

**LAINVASTAISESTI HANKITUN TODISTEEN HYÖDYNNETTÄVYYS
RIKOSPROSESSISSA**

Lapin yliopisto

Oikeustieteiden tiedekunta

Pro gradu –tutkielma

Prosessioikeus

Siru Siivola

2016

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödynnettävyys rikosprosessissa

Tekijä: Siivola Siru

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Prosessioikeus

Työn laji: Pro gradu –tutkielma

Sivumäärä: XI + 75

Vuosi: 2016

Tiivistelmä:

Tutkielmassa on pyritty lainopillisella lähestymistavalla selvittämään, missä tilanteissa lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen on rikosