punnintaa kielletty todisteiden hankkimisen keino, joka rikkoo henkilön passiivisia oikeuksia. Rikosprovokaatiolla hankitun todisteen asettaminen hyödyntämiskieltoon turvaa osaltaan myös yksilön oikeutta välttää aktiivista osallistumista omaan syyllisyytensä selvittämiseen.

Rikosprovokaatiossa ei ole välttämättä kysymys tietyn menettelysäännöksen rikkomisesta, eli sitä ei voi luonnehtia todistusmetodikielloksi normiteoreettisesti. Tästä ei voi kuitenkaan tehdä sellaista joustavan tulkintametodin mukaista johtopäätöstä siitä, että menettely, jota ei ole erikseen kielletty, olisi sallittu. Poliisin provokatiivisten toimenpiteiden käyttö rikosten torjunnassa ei ole myöskään Ruotsissa lailla säännelty. Korkeimman oikeuden ratkaisussa NJA 1989, s. 498 todetaan, että henkilön sellainen houkuttelu rikokseen poliisin tai muun rikostentorjuntaviranomaisen toimesta, jonka tarkoituksena on saada hänet paljastamaan oma tai toisen rikollisuus, ei periaatteessa vaikuta teon rangaistavuuteen. Kuitenkin korkeimman oikeuden ratkaisun NJA 1985, s. 544 mukaan voisi olla perusteita rangaistuksen lieventämiselle, jos poliisi käyttää selvästi sopimattomia menetelmiä, esimerkiksi jos poliisi itse osallistuu rikolliseen toimintaan ja siinä yhteydessä saa jonkun tekemään rikoksen, jota tämä todennäköisesti ei muutoin olisi tehnyt.

Rikosprovokaatio on määritelmänsä mukaisesti yllyttämistä rikoksen tekemiseen. Jos asiaa lähestytään rikosoikeudellisesta näkökulmasta, yllyttämistä on ainakin sellainen teko, joka RL 5:5:ssä tai 5:6.2:ssa säädetään yllytyksenä rangaistavaksi. Rangaistavuus ei koske kuitenkaan kuin tahallista taivuttamista tahalliseen rikokseen tai sen rangaistavaan yritykseen tai yllytystä rangaistavaan avunantoon, eikä se siksi kata esimerkiksi rikoksia, joista tuomitaan valmistelun perusteella. Rangaistava yllytys edellyttää niin sanottua psyykkistä kausaalisuutta eli sitä, että yllyttäjä saa tekijän päättämään rikoksen tekemisestä.[1646] Koska virkamiehellä on velvollisuus noudattaa lakia, rikosprovokaatiotilanteessa tällainen yllytys on lainvastainen menettely myös siitä näkökulmasta, että virkavelvollisuutta on rikottu. Mielestäni rikosprovokaation määritelmää ei voi sitoa pelkästään yllytyksen rikostunnusmerkistöön, koska muukin epätavanomainen tutkintatoimi voi rikkoa EIS 6 artiklan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset ja tulee siten todistusmetodina arvioitavaksi OK 17:25.3:n nojalla. Mikäli tällöin EIT:n ratkaisukäytännön nojalla

1645 KKO 2023:14 kohta 22. Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla tarkasteltuna, lähtökohtana on kansallinen todistusoikeudellinen sääntely, jonka tulkinnassa sovelletaan EIT:n ratkaisukäytännön linjauksia, eli suoran vetoamisen oikeuslähteenä EIT:n tulkintalinjaukseen ei pitäisi enää olla samalla tavoin tarpeellista. Kuitenkin EIT:n mukaan oikeudenkäynti on epäoikeudenmukainen, jos henkilö on yllytetty tekemään rikos, jota hän ei olisi ilman yllytystä tehnyt, jolloin rikosprovokaation toteaminen on riittävä peruste, eikä muita harkintakriteereitä tarvitse arvioida.

1646 Käytännössä mikä tahansa toiminta voi muodostua yllytykseksi, jos se johtaa henkilön päätökseen tehdä rikos. Yleisiä keinoja rikokseen taivuttamisessa ovat kehotus, käskyttäminen tai palkan tarjoaminen. Jos henkilö tahallisesti erehdyttää toista rikoksen tekemiseen, sekin voi lukeutua yllytyksen muodoksi. Ks. yllytyksen käsitteestä ja muodoista tarkemmin HE 44/2002 vp, s. 156.

provokatiivisen todistusmetodin hyväksyminen rikkoo niin vakavasti ja peruuttamattomasti oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, ei hyödyntämiskieltosäännöksen mukaista punnintaa tehdä. Tällöin, koska hyödyntämiskielto asetetaan punninnan tarpeettomuudesta huolimatta OK 17:25.3:n nojalla, on hankkimistavan kuitenkin oltava hyödyntämiskiellon yleissäännöksen ensimmäisen edellytyksen määrittämällä tavalla lainvastainen.[1647] Lainvastaisuus ei puolestaan kriteerinä tarkoita eduskuntalain tasoista tai sanktioitua toimea, vaan muunlainenkin oikeusohje on riittävä, minkä vuoksi myös ajatus rikostunnusmerkistöön sitomisesta on hylättävä. Tämän vuoksi EIT:n ratkaisutoiminta tai ruotsalainen oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus ovat rikosprovokaation määrittämiseen hyviä lähteitä, kun kotimaisessa oikeuskäytännössä aihetta ei ole juurikaan käsitelty.

Rikosprovokaation määritelmän täyttää siten ainakin rangaistavaksi säädetty yllytys. Sen sijaan kysymys siitä, mikä muu toiminta rikosprovokaation määritelmän täyttää, on monimutkaisempi, koska käsitettä on vaikea määritellä pelkästään sanamuodon mukaisesti. Rikosprovokaatiossa on kuitenkin aina kysymys epätavanomaisesta tutkintamenetelmästä, mutta kaikki epätavanomaiset tutkintamenetelmät eivät ole sen luonteisia, että ne täyttäisivät rikosprovokaation määritelmää. Lundqvistin mukaan toiminnan rikosprovokatiivista luonnetta voidaan arvioida siten, että ensin tarkastellaan olosuhteita, joissa tällaista epätavanomaista tutkintamenetelmää on käytetty, toiminnan tyyppiä ja lopulta toiminnan vaikutuksia.[1648] Provokaatiosta on useita erilaisia tyyppejä, joita voidaan luokitella sen mukaan, mitä provokaatioksi mahdollisesti miellettävällä toimenpiteellä pyritään saavuttamaan: onko tavoitteena luoda puitteet rikoksen tekemiselle, edesauttaa rikoksen tekemistä tai laajentaa tekoon osallistujien piiriä vai kohdistuuko provokaatio todisteiden etsimiseen jo tehdyistä rikoksista. Rikosprovokaation oikeudellisen merkityksen määrittelyssä on tärkeää ottaa huomioon myös se, millä tavoin ja kuinka toistuvasti provokaatiota on tehty. Merkitystä on sillä, onko toiminnassa uhkailtu tai käytetty väkivaltaa, mutta toisaalta myös sillä, onko provokaatiosta tehty tietoinen päätös tai mahdollisesti sopimus yksityisen henkilön kanssa. Asiaan vaikuttavat myös muut olosuhteet, joiden vallitessa epätavanomaisiin tutkintamenetelmiin ryhdyttiin.[1649]

Provokaation toteutuksen olosuhteet ja vaikutukset voivat vaihdella, mikä edellyttää erityistä harkintaa toimenpiteen seurauksista. Tietyissä tilanteissa provokaatio voi rinnastua tilanteeseen, jossa henkilön oikeuksia rajoitetaan harhaanjohtamisen tai petoksen avulla. Toisaalta provokaation vaikutuksiin ja tehokkuuden arviointiin vaikuttaa myös provosoidun henkilön taipumus kyseisen tyyppisiin rikoksiin, jolloin merkitystä on sillä, tiesikö viranomainen tällaisesta taustasta. Provokaatio tai muut epätavanomaiset tutkintamenetelmät eivät sovellu oikeudelliseen määri-

1647 Ks. lainvastaisuuden tarkemmasta määrittelystä jakso 9.4.2.
1648 Lundqvist 2013, s. 20 ja Lundqvist 2015, s. 69.
1649 Lundqvist 2013, s. 20–21; Lundqvist 2015, s. 69 ja Lundqvist 2018, s. 192–193.

telmään hankkimistavan laittomuudesta, koska ne voivat olla hyvin eritasoisia, eikä provokaatiota siksi määritellä laissa.[1650] Rikokseen yllyttäminen itsessään on rikos, mutta kysymys voi olla myös hyväksyttyjen metodien rikkomisesta. Erityisesti, jos viranomainen käyttää yksityistä henkilöä epätavanomaisissa tutkintamenetelmissä, arviointi mutkistuu.[1651]

Poliisin provokatiivisten toimenpiteiden merkitystä on käsitelty useissa EIT:n päätöksissä. Niissä on muun muassa arvioitu, onko syytteennosto provokatiivisten toimenpiteiden jälkeen loukannut EIS 6 artiklan mukaista oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. EIT on asettanut vähimmäisvaatimukset, joiden mukaan kansallisten tuomioistuinten tulee arvioida provokatiivisten toimenpiteiden merkitystä yksittäistapauksissa. Näin ollen korkeimman oikeuden tulee ensisijaisesti ottaa huomioon nämä EIT:n päätökset nykyistä tapausta arvioidessaan. Kysymykseksi sinänsä jää, miten EIT:n ratkaisukäytäntöä tulisi tulkita. Vaikka EIT on hyväksynyt todisteiden hankkimisen peitetehtävissä, eli peitetoiminta sinänsä ei ole 6 artiklan vastaista, yllyttämistä rikokseen ei hyväksytä.[1652] EIT:n luomien harkintakriteerien mukaan peitetoiminnan katsominen rikosprovokaatioksi arvioidaan sen mukaisesti, onko peitetehtävässä toiminut viranomainen ollut aktiivinen rikoksen tekemiseksi tai sen edistämiseksi.[1653] Ratkaisevaa EIT:n käytännön mukaan on, toimiko henkilö peitetehtävässä ainoastaan passiivisena osapuolena vai yllyttikö hän lisäksi rikokseen, jota provosoitu muuten ei olisi tehnyt. Toinen päätelmä, joka voidaan tehdä EIT:n käytännöstä, on, että tuomioistuin tekee selvän eron provokaation sallittavuuden ja provosoidun henkilön syyttämisen välillä. EIT näyttää toisaalta hyväksyvän suhteellisen pitkälle menevät provokaatiotoimet, kunhan valtio ei rankaise provosoituja henkilöitä. Tämä tarkoittaa, että kaikissa tilanteissa ei ole EIS:n 6 artiklan kanssa ristiriitaista ryhtyä provokatiivisiin toimiin, mikä jättää kuitenkin huomiotta sen tosiasian, että jotkin toimet voivat olla ristiriidassa EIS:n muiden artikloiden kuin artiklan 6 kanssa. EIT:n oikeuskäytännön perusteella on lisäksi todennäköistä, että provokaation yhteydessä hankittua todistetta on mahdollista hyödyntää silloin, jos provosoitu on esimerkiksi huumausainerikoksen yhteydessä ostanut ja välittänyt enemmän huumeita kuin mitä varsinainen provokaatio on kattanut.

---

1650 Lundqvist 2015, s. 69–70.

1651 Lundqvist 2013, s. 21 ja Lundqvist 2018, s. 193–94. Lundqvist on nostanut näissä kannanotoissa esimerkiksi teknisen paikannuksen, jonka käyttäminen on provokaationa arvioitaessa monitahoisempaa ja vaatii erilaisia oikeudellisia perusteluita kuin suoranainen rikoksen tekemiseen tähtäävä provosointi.

1652 Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998) kohta 39.

1653 EIT on ratkaisussa Furcht v. Saksa (23.10.2014) arvioinut, missä kulkee raja sallitun tutkinnan ja kielletyn provokaation välillä. Poliisin katsotaan yllyttäneen rikokseen, jos se ei pysy rikoksen tutkinnassa passiivisena, vaan aktiivisesti vaikuttaa henkilöön siten, että yllyttää tämän tekemään rikoksen, jota ei muuten olisi tehty. Tällöin poliisin toiminnan tavoitteena on saada muodostettua todisteita ja mahdollistaa syytteen nostaminen. Ks. ratkaisun kohdat 48–53. Lisäksi saadun näytön hyödyntämisessä ratkaisevaa on ollut se, onko vastaajalla ollut mahdollisuutta puolustautua. Ks. Ramanauskas v. Liettua (5.2.2008) ja Bannikova v. Venäjä (4.11.2010).

Rikosprovokaation määrittelyä on tehty EIT:n ratkaisussa Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998), joka on vaikuttanut merkittävästi myös siihen, miten rikosprovokaation oikeusvaikutuksia arvioidaan. Tapauksessa kaksi poliisin peiteagenttia sai epäillyn myymään heille huumeita. EIT totesi, että poliisien toiminta ylitti peitetehtävässä sallitut toimet, koska he olivat yllyttäneet kohdehenkilön rikokseen, eikä mikään viitannut siihen, että rikos olisi tehty ilman väliintuloa. Peitehenkilöiden toiminta ja näin hankittujen todisteiden hyödyntäminen tarkoittivat, että syytetty oli alusta alkaen ja peruuttamattomasti menettänyt mahdollisuutensa saada oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Näin ollen 6 artiklaa oli loukattu. Ratkaisussa EIT totesi, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutuminen ei missään tilanteessa mahdollista sellaisten todisteiden käyttämistä, jotka on hankittu poliisin yllytyksestä, ja tämä pätee myös vakaviin rikoksiin. Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on asetettava etusijalle tehokkaaseen lainvalvontaan verrattuna. Ratkaisussa katsottiin, että jos rikos, jota ei muutoin olisi tehty, on tehty viranomaisen yllytyksestä ja menettelyssä hankittuja todisteita käytetään epäiltyä vastaan, 6 artiklaa voidaan katsoa rikotuksi ilman erillistä punnintaa.[1654] Tapauksen keskeinen johtopäätös on, että tietyissä olosuhteissa provokaatio loukkaa aina EIS 6 artiklan mukaista oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin peruuttamattomasti. Ratkaisun nojalla voisi todeta, että poliisin suorittaman yllyttämisen ja rikosten estämisen tai tutkimisen välillä on oltava melko selvä ero, koska poliisin tehtävänä on estää ja tutkia rikoksia, ei yllyttää niiden tekemiseen.

Kotimaisessa korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä ei ole käsitelty kattavasti rikosprovokaatiota, minkä vuoksi tarkastelen ruotsalaista ratkaisukäytäntöä provokaation määritelmän osalta. Lundqvistin tutkimuksen mukaan Ruotsin korkeimman oikeuden oikeuskäytäntö provokaation arvioimisesta on melko vakiintunutta, ja korkein oikeus on käsitellyt provokaation vaikutusta henkilön rikosoikeudelliseen vastuuseen jo useamman vuosikymmenen ajan.[1655] Lundqvist painottaa rikosprovokaation arvioinnissa harkintaa, jossa jokaisen käytetyn menetelmän yksittäistä soveltamista on arvioitava tapauskohtaisesti.[1656] Siitä huolimatta eräänlaisen rajapyykin rikosprovokaation oikeudellisista vaikutuksista asetti ratkaisu NJA 2007, s. 1037. Siinä korkein oikeus otti kantaa rikollisen provokaation oikeusvaikutuksiin tapauksessa, joka liittyi Ruotsin kansallismuseosta Tukholmasta vuonna 2000 va-

1654 Ks. Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998) kohta 36, jonka mukaan poliisien toiminta meni rikokseen yllyttämisen vuoksi pidemmälle kuin mikä on sallittua peitetehtävissä. EIT katsoi, että mitään viitteitä ei ollut siitä, että rikosta olisi tehty ilman poliisien toimia. EIT:n mukaan tällaisella menettelyllä hankitun todisteen käyttäminen riistää epäillyltä oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin korjaamattomalla tavalla prosessin alusta saakka ja rikkoo siten EIS 6.1 artiklaa.

1655 Lundqvist 2018, s. 194. Ennen EIS:een liittymistä esimerkiksi ratkaisuissa NJA 1953, s. 582, NJA 1951, s. 111, NJA 1988, s. 665 ja NJA 1996, s. 443 arvioitiin provokaation roolia sekä sen toteuttajan että provokaation kohteeksi joutuneen henkilön rikosoikeudellisessa vastuussa ja vaikutusta vapauttamisperusteena. Ks. ruotsalaisesta ratkaisukäytännöstä laajasti Lundqvist 2013, s. 20–34.

1656 Lundqvist 2013, s. 21.

rastettuihin maalauksiin. Varkausrikokseen liittyvän tutkinnan yhteydessä Ruotsin ja Yhdysvaltain viranomaiset toimittivat yhteistyössä peiteoperaation, jossa FBI:n agentti esiintyi varastetuksi epäiltyjen taulujen ostajana. Ostotapahtuma salakuvattiin ja operaatiossa käytettiin apuna yhtä epäillystä henkilöstä. Ratkaisussa arvioitiin rikosprovokaation toteutumista ja sen oikeusvaikutuksia kaikkien syytettyjen osalta. Korkein oikeus totesi provokaation vaikuttaneen keskeisesti oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumiseen ja hylkäsi syytteet törkeästä anastetun tavaran vastaanottamisesta. Ratkaisun lopputulemaan on päädytty kotimaisesta sääntelystä sikäli poikkeavin perustein, että Suomessa rikosprovokaatiolla hankitut todisteet asetetaan hyödyntämiskieltoon, jolloin muun todistelun ollessa riittävää syyte voitaisiin katsoa näytetyksi. Tästä huolimatta ratkaisusta on haettavissa tulkinta-apua rikosprovokaation muotoihin ja toisaalta myös oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden ja rikosten selvittämisintressin välillä. Ratkaisussa korkein oikeus antoi seuraamusarvioinnin ohessa tulkintaohjeita rikollisen yllytyksen tunnusmerkistön täyttymisestä ja oikeusvaikutuksista.

Ratkaisun (NJA 2007, s. 1037) perusteluissa korkein oikeus otti kantaa siihen, miten rikolliseen toimintaan yllyttäminen eli provokaatio vaikuttaa syytettyjen rikosoikeudelliseen vastuuseen. Tapauksessa syytetyt väittivät, etteivät he olisi syyllistyneet rikoksiin ilman poliisin provokaatiota, mitä korkein oikeus piti keskeisenä oikeudellisessa arvioinnissa siitä, täyttyvätkö rikoksentekijän vastuun objektiiviset ja subjektiiviset edellytykset. Korkein oikeus painotti, että keskeistä on erottaa, toimiko peitetoiminnan harjoittaja itse rikostunnusmerkistön täyttävällä tavalla vai yllyttikö hän myös kohteen rikokseen, jota muuten ei olisi tehty. Kysymys on siten provokaation tarkoituksesta ja tavoitteesta sekä vaikutuksesta provosoituun henkilöön. Korkein oikeus korosti, että rikosten torjunnassa käytetyn epätavanomaisen tutkintamenetelmän on oltava oikeasuhteista ja sen ei tule loukata oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. EIT:n oikeuskäytännön pohjalta korkein oikeus painotti myös, että jopa rikosprovokaatioksi luettavat epätavanomaiset tutkintamenetelmät voivat olla hyväksyttäviä, mikäli ne eivät johda peruuttamattomalla tavalla oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin heikkenemiseen. Kysymys on viime kädessä siitä, että poliisin toiminnan on pysyttävä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin asettamissa rajoissa, eikä viranomaiselta hyväksytä yllyttämistä rikokseen.[1657] Toisaalta myös välillisen provokaation eli yksityishenkilön käyttämisen, vaikutus voi heikentää merkittävästi syytetyn oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, jos rikosoikeudellisen vastuun aineelliset edellytykset puuttuvat.

Jaksossa 9.4.1 aloittamaani ratkaisun KKO 2023:14 kuljettamista läpi kokonaisharkintakriteerien tulkinnan kertaan, että KKO päätyi lopputuloksena siihen, ettei

1657 Korkein oikeus on lisäksi käsitellyt ratkaisussa provokaation ja rikollisen toiminnan rajapintaa sekä provokaation toistuvuutta ja sen vaikutuksia hakien tulkintaa siihen, milloin toistuva provokaatio ylittää sallitun rajan ja muuttuu painostamiseksi tai laittomaksi uhkaukseksi.

asiassa ei ollut ilmennyt sellaisia seikkoja, joiden perusteella laittomasti hankitun aineiston hyödyntäminen todisteena vaarantaisi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin. Täten perusteita Anom-viestien asettamiselle hyödyntämiskieltoon ei ollut. Nostan vielä tarkasteltavaksi saman ratkaisun rikosprovokaation osalta. Korkein oikeus arvioi (kohdat 22–24), onko viranomaisen kehittämien ja seuraamien Anom-puhelimien käyttäminen rikosten suunnitteluun ja tekemiseen ollut osoitus viranomaisen rikosprovokaatiosta. Ratkaisussa katsottiin, että vaikka salaukseltaan tehokkaaksi luullun viestintäsovelluksen käyttäminen on saattanut madaltaa kynnystä rikollisen toiminnan suunnittelemiselle ja toteuttamiselle, viranomainen ei ole ollut yhteydessä ratkaisussa kysymyksessä olleisiin syytettyihin sovelluksen käyttäjiin tai esimerkiksi tarjoutunut ostamaan heiltä huumausaineita. Siten viranomainen ei ole yllyttänyt rikoksen tekemiseen, vaan vastaajat olisivat voineet käyttää muutakin viestintäsovellusta rikolliseen tarkoitukseen, ja käyttäjien on myös täytynyt saada muualta tietoa toisten käyttäjänimistä hyödyntääkseen puhelinta rikosten tekemiseen (kohta 23). Korkein oikeus totesi, ettei FBI:n toiminta Anom-puhelimien tapauksessa täyttänyt rikosprovokaation tunnusmerkkejä. Anom-puhelimia oli tarjottu henkilöille, joilla oli jo valmiiksi liityntöjä vakavaan rikollisuuteen. Vaikka heille on syntynyt käsitys tehokkaasti salatusta viestintävälineestä, ei FBI ollut yllyttänyt vastaajia rikoksiin eikä FBI, muu viranomaistaho tai niiden lukuun toimiva taho ollut myöskään luonut yhteyksiä vastaajien välille. Korkein oikeus tarkasteli näin olleen sekä välillistä että välitöntä rikosprovokaatiota.

Perusteluissa ei suoranaisesti oteta kantaa siihen, miksi kyseessä ei ollut yllytys, eikä määritellä yllytystä.[1658] Perusteluissa ei, koska todisteet on hankittu vailla suomalaisen viranomaisen myötävaikutusta tai edes tietoa, oteta kantaa myöskään siihen, olisiko suomalaisen viranomaisen voitu arvioida toimineen välillisessä rikosprovokaatiossa. Ulkomaisen viranomaisen toiminnan arvioiminen voi olla pulmallista siitä näkökulmasta, ettei ratkaisussa ylipäänsä ole otettu kantaa Yhdysvaltojen säänteluyn koskien todisteiden hankkimistavan laillisuutta. Se olisi ongelmallista myös siksi, ettei toiminnasta saataisi välttämättä riittävää näyttöä sen arvioimiseksi, olisiko hankintatapa ollut kotimaisen sääntelyn nojalla yllytyksen määritelmän täyttävää. Yllytys on kysymyksessä selvästi silloin, jos toiminta täyttää rikoslaissa määritellyn tunnusmerkistön. Jos FBI:n toimintaa olisi pystytty arvioimaan, tahallisen taivuttamisen ja kausaalisuuden arviointi olisi voinut olla mahdollista. Myös hankkimistavan hyväksyttävyys siitä näkökulmasta, onko viranomainen luonut yhteyksiä vastaajien välille, olisi voinut näyttäytyä toisin, mikäli kysymyksessä olisi ollut kotimaista menettelysääntelyä soveltava viranomainen. Viranomaisen toiminnan kohdistuessa huumausaineiden välittämisessä käytettävän viestintäkanavan ylläpitotoimiin, olisi suuntaa toiminnan hyväksyttävyydelle voitu hakea myös

1658 Sama koskee hovioikeuden ratkaisun perusteluja, joissa rikosprovokaatiota ei muutoinkaan ole juuri arvioitu. Ks. I-SHO:2022:2.

kotimaisesta oikeuskäytännöstä. Loukkauksen vakavuuden arvioinnin yhteydessä viitatussa ratkaisussa KKO 2022:11 on laajennettu aiempaa tulkintaa ja katsottu sähköisen myyntialustan luomisen ja ylläpitämisen ilman osallistumista varsinaiseen huumausaineiden osto- tai myyntiakteihin täyttävän rikoksen tunnusmerkistön.[1659] Ratkaisun vaikutusta ei arvioitu rikosprovokaation näkökulmasta. Tältä osin myös perusteluihin sisältyy ristiriita. Korkein oikeus piti loukkauksen vakavuutta vähentävänä seikkana sitä, että Anom-puhelimia tarjottiin vain rajatulle rikollisuuteen kytkeytyvälle henkilöjoukolle, ja viestintä koski pääasiassa vakavien rikosten suunnittelua ja tekemistä (kohta 31). Samaan aikaan korkein oikeus kuitenkin perusteli toiminnan rikosprovokaatioluonnetta vastaan sillä, että Anom-viestintäalustan tarjoaminen rinnastui "*lähinnä minkä tahansa muun yhteydenpitoalustan tarjoamiseen [--]*" (kohta 35). Toisaalta myös EIT:n muodostamien harkintakriteerien nojalla on todettava, että provokatiivisuus ei täyttyisi, koska viestialustaa olisi voitu käyttää lailliseen toimintaan, eikä poliisi ole osallistunut kaupantekoon, eli kysymyksessä ei myöskään ole tilanne, jossa viranomainen olisi ollut aktiivinen rikoksen edistämisessä. Syytetyillä on myös ollut mahdollisuus puolustautua oikeudenkäynnissä.

Pohdittaessa tilannetta, jossa kotimainen poliisiviranomainen olisi jollakin tavoin soluttautunut tai tehnyt yhteistyötä rikollisjärjestöihin kuuluvien edustajien kanssa tarjotakseen heille viestintävälinettä käyttöön, voisi ensinnäkin todisteiden hankkimistavan laillisuus salaisten pakkokeinojen käyttämisen näkökulmasta osoittautua varsin kyseenalaiseksi. Toiseksi, jos poliisi päättäisi hankkia ikään kuin tulevaisuudessa tapahtuvista rikoksista todistusaineistoa ja harhauttaisi rikolliseen toimintaan kytkeytyvät henkilöt uskomaan kysymyksessä olevan salatun viestintäkanavan, en voi täysin vakuuttua siitä, olisiko asiaa arvioitu samalla tavalla. Nyt korkein oikeus tyytyi kuitenkin melko lyhyesti viittaamaan siihen, ettei asiassa ole ilmennyt sellaisia seikkoja, joiden perusteella FBI:n operaatiossa voitaisiin katsoa olevan kysymys rikosprovokaatiosta. Korkein oikeus ei – oletettavasti sen vuoksi, ettei se arvioinut FBI:n toimintaa – ottanut kantaa lainkaan provokaation tarkoitukseen ja tavoitteeseen liittyviin seikkoihin, kuten esimerkiksi Ruotsissa on tehty ratkaisussa NJA 2007, s. 1037. Korkein oikeus arvioi sen sijaan lähinnä toiminnan vaikutusta provosoituihin henkilöihin. Tässäkään arvioinnissa ei kuitenkaan tehty tarkastelua henkilöiden alttiudesta kyseisentyyppisiin rikoksiin, millä olisi voinut olla vaikutusta rikoksentekijän vastuun subjektiivisten edellytysten täyttymiseen. Pelkästään ratkaisun perusteluja tarkastelemalla rikosprovokaatiota on mahdoton arvioida, mutta jos vastaava todisteiden hankintametodi sijoitetaan suomalaisen viranomaisen tekemäksi, on vaikea nähdä vastaavaa lopputulemaa. Toisaalta tällaisessa tilanteessa perustelut sekä laittoman hankintatavan että rikosprovokaation määritelmän täyttymisestä olisivat varmasti olleet kattavammat.

1659 Vrt. esim. KKO 2015:10, KKO 2015:27 ja KKO 2017:88, joissa KKO on katsonut, etteivät passiiviset toimet eivät ole muodostaneet rikosoikeudellista vastuuta.

### *9.5.2 Kontradiktorisuuden loukkaaminen*

Kontradiktorisuuden loukkaaminen oikeudenkäynnissä, erityisesti kun se koskee keskeistä todistetta tai vaikuttaa merkittävästi oikeudenkäynnin kulkuun asianosaisen näkökulmasta, voi johtaa todisteen hyödyntämiskieltoon OK 17:25.3:n mukaisesti, jos kontradiktorisuuden puutetta ei ole voitu prosessissa muutoin riittävästi kompensoida. Tällaisissa tilanteissa säännöksen muut olosuhteet -kriteeri nousee merkitykselliseksi arvioinnissa. Sen nojalla voidaan arvioida esimerkiksi lainvastaisen menettelyn kohteeksi joutuneen omaa suhtautumista asiaan tai sitä, kuinka todennäköisesti todiste olisi saatu hankittua laillisesti menetellen. Merkitystä voi olla myös sillä, onko vahinko jo tapahtunut, jolloin suojeluintressin loukkaamista ei voi enää vähentää.[1660]

Kontradiktorisuuden puutteen kompensoimiseksi EIT on luonut doktriinin ainoasta tai ratkaisevasta todisteesta, jonka mukaan kontradiktorisuudeltaan puutteellinen todiste ei saisi olla ainoa tai ratkaiseva näyttö asiassa, ellei sille ole perusteltua syytä, jolloin loukkausta ei voida hyväksyä.[1661] Mikäli keskeinen todiste on ainoa tai ratkaiseva ja sen vastakuulusteluoikeus on jäänyt toteutumatta, sen salliminen todisteena loukkaa EIS 6 artiklaa. Doktriini istuu suoraan sovellettuna heikosti kotimaiseen kieltosääntelyyn, ja katson sen olevan enemmälti kriittiseen näytönarviointiin soveltuva kokemussääntö.[1662]

> Perustelen asiaa siten, että kontradiktorisuuspuute, ollakseen menettelyvirhe, rikkoo myös kansallista lainsäädäntöä eikä pelkästään EIS 6 artiklaa, jonka loukkaaminen hyödynnettävyyden näkökulmasta todetaan OK 17:25.3:n nojalla. Rikosasian esitutkinnassa se on tyypillisesti ETL:n, ROL:n tai OK:n säännöksen rikkominen ja erityisesti tarkasteltaessa tässä tutkimuksessa oikeudenkäyntivaihetta kirjallisen kertomuksen käyttökiellon (OK 17:24) rikkominen. Menettelystä voi seurata jaksossa 6.4.3 esitetysti vakavimmissa virhetilanteissa, kuten OK 17:24.3:ssa edellytettyä vastakuulusteluoikeut-

1660 Pölönen – Tapanila 2015, s. 338. Edellä kohdassa 9.4.2.5 olen nostanut esiin näihin arvioitaviin seikkoihin kohdistuvaa kritiikkiä, mikä huomioitava myös kontradiktorisuusvirheissä, vaikka EIT:n tyyppitapauksia asiaan liittyykin.

1661 Ratkaisussa Al-Khawaja ja Tahery v. UK (15.12.2011), hyväksyttiin, että poikkeustilanteessa tuomio voidaan perustaa ratkaisevaan näyttöön, jossa vastakuulusteluoikeus ei ole toteutunut, eli kontradiktorisuutta on rikottu. EIT katsoi, että kontradiktorisuudeltaan puutteellisen todistajanlausunnon hyväksyminen todisteeksi vaatii, että sen luotettavuudesta on varmuus ja että syytetyn oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin toteutuu (kohta 147). Tämän jälkeen tulkintaa doktriinista on lievennetty siihen suuntaan, että muut todisteet voivat auttaa kontrolloimaan kontradiktorisuutta loukkaavan keskeisen todisteen oikeellisuutta. Tällöin, mikäli syytteeseen liittyvät muut todisteet tukevat syytetyn osallisuutta teossa, keskeisen todisteen vastakuulusteluoikeuden toteutumatta jääminen ei ole yhtä merkittävä puute syytetyn oikeuksien näkökulmasta.

1662 Kysymys on käytännössä yksin tai pääasiassa -argumentaatiosta, eli jaksossa 3.4.3 esitetysti näytönarvioinnista. Myös Tapanila (2019, s. 236) on todennut, ettei doktriini välttämättä ole suuresti avuksi tuomareille.

ta rikkoen, jo esitetyn todisteen asettaminen hyödyntämiskieltoon OK 17:25.3:n nojalla.[1663]

Hyödyntämiskielto tulee kyseeseen, kun vastakuulusteluoikeus keskeisen todisteen osalta ei toteudu lainkaan. Tällainen tilanne vallitsee, kun syytetty ei ole voinut kuulustella todistajaa tai asianomistajaa esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä ja hän ei ole selvästi luopunut vastakuulusteluoikeudestaan.[1664] Lievempiä tilanteita puolestaan koskee mahdollisuus ottaa kontradiktorisuuspuute huomioon näytön arvioinnissa todisteen luotettavuutta heikentävänä tekijänä. Tämän ei kuitenkaan pitäisi olla kotimaisen systematiikan nojalla hyödyntämiskiellon asettamisen vaihtoehto. Sen sijaan menettelyvirheen ollessa riittävän vakava siitä näkökulmasta, että se loukkaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista, on hyödyntämiskielto asetettava eikä pyrittävä korvaamaan loukkausta näyttöarvon alentamiselle. Tapanila on ymmärtääkseni päätynyt samanlaiseen tulkintaan katsomalla, että syytetyn näkökulmasta niin sanottu hyödyntämisrajoitus eli todisteen näyttöarvon alentaminen voi tuntua semantiikalta, jossa tuomioistuin yrittää vakuuttaa, että muu todistelu asiassa oli myös merkityksellistä.[1665] Verrattuna EIT:n doktriiniin ainoasta tai ratkaisevasta todisteesta totean, että OK 17:25.3:n mukainen hyödyntämiskielto edellyttää laajempaa arviointia, mukaan lukien todisteen ja asian laadun harkintaa.

Olennaista on, että jos keskeisen todisteen vastakuulusteluoikeus ei toteudu, on tärkeää, että syytteen tueksi esitetään muuta riippumatonta todistelua, joka vahvistaa syytetyn osallisuutta teossa. Tämä kompensoi puutteellisen kontradiktorisuuden vaikutusta ja varmistaa, että todistelun kattavuutta arvioidaan kokonaisuudessaan, ei vain yhden todisteen näyttöarvon perusteella.[1666] Vastakuulusteluoikeuden toteutumattomuuteen liittyvän kontradiktorisuuspuutteen arviointi ratkaisussa

1663 Näistä tilanteista tarkemmin ks. jaksot 6.4.3 ja 6.4.4, joista yhteenvetona vastakuulusteluoikeuden rikkomisen tilanteista: OK 17:24.3 edellyttää, että jos todistajan esitutkintakuulustelu taltioidaan todisteeksi oikeudenkäyntiä varten, syytetylle on varattava asianmukainen mahdollisuus esittää kysymyksiä. Jos tätä vastakuulusteluoikeutta ei noudateta, etenkin keskeisen todisteen kohdalla, se voi johtaa tallenteen hyödyntämiskieltoon. Aiemmin kuulustelutallenteita ei määrätty hyödyntämiskieltoon, vaikka vastakuulusteluoikeutta ei olisi noudatettu, kuten tapauksissa KKO 2006:107 ja KKO 2008:68. Kuitenkin ratkaisussa KKO 2008:84, jossa epäillylle oli tarjottu tilaisuus esittää kysymyksiä, tallenne hyväksyttiin todisteeksi. Vaikka KKO:n lopputulemat ovat olleet vaihtelevia Tapanilan (2019, s. 234) mukaan nykyisin kontradiktorisuuden loukkauksen seuraamukset arvioidaan joko OK 17:24.3:n tai OK 17:25.3:n mukaisesti.

1664 Tapanila 2019, s. 231–233.

1665 Tapanila taustoittaa asiaa siten, että kontradiktorisuuden rajoitus kohdistuu usein keskeiseen todisteeseen, mutta ei välttämättä johdu viranomaisen virheestä, kuten tapauksissa, joissa asianomistaja on kuollut, kadoksissa tai muuten tavoittamattomissa. Tällaisessa tilanteessa todisteen näyttöarvon ja menettelyvirheen vakavuuden punninta ei tuo suurta lisäarvoa ratkaisuprosessiin, koska todiste on olennainen ja kontradiktorisuuden puutetta ei voida korjata pääkäsittelyssä. Ks. tarkemmin Tapanila 2019, s. 237.

1666 Tapanila 2019, s. 237.

KKO 2007:36 seurasi EIT:n ratkaisua asiassa Mild ja Virtanen v. Suomi (2005), ja vastakuulusteluoikeuden puuttuminen katsottiin tuomiovirheeksi. EIT:n ratkaisun perusteella syytettyjen tekemä tuomiovirhekantelu korkeimmassa oikeudessa johti lainvoimaisen ratkaisun kumoamiseen ja asian palauttamiseen hovioikeuteen uudelleen käsiteltäväksi. Ratkaisussa keskeistä oli, että syyksi lukeminen oli suurelta osin perustunut todistajiin, joita syytetyt eivät olleet voineet kuulustella. Tämä virheellinen menettely oli voinut vaikuttaa syyteasian lopputulokseen.

### *9.5.3 Puolustautumisoikeuksien loukkaaminen*

Hyödyntämiskieltosäännöksen rakenteen nojalla tarkasteltuna lainvastaisin metodein hankitun todisteen hyödyntäminen sallitaan, jos se ei liity epäillyn kohteluun esitutkinnassa. Kohtelu voi täyttää OK 17:25.1 tai 2:ssa säädetyn hyödyntämiskieltonormin, tai jos se on lievempää, hyödyntämiskiellon yleissäännöksen kriteerit.[1667] Itsekriminointisuojaa koskevissa tulkintaratkaisuissa EIT ja KKO ovat katsoneet itsekriminointisuojan loukkaukseksi myös esimerkiksi sen, ettei henkilölle ole kuulustelussa kerrottu hänen itsekriminointisuojan keskeisistä oikeuksistaan tai huomautettu mahdollisuudesta käyttää avustajaa.[1668] Ilmoitusvelvollisuuksien laiminlyömisessä on kysymys enemmälti sen näyttämisestä, onko epäilty tullut tietoiseksi oikeuksistaan, ei niinkään muodollisuudesta. Puolustautumisoikeuksien loukkaamisen tyyppitapauksiin kuuluu itsekriminointisuojan loukkaamisen rinnakkaisoikeus, oikeus avustajaan, jonka loukkaaminen voisi johtaa tahattomaan itsekriminointiin.

Esitutkinnassa annetun tunnustuksen hyväksymistä todisteena rajoittavat tekijät ja niiden suojaamat intressit liittyvät EIS 6.1 artiklan oikeudenkäynnin yleistä oikeudenmukaisuutta ilmentävään vaatimukseen menettelyn tasapuolisuudesta (equality of arms)[1669]. Sen mukaan epäiltyä tai syytettyä ei saa perusteettomasti asettaa epätasa-arvoiseen asemaan verrattuna syytettä ajavaan syyttäjään ja EIS 6.3 artiklan c kohtaan rikoksesta syytetyn oikeuteen puolustautua henkilökohtaisesti tai itse valitsemansa oikeudenkäyntiavustajan välityksellä.

Tunnustuksen hyväksyminen todisteena voi rajoittua, mikäli epäillylle ei ole varattu tilaisuutta saada avustajaa tai jos epäiltyä ei ole informoitu itsekriminointisuojasta esitutkinnassa, jolloin suojellaan epäillyn oikeuksia ja oikeudenmukaista

1667 Ks. Tapanila 2014, joka analysoi neljän hovioikeuden 22 päätöstä 1,5 vuoden ajalta, jotka käsittelivät hyödyntämiskieltoa avustajan käytön tai itsekriminointisuojan rikkomuksiin liittyen. Tapanilan tutkimus on julkaistu sopivasti lainsäädäntövaiheessa. Siinä tutkitut tapaukset liittyivät itsekriminointisuojan ja lainvastaisesti hankitun todisteen yhdistelmiin, jotka syntyivät esitutkintavirheistä. Lakivaliokunta otti kantaa tutkimuksen havaintoihin ja totesi, että tutkitut ratkaisut koskivat suurelta osin itsekriminointisuojan loukkauksia ja loppujakin voidaan arvioida viime kädessä esitettävän hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla. Ks. LaVM 19/2014 vp, s. 7.

1668 LaVM 19/2014 vp, s. 18.

1669 Samaan periaatteeseen perustuu myös ylimääräisen tiedon käyttämisen rajoittaminen, Ks. esim. Ikonen 2020, s. 948.

kohtelua oikeudenkäynnissä. Kun arvioidaan tunnustuksen pätevyyttä todisteena, on tärkeää ottaa huomioon olosuhteet, joissa tunnustus on tehty. Mikäli tunnustus on annettu käyttämättä avustajaa, on tarkasteltava, onko esitutkintaviranomainen informoinut epäiltyä hänen oikeudestaan käyttää avustajaa ja onko epäilty selvästi ja tietoisesti luopunut tästä oikeudesta. Epäillyn on myös ymmärrettävä teon vakavuus ja mahdolliset seuraukset luopuessaan oikeudestaan avustajaan.[1670] Tunnustuksen hyödyntäminen todisteena tulee arvioitavaksi, jos näitä edellytyksiä ei ole täytetty esitutkinnassa, koska epäillyllä on oltava mahdollisuus saada oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Tapanilan mukaan viime kädessä tuomioistuimen tulisi antaa tunnustuksen näyttöarvoa määrittäessään merkitystä sille, onko epäillyllä ollut käytössään avustaja esitutkinnassa ja onko häntä informoitu itsekriminointisuojan ydinsisällöstä. Tällöin tuomioistuin voi varmistaa, että tunnustuksen näyttöarvoa arvioidaan oikeudenmukaisesti, siten että se ottaa huomioon mahdolliset prosessuaaliset puutteet esitutkinnassa.[1671]

Aiemmassa oikeuskäytännössä EIT on vaihtelevasti yhdistänyt itsekriminointisuojan ja avustajaoikeuden loukkaamisen arviointia, mikä on näyttäytynyt myös KKO:n ratkaisukäytännössä. Ratkaisussa John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta (8.2.1996) EIT arvioi, millä edellytyksillä syytetyn vaikeneminen voidaan ottaa huomioon häntä vastaan oikeudenkäynnissä. Vaikka avustajan käytön estäminen katsottiin puolustautumisoikeuden loukkaukseksi, itsekriminointisuojan loukkausta ei todettu ja vaikeneminen tulkittiin syytetylle vastaisesti. Tulkinta oikeuksien erillisyydestä on tärkeä, koska se osoittaa, että oikeudenmukaisessa esitutkintamenettelyssä molempien oikeuksien on toteuduttava.

Myöhemmin ratkaisussa Salduz v. Turkki (27.11.2008) EIT tarkasteli näitä kahta oikeutta kuitenkin yhdessä. Epäillyllä ei ollut mahdollisuutta luopua avustajan käytöstä, minkä vuoksi itsekriminointisuojan vapaaehtoisuus oli kyseenalaistettu. Ratkaisussa EIT totesi EIS 6 artiklan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten tulevan sovellettavaksi jo prosessin aiemmissa vaiheissa siltä osin, kuin niissä aiheutuu vaikutuksia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteuttamiseen myöhemmässä vaiheessa.[1672] Itsekriminointisuojan turvaamiseksi epäillylle on turvattava oikeus avustajaan ensimmäisestä kuulustelusta lähtien. Ratkaisun mukaan oikeutta avusta-

1670 Tapanila 2012, s. 169.

1671 Tapanila on analysoinut ratkaisua Aleksandr Zaichenko v. Venäjä (28.6.2010) ja sen merkitystä itsekriminointisuojan näkökulmasta todeten, että ratkaisu ei kategorisesti edellytä hyödyntämiskiellon asettamista. Hyödyntämiskielto on kuitenkin perusteltu, mikäli tunnustus on saatu painostamalla ja epäiltyä ei ole informoitu itsekriminointisuojasta. Itsekriminointisuojaa loukkaavalla tavalla saadun tunnustuksen hyödyntämiseen tulisi lähtökohtaisesti suhtautua torjuvammin kuin sellaiseen tunnustukseen, joka on saatu ilman avustajaoikeutta koskevaa informointia. Ks. Tapanila 2012, s. 170–171.

1672 Fredmanin ym. (2020, s. 66) mukaan EIS 6.3 artiklan d kohta oikeudesta kuulustella ja kuulustuttaa todistajia sekä e kohdan oikeus saada tulkin apua vaikuttavat siltä osin esitutkintavaiheessa, kuin ennen oikeudenkäyntiä tapahtuneet kuulusteluissa tai tulkin käytössä tapahtuneet seikat johtavat myöhemmin oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen.

jaan voidaan rajoittaa ainoastaan pakottavista syistä, mitä edellytystä on tulkittava suppeasti. Mikäli tätä oikeutta on loukattu, syntyy olettama EIS 6 artiklan loukkauksesta. Ratkaisun jälkeisessä oikeuskäytännössä EIT on kiinnittänyt huomiota siihen, miten esitutkintaviranomaiset ovat menetelleet ja onko heidän toimintansa johtanut epäillyn oikeuksien loukkaukseen. Siinä vaikuttavat erityisesti kansallisen sääntelyn asettamat rajoitukset avustajan käyttämiselle ja niiden soveltaminen käytännössä sekä rajoitusten vaikutukset epäillyn oikeuksien toteutumiseen.[1673] Ratkaisu oli oikeuskäytäntöä tiukentava linjaus siihen, miten oikeuskäytännössä on myöhemmin tulkittu sitä, missä vaiheessa avustajan hankkiminen on turvattava, millä edellytyksillä epäillyn voidaan katsoa luopuneen oikeudestaan avustajaan ja mitä seurauksia avustajaoikeuden rikkomisesta voi seurata.[1674]

EIT:n ratkaisu Ibrahim ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (13.9.2016) on asettanut melko selvät harkintakriteerit sille, miten puolustautumisoikeuden loukkaamisen vakavuutta arvioidaan. Kysymyksessä on kokonaisarviointi, jossa voidaan huomioida rikosvastuun toteuttamista, hankkimistavan merkitystä todisteen luotettavuudelle, vastaajan erityistä haavoittuvuutta, todisteen merkitystä asian ratkaisemisen kannalta ja sitä, rikkoiko hankintamenettely kansallista lainsäädäntöä.[1675] Ratkaisussa listattu ohjeellinen harkintakriteeristö vastaa pitkälti OK 17:25.3:ssa säädettyä, ja lopputulema on muodostettu kokonaisharkinnan nojalla. Tämä puoltaa puolustuksen järjestämistä koskevien loukkausten kuuluvan OK 17:25.3:n hyödyntämiskiellon yleissäännöksen nojalla harkittavaksi sen sijaan, että ne luettaisiin suoraan itsekriminointisuojan loukkaamiseksi, jolloin niitä koskisi ehdoton hyödyntämiskielto.[1676] Lisäksi ratkaisussa otettiin kantaa avustajaoikeuteen ja korostettiin sitä, että avustajan puuttuessa itsekriminointisuojasta informoiminen on erityisen tärkeää ja sen laiminlyönti puoltaa hankitun todisteen asettamista hyödyntämiskieltoon. Yksin ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti ei kuitenkaan loukkaa vastaajan oikeusturvaa peruuttamattomasti.

Kun tarkastellaan avustajaoikeuden loukkaamiseen liittyvää tilannetta kotimaisen sääntelyn kannalta, lainvastaisuuden toteaminen todisteen hankinnassa olisi selkeää, koska ETL 4:10 ja 4:11 turvaavat asianosaisen oikeuden käyttää avustajaa esitutkinnassa. Oikeus koskee kuulustelujen lisäksi muitakin esitutkintatoimia, joissa asianosaisella on oikeus olla läsnä, mistä on myös ilmoitettava epäillylle kirjallisesti.

---

1673 Tapanilan (2019a, s. 152) mukaan EIT:n tulkinnassa on tullut keskeiseksi, miten esitutkintavaiheessa kohdeltiin epäiltyä ja turvattiinko hänen perusoikeutensa, erityisesti oikeus avustajaan ja itsekriminointisuojan noudattaminen, mikä osaltaan tarkoittaa, että pelkät säännökset eivät riitä, vaan myös niiden toteuttamistapa ja käytännön menettelyt esitutkinnassa ovat ratkaisevia.

1674 Fredman ym. 2020, s. 68.

1675 Ks. ratkaisun kohdat 272 ja 273.

1676 Ratkaisu osoittaa, että EIT on ajan myötä kehittänyt itsekriminointisuojan tulkintaa siihen suuntaan, että avustajaoikeus on itsekriminointisuojaan nähden erillinen oikeus. Ks. Fredman ym. 2020, s. 521. Ks. myös Ibrahim-ratkaisun jälkeen annetut samansuuntaiset EIT:n ratkaisut Beuze v. Belgia (9.11.2018) ja Simeonovi v. Bulgaria (12.5.2017).

Tehokkaalle avustajaoikeudesta luopumiselle on kotimaisessa ratkaisukäytännössä linjattu tiukat kriteerit ratkaisuissa KKO 2012:45, KKO 2013:25, KKO 2016:76 ja KKO 2016:96. Avustajasta luopumisen pätevyyttä arvioidaan itsenäisin kriteerein. Niistä ensimmäinen on se, että esitutkintaviranomainen on informoinut epäiltyä tämän oikeudesta käyttää avustajaa, ja informoiminen on tehty niin, että epäillyn voidaan olettaa ymmärtäneen asian. Toiseksi epäillyn tiedossa on oltava tutkinnassa oleva rikos vähintään rikosnimikkeen osalta. Kolmanneksi epäillylle tarkastettavaksi ja allekirjoitettavaksi annettavaan esitutkintapöytäkirjaan on tehtävä merkintä siitä, että hän on suostunut kuulusteluun ilman avustajaa.[1677]

Korkein oikeus on todennut ratkaisuissa KKO 2012:45 ja KKO 2016:76, että epäillyn oikeuksien loukkaaminen voidaan välttää vain, jos hänen syyllisyyttään tukevia lausumia ei hyödynnetä oikeudenkäynnissä. Ratkaisuissa KKO 2012:45 ja KKO 2013:25 ja KKO 2016:76 korkein oikeus on tunnistanut oikeuden avustajan käyttämiseen olevan osa itsekriminointisuojaa mutta tulkinnut avustajaoikeuden rikkomisesta johtuvan hyödyntämiskiellon olevan siitä erillinen. Oikeuskäytännössä on aiemmin ollut epäselvää se, kuuluvatko avustajaoikeuden loukkaukset OK 17:18:ssä itsekriminointisuojasta säädetyn todistamiskiellon soveltamisalan piiriin. OK:n uudistuksen jälkeen on melko selkää todeta avustajaoikeuden loukkauksen kuuluvan hyödyntämiskiellon yleissäännöksen (OK 17:25.3) soveltamisen piiriin. Sen osalta lainvastaisuus todisteen hankinnassa perustuisi myös ETL 4:16 ja 17:ssä säädettyihin ilmoitusvelvollisuuksiin ja näiden säätämisen taustalla oleviin direktiiveihin.[1678] Nyt asiaa voidaan tarkastella todistelu-uudistusta koskevien esitöiden valossa. Myös hallituksen esityksen mukaan puolustuksen järjestämistä koskevat loukkaukset ratkaistaan hyödyntämiskiellon yleisäännöksen nojalla,[1679] mihin korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2016:76 ottanut kantaa.[1680]

> Ratkaisussa KKO 2016:76 korkein oikeus on arvioinut kohdassa 16 yleisesti lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämistä viitaten ratkaisuun KKO 2011:91. Korkein oikeus on kuitenkin jatkanut kohdassa 18, ettei itsekriminointisuojaa koskevaa oikeudenloukkausta voi korjata muutoin kuin jättämällä todiste hyödyntämättä. Kohtien 16 ja 18 yhteydestä voisi päätellä, että

1677 Tapanila 2012a, s. 594. Tapanilan mukaan, näiden kolmen kriteerin täyttyessä, avustajaoikeudesta on luovuttu yksiselitteisesti ja pätevästi. Ks. myös Tapanila 2012a, s. 600 tarkemmin avustajaoikeudesta käytännössä.

1678 Ks. Tiedonsaantioikeudesta rikosoikeudellisissa menettelyissä annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (2012/13/EU). Lisäksi epäillyn oikeudesta avustajaan on säädetty Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä (2013/48/EU), jonka 9 artiklan mukaan luopuminen oikeudesta käyttää avustajaa edellyttää, että epäilty on saanut suullisesti tai kirjallisesti selvät ja riittävät tiedot selkeällä ja ymmärrettävällä kielellä kyseisen oikeuden sisällöstä ja siitä luopumisen mahdollisista seurauksista. Luopumisen on tapahduttava vapaaehtoisesti ja yksiselitteisesti.

1679 HE 46/2014 vp, s. 89.

1680 Ks. kohta 21.

myös oikeus avustajan käyttöön katsottaisiin itsekriminointisuojan piirissä kuuluvan itsekriminointisuojan vastaisesti hankitun todisteen todistamiskiellon piiriin, mistä seuraisi hyödyntämiskielto. Perustan johtopäätökseni siihen, että kohdassa 16 arvioidaan OK 17:25.3:ssa säädetyn hyödyntämiskiellon yleissäännöksen kriteerien täyttymistä, kun taas kohdassa 18 todetaan itsekriminointisuojan loukkaamisen johtavan hyödyntämiskieltoon. Mielestäni tapauksessa on ollut asetelma, jossa on arvioitu sitä, onko oikeutta avustajaan loukattu ja onko tämä loukkaus ollut niin vakava, että se tarkoittaa itsekriminointisuojan loukkausta. Se taas korkeimman oikeuden mukaan ei ole korjattavissa muutoin kuin asettamalla todisteelle hyödyntämiskielto. Tässä valossa tarkasteltuna kohdan 21 perustelut viittaavat siihen, että korkein oikeus olisi voinut päätyä samanlaiseen perustelujen rakentamisen tapaan. Sen sijaan se onkin lainsäätäjän kannanottoa hallituksen esityksessä seuraten päätynyt hyödyntämiskieltosäännöksen soveltumisen, ja siten vahvistanut oikeuksien erillisyyden, joskin vahvan liitynnän.

Ratkaisut KKO 2012:45 ja KKO 2013:25, jotka koskevat oikeutta avustajan käyttämiseen esitutkinnassa ja tämän oikeuden rikkomuksen arviointiin sekä hyödyntämiskieltoseuraamuksen punnintaan, näyttävät olevan keskenään ristiriidassa, mutta tosiasiassa näin ei ole. Ratkaisussa KKO 2012:45 epäilty oli esitutkinnassa ollut tietoinen itsekriminointisuojastaan antaessaan lausunnon, mutta itsekriminointisuojaa katsottiin silti loukatun. Ratkaisun KKO 2012:45 (kohta 21) mukaan avustajasta luopuminen tapahtuu yksiselitteisesti vain, jos epäillylle on kerrottu hänen oikeudestaan avustajaan ja oikeudestaan olla vaiti ja myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Ratkaisussa KKO 2013:25 puolestaan ei katsottu itsekriminointisuojan loukkausta tapahtuneen, koska epäillyn oletettiin olleen tietoinen oikeudestaan antaessaan lausunnon.[1681]

Ratkaisu KKO 2012:45 oli todistusoikeudellisesti merkittävä, koska siinä korkein oikeus määräsi tiettävästi ensimmäisen kerran todisteen hyödyntämiskieltoon vastaajan itsekriminointisuojan rikkomisen perusteella. Vaikka kyseessä on monisyinen yksittäistapaus, on korkein oikeus Tapanilan mukaan ainakin ratkaisun otsikoinnin perusteella pyrkinyt tekemään hyödyntämiskieltoharkinnalle linjavetoja.[1682] Itsekriminointisuoja EIS 6.1 artiklassa ei ollut uusi ilmiö, mutta sen sisällön laajuus ja rinnakkaisuus saman artiklan kohdassa 3 c säädettyyn oikeuteen avustajan käyttämisestä esitutkinnassa ja tämän oikeuden loukkaamista koskeva hyödyntämiskielto-

1681 Ratkaisussa ei edes tutkittu lähemmin, oliko syytetyn itsekriminointisuojaa loukattu, eikä tällaiseen ollut vedottu. Ratkaisujen keskeinen ero on se, että aiemmassa epäilty on väittänyt nimenomaisesti pyytäneensä saada avustajan kuulusteluun, mutta myöhemmässä oli kuulustelupöytäkirjaankin merkitty, että epäilty on luopunut oikeudestaan.

1682 Otsikoinnin linjavetomaisuudesta esim. Tapanila 2013, s. 431.

seuraamus esitutkintakertomuksen osalta sen sijaan oli. Ratkaisussa KKO 2012:45 on liitetty itsekriminointisuoja ja avustajaoikeus toisiinsa sekä esitetty arviointikriteerejä sille, milloin oikeutta avustajaan on loukattu siten, että ilman avustajaa suoritettua kuulustelua ei saa käyttää todisteena oikeudenkäynnissä. Ratkaisussa oli kysymys siitä, että henkilö oli vangittuna, kun häntä kuulusteltiin epäiltynä törkeästä huumausainerikoksesta. Henkilölle määrätty puolustaja ei ollut kuulusteluissa läsnä. Kuulustelut käytiin englanniksi, mutta pöytäkirjat laadittiin suomeksi, jota henkilö ei lainkaan osannut. Hänelle oli ennen kuulusteluja ilmoitettu oikeudesta käyttää avustajaa, mutta hänelle ei ollut ilmoitettu oikeudesta pysyä vaiti ja oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Poliisin tiedossa oli, ettei henkilö ollut neuvotellut puolustajansa kanssa myöskään ennen kuulusteluja. Korkein oikeus katsoi, että henkilö ei ollut yksiselitteisesti ja oikeuksistaan tietoisena luopunut oikeudestaan käyttää avustajaa esitutkinnassa eikä hän ollut tiennyt avustajasta luopumisen seurauksista. Henkilön puolustautumismahdollisuuksia ja itsekriminointisuojaa oli rikottu niin, ettei esitutkinnassa annettuja lausumia saanut käyttää näyttönä häntä vastaan.

Tapanila on kritisoinut ratkaisua KKO 2012:45 epäjohdonmukaiseksi ja vaikeasti tulkittavaksi sekä arvaamattomaksi tapauksen tulkitsijan kannalta. Hän on kuitenkin onnistunut muodostamaan ratkaisun KKO 2012:45 oikeusohjeen tulkinnan: *"Epäillyn esitutkintakertomukselle tulee asettaa hyödyntämiskielto, jos 1) vapautensa menettäneen epäillyn oikeus avustajaan ei ole toteutunut ennen kertomuksen antamista eikä epäilty ole yksiselitteisesti luopunut kyseisestä oikeudesta, 2) kysymys on erityisen vakavasta rikosasiasta ja 3) epäillyn itsekriminointisuoja on menettelyn johdosta vaarantunut."*[1683]

Tapanila on kommentoinut KKO:n perusteluja siten, että hyödyntämiskielto on perustettu kolmeen seikkaan, joiden yhteisvaikutuksesta hyödyntämiskielto on asetettu: avustajaoikeuden ja itsekriminointisuojan loukkauksiin sekä esitutkintapöytäkirjan kieleen. Tapanilan mukaan itsekriminointisuojaa ei ollut tosiasiallisesti loukattu.[1684] Tämä tulkinta eroaa Vuorenpään näkemyksestä, jonka mukaan itsekriminointisuojan loukkaaminen oli ratkaisun keskeinen elementti. Vuorenpää painottaa, että ilman avustajaa annettu esitutkintakertomus ei automaattisesti johda hyödyntämiskieltoon, jos itsekriminointisuojaa ei ole loukattu.[1685] Hyödyntämiskiellon peruste ei siksi liity esitutkintapöytäkirjan kieleen.[1686] Vuorenpään mukaan

1683 Tapanila 2012a, s. 600. Korkeimman oikeuden perustelu jätti Tapanilan mukaan kysymyksen, miten nämä eri loukkaukset lopulta vaikuttivat hyödyntämiskieltoharkinnassa. Ks. ratkaisun kommentointia mahdollisten lievempien menettelyvirheiden osalta Tapanila 2012a, s. 595–596.

1684 Tapanila 2012a, s. 599–600.

1685 Vuorenpää 2013, s. 145.

1686 Vuorenpää viittaa myös uuteen esitutkintalakiin, joka korostaa rikoksesta epäillyn oikeutta olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen, mikä tukee itsekriminointisuojan loukkauksen huomioon ottamista. Vuorenpää 2013, s. 146.

korkeimman oikeuden perustelut jaetaan kahteen osaan, joista ensimmäisessä käsitellään oikeutta avustajaan ja tulkkiin ja toisessa esitutkintakertomuksen hyödyntämistä. Hyödyntämiskielto perustui epäillyn puolustautumisoikeuksien, erityisesti avustajaoikeuden, loukkaukseen, mikä samalla loukkasi itsekriminointisuojaa.[1687]

Myöhemmän oikeuskäytännön ja sittemmin muutetun ETL:n valossa on melko helppo asettua Vuorenpään näkemyksen kannalle. Korkeimman oikeuden päätös perustuu selkeästi siihen, että epäillyn puolustautumisoikeudet ovat tulleet sillä tavoin loukatuksi, että siitä on seurannut myös itsekriminointisuojan loukkaus. Oikeus avustajaan on katsottu EIT:n oikeuskäytännössä keinoksi itsekriminointisuojan tehokkaaseen totuttamiseen ja siten oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin keskeiseksi osa-alueeksi. Esitutkintapöytäkirjan kieli ei ole ollut ratkaiseva tekijä hyödyntämiskieltoa asetettaessa. Kuitenkin täsmällisiä oikeusohjeita ratkaisu ei anna varsinkaan näin pitkän ajan jälkeen tarkasteltuna, kun hyödyntämiskieltoja koskeva oikeuskäytäntö on kehittynyt ja sääntely on selkeytetty. Joka tapauksessa näen ratkaisun merkittävänä kannanottona epäillyn avustajaoikeuden tärkeydestä ja oikeuden toteuttamiseen liittyvien viranomaismenettelyjen selkiyttämisestä.

Ratkaisussa KKO 2013:25 on käsitelty kysymys siitä, oliko kyseisessä yksittäistapauksessa epäillyn oikeuksia loukattu siten, ettei esitutkintakertomusta voitu käyttää näyttönä häntä vastaan. Tältä osin ratkaisu on varsin selkeällä tavalla rakennettu: Ensiksi korkein oikeus otti kantaa siihen, onko epäilty luopunut oikeudestaan avustajaan pätevästi. Kun korkein oikeus oli todennut näin tapahtuneen, se oli arvioinut sitä, onko epäillyn itsekriminointisuoja toteutunut, kun hänelle ei ole erikseen avustajasta luopumisen jälkeen ilmoitettu suojan sisällöstä eli vaitiolo-oikeudesta tai oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen.[1688] Huomionarvoista on, että tuolloin ETL:ssa ei vielä ollut säännöstä siitä, että tällainen ilmoitus olisi annettava, eli esitutkintaviranomaisen menettely ei ole ollut lainvastaista. Ratkaisussa KKO 2013:25 korkein oikeus on arvioinut ratkaisuun KKO 2012:45 viitaten, onko epäillyn oikeutta avustajaan ja siten itsekriminointisuojaa loukattu, kun hänellä ei pidätettynä ollessaan kuulusteltuna ole ollut avustajaa. Korkein oikeus on tullut tapauksessa siihen johtopäätökseen, että epäilty oli tehokkaasti luopunut oikeudestaan avustajaan, eikä menettely ole siksi loukannut hänen itsekriminointisuojaansa. Ratkaisu on hyväksyttävissä, vaikka se poikkeaakin lopputulokseltaan ratkaisusta KKO 2012:45, jossa olosuhteet ovat olleet kovin erityyppiset. Korkein oikeus on arvioinut samoja tehokkaan luopumisen kriteerejä eli sitä, onko luopuminen tapahtunut vapaaehtoisesti ja yksiselitteisesti ja onko luopumiseen liit-

1687 Ks. Vuorenpää (2013, s. 144), jonka mukaan korkein oikeus tarkasteli ensimmäisessä osassa todistelun hankintamenettelyn epäkohtia ja toisessa vakavampia oikeudenloukkauksia, jotka voivat johtaa hyödyntämiskieltoon.

1688 Sen sijaan hyödyntämiskieltoharkinnan ja näyttöratkaisun sekoittumisen osalta ratkaisu ei ole erityisen selkeä.

tynyt luopumisen merkityksen huomioon ottaen oikeasuhteisia vähimmäistakeita, ja tullut siihen lopputulokseen, että esitutkintakertomuksia sai käyttää näyttönä epäiltyä vastaan.

Yhteenvedonomaisesti ratkaisuissa KKO 2012:45 ja 2013:25 linjattiin siitä, että mikäli epäiltyä ei ole esitutkinnassa informoitu itsekriminointisuojan sisällöstä, epäillyn esitutkintakertomus on asetettava hyödyntämiskieltoon. Vuorenpään mukaan tätä linjausta on pidettävä vakiintuneena tulkintana edelleenkin.[1689] Siitä huolimatta, että pidän jälkimmäistä ratkaisua enemmän yksittäistapauksellisena, olen tästä johtopäätöksestä samaa mieltä. Mikäli vastaaja ei ollut ennen puhuttelua pätevästi luopunut oikeudestaan olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen eikä oikeudestaan avustajaan, on hänen antamansa lausunto asetettava hyödyntämiskieltoon. Tämän ei kuitenkaan tulisi tapahtua OK 17:18:n mukaisella todistamiskiellon rikkomisesta suoraan seuraavalla hyödyntämiskiellolla, vaan OK 17:25.3:n kokonaisharkinnalla. Siinä voidaan arvioida avustajan puuttumisesta johtuva vastaajan epätietoisuus asemastaan ja oikeuksistaan ja niistä mahdollisesti johtuva itsekriminoivan lausunnon antaminen. Silloin kun kysymys on ensisijaisesti puolustuksen järjestämistä koskevasta loukkauksesta, eikä suoranaisesti itsekriminointisuojan loukkaamisesta, on tämä EIT:n ratkaisukäytännössä luodun kokonaisharkinnan perusteella luontevaa. Samoin on katsottu todistelu-uudistuksen jälkeen annetussa ratkaisussa KKO 2016:76.

> Todettakoon myös, että poliisin menettelytavat ovat muuttuneet kommentoitujen ratkaisujen jälkeen 1.1.2014 voimaan tulleen ETL:n muutoksen myötä. Poliisilla on nyt velvollisuus informoida epäiltyä hänen oikeudestaan olla vaiti ja myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Näin ollen tämän informointivelvollisuuden laiminlyöminen on lakimuutoksen jälkeen yksiselitteinen velvollisuus toisin kuin ratkaisuja koskevien kuulustelujen aikana.

1689 Vuorenpää 2020, s. 87–88. Sama koskee alustavassa puhuttelussa annettua itsekriminoivaa lausuntoa. Tämän tilanteen osalta kuitenkin soveltuu luontevammin OK 17:18 ja OK 17:25.2.

# 10 TUTKIMUKSEN YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSET

Tutkimuksessa pyrittiin vastaamaan kysymykseen, millainen merkitys vapaalla todistusteorialla on oikeudenkäynnissä erityisesti hyödyntämiskiellon näkökulmasta. Tutkimuksen tavoite liittyi vapaan todistusteorian ja hyödyntämiskiellon määrittelyyn. Tässä kontekstissa tutkimuksen tavoitteena oli selkeyttää vapaan todistusteorian sisältöä ja merkitystä oikeusdoktriinissa suhteessa hyödyntämiskieltoon. Tutkimuksen yleisessä osassa vastattiin jaksossa 1.1 esitetystä varsinaisesta tutkimuskysymyksestä pilkottuihin osakysymyksiin 1–4, joiden avulla vastattiin tutkimuksen otsakkeen osaan "*vapaan todistusteorian merkitys oikeudenkäynnissä [– –]*". Yleisen osan rakenteessa käsitteenmäärittely, oikeusperiaatteiden vaikutukset ja historia muodostavat systeemin, johon erityinen osa perustuu. Ylipäänsä systeeminmuodostuksessa vapaan todistusteorian rakenne totuuden merkityksen näkökulmasta vaatii historiallista tarkastelua ja vaihtoehtoisten todistusteorioiden avaamista. Erityisessä osassa jatkettiin otsakkeen loppuosaan "*[– –] erityisesti hyödyntämiskiellon näkökulmasta*", jossa viimeisteltiin systematisointi hyödyntämiskiellon osalta ja tulkittiin hyödyntämiskieltoon johtavia säännöksiä. Tutkimuksen rakenteessa pyrittiin hyödyntämään kantaa, jonka mukaan systematisointi edustaa teoreettista ja tulkinta, eli oikeussäännösten sisällön selvittäminen, käytännöllistä lainoppia.

Vapaan todistusteorian merkitystä oikeudenkäynnissä voidaan lainopillisesti lähestyä useasta näkökulmasta: oikeuden monitasomalliin peilaten, vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan lakisääteiseen poikkeamismahdollisuuteen kytkeytyvällä oikeussääntöjen systematisoinnilla ja näiden rajoitusten, viime kädessä hyödyntämiskieltoon johtavien kieltonormien, tulkitsemisella. Vapaa todistusteoria on oikeusjärjestelmän osa, joka kuuluu oikeuden syvärakenteeseen. Sen tausta löytyy historiallisen katsauksen viitoittamalla tavalla jo roomalaisesta oikeudesta. Toisaalta muodollinen, legaalinen ja vapaa todistusteoria muodostavat kehitysjatkumon, jossa oikeudenkäynnin totuuskäsitys on muuttunut todistusteorian kehittymisen myötä (jakso 4). Totuuden merkitys ei määräydy ainoastaan vallitsevan totuuskäsityksen nojalla vaan myös normin luonteen kautta. Se on yksi – joskin perustavanlaatuinen – normi sääntelykehikossa, jossa vapaa todistusteoria saa muotonsa normatiivista prinsiipeistä ja oikeuskategorioista. Oikeudenkäyntiaineiston laajuus ei ole itseisarvo, mutta mitä vähemmän saatavilla olevan aineiston rajoittavia tekijöitä on, sitä suuremmalla todennäköisyydellä voidaan ajatella lähestyttävän aineellista totuutta. Vapaa todistusteoria, joka pohjautuu aineelliseksi kuvattuun totuuskäsitykseen, saa lainkäytössä rajansa perus- ja ihmisoikeuspohjaisten vapaalla todistusteorialla tavoiteltua totuutta tärkeämmäksi arvotettujen intressien vuoksi, joiden perusteella

vapaata todistelua välittömästi ja vapaata todistusharkintaa välillisesti rajoitetaan. Vapaa todistusteoria ilmeneekin oikeudenkäynnissä rajoitusten kautta. Oikeuden pintatasolla vapaan todistusteorian sisältö koostuu pääsäännöiksi ilmaissuista vapaasta todistelusta ja vapaasta todistusharkinnasta, joista saa lakitasoisin oikeussäännöin poiketa. Tutkimuksen erityisessä osassa mielenkiinnon kohteena olivat kieltonormit, jotka rajoittavat samaan aikaan molempia vapaan todistusteorian osia.

Tutkimuksen tarkoituksena oli selkiyttää hyödyntämiskiellon normiteoreettista statusta. Käsitteistö ja periaatteisto (jaksot 2 ja 3) sekä niiden muodostama systeemi mahdollistivat oikeuslähteistön jaottelun siten, että normien tulkitseminen ja soveltaminen keskeisten oikeuskulttuuristen havaintojen mukaisesti kiinnittyi kontekstiinsa. Oikeuden monitasomallissa säädännäisen oikeuden analyysistä tulee edetä oikeuden syvempien tasojen, oikeusideologian ja oikeusmuodon olemukselliseen reflektioon, koska ne määrittävät oikeuden pintatasoa. Tästä näkökulmasta tutkimuksen yleinen osa operoi oikeuden syvätason ja oikeuskulttuurin tasoilla. Erityinen osa puolestaan keskittyi oikeuskulttuurin tasoon ja oikeuden pintatasoon sekä toi yleisen osan muodostamasta teoreettisesta systeemistä seuraavat käsitteelliset valinnat säädännäistä, tulkittavaa oikeutta, selkiyttäväksi kokonaisuudeksi.

Eri suuntiin tapahtuvien sedimentaatioprosessien seurauksena oikeudessa on erilaisia kerrostumia. Rakenteistumalla oikeusperiaatteet vaihtuvat oikeudellisiksi käsitteiksi tai oikeussäännöiksi, joita voidaan muuttaa ilman että periaate itsessään muuttuu, mutta mahdollisesti sen painoarvo suhteessa muihin periaatteisiin muuttuu. Todistusteorian näkökulmasta tärkeä aineellinen totuus periaatteena on tällainen. Se kuuluu oikeuskulttuurin tasolle, joka muuttuu oikeuden pintatasoa hitaammin. Aineellisen totuuden periaate todistusoikeuden yleisenä oppina on hyvin laajalle levinnyt ilmiö oikeusjärjestelmäriippumattomasti. Sen sijaan ihmisoikeudet kuuluvat sekä oikeuden syvärakenteeseen oikeuskategoriana, kulttuuritasolle periaateluonteisina normeina ja toisaalta myös tulkintaoppina että lopulta oikeuden pintatasolle ylimmänasteisina normeina. Monitasomallin mukaisesti systematisoituna voidaan päätelmänä todeta, että oikeusjärjestelmän perustana olevat arvot heijastuvat hyödyntämiskieltoon.

Tässä tutkimuksessa vapaa todistusteoria esitettiin hyödyntämiskiellon näkökulmasta, mikä edellytti ilmiön oikeusteoreettista ja oikeuskulttuurista kehittelyä oikeudellisen ratkaisun teorian tuottamin johtopäätöksin oikeuden pintatason tarkastelussa. Keskiössä olivat oikeuslähdehierarkkiset, normi- ja argumentaatioteoreettiset mallit, jotka kytkeytyvät vapaan todistusteorian ihanteeseen aineellisesta totuudesta rajoittuen kuitenkin prosessitodellisuuteen. Todisteen hyödyntämisen ja vapaan todistusharkinnan näkökulmasta näytön arvioimisella ja hyödyntämiskiellolla on selkeät roolit, joiden merkitys näyttäytyy oikeuslähteiden velvoittavuuden sekä oikeus- ja kokemussääntöjen eron kautta käytännön ratkaisutoiminnassa (jakso 3). Vapaan todistusteorian merkityksen ja vaihtoehtoisten todistusteorioiden käsittelyn johtopäätöksenä (jakso 4) pystyttiin muodostamaan myös selkeä käsitys

siitä, miten hyödyntämiskiellon asettaminen suhteutuu näytönarviointiin ja miksi näiden kahden välinen ero on merkityksellinen.

Hyödyntämiskieltoon liittyen tarkasteltavina olivat positiivisen oikeuden säännökset sekä niihin nojautuvat ja niitä jäsentävät käsitteet (jakso 6). Hyödyntämiskielto erotettiin kaikista vapaata todistelua ja todistusharkintaa rajoittavista oikeussäännöistä ja todisteen tai todistelutuloksen hylkäämisen mahdollistavista oikeussäännöistä ja edelleen muista todisteluun kohdistuvista kieltonormeista. Näistä tuomioistuimen päätöksellä tehtävään todistelun epäämiseen, prekluusiosäännöksiin ja kirjallisen kertomuksen käyttökieltoon paneuduttiin erityisesti silmällä pitäen niiden oikeuskulttuuriin asettuvien tavoitteiden eroa suhteessa hyödyntämiskiellon vastaaviin. Todistamis- ja hyödyntämiskiellot systematisoitiin suhteessa toisiinsa ja muihin kieltonormeihin.

Hyödyntämiskielto on käsitteenä sekä oikeudellinen ilmiö eli seuraamus että kieltonormi, joka suojaa oikeusjärjestystä ja todisteiden hankkimisen laillisuutta. Hyödyntämiskieltoa voidaan lähestyä joko menettelyn näkökulmasta eli siitä, miten hyödyntämisratkaisu prosessissa tehdään, tai aineellisen oikeuden kautta eli siitä, mitä oikeutta kiellolla suojataan. Oikeudellisena ilmiönä hyödyntämiskielto rajoittaa vapaata todistelua ja vapaata todistusharkintaa ja osin aineellisen totuuden arvoperiaatteen toteutumista. Sillä on vahva yhteys periaatteisiin ja arvoihin, joille sekä kotimainen oikeusjärjestys että kansainvälinen oikeus rakentuvat. Hyödyntämiskielto seuraamuksena voidaan määrittää tavoitteensa ja tarkoituksensa kautta. Hyödyntämiskiellon tavoitteena on palauttaa oikeudenkäynnin menettelyllinen tasapaino ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus sekä suojata jo loukattua oikeutta. Hyödyntämiskielto pyrkii täyttämään nämä tavoitteet yksikertaisesti poistamalla sanotun loukkauksen vaikutukset oikeudenkäynnistä sulkemalla todiste päätöksenteon ulkopuolelle. Toisaalta hyödyntämiskiellon tarkoitus on täyttää oikeusvaltion velvoitteet ja reagoida kiellon vastaiseen menettelyyn jälkikäteen. Seuraamuksena hyödyntämiskielto toteuttaa myös tehokkaasti todistamiskieltojen suojelutarkoitusta.

Hyödyntämiskiellon tarkoitusta ja vaikutusta sekä tarkempaa oikeussääntöihin ja käsitteisiin kiinnittyvää systematisointia jatkettiin jaksossa 7, jossa tarkasteltiin todistamiskieltonormien kiinnittymistä hyödyntämiskieltoseuraamukseen. Jaksossa käsiteltiin myös hyödyntämiskiellon ulottuvuuteen ja tunnustamisoikeudenkäyntiin liittyviä probleemoja. Hyödyntämiskielto vahvistaa oikeusnormien pysyvyyttä ja parantaa oikeussääntöjen ennustettavuutta. Hyödyntämiskiellon on vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan rajoituksena perustuttava lakiin ja tällaisena kieltonormina oltava tarkkarajainen ja täsmällinen, jotta se on ennakoitava oikeusvarmuuden takaamiseksi. Normatiivinen mekanismi liittyy läheisesti laillisuusperiaatteeseen ja perusoikeuksia kunnioittavaan menettelyyn. Ihmisoikeudet konkretisoituvat EIT:n ratkaisukäytännöstä, jolla on keskeinen asema hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamisessa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin to-

teutumisen näkökulmasta. Samoin kiduttamisen kieltoon, itsekriminointisuojaan ja rikosprovokaatioon liittyvät hyödyntämiskieltotulkinnat ovat vahvasti EIT:n ratkaisukäytännön värittämiä. EIT:n ratkaisukäytännön asemaa oikeus- tai tulkintalähteenä ei pidä kuitenkaan liioitella hyödyntämisproblematiikassa. Lainkäyttö perustuu säädännäiseen kansalliseen prosessinormistoon, eikä EIT:n tehtävä ei ole päättää, tulisiko kansallisen lainsäädännön vastaisesti hankittuja todisteita käyttää oikeudenkäynnissä. Näihin kysymyksiin kiinnittyvä oikeutta luova tehtävä kuuluu korkeimmalle oikeudelle.

Vapaa todistusteoria ei ole hyödyntämiskiellolle ilmiönä vastakkainen, vaan hyödyntämiskielto tulisi käsittää vapaan todistusteorian reunaehtona. Näin ollen käsitteenä hyödyntämiskielto on laillista oikeudenkäyntiaineistoa supistava todistamiskiellon rikkomisen seuraamus tai seuraus muulla tavoin laittomasta todisteen hankintatavasta. Sen viimesijainen tarkoitus on estää näytönarvioinnin suorittaminen kyseiselle todisteelle, vaikka todiste päätyisikin oikeudenkäynnissä esitetyksi. Hyödyntämiskieltoa ei pidä korvata vähentämällä todisteen näyttöarvoa tai rikosasiassa lieventämällä tuomittavaa rangaistusta, koska tällaiset myönnytykset eivät korjaa tehtyä oikeudenloukkausta. Hyödyntämiskielto tarkoittaa silloin sitä, että jos tuomioistuin ei totea todistamiskiellon olemassaoloa tai aseta todistetta hyödyntämiskieltoon, todisteen näyttöarvoa ei voi alentaa vaihtoehtona mainitun kieltonormin soveltamiselle, vaan sen näyttöarvo arvioidaan normaalisti. Tämän vuoksi todistamiskieltonormien jakaminen ehdollisiin ja ehdottomiin on systematiikkaa selkiyttävä.

Hyödyntämiskieltoon johtavien oikeussääntöjen tulkinta jakautui kahteen jaksoon, joista ensimmäisessä (jakso 8) käsiteltiin oikeudenkäymiskaaren todistamiskieltonormit ja toisessa (jakso 9) hyödyntämiskieltonormit. Tarkastelu painottui intensiivisyydeltään todistamiskieltojen osalta niihin, joissa voi ilmetä eniten laintulkinnallisia haasteita. Itsekriminointisuojaan perustuvien kieltonormien ajallisessa, asiallisessa ja henkilöllisessä ulottuvuudessa on lukuisia oikeuskäytännönkin valossa vaikeita tulkintatilanteita (jakso 8.6). Erityisen monimutkaisen kokonaisuudesta tekevät epäillyn läheiseen kiinnittyvien kieltonormien erilaiset soveltamistilanteet. Ammatilliseen luottamussuhteeseen (jakso 8.4) perustuvista todistamiskielloista viimeaikaisen ulottuvuutta koskevan keskustelun kohteena on puolestaan ollut asianajosalaisuutta koskeva todistamiskielto. Yleissäännöksen soveltamisen tyyppitilanteiden (jakso 9.5) osalta selkiytettiin kontradiktorisuuden loukkaamisen suhdetta kirjallisen todisteen käyttökieltoon sekä puolustautumisoikeuksien loukkaamisen suhdetta itsekriminointisuojaan. Suomessa varsin harvinaiseksi oikeuskäytännössä osoittautunut rikosprovokaatio tyyppitapauksena kulminoitui käsitteenmäärittelyyn ja ulkomaiseen ratkaisukäytäntöön. Mainituissa pulmallisissa tilanteissa systemaattisen tulkinnan keinoista ennakkoratkaisujen mukainen tulkinta oli tutkimuksessa paikoin keskeisessä asemassa, joskin osin kriittisestä näkökulmasta.

Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltamista (jakso 9.4) käsiteltiin tarkemmin avatun esimerkkiratkaisun KKO 2023:14 avulla, joka on rakenteellisesti hyvin esimerkillinen hyödyntämiskiellon asettamista koskeva ennakkoratkaisu. Se voisi jatkossa toimia pedagogisena esimerkkinä siitä, kuinka hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltaminen hyödyntämisratkaisussa etenee, vaikka laittomasti hankitun todisteen hyödyntämisen sallimisen osalta ratkaisussa muodostettu tulkintatapa on monin tavoin ongelmallinen. Ratkaisun keskeinen merkitys rakenteellisena esikuvana on, että jokainen hyödyntämiskieltoharkinnassa arvioitava kohta punnitaan erikseen ja sen vaikutus kokonaisharkinnassa perustellaan avoimesti. Ratkaisusta ei pitäisi mielestäni tehdä todisteen hankkimistapaan liittyvän oikeudenloukkauksen vakavuuden tai jopa rikosprovokaation arvioinnin osalta sellaisia tulkintalinjauksia, että vastaavalla tavoin suomalaisen viranomaisen toimesta, aloitteesta tai myötävaikutuksesta hankitut todisteet olisivat hyödyntämiskelpoisia.

Näkökulmani kiinnittyy siihen, että hankintatapa ei olisi yksin menettelysäännösten vastaista ja pakkokeinolain asettamat oikeussuojatakeet sivuuttavaa, vaan myös yhden tai useamman rikostunnusmerkistön täyttävää. Tällöin merkitystä myöskään ylimääräisen tiedon käytön sallittavuudelle tiettyjen rikosnimikkeiden osalta ei pidä hyödyntämisharkinnassa antaa korostunutta painoarvoa, koska ylimääräisen tiedon käyttämisessä on kysymys laillisesti hankitusta aineistosta. Hankkimistavan oikeudenluokkauksen vakavuuden osalta kysymys olisi joko viranomaisen tai kolmannen tahon tekemästä rikoksesta todisteiden hankkimiseksi, ja tulkintatavasta riippuen myös rikosprovokaation täyttymistä saatettaisiin arvioida toisin. Tämän päätelmän jälkeen onkin aiheellista pohtia, olisiko Anom-viestejä pitänyt katsoa hyödyntämiskelpoisiksi. Kärjistäen kysymys on myös siitä, sallitaanko ulkomaiselta viranomaiselta millainen toiminta tahansa – kunhan se ei täytä kidutuksen tunnusmerkistöä – todisteiden hankkimiseksi, vain siksi, että jo hankitut todisteet on saatu siirrettyä Suomeen muotosäännökset täyttäen, eikä suomalainen viranomainen ole syyllistynyt hankintatoimissa rikoksiin. Kuten todettua, hyödyntämiskiellon tarkoitus ei ole viranomaisen lainvastaisen toiminnan sanktiointi. Tämän ei pitäisi kuitenkaan muodostaa sellaista vastakohtaispäätelmää, että todisteita voisi hankkia tietoisesti lainvastaisesti tai jopa rikollisesti menetellen ilman huolta niiden hyödyntämiskelvottomuudesta. Mielestäni on perusteltua kyseenalaistaa laittomasti hankittujen todisteiden lähtökohtaisen hyödyntämiskelpoisuuden ulottaminen näin pitkälle.

Tutkimusintressissäni oli de lege lata -tutkimus, enkä ole myöskään havainnut erityisiä säädösmuutostarpeita vaan totean, että OK 17 luvun uudistus vaikuttaa varsin onnistuneelta. Sen sijaan havaitsemiini jatkotutkimustarpeisiin kuulu de lege ferenda -intressi. Kansainvälisen rikollisuuden määrä ei liene vähenevä ilmiö, joten valtioiden rajat ylittävä todisteiden hankkiminen ja hyödyntämiskiellon yleissäännöksen tarkoittaman laittoman hankintatavan arviointi olisi oivallinen tutkimusaihe. Myös syyteneuvotteluun ja tunnustamisoikeudenkäyntiin liittyvät hyödyntämisprobleemat esitutkinnan laajuuden tai suuntaamisen näkökulmasta

asian myöhemmin jäädessä sillensä ja asian siirtyessä mahdollisesti normaaliin rikosprosessiin olisi ajankohtainen jatkotutkimusaihe, kun menettelystä on jo muodostunut oikeuskäytäntöä. Pidemmällä tähtäimellä mielenkiintoinen tutkimusteema olisi myös se, onko henkilötodistelusta käräjäoikeudessa tehdyllä kuva- ja äänitallenteen käyttämisellä muutoksenhakutuomioistuimessa ilmennyt todistamis- ja hyödyntämiskieltoihin kiinnittyviä haasteita. Pulmallista voisi kuvitella olevan esimerkiksi sen, jos hyödyntämiskieltoseuraamuksella suojattu seikka tulisi tallennetuksi.[1690] Kognitiivisen psykologian ja kotimaisen prosessioikeuden yhdistävä poikkitieteellinen jatkotutkimusaihe puolestaan olisi tutkimus hyödyntämiskiellon tosiasiallisesta vaikuttavuudesta, kun tuomioistuin on ennättänyt luoda mielikuvan seikasta ennen hyödyntämiskiellon asettamista tutustumalla todisteeseen ja muodostamalla siitä havainnon.

1690 Lailla erikseen säädettävänä ajankohtana voimaan tuleva ns. todistelutallennusuudistus, joka mahdollistaa esitutkintatallenteiden hyödyntämisen käräjäoikeuksissa ja todistelun ennakollisen vastaanottamisen nykyistä laajemmin. Ks. OMML 20/2020; HE 133/2021 vp, s. 72, 86, 136, 139 ja LaVM 16/2021 vp, s. 12.

# LÄHTEET

## VIRALLISLÄHTEET

### *Hallituksen esitykset*


*HE 137/1945 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtion varoista annetun lain, maakaaren 1 luvun, ulosottolain 3 luvun sekä rikoslain 17 luvun muuttamisesta.

*HE 14/1958 vp* Hallituksen esitys ylimääräistä muutoksenhakua koskevaksi lainsäädännöksi.

*HE 14/1985 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.

*HE 36/1989 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 1 luvun 3 §:n ja 21 luvun 5 §:n muuttamisesta.

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

*HE 23/1993 vp* Hallituksen esitys kirkkolaiksi.

*HE 94/1993 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

*HE 309/1993 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

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

*HE 33/1997 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.

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

*HE 44/2002 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

*HE 52/2002 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.

*HE 54/2002 vp* Hallituksen esitys sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.

*HE 9/2005 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden muutoksenhakua korkeimpaan oikeuteen koskevien säännösten muuttamiseksi.

*HE 76/2009 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle kidutusta koskeviksi rikoslain säännöksiksi sekä laiksi pakkokeinolain 5 a luvun 2 ja 4 §:n muuttamisesta.

*HE 222/2010 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolain uudistamiseksi.

*HE 86/2012 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi konkurssilain sekä takaisinsaannista konkurssipesään annetun lain 24 §:n muuttamisesta.

*HE 14/2013 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain muuttamisesta sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.
*HE 58/2013 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.
*HE 46/2014 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
*HE 49/2018 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle liikesalaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
*HE 133/2021 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle suullisen todistelun tallentamista ja vastaanottamista yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
*HE 14/2023 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi mielenterveyslain ja hallinto-oikeuslain 7 §:n muuttamisesta.
*HE 63/2024 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle etäyhteyksien käytön edistämistä oikeudenkäynneissä yleisissä tuomioistuimissa koskevaksi lainsäädännöksi.
*HE 152/2024 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi oikeudenkäymiskaaren ja tuomioistuinmaksulain 5 §:n muuttamisesta.

### *Valiokuntien mietinnöt ja lausunnot*

*LaVM 9/1986 vp – HE 14/1985 vp*
Lakivaliokunnan mietintö n:o 9 hallituksen esityksen johdosta esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
*LaVM 9/1997 vp – HE 82/1995 vp*
Lakivaliokunnan mietintö: Hallituksen esitys rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
*LaVM 19/2014 vp – HE 46/2014 vp*
Lakivaliokunnan mietintö: Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
*LaVM 16/2021 vp – HE 133/2021 vp*
Lakivaliokunnan mietintö: Hallituksen esitys eduskunnalle suullisen todistelun tallentamista ja vastaanottamista yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
*PeVL 2/1990 vp* Lausunto hallituksen esityksestä n:o 22 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.
*PeVL 8/1994 vp* Lausunto hallituksen esityksestä n:o 22 telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi.
*PeVL 5/1999 vp – HE 34/1999 vp*
Perustuslakivaliokunnan lausunto: Hallituksen esitys laiksi poliisilain muuttamisesta.
*PeVL 31/2005 vp – HE 271/2004 vp*
Perustuslakivaliokunnan lausunto: Hallituksen esitys laeiksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain, oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien rikosasioiden käsittelyä käräjäoikeudessa koskevien säännösten muuttamisesta.

*PeVL 34/2012 vp – HE 131/2012 vp*
Perustuslakivaliokunnan lausunto: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi maataloustuotteiden markkinajärjestelystä.
*PeVL 7/2014 vp – HE 58/2013 vp*
Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.
*PeVL 18/2014 vp – HE 221/2013 vp*
Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle tietoyhteiskuntakaareksi sekä laeiksi maankäyttö- ja rakennuslain 161 §:n ja rikoslain 38 luvun 8 b §:n muuttamisesta.
*PeVL 39/2014 vp – HE 46/2014 vp*
Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
*PeVM 25/1994 vp – HE 309/1993 vp*
Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
*PeVM 4/2018 vp – HE 198/2017 vp*
Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi Suomen perustuslain 10 §:n muuttamisesta.

### *Suomen säädöskokoelman sopimussarja*

*SopS 4/1970*: Asetus diplomaattisia suhteita koskevan Wienin yleissopimuksen ja siihen liittyvien valinnaisten pöytäkirjojen voimaansaattamisesta.
*SopS 7/1976:* Laki kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä.
*SopS 8/1976:* Asetus KP-sopimuksen voimaansaattamisesta.
*SopS 32/1980:* Laki valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä 17.6.1977/453 v. 1980.
*SopS 33/1980:* Asetus valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen voimaansaattamisesta.
*SopS 59–60/1989:* Yhdistyneiden kansakuntien kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus.
*SopS 19/1990:* Asetus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen voimaansaattamisesta sekä yleissopimuksen ja lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta.
*SopS 16–17/1991:* Euroopan neuvoston eurooppalainen yleissopimus kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen estämiseksi.
*SopS 18/2004:* Kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastainen Yhdistyneiden kansakuntien yleissopimus.
*SopS 59/2007:* Euroopan neuvoston tietoverkkorikollisuutta koskeva yleissopimus.
*SopS 62/2012:* Sopimus yhteistyön tehostamisesta rikollisuuden estämiseksi ja torjumiseksi (PCSC-sopimus).

*Muut virallislähteet*

*EV 274/2014 vp – HE 46/2014 vp*
Eduskunnan vastaus: Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

*KM 2009:2:* Esitutkinta- ja pakkokeinotoimikunnan mietintö. Esitutkintalain, pakkokeinolain ja poliisilain kokonaisuudistus. Helsinki 2009.

*OMML 26/2012:* Mietintö syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi sekä syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 26/2012.

*OMML 69/2012:* Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 69/2012.

*OMML 30/2013:* Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Lausuntokooste. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 30/2013.

*OMML 20/2020:* Suullisen todistelun vastaanottaminen tallenteelta. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 20/2020.

*OMML 39/2022:* Oikeudenkäytön kehitystyöryhmän arviomuistio. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 39/2022.

*OMSO 54/2010:* Sananvapaus, yksilönsuoja ja lähdesuoja Ruotsissa, Norjassa ja Alankomaissa sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 54/2010.

*OMSO 65/2012:* Vertailua eräistä todistusoikeudellisista kysymyksistä Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 65/2012.

*OMSO 22/2019:* Selvitys perustuslain toimivuudesta ja mahdollisista tarkistamistarpeista. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 22/2019.

*OMSO 10/2021:* Rikosasioiden sovittelupalveluiden siirto oikeusministeriön hallinnonalalle. Ohjausryhmän raportti ja esitys. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 10/2021.

*OMSO 18/2023:* Sovittelun tilanne ja kehittämistarpeet oikeusministeriön hallinnonalalla. Sovittelutoimintaa edistävän työryhmän suositukset. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 18/2023.

*VN/34680/2022:* Oikeusvaltion takeet ja oikeuslaitoksen kehittäminen -työryhmä. Hanke OM012:00/2023. Saatavilla osoitteessa https://oikeusministerio.fi/hanke?tunnus=OM012:00/2023.

## KIRJALLISUUS


*Aalto, Jorma S:* Tuomarin kyselyvelvollisuudesta siviiliprosessissa. Lakimies 1962, s. 568–597.

*Aalto-Heinilä, Maija:* Voiko oikeuslähteiden tulkinta olla objektiivista? Lakimies 7–8/2020, s. 903–924.

*Aarnio, Aulis:* Mitä lainoppi on? Helsinki 1978.

*Aarnio, Aulis:* Oikeussäännösten tulkinnasta. Helsinki 1982.

*Aarnio, Aulis:* Laintulkinnan teoria. Juva 1989.

*Aarnio, Aulis:* Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta, s. 35–56 teoksessa Häyhä, Juha (toim.), Minun metodini. Porvoo 1997.

*Aarnio, Aulis:* Reason and authority: A Treatise on the dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Aldershot Dartmouth 1997. (Aarnio 1997a)

*Aarnio, Aulis:* Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. Vantaa 2006.

*Aarnio, Aulis:* Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Helsinki 2011.

*Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo:* Suomen jäämistöoikeus II. Jyväskylä 2000.

*Afzelius, Ivar:* Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål – Jemförande framställning af utländsk och svensk lagstiftning. Stockholm 1886.

*Alaranta, Johannes:* Rippisalaisuus. Edilex-sarja 2010/32. Saatavilla osoitteessa https://www.edilex.fi/artikkelit/7328.

*Alexy, Robert:* Oikeusjärjestelmä, oikeusperiaate ja käytännöllinen järki. Lakimies 5/1989, s. 618–633.

*Alexy, Robert:* A theory of constitutional rights. New York 2002.

*Alkon, Cynthia:* Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems? Transnational Law and Contemporary Problems 19 (2) 2010, s. 355–418.

*Alschuler, Albert:* Plea Bargaining and Its History. Columbia Law Review 79 (1) 1979, s. 1–43.

*Andersson, Simon:* Rättsdogmatisk metod och bevisvärdering, s. 427–450 teoksessa Andersson Simon – Lainpelto, Katrin (toim.), Festkrift till Cristian Diesen. Stockholm 2014.

*Beiling, Ernst:* Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess. Breslau 1903.

*Bentham, Jeremy:* A treatise on judicial evidence: extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham. Transl. Etienne Dumont. London 1825.

*Borchardt, Klaus-Dieter:* Euroopan unionin oikeuden perusteet. Luxemburg 2011.

*Bratholm, Anders:* Den straffeprosessuelle betydning av et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte. Tidskrift for Rettsvitenskap 1959, s. 109–132.

*Castrén, Martti:* Liikesalaisuuksien oikeussuojasta yhteistoimintasuhteissa ja niiden jälkeen. Vammala 1973.

*Combs, Nancy Amoury:* Copping a Plea to Genocide: The Plea Bargaining of International Crimes. University of Pennsylvania Law Review 151 (1) 2002, s. 1–157.

*Conan Doyle, Arthur:* The Sign of the Four. Lippincott's Monthly Magazine 45 (266) 1890.

*Cope, Virginia:* Can Jurors Ignore Inadmissible Evidence? Trial 24 (9) 1988, s. 80–84.

*Dahlberg, Maija – Paso, Mirjami:* Kansallisen lainsäädännön, ihmisoikeussopimuksen ja unionin oikeuden tavoitteellinen tulkinta – mikä muuttuu? Lakimies 7–8/2020, s. 925–953.

*Damaška, Mirjan:* Presentation of Evidence and Factfinding Precision. University of Pennsylvania Law Review 123 (5) 1975, s. 1083–1106.

*Diesen, Christian:* Bevisprövning i brottmål. Andra upplagan. Stockholm 2015.

*Dworkin, Ronald:* Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics. Massachusetts 2005.

*Ebervall, Lena:* Försvararens roll. Ideologier och gällande rätt. Stockholm 2002.

*Eckhoff, Torstein:* Rettskildelære. 5. utgave. Jan Erik Helgesen (toim.) Oslo 2001.

*Ekelöf, Per Olof:* Valda Skrifter 1942–1990. Henrik Lindblom (toim.) Uppsala 1991.

*Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert:* Rättegång. Första häftet. Sjunde uppl. Lund 1990.

*Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik:* Rättegång. Första häftet. 8. uppl. Stockholm 2002.

*Engströmer, Thore:* Vittnesbeviset – Reglerna för dess värdering i svensk ordinär process. Uppsala 1911.

*Eriksson, Lars David:* Marxistisk teori och rättsvetenskap. Helsinki 1980.

*Ervasti, Kaijus:* Lainkäytön funktiot. Lakimies 1/2002, s. 47–72.

*Ervasti, Kaijus:* Näkökulmia vaihtoehtoisiin konfliktinratkaisumenetelmiin. Lakimies 7–8/2000, s. 1237–1263.

*Ervasti, Kaijus:* Lisiä keskusteluun sovittelusta ja vaihtoehtoisesta konfliktinratkaisusta, s. 19–43 teoksessa Lindfors, Heidi – Korkea-aho, Emilia – Turunen, Santtu (toim.), Kovia aikoja: riitoja ja maksukyvyttömyyttä. Juhlakirja Risto Koulu 60 vuotta. Helsinki 2009.

*Ervasti Kaijus*: Tuomioistuinsovittelu Suomessa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 256. Helsinki 2011.

*Ervo, Laura:* Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät. Helsinki 1996.

*Ervo, Laura:* Oikeustapauskommentti KKO 2000:71. Lakimies 6/2000, s. 980–996.

*Ervo, Laura:* Pappi todistajana. Lakimies 3/2001, s. 407–433.

*Ervo, Laura:* Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Helsinki 2005.

*Ervo, Laura:* Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus – käsikirja lainkäyttäjille. Helsinki 2008.

*Ervo, Laura:* Tie totuuteen, s. 1–16 teoksessa Hyttinen, Tatu (toim.), Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952–26/8–2012. Jyväskylä 2012.

*Esko, Timo:* Asianajajan salassapitovelvollisuudesta ja sen rajoista erityisesti takavarikkomenettelyä silmällä pitäen. Suomen Asianajajaliiton julkaisuja 2/1986.

*Esko, Timo:* Överensstämmer en advokats skyldighet att vittna med reglerna om en advokats tystnadsplikt? Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 1/2008, s. 56–74.

*Esko, Timo:* Asianajajaetiikka, laki ja tuomioistuimet. Defensor Legis 2/2017, s. 164–172.

*Esko, Timo – Könkkölä, Justus:*
Asianajajan salassapito- ja vaitiolovelvollisuuden viimeaikaisesta kehityksestä. Defensor Legis 3/2004, s. 355–371.

*Fredman, Markku:* Kotietsintä ja takavarikko asianajotoimistossa Defensor Legis 1/2002, s. 69–81.

*Fredman, Markku:* Perus- ja ihmisoikeudet Suomen oikeudessa ja asianajajan työssä. Defensor Legis 4/2011, sivut 480–494.

*Fredman, Markku:* Erityinen kotietsintä ja etsintävaltuutetun tehtävä. Defensor Legis 2/2014, s. 156–177.

*Fredman, Markku:* Asianajosalaisuuksien pitävyys rikosten esitutkinnan ja pakkokeinojen käytön yhteydessä. Defensor Legis 2/2017, s. 222–235.

*Fredman, Markku:* Puolustajan rooli. Rikoksesta epäillyn ja syytetyn avustajan roolin kehitys Suomessa 1980-luvulta nykypäivään. Helsinki 2018.

*Fredman, Markku:* Rikosasianajajan käsikirja. Helsinki 2021.

*Fredman ym.:* Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko. Esitutkinta ja pakkokeinot. Helsinki 2020.

*Frände, Dan:* Finsk sraffprocessrätt I. Helsingfors 1999.

*Frände, Dan:* Finsk straffprocessrätt. Helsingfors 2009.

*Frände, Dan:* KKO 2009:80 ja sen arviointi. Lakimies 2/2010, s. 233–237.

*Frände, Dan:* Sanningen i den finska bevisreformen. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 5–6/2015, s. 420–430.

*García Roca, Javier:* The Preamble, The Convention's Hermeneutic Context: A Constitutional Instrument of European Public Order, s. 1–26 teoksessa García Roca, Javier – Santolaya, Pablo (toim.), Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights. Boston 2012.

*Grossman, Steven:* An Honest Approach to Plea Bargaining. American Journal of Trial Advocacy 29 (1) 2005, s. 101–136.

*Habermas, Jürgen:* Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Transl. William Rehg. Cambridge 1996.

*Halila, Jouko:* Tunnustamisesta. Siviiliprosessuaalinen tutkimus. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja, N:o 39. Vammala 1950.

*Halila, Jouko:* Todistustaakan jaosta. Silmällä pitäen erityisesti varallisuusoikeudellisia oikeussuhteita. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. B-sarja, N:o 74. Porvoo 1955.

*Harakka, Katja:* Tunnustuksen peruuttamisen ongelmakohdat syyteneuvottelu-järjestelmässä, s. 29–40 teoksessa Koponen, Pekka – Lahti, Raimo – Konttinen-Di Nardo, Essi (toim.), Kirjoituksia rikosprosessioikeudesta. Helsingin hovioikeus 2016.

*Hart, Herbert L. A.:* The Concept of Law. Third edition. Oxford 2012.

*Hautamäki, Veli-Pekka:* Perusoikeuden ydinalue argumenttina. Lakimies 1/2011, s. 82–98.

*Havansi, Erkki:* Oikeudenkäynti ja pakkotäytäntö. Helsinki 2007.

*Heinonen, Olavi:* Korkeimman oikeuden rooli muuttuvassa ympäristössä. Lakimies 3/1991, s. 229–240.

*Helenius, Dan:* Ne bis in idem i den finska och europeiska straffprocessrätten. Helsingfors 2019.

*Helin, Markku:* Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja, N:o 178. Vammala 1988.

*Helminen ym.:* Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Jyrki: Uusi esitutkintalainsäädäntö. 2. uudistettu painos. Jyväskylä 1990.

*Helminen ym.:* Helminen, Klaus – Kuusimäki, Matti – Salminen, Markku: Poliisioikeus. Jyväskylä 1999.

*Helminen ym.:* Helminen, Klaus – Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko: Esitutkinta ja pakkokeinot. Helsinki 2012.

*Heuman, Lars:* Prejudikat, som innehåller konkretiseringar av rekvisit eller rättsgrundsatser som består av tillräckliga eller nödvändega betingelser. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 4/2015–16, s. 757–766.

*Hiivanainen, Tiitus:* Tuomion purkaminen rikosasiassa syytetyn eduksi. Oikeustiede – Jurisprudentia LI:2018, s. 83–176. Helsinki 2018.

*Hirvelä, Minna:* Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen rikosoikeudenkäynnissä. Turku 2003.

*Hirvelä, Päivi:* Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. Helsinki 2006.

*Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu:* Ihmisoikeudet: käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. Helsinki 2013.

*Hirvonen, Ari:* Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan. Lakimies 7–8/2020, s. 954–971.

*Hirvonen, Juhani:* Teema – prekluusio. Defensor Legis 3/1995, s. 429–450.

*Huhtamäki, Ari:* Asianajajan ilmoitusvelvollisuus rahanpesuepäilyistä. Lakimies 4/2000, s. 487–505.

*Huovila, Mika:* Todistelun välittömyys prosessuaalisten oikeusperiaatteiden valossa tarkasteltuna. Lakimies 8/1999, s. 1159–1187.

*Huovila, Mika:* Periaatteet ja perustelut. Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Jyväskylä 2003.

*Huovila, Mika:* Perustelemisen peukalosäännöt. Lakimies 5/2004, s. 791–815.

*Huovila, Mika:* Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa, s. 13–99 teoksessa Huovila, Mika – Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim.), Rikostuomion perusteleminen. Helsinki 2005.

*Hupli, Tuomas:* Would I lie to you? Valehtelu itsekriminointisuojan erityisongelmana, s. 75–87 teoksessa Riekkinen, Juhana (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon: juhlajulkaisu Tuula Linna 1957–25/9–2017. Helsinki 2017.

*Husa, Jaakko:* Oikeusvertailun metodit globalisoituvassa maailmassa. Lakimies 7–8/2017, s. 1088–1102.

*Husa, Jaakko:* Tuomioistuinratkaisut oikeuslähteenä – oikeuslähdeoppi ja oikeusyhteisön kulttuurinen identiteetti. Lakimies 7-8/2020, s. 972–992.

*Honneth, Axel:* The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts. Cambridge 1995.

*Hoppu, Katja:* Asianajajan salassapitovelvollisuus koskien kolmansien tahojen salaisuuksia. Defensor Legis 4/2021, s. 743–757.

*Hormia, Lauri:* Todistamiskielloista rikosprosessissa I. Vammala 1978.

*Hormia, Lauri:* Todistamiskielloista rikosprosessissa II. Vammala 1979.

*Hougham, Courtney:* Judicial Instructions and the Juror's Ability to Disregard Inadmissible Evidence: Can Varying the Timing and Content of Judicial Instructions Influence Juror Decision-Making? 2011. Saatavilla osoitteessa https://academicworks.cuny.edu/gc_etds/1804.

*Hyttinen, Tatu:* Syytön tai syyllinen. Tutkimus syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-Sarja, N:o 326. Sastamala 2015.

*Hyttinen, Tatu:* Oikeustapauskommentti KKO 2017:78. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 1998–2022. Alma Talent, Helsinki. Vaatii käyttöoikeuden. Saatavilla osoitteessa https://verkkokirjahylly.almatalent.fi/teos/BAXBBXATIEEDBAXB#kohta:KKO(((:N((20)RATKAISUT((20)KOMMENTEIN((20)1998((2013)2022/piste:t6w. (Hyttinen 2017)

*Ikonen, Tuomas:* Salaisella pakkokeinolla kertyneen ylimääräisen tiedon käyttäminen. Defensor Legis 6/2019, s. 798–814.

*Ikonen, Tuomas:* Ylimääräisen tiedon käyttäminen esitutkinnan suuntaamiseksi ja syyttömyyttä tukevana selvityksenä. Defensor Legis 6/2020, s. 942–957.

*Ikonen, Tuomas – Kokko, Anna Kristiina:* Salaisella pakkokeinolla kertyneen ylimääräisen tiedon käyttämiseen kohdennettava sisäinen laillisuusvalvonta – nykytila ja kehittämistarpeet. Oikeustiede – Jurisprudentia LVI:2023, s. 81–144. Helsinki 2023.

*Illman, Mika:* Alustavia näkökohtia ns. itsekriminointisuojan merkityksestä ratkaisun KKO 2009:80 valossa. Valtakunnansyyttäjänvirasto D:no 32/34/09.

*Ilveskero, Mika:* Eräiden viranomaisten pääsy asianajajan salassa pidettäviin asiakastietoihin. Defensor Legis 2/2017, s. 236–248.

*Inger, Göran:* Das Geständnis in der schwedischen Prozessrechtsgeschichte. Lund 1976.

*Jokela, Antti:* Oikeudenkäynti I. Oikeudenkäynnin perusteet, periaatteet ja instituutiot Helsinki 1996.

*Jokela, Antti:* Uudistuva rikosprosessi. Helsinki 2000.

*Jokela, Antti:* Rikosprosessi. 4. uudistettu painos. Helsinki 2008.

*Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti III. Pääkäsittely, todistelu ja tuomio. Helsinki 2015.

*Jokela, Antti:* Oikeudenkäynti I. Oikeudenkäynnin perusteet, periaatteet ja instituutiot. 3. uudistettu painos. Helsinki 2016.

*Jokila, Helena:* Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. Helsinki 2010.

*Jonkka, Jaakko:* Syytekynnys – Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Vammala 1991.

*Jonkka, Jaakko:* Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsinki 1992.

*Jonkka, Jaakko:* Todistusharkinnasta. Tampere 1993.

*Jonkka, Jaakko:* Eräitä näkökohtia perusoikeuksien toteutumisesta erityisesti rikosprosessissa. Lakimies 8/1998, s. 1255–1270.

*Jämsä, Jurkka:* Hyödyntämisrajoituksen vaikutus näyttöharkinnassa. University of Helsinki Conflict Management Instituten julkaisuja. Helsinki 2015.

*Jämsä, Jurkka:* Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja, N:o 343. Helsinki 2020.

*Järvinen, Saija:* Rikosten sovittelu Suomessa. Sovittelukäytännöt ja vaihtoehtoisuuden arviointi. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 116. Jyväskylä 1993.

*Järvinen, Sini:* Asianomistajan totuusvelvollisuus ja vaikenemisoikeus pääkäsittelyssä Acta Legis Turkuensia 1/2011.

*Jääskeläinen, Petri:* Syyttäjä tuomarina. Rikos- ja prosessioikeudellinen tutkimus seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen ja rangaistusmääräysmenettelyn ehdoista Suomessa ja Ruotsissa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja, N:o 213. Helsinki 1997.

*Kaisto, Janne:* Sopimusvapaus, laki ja maksunsuoja. Helsinki 2001.

*Kaisto, Janne:* Lainoppi ja oikeusteoria. Oikeusteorian perusteista aineellisen varallisuusoikeuden näkökulmasta. Helsinki 2005.

*Karhu, Juha:* Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 5/2003, s. 789–807.

*Karhu, Juha:* Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppia. Lakimies 7–8/2020, s. 1017–1034.

*Kekkonen, Jukka:* Suomen oikeuden historiallisia kehityslinjoja. Helsinki 1999.

*Kekkonen, Jukka:* Johdatus kontekstuaaliseen oikeushistoriaan. Helsinki 2002.

*Kekkonen, Jukka:* Kontekstuaalinen oikeushistoria. Helsinki 2009.

*Kemppinen, Heikki – Tapani, Jussi:* Rangaistuksen määrääminen ja ennakkopäätöksiä koskeva tulkintaoppi. Lakimies 7–8/2020, s. 1035–1059.

*Keränen, Asko:* Sallittu ja kielletty menettely asianajajan toiminnassa hyvän asianajajatavan valossa. Joensuu 2024.

*Klami, Hannu Tapani:* Oikeustaistelijat. Suomen oikeustiede Venäjän vallan aikana. Porvoo 1977.

*Klami, Hannu Tapani:* Comparative Law and Legal Consepts. Oikeustiede – Jurisprudentia XIV: 1981, s. 67–163. Vammala 1981.

*Klami, Hannu Tapani:* Todistelun ongelmia. Helsinki 1995.

*Klami ym.:* Klami, Hannu Tapani – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna. Todistusharkinta ja todistustaakka. Mänttä 1987.

*Klami ym.:* Klami, Hannu Tapani – Gräns, Minna – Sorvettula, Johanna. Law and Truth. A Theory of Evidence. The Finnish Society of Sciences and Letters. Commentationes Scientiarum Socialium -sarja 56/2000. Helsinki 2000.

*Knuutila, Jyrki*: Kirkkolainsäädäntö ja kirkon virka Suomessa kanonisesta oikeudesta vuoden 1993 kirkkolakiin ja -järjestykseen. Edilex-sarja 2010/25. Saatavilla osoitteessa https://www.edilex.fi/artikkelit/7258.

*Knuutila, Jyrki:* Kirkkolainsäädäntö – kirkon vai yhteiskunnan asia? Kirkon ja yhteiskunnan väliset suhteet ja Suomessa käytetyt säädökset kanonisesta oikeudesta vuoden 1993 kirkkolakiin. Edilex-sarja 2012. Saatavilla osoitteessa https://www.edilex.fi/artikkelit/9105.

*Kolehmainen, Esa:* H.L.A. Hartin tunnistamissäännön merkitystulkinnasta. Edilex-sarja 2021/31. Saatavilla osoitteessa https://www.edilex.fi/artikkelit/23047.

*Koponen, Pekka:* Talousrikokset rikos- ja prosessioikeuden yhtymäkohdassa. Erityisesti tahallisuuden ja syytesidonnaisuuden kannalta tarkasteltuna. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja, N:o 239. Vammala 2004.

*Koponen, Pekka:* Itsekriminointisuojasta, s. 127–148 teoksessa Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Jääskeläinen, Petri (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Vammala 2006.

*Koponen, Pekka:* Ylimääräinen muutoksenhaku. Helsinki 2017.

*Korkman, Julia:* Muistin varassa – oikeusprosessi ja totuus. Helsinki 2022.

*Korvenmaa, Jenni:* Itsekriminointisuoja korkeimman oikeuden viimeaikaisessa oikeuskäytännössä – tarkastelun kohteena erityisesti ratkaisut KKO 2009:80 ja KKO 2010:41, s. 239–264 teoksessa Ervo, Laura – Lahti, Raimo – Siro, Jukka (toim.), Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa. Helsingin hovioikeus 2012.

*Koskelo, Pauliine:* Korkein oikeus 2000-luvun alun näkökulmasta, s. 127–155 teoksessa Raulos, Kari – Välimäki, Pertti – Esko, Timo (toim.), Da mihi factum, dabo tibi ius: korkein oikeus 1809–2009. Helsinki 2009.

*Koulu, Risto:* Lainvalinta oikeudenkäynnin ongelmana, osa II. Defensor Legis 3/2002, s. 375–393.

*Laapas, Mikko:* Itsekriminiointisuoja vero-oikeudessa – erityisesti tehokkaan verotusmenettelyn sekä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Helsinki 2022.

*Lahti, Raimo:* Kielto. Yleisestä normiteoriasta rangaistus- ja kriminalisointiteorioihin, s. 428–441 teoksessa Yli-Hemminki, Esko – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo (toim.), Rikoksen ja rangaistuksen filosofia. Helsinki 2022.

*Lainpelto, Katrin*: Stödbevisning i brottmål. Stockholm 2012.

*Lammenranta, Markus:* Tietoteoria. Tampere 1994.

*Langbein, John H.:* Torture and Plea Bargaining. The University of Chicago Law Review 46 (3) 1978, s. 3–22.

*Langbein, John H.:* Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime. Chicago 2006.

*Lappalainen, Juha:* Todistajan esteellisyydestä: prosessioikeudellinen tutkimus oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 18 §:n tulkinnasta. Helsinki 1988.

*Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus I. Jyväskylä 1995.

*Lappalainen, Juha:* Uudistuksia ja uudistusnäkymiä prosessioikeudessa. Lakimies 3/1996, s. 407–423.

*Lappalainen, Juha:* Siviiliprosessioikeus II. Helsinki 2001.

*Lappalainen, Juha – Hupli, Tuomas:* Oikeudenkäynnin kohde. Kanne ja vastine siviiliprosessissa, s. 499–538 teoksessa Vuorenpää, Mikko (toim.), Prosessioikeus. Helsinki 2021.

*Lappalainen, Juha – Rautio, Jaakko:* Todistelu. Näytön arviointi, s. 693–718 teoksessa Vuorenpää, Mikko (toim.), Prosessioikeus. Helsinki 2021.

*Lappi-Seppälä, Tapio:* Rikosten seuraamukset. Helsinki 2000.

*Lavapuro, Juha:* Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäytännössä. Lakimies 4/2008, s. 582–611.

*Lavapuro, Juha:* Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattamien tulkintaperiaatteiden kansallisesta sovellettavuudesta. Defensor Legis 4/2011, s. 467–479.

*Launiala, Mika:* Itsekriminointisuoja esitutkinnassa – rikoksesta epäillyn oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Edilex-sarja 2013/12. Saatavilla osoitteessa https://www.edilex.fi/artikkelit/9545.

*Launiala, Mika:* Prejudikaatti ja prejudikaattinormi. Edilex-sarja 2016/18. Saatavilla osoitteessa https://www.edilex.fi/artikkelit/16683.

*Launiala, Mika:* Obiter dictum – Prejudikaatissa muutoin lausuttu. Edilex-sarja 2017/37. Saatavilla osoitteessa https://www.edilex.fi/artikkelit/18018.

*Launiala, Mika:* Korkeimman oikeuden ennakkopäätösjärjestelmä. Alma Talent e-kirja 2020. Vaatii käyttöoikeuden. Saatavilla osoitteessa https://verkkokirjahylly.almatalent.fi/teos/DABBDXETEB.

*Legg, Andrew:* The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality. Oxford 2012.

*Lehtimaja, Lauri:* Aineellinen totuus ja järkevä epäilys. Lakimies 2/1981, s. 170–174.

*Letto-Vanamo, Pia:* Tuomioistuinmenettelyn historiaa – Rahvaan oikeudenkäytöstä valtiolliseen prosessiin, s. 28–42 teoksessa Letto-Vanamo Pia (toim.), Oikeushistoria – Sukuvallasta moderniin oikeuteen. Jyväskylä 1991.

*Leppänen, Tatu:* Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Vammala 1998.

*Leppänen, Tatu:* Liikesalaisuuksien suojasta todistelussa, s. 194–208 teoksessa Riekkinen, Juhana (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon: juhlajulkaisu Tuula Linna 1957–25/9–2017. Helsinki 2017.

*Letsas, George:* A theory of interpretation of the European Convention of Human Rights. Oxford 2007.

*Leväinen, Roosa:* Oikeudenmukainen oikeudenkäynti sotilaskurinpitomenettelyssä. Acta electronica Universitatis Lapponiensis nro 387, 2024.

*Liljenfeldt, Robert:* Prekluusiosta sekä oikeustosiseikkojen ja todisteiden kartoittamisesta etukäteen. Defensor Legis 1994, s. 163–178.

*Lindblad, Johan Christian:* Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges Lag. Uppsala 1842.

*Lindblom, Per Henrik:* Domstolarnas växande samhällsroll och processens förandrade funktioner – floskler eller fakta? Svensk Juristtidning (SvJT) 3/2004, s. 229–262.

*Lindell, Bengt:* Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Uppsala 1987.

*Lindell, Bengt:* Preklusion av processmaterial. Advokaten 1989, s. 28–38.

*Lindell, Bengt:* Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken. Göteborg 1993.

*Lindroos-Hovinheimo, Susanna:* KKO 2023:14 – Miksi lainvastaisesti hankittuja Anom-viestejä sai hyödyntää? Lakimies 3–4/2023, s. 572–583.

*Linna, Tuula:* Korkeimman oikeuden perustelut oikeuskäytännön ohjauskeinona – Toteutuuko Prejudikaattifunktio. Lakimies 2/1993, s. 137–160.

*Linna, Tuula:* Puntarissa plea bargaining – Vastassa oikeusturva ja itsekriminointisuoja. Oikeustiede – Jurisprudentia XLIII:2010, s. 193–261. Helsinki 2010.

*Linna, Tuula:* Rikosvastuun huojennus – suomalainen plea bargaining hakee muotoaan, s. 117–134 teoksessa Hyttinen, Tatu (toim.), Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952–26/8–2012. Jyväskylä 2012.

*Linna, Tuula:* Syytteen muuttaminen ja tarkistaminen, syyteneuvottelu ja oikeusvoima. Defensor Legis 3/2015, s. 417–435.

*Linna, Tuula:* Kanteenmuutoskielto, prekluusio ja oikeusvoima – prosessioikeuden klassikkoja. Lakimies 3–4/2015, s. 339–366. (Linna 2015a)

*Linna, Tuula:* Oikeudenmukaisen rankaisemisen ideaali ja reaali – tunnustaminen rangaistuksen lieventämisperusteena, s. 275–297 teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Korkka, Heli – Lahti, Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio – Melander, Sakari (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959–18/4–2019. Helsinki 2019.

*Lundqvist, Ulf:* Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. Uppsala 1998.

*Lundqvist, Ulf:* Bevisförbud i rättspraxis. Knivsta 2013.

*Lundqvist, Ulf:* Laga och rättvis rättegång: om bevisförbud i rättspraxis. Knivsta 2015.

*Lundqvist, Ulf:* Laga och rättvis rättegång i praxis. Andra tryckningen. Knivsta 2018.

*MacCormick, Neil D. – Summers, Robert S.:* Interpretation and Justification, s. 511–544 teoksessa MacCormick, Neil D. – Summers, Robert S. (toim.), Interpreting Statutes. A Comparative Study. Guildford 2002.

*Magnussen, Svein - Melinder, Annika:* Umiddelbarhetsprinsippet i bevisvurdering – en utfordring for rettssikkerheten? Lov og Rett 10/2014, s. 607-621.

*Mahkonen, Sami:* Perhesalaisuudet. Juva 1995.

*Mantila, Anu:* Hallinto- ja siviiliprosessuaalisten ratkaisujen merkitys rikosprosessissa. Acta electronica Universitatis Lapponiensis nro 282, 2020.

*Marjosola, Henna:* Todistajankertomuksen luotettavuus. Henkilötodistelun selvittäminen, vastaanottaminen ja arviointi oikeuspsykologisen tutkimuksen valossa. Helsinki 2021.

*Markus, Jaakko:* Oikeudenkäynnin viivästyminen ja sen hyvittäminen. Edilex-sarja 2022/44. Saatavilla osoitteessa https://www.edilex.fi/artikkelit/28527.

*Markus, Jaakko – Paukku, Eelis:* Prosessipetos – etenkin totuusvelvollisuuden, itsekriminointisuojan ja avustajan vastuun kannalta. Oikeustiede – Jurisprudentia LVI:2023, s. 145–211. Helsinki 2023.

*Marttila, Mikko:* Itsekriminointisuoja ja velkojien täytäntöönpanointressi. Lakimies 3/2011, s. 549–569.

*Marttila, Mikko:* Konkurssi ja itsekriminointisuoja – toinen erä. Lakimies 6/2012, s. 912–935.

*Marttila, Mikko:* Vaitiolo-oikeus ja hyödyntämiskielto konkurssissa. Defensor Legis 5/2013, s. 800–817.

*Matikkala, Jussi:* Rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä. 2. uudistettu painos. Keuruu 2021.

*Menkel-Meadow, Carrie:* The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World. William and Mary Law Review 38 (1) 1996, s. 5–44.

*Meyer-Goßner, Lutz:* Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. München 2005.

*Modéer, Kjell Å:* Historiska rättskallor i konflikt – En introduktion i rättshistoria. Tyskland 2010.

*Myrsky, Matti:* Ennakkopäätösten tulkinnasta ja hyödyntämisestä verotuksessa. Defensor Legis 6/2007, s. 850–862.

*Myrsky, Matti:* Ennakkopäätökset verotuksessa. 3. uudistettu painos. Helsinki 2011.

*Nehrman, David:* Inledning til Svenska Processum Criminalem efter Sweriges Rikes Lag och Stadgar. Lund 1759.

*Neuvonen, Riku:* Sananvapauden sääntely Suomessa. Vantaa 2012

*Niemi-Kiesiläinen, Johanna:* Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. Juva 2004.

*Niiniluoto, Ilkka:* Johdatus tieteenfilosofiaan – käsitteen- ja teorianmuodostus. Keuruu 2002.

*Norrgård, Marcus:* Civilprocessens funktioner – Tolkningshjälp eller läroboksutfyllnad. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 2–3/2001, s. 140–163.

*Nousiainen, Kevät:* Oikeudenkäytön modernisoituminen, s. 286–306 teoksessa Letto-Vanamo, Pia (toim.), Oikeushistoria – Sukuvallasta moderniin oikeuteen. Jyväskylä 1991.

*Nousiainen, Kevät:* Prosessin herruus – Länsimaisen oikeudenkäytön 'modernille' ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua. Helsinki 1993.

*Nylund, Anna:* Tillgången till den andra instansen i tvistemål. Publikationer av Suomalainen lakimiesyhdistys, Serien A Nr. 274. Helsinki 2006.

*Ojanen, Tuomas:* Valtiosääntöoikeus kansainvälistymisen kohteena ja välittäjänä. Lakimies 7–8/2014, s. 937–952.

*Ollila, Riitta:* Sananvapaus 2000-luvulla. Defensor Legis 2/2023. Sivut 331–337.

*Peltonen, Jukka:* Asianajajan ammatillinen bona fides, s. 38–87 teoksessa Ylöstalo, Matti (toim.), Asianajajaoikeutta. Juva 1985.

*Peltonen, Jukka:* Asianajajan totuusvelvollisuudesta oikeudenkäynnissä. I. Johdatus kysymysten äärelle. Defensor Legis 6/2001, s. 967–992.

*Peltonen, Jukka:* Salaisuuksista asianajotoiminnassa I – Asianajajan päämiehen salaisuudet. Defensor Legis 2/2005, s. 213–230.

*Peltonen, Jukka:* Asianajajan salassapitovelvollisuus ja muiden kuin päämiehen salaisuudet. Defensor Legis 2/2012, s. 135–145.

*Peltonen, Jukka:* Asianajajalain 5 §:n 2 momentin historiasta ja merkityksestä. Defensor Legis 3/2016, s. 305–328.

*Peltonen ym.:* Peltonen Lasse – Haavisto Vaula – Heinonen Hilkka – Elonheimo Henrik. Suomalaisen sovittelun tila ja mahdollisuudet. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2022:30. Helsinki 2022.

*Pellonpää, Matti:* Continuity and Change in the Case-law of the European Court of Human Rights, teoksessa Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law – Liber Amicorum Lucius Caflisch, s. 409–420. Leiden 2007.

*Pellonpää, Matti:* Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja kansallisen oikeuden kehitys – haittaa vai hyötyä? Lakimies 7–8/2009, s. 1125–1140.

*Pellonpää, Matti:* Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja ne bis in idem: johdonmukainen tulkintajatkumo vai päättymätön Odysseia? s. 303–323 teoksessa Kuusiniemi, Kari – Suviranta, Outi – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Juhlajulkaisu Pekka Vihervuori 1950–25/8–2020. Helsinki 2020.

*Pellonpää ym.:* Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölönen – Antti Tapanila. Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 2018.

*Pihlajamäki, Heikki:* Legaalinen todistusteoria Suomessa – mitä se oli? Lakimies 5/1994, s. 607–626.

*Pihlajamäki, Heikki:* Evidence, Crime and the Legal Profession. The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure. Lund 1997.

*Pihlajamäki, Heikki:* Johdatus varhaismoderniin oikeushistoriaan. Helsinki 2004.

*Pihlajamäki ym.:* Pihlajamäki Heikki – Mäkinen, Virpi – Varkemaa, Jussi. Keskiajan oikeushistoria. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura. Tietolipas-sarja, N:o 218. Helsinki 2007.

*Pursiainen, Terho*: Ammattien etiikka. Defensor Legis 1/2001, s. 31–50.

*Puurunen, Tapio:* Perus- ja ihmisoikeusrajoitusten sääntelytarkkuudesta eduskunnan perustuslakivaliokunnan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä. Oikeustiede – Jurisprudentia L:2017, s. 337–426. Helsinki 2017.

*Pölönen, Pasi:* Salaiset pakkokeinot. Vammala 1997.

*Pölönen, Pasi:* Salaisista pakkokeinoista ja tiedustelutoiminnasta. Lakimies 8/1997, s. 1206–1232.

*Pölönen, Pasi:* Asianajajan salassapitovelvollisuus asianajotoimistossa suoritettavassa takavarikossa. Defensor Legis 6/2002, s. 1044–1062.

*Pölönen, Pasi:* Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja, N:o 236. Jyväskylä 2003.

*Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti*: Todistelu oikeudenkäynnissä. Helsinki 2015.

*Rasilainen, Aki:* Korkeimman oikeuden näyttöprejudikaatit ja vapaa todistusharkinta. Lakimies 1/2023, s. 53–76.

*Rautio, Jaakko:* Asianomistaja todistajana. Defensor Legis 4/2016, s. 707–702.

*Rautio, Jaakko – Frände, Dan*: Todistelu: oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Helsinki 2016.

*Riekkinen, Juhana:* Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa. Teoreettinen perusta ja oikeustila Suomessa. Oikeustiede – Jurisprudentia XLVII:2014, s. 119–202. Helsinki 2014.

*Riekkinen, Juhana:* Sähköiset todisteet rikosprosessissa: Tutkimus tietotekniikan ja verkkoyhteiskuntakehityksen vaikutuksista todistelun elinkaareen. Liettua 2019.

*Rudanko, Jorma:* Näkökohtia todistusharkinnasta. Helsinki 2020.

*Rosas, Allan:* Kansallinen tuomari EU-tuomarina, s. 545–568 teoksessa Raulos, Kari – Välimäki, Pertti – Esko, Timo (toim.), Da mihi factum, dabo tibi ius. Korkein oikeus 1809–2009. Juva 2009.

*Saarnilehto, Ari:* Viran puolesta huomioon ottamisesta. Oikeustapauskommentti KKO 2001:106. Oikeustieto 2/2002, s. 6–7.

*Sahavirta, Ritva:* Käännetty todistustaakka rikosprosessioikeudessa, s. 225–241 teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.), Kirjoituksia todistusoikeudesta. Helsinki 2006.

*Sahavirta, Ritva:* Syyteneuvottelu – kun käytäntö kohtaa teorian, s. 385–398 teoksessa Mieho, Altti (toim.), Oikeustieteiden moniottelija. Matti Tolvanen 60 vuotta. Helsinki 2016.

*Saramäki, Elli:* Syytesidonnaisuuden ja jura novit curia -periaatteen välisestä rajanvedosta, s. 293–305 teoksessa Riekkinen, Juhana (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon: juhlajulkaisu Tuula Linna 1957–25/9–2017. Helsinki 2017.

*Saranpää, Timo:* Näyttöenemmyysperiaate riita-asiassa. Helsinki 2010.

*Saranpää, Timo:* Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2008:68. Defensor Legis 4/2008, s. 694–707.

*Saranpää, Timo:* Siviiliprosessuaalista todistustaakkaa koskeva aineellinen prosessinjohto. Lakimies 3/2011, s. 504–526.

*Saranpää, Timo:* Teemaprekluusiosta dispositiivisessa riita-asiassa. Defensor Legis 5/2014, s. 699–720.

*Saranpää, Timo:* Syyteneuvottelusta hovioikeudessa. Teoksessa Riekkinen, Juhana (tom.) Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon: Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957–25/9–2017. Helsinki 2017, s. 306–329.

*Saraviita, Ilkka:* Yleiset tuomioistuimet perusoikeusjärjestelmän toteuttajina. Lakimies 6–7/1999, s. 887–896.

*Schaffer, Sylvan Jay:* Can jurors disregard inadmissible evidence? American University Dissertations Publishing. Washington D. C. 1984.

*Shany, Yuval:* Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law. European Journal of International Law 5/2005, s. 907–940.

*Siitari-Vanne, Eija:* Hallintolainkäytön tehostaminen: tutkimus hallintolainkäytön organisaatio- ja prosessisäännösten kehittämistarpeista. Helsinki 2005.

*Siltala, Raimo:* A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Espoo 1998.

*Siltala, Raimo:* Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta. Lakimies 5/1999, s. 674–691.

*Siltala, Raimo:* Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma. Lakimies 5/2000, s. 671–689.

*Siltala, Raimo:* Oikeustieteen tieteenteoria. Vammala 2003.

*Siltala, Raimo:* Oikeudellinen tulkintateoria. Jyväskylä 2004.

*Skyberg, Lisbeth:* Prinsippet om fri bevisbedømmelse i et komparativt rettshistorisk og psykologiskt perspektiv. Tidsskrift for strafferett 2019, s. 237–257.

*Stanikic, Teija:* Silminnäkijätunnistamisen näyttöarvo. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja, N:o 323. Helsinki 2015.

*Steblay ym.:* Steblay, Nancy – Hosch, Harmon – Culhane, Scott – McWethy, Adam. The Impact on Juror Verdicts of Judicial Instruction to Disregard Inadmissible Evidence: A Meta-Analysis. Law and human behavior 30 (4) 2006, s. 469–492.

*Stening, Anders:* Bevisvärde. Stockholm 1975.

*Soininen, Niko:* Tulkinnan pelko ja lakiperusteisia oikeuksia koskevan tiedon kompastuskivet, s. 112–127 teoksessa Aalto-Heinilä, Maija – Kurki, Visa (toim.), Mitä oikeudet ovat? Tallinna 2019.

*Taipale, Erkki-Juhani:* Valitusluvan myöntämisestä. Defensor Legis 3/1998, s. 406–411.

*Tala, Jyrki:* Oikeuspositivismi, teoksessa Oikeusfilosofia: Johdatus oikeuden teoriaan ja filosofiaan. Tampere 2006, s. 63–83.

*Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti:* Syyteneuvottelun ongelmia. Defensor Legis 2/2015, s. 229–247.

*Tapanila, Antti:* Oikeustapauskommentti KKO 2007:101. Defensor Legis 1/2008, s. 136–150.

*Tapanila, Antti:* Itsekriminointisuoja tiedonanto- ja toimimisvelvollisuuden rajoitteena. Defensor Legis 5/2010, s. 559–584.

*Tapanila, Antti:* Esitutkinnassa annettu tunnustus todisteena. Defensor Legis 2/2012, s. 146–172.

*Tapanila, Antti:* Oikeustapauskommentti KKO 2012:45. Defensor Legis 4/2012, s. 582–600. (Tapanila 2012a)

*Tapanila, Antti:* Oikeustapauskommentti KKO 2013:25. Defensor Legis 3/2013, s. 425–438.

*Tapanila, Antti:* Epäillyn oikeudet ja hyödyntämiskielto hovioikeudessa. Defensor Legis, 1/2014 s. 3–28.

*Tapanila, Antti:* Kontradiktorisuus syytetyn oikeutena. Helsinki 2019.

*Tapanila, Antti:* Itsekriminointisuoja. Helsinki 2019. (Tapanila 2019a)

*Tapanila, Antti:* Seksuaalirikokset ja oikeudenkäynti. Helsinki 2023.

*Tarkka, Anna-Stiina:* Selvitysvelvollisuus ja todistustaakka – vertailevia näkökohtia hallinto- ja siviiliprosesseista. Lakimies 3–4/2015, s. 508–532.

*Tarkka, Anna-Stiina:* Itsekriminointisuoja ja hyödyntämiskiellot – vertailevia näkökohtia hallinto- ja rikosprosesseista. Lakimies 3–4/2016, s. 488–515.

*Tarkka, Anna-Stiina:* Oikeudenkäyntiaineiston rajoittaminen hallintoprosessissa. Lakimies 1/2023, s. 77–103.

*Tarukannel, Veijo – Tolvanen, Matti:* Asian selvittäminen ja todistelu riita-asioissa ja hallintolainkäytössä – mikä yhdistää ja mikä erottaa? Lakimies 6/2010, s. 931–953.

*Tiilikka, Päivi:* Sananvapaus ja yksilönsuoja. Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. Vantaa 2007.

*Tirkkonen Tauno:* Oikeusvoimasta – sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siviiliprosessioikeudessa. Helsinki 1933.

*Tirkkonen, Tauno:* Oikeudenkäyntilaitoksen kokonaisuudistus Ruotsissa. Porvoo 1942.

*Tirkkonen, Tauno:* Uusi todistuslainsäädäntö. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. B-sarja, N:o 36. Vammala 1949.

*Tirkkonen, Tauno*: Kontradiktorisesta periaatteesta siviiliprosessissa. Lakimies 7/1964, s. 1006–1012.

*Tirkkonen, Tauno:* Suomen rikosprosessioikeus I. Porvoo 1969.

*Tirkkonen, Tauno:* Suomen rikosprosessioikeus II. Porvoo 1972.

*Tirkkonen, Tauno:* Suomen siviiliprosessioikeus I. Porvoo 1974.

*Tirkkonen, Tauno:* Suomen siviiliprosessioikeus II. Porvoo 1977.

*Tolonen, Hannele:* Kuka asiani omistaa? Alaikäinen läheisasianomistaja ja oikeus kieltäytyä todistamasta, s. 395–409 teoksessa Riekkinen, Juhana (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon: juhlajulkaisu Tuula Linna 1957–25/9–2017. Helsinki 2017.

*Tolonen, Hannu:* Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta. Oikeustiede – Jurisprudentia XXII:1989, s. 333–384. Vammala 1989.

*Tolonen, Hannu:* Oikeuden tasot ja toiminnot. Tuorin kriittisen oikeuspositivismin tarkastelua. Oikeus 4/2000, s. 509–523

*Tolonen, Hannu:* Oikeuslähdeoppi. Vantaa 2003.

*Tolvanen, Matti:* Esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön keskeiset muutokset – mikä muuttui? Defensor Legis 3/2014, s. 303–312.

*Tolvanen, Matti:* Asianomistaja-asianosaisista ja asianomistajatodistajista. Defensor Legis 2/2016, s. 196–204.

*Torgersen, Runar:* Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker. Oslo 2009.

*Tuomala, Saila:* Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja, N:o 350. Helsinki 2023.

*Turunen, Santtu:* Oikeudenkäyntiasiamiehen ja avustajan totuusvelvollisuus oikeudenkäynnissä. Defensor Legis 3/1999, s. 468–499.

*Tuori, Kaarlo:* Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta: julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyyppisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 1, Teoreettinen ja historiallinen tausta. Vammala 1983.

*Tuori, Kaarlo:* Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta: julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyyppisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 2, Positiivisoikeudelliset tarkastelut. Vammala 1983. (Tuori 1983a)

*Tuori, Kaarlo:* Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.

*Tuori, Kaarlo:* Perustuslain tuomioistuinvalvonnan ultima ratio -perustelu ja perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimus, s. 319–335 teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.), Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009. Helsinki 2009.

*Vaitoja, Jari:* Väittämistaakka, tuomarin kyselyvelvollisuus ja pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien vaatimusten tutkiminen siviiliprosessissa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-Sarja, N:o 321. Helsinki 2014.

*Viljanen, Pekka:* Salaamisen ja valehtelemisen oikeudesta. Rikoslakiprojektin ehdotuksen herättämiä ajatuksia. Lakimies 7/1993, s. 1008–1029.

*Viljanen, Pekka:* Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasioissa. Defensor Legis 6/2001 s. 1004–1025.

*Viljanen, Pekka:* Todistaako vai ei – kuka päättää? Defensor Legis 5/2012, s. 620–638.

*Viljanen, Pekka:* Todistelutoimikunnan mietinnön arviointia. Defensor Legis 2/2013, s. 144–170.

*Viljanen, Pekka:* Oikeustapauskommentti KKO 2015:6. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 1998–2022. Alma Talent, Helsinki. Vaatii käyttöoikeuden. Saatavilla osoitteessa https://verkkokirjahylly.almatalent.fi/teos/BAXBBXATIEEDBAXB#kohta:KKO(((:N((20)RATKAISUT((20)KOMMENTEIN((20)1998((2013)2022/piste:t6w. (Viljanen 2015)

*Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Vantaa 2001.

*Virolainen, Jyrki:* Materiaalinen prosessinjohto. Helsinki 1988.

*Virolainen, Jyrki:* Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa. Helsinki 1995.

*Virolainen, Jyrki:* Rikosprosessioikeus I. Jyväskylä 1998.

*Virolainen, Jyrki:* Oikeustapauskommentti KKO 2000:71. Defensor Legis 2000, s. 669–678.

*Virolainen, Jyrki:* Oikeustapauskommentti KKO 2003:119. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 1998–2022. Alma Talent, Helsinki. Vaatii käyttöoikeuden. Saatavilla osoitteessa https://verkkokirjahylly.almatalent.fi/teos/BAXBBXATIEEDBAXB#kohta:KKO(((:N((20)RATKAISUT((20)KOMMENTEIN((20)1998((2013)2022/piste:t6w. (Virolainen 2003)

*Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri:* Tuomion perusteleminen. Helsinki 2010.

*Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessioikeus: 1. Rikosprosessin perusteet. Helsinki 2003.

*Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin osalliset. Rikosprosessioikeus II. Porvoo 2004.

*Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko:* Johdatus prosessioikeuteen, s. 41–228 teoksessa Vuorenpää, Mikko (toim.), Prosessioikeus. Helsinki 2021.

*Vuorenpää, Mikko:* Siviiliprosessissa annetun tuomion oikeusvoimavaikutus. Oikeustapauskommentti Helsingin HO 16.6.1998, S 98/237. Oikeustieto 5/1998, s. 17–19.

*Vuorenpää, Mikko:* Syyttäjän tehtävät. Erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. Vammala 2007.

*Vuorenpää Mikko*: Todistamiskiellot ja todisteiden hyödyntämiskielto. Oikeustieto 4/2009, s. 22–24.

*Vuorenpää, Mikko:* Itsekriminointisuojan tulkinta ja sen vaikutukset todisteluun, s. 585–595 teoksessa Hyttinen, Tatu – Weckström, Katja (toim.), Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta. Turku 2011.

*Vuorenpää, Mikko:* Oikeustapauskommentti KKO 2011:46. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 1998–2022. Alma Talent, Helsinki. Vaatii käyttöoikeuden. Saatavilla osoitteessa https://verkkokirjahylly.almatalent.fi/teos/BAXBBXATIEEDBAXB#kohta:KKO(((:N((20)RATKAISUT((20)KOMMENTEIN((20)1998((2013)2022/piste:t6w. (Vuorenpää 2011b)

*Vuorenpää, Mikko:* Itsekriminointisuojaa loukaten annetun esitutkintakertomuksen hyödyntämiskielto – KKO 2012:45. Oikeustapauskommentti. Lakimies 1/2013, s. 138–146.

*Vuorenpää, Mikko:* Eräitä huomioita uudistuneesta asiantuntijatodistelusta, s. 479–491 teoksessa Riekkinen, Juhana (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon: juhlajulkaisu Tuula Linna 1957–25/9–2017. Helsinki 2017.

*Vuorenpää, Mikko:* Muutama huomio laittomalla tavalla hankitun todistusaineiston hyödyntämisestä. Defensor Legis 3/2018, s. 306–318.

*Vuorenpää, Mikko*: Valittuja kysymyksiä todistusoikeudesta. Hansaprint 2020.

*Vuorenpää, Mikko*: Prosessioikeuden perusteet. Helsinki 2023.

*Vuorenpää, Mikko:* Oikeustapauskommentti KKO 2023:14. Teoksessa Hoffrén, Mia (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2023–. Alma Talent, Helsinki. Vaatii käyttöoikeuden. Saatavilla osoitteessa https://verkkokirjahylly.almatalent.fi/teos/IAEBBXFTEB#kohta:KKO(((:N((20)RATKAISUT((20)KOMMENTEIN((20)2023((2013)/piste:tb. (Vuorenpää 2023a)

*Vähätalo, Tuukka:* EU-oikeus, virallistutkinta ja ylimääräinen muutoksenhaku siviiliprosessissa, s. 492–519 teoksessa Riekkinen, Juhana (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon: juhlajulkaisu Tuula Linna 1957–25/9–2017. Helsinki 2017.

*Vähätalo, Tuukka:* Euroopan ihmisoikeussopimuksen loukkaus ja kansallisen tuomion lopullisuus. Oikeustiede – Jurisprudentia LII:2019, s. 309–426. Helsinki 2019.

*Vähätalo, Tuukka:* Eurooppaoikeus ja kansallisen tuomion lopullisuus: tutkimus Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja EU-oikeuden vaikutuksista niiden kanssa ristiriitaisten kansallisten tuomioiden lopullisuuteen. Acta electronica Universitatis Lapponiensis nro 331, 2022.

*Välimäki, Pertti:* Prekluusiosta korkeimmassa oikeudessa. Oikeustiede – Jurisprudentia XLIX:2016, s. 289–355. Helsinki 2016.

*Walton, Douglas:* The Appeal to Ignorance, or Argumentum Ad Ignorantiam. Argumentation 13 (11) 1999, s. 367-377.

*Wistrich ym.:* Wistrich, Andrew J. – Guthrie, Chris – Rachlinski, Jeffrey J. Can Judges Ignore Inadmissible Information – The Difficulty of Deliberately Disregarding. University of Pennsylvania Law Review 153 (4) 2005, s. 1251–1346.

*Wrede, Rabbe Axel:* Afhandlingar i finsk processrätt: grunddragen af bevisrätten enligt gällande lag: Första häftet. Helsinki 1893.

*Wrede, Rabbe Axel:* Afhandlingar i finsk processrätt: grunddragen af bevisrätten enligt gällande lag: Andra häftet. Helsinki 1894.

*Wrede, Rabbe Axel:* Todistusoikeuden pääpiirteet [1893–1894]. Suom. Ernesti Forsman. Helsinki 1910.

*Wrede, Rabbe Axel:* Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin [1919]. Toinen, muutettu ja täydennetty painos. Suom. Onni Karhunen. Porvoo 1936.

*Wrede, Rabbe Axel:* Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. Kolmas, muutettu ja täydennetty painos. Suom. Onni Karhunen. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. B-sarja, N:o 10. Porvoo 1946.

*Ylikangas, Heikki:* Miksi oikeus muuttuu – Laki ja oikeus historiallisen kehityksen osana. Juva 1984.

*Ylönen, Markku:* Asianajajaoikeus: laki, säännöt ja tapaohjeet. Liettua 2018.

*Ylöstalo, Matti – Tarkka, Olli:* Asianajajan käsikirja. Helsinki 2001.

*Zahle, Henrik:* On det juridiske bevis. København 1976.

*Zwaak, Leo:* General survey of the European convention s. 1–94 teoksessa Van Dijk, Pieter – Van Hoof, Fried – Van Rijn, Arjen – Zwaak, Leo (toim.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Oxford 2006.

TUOMIOISTUINRATKAISUT

*Korkein oikeus*

KKO 1960 II 92
KKO 1978 II 70
KKO 1983 II 30
KKO 1984 II 60
KKO 1985 II 93
KKO 1986 II 14
KKO 1991:84
KKO 1992:76
KKO 1993:61
KKO 1994:7
KKO 1994:26
KKO 1994:83
KKO 1995:66
KKO 1995:79
KKO 1995:95
KKO 1998:134
KKO 1999:63
KKO 2000:35
KKO 2000:71
KKO 2001:64
KKO 2001:106
KKO 2002:27
KKO 2002:85
KKO 2002:116
KKO 2002:122
KKO 2003:54
KKO 2003:119
KKO 2003:137
KKO 2004:24
KKO 2004:26
KKO 2004:30
KKO 2005:82
KKO 2005:70
KKO 2005:123
KKO 2006:61
KKO 2006:107
KKO 2007:36
KKO 2007:58
KKO 2007:101
KKO 2008:68
KKO 2008:84
KKO 2009:27
KKO 2009:80
KKO 2009:88
KKO 2010:39
KKO 2010:41
KKO 2010:49
KKO 2011:20
KKO 2011:27
KKO 2011:43
KKO 2011:46
KKO 2011:71
KKO 2011:91
KKO 2012:11
KKO 2012:16
KKO 2012:27
KKO 2012:45
KKO 2013:20
KKO 2013:25
KKO 2013:27
KKO 2013:59
KKO 2013:77
KKO 2013:96
KKO 2013:97
KKO 2014:13
KKO 2014:67
KKO 2014:82
KKO 2014:83
KKO 2014:94
KKO 2015:1
KKO 2015:6
KKO 2015:10
KKO 2015:14
KKO 2015:27
KKO 2015:28
KKO 2015:51
KKO 2015:86
KKO 2016:17
KKO 2016:76
KKO 2016:88
KKO 2016:96
KKO 2017:6
KKO 2017:12
KKO 2017:40
KKO 2017:65
KKO 2017:78
KKO 2017:82
KKO 2017:88
KKO 2017:93
KKO 2018:3
KKO 2018:54
KKO 2019:2
KKO 2019:7
KKO 2019:11
KKO 2019:17
KKO 2019:36
KKO 2019:56
KKO 2019:67
KKO 2019:112
KKO 2021:5
KKO 2021:19
KKO 2021:42
KKO 2021:44
KKO 2021:73
KKO 2022:11
KKO 2022:50
KKO 2022:77
KKO 2023:14
KKO 2023:65
KKO 2023:79

*Korkein hallinto-oikeus*

KHO 2016:33
KHO 2016:127
KHO 2018:93
KHO 2024:81

*Ruotsin korkein oikeus*

NJA 1951, s. 111
NJA 1953, s. 582
NJA 1985, s. 544
NJA 1988, s. 665
NJA 1989, s. 498
NJA 1991, s. 83
NJA 1996, s. 443
NJA 2005, s. 712
NJA 2007, s. 1037

*Hovioikeudet*

HelHO:2007:22 (Helsingin HO 9.3.2007 nro 837)
HelHO:2022:4 (Helsingin HO 18.5.2022 nro 644)
HelHO:2024:3 (Helsingin HO 11.3.2024 nro 386)
I-SHO:2016:11 (Itä-Suomen HO 16.11.2016 nro 147586)
I-SHO:2022:2 (Itä-Suomen HO 20.4.2022 nro 185)
I-SHO:2022:5 (Itä-Suomen HO 8.7.2022 nro 128244)
THO:2017:6 (Turun HO 14.6.2017 nro 124246)
THO:2019:1 (Turun HO 17.12.2018 nro 156315)
VaaHO:2013:1 (Vaasan HO 30.8.2013 nro 948)
VaaHO:2017:2 (Vaasan HO 7.3.2017 nro 88)
VaaHO:2017:3 (Vaasan HO 28.3.2017 nro 112)

*Euroopan ihmisoikeustuomioistuin*

Engel ym. v. Alankomaat 8.6.1976
Irlanti v. Yhdistynyt kuningaskunta 18.1.1978
Sporrong ja Lönnroth v. Ruotsi 23.9.1982
Schenk v. Sveitsi 12.7.1988
S.v. Sveitsi 28.11.1991
Hadjianastassiou v. Kreikka 16.12.1992
Funke v. Ranska 25.2.1993
Ollila v. Suomi 30.6.1993
Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta 17.12.1996
Aksoy v. Turkki 18.12.1996
John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta 8.2.1996
Adams & Benn v. the United Kingdom 13.1.1997
Nideröst-Huber v. Sveitsi 18.2.1997
Mantovanelli v. Ranska 18.3.1997
Serves v. Ranska 20.10.1997
Kopp v. Sveitsi 25.3.1998
Teixeira de Castro v. Portugali 9.6.1998
Selmouni v. Ranska 28.7.1999
S.E. v. Suomi 14.10.1999
Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta 12.5.2000
Heaney ja McGuinness v. Irlanti 21.12.2000
J.B. v. Sveitsi 3.5.2001
P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt kuningaskunta 25.9.2001
Metropolitan Church of Bessarabia ym. v. Moldova 13.12.2001
P.S. v. Saksa 20.12.2001
S.N. v. Ruotsi 2.7.2002
Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta 10.9.2002
Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta 5.11.2002
Roemen ja Schmit v. Luxembourg 25.2.2003
Ernst ym. v. Belgia 15.7.2003
Weh v. Itävalta 8.4.2004
Ilascu ym. v. Moldova ja Venäjä 8.7.2004
Mild ja Virtanen v. Suomi 26.7.2005

Sallinen ym. v. suomi 27.9.2005
Markko v. Suomi 13.12.2005
Vanyan v. Venäjä 15.12.2005
Taal v. Viro 22.11.2005
Menesheva v. Venäjä 9.3.2006
Vondel v. Alankomaat 23.3.2006
Jalloh v. Saksa 11.7.2006
Jussila v. Suomi 23.11.2006
Vilho Eskelinen ym. v. Suomi 19.4.2007
W. v. Suomi 24.4.2007
B. v. Suomi 24.4.2007
A.H. v. Suomi 10.5.2007
Harutyunyan v. Armenia 28.6.2007
Salduz v. Turkki 27.11.2008
Ramanauskas v. Liettua 5.2.2008
Sorvisto v. Suomi 13.1.2009
A.L. v. Suomi 27.1.2009
Petikon Oy ja Parviainen v. Suomi 27.1.2009
Bykov v. Venäjä 10.3.2009
Panovits v. Kypros 11.3.2009
Plonka v. Puola 31.3.2009
Marttinen v. Suomi 21.4.2009
Ruotsalainen v. Suomi 16.6.2009
Lee Davies v. Belgia 28.7.2009
Gladyshev v. Venäjä 30.7.2009
Elomaa v. Suomi 16.3.2010
Stefanou v. Kreikka 22.4.2010
Gäfgen v. Saksa 1.6.2010
Aleksandr Zaichenko v. Venäjä 28.6.2010
Kopylov v. Venäjä 29.7.2010
Bekirski ym. v. Bulgaria 2.9.2010
A.S. v. Suomi 28.9.2010
Bannikova v. Venäjä 4.11.2010
El Shennawy v. Ranska 20.1.2011
Yazgül Yilmaz v. Turkki 1.2.2011
Heino v. Suomi 15.2.2011
Bocharov v. Ukraina 17.3.2011
Korobov v. Ukraina 21.7.2011
Huseyn ym. v. Azerbaidžan 26.7.2011
Portmann v. Sveitsi 11.10.2011
Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta 15.12.2011
Heijden v. Alankomaat 3.4.2012
Trymbach v. Ukraina 12.4.2012
Sarkizov ym. v. Bulgaria 17.4.2012
Othman (Abu Qatada) v. Yhdistynyt kuningaskunta 9.5.2012
Aigner v. Itävalta 10.5.2012
Borbola Kiss v. Unkari 26.6.2012

X v. Suomi 3.7.2012
Aleksahin v. Ukraina 19.7.2012
Huhtamäki v. Suomi 24.9.2012
El Haski v. Belgia 25.9.2012
Saint-Paul Luxembourg S.A. v. Luxemburg 18.4.2013
Martin v. Viro 30.5.2013
Kaciu ja Kotorri v. Albania 23.6.2013
Nagla v. Latvia 16.7.2013
Vronchenko v. Viro 18.7.2013
Bandaletov v. Ukraina 31.10.2013
Natsvlishvili ja Togonidze v. Georgia 29.4.2014
Mostipan v. Venäjä 16.10.2014
Furcht v. Saksa 23.10.2014
Dvorski v. Kroatia 20.10.2015
Schatschaschwili v. Saksa 15.12.2015
Mozer v. Moldova ja Venäjä 23.2.2016
Blokhin v. Venäjä 23.3.2016
Ibrahim ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta 13.9.2016
Simeonovi v. Bulgaria 12.5.2017
Becker v. Norja 5.10.2017
Dimitar Mitev v. Bulgaria 8.3.2018
Ireland v. the United Kingdom (request for revision of the judgment of 18 January 1978) 20.3.2018
Wolland v. Norja 17.5.2018
Beuze v. Belgia 9.11.2018
Wieder ja Guarnieri v. Yhdistynyt Kuningaskunta 12.9.2023

### *EU-tuomioistuimet*

C-155/79 AM & S Europe Limited v. Komissio ym.
C-309/99 Wouters v. NOVA
C-550/07 Akzo Nobel Chemicals ja Akcros Chemicals v. Komissio ym.

### *Muut*

Miranda v. Arizona, 13.6.1966 (384 U.S. 436 No: 759)

LAPIN YLIOPISTO
UNIVERSITY OF LAPLAND

KANSI:
Jani Peltonen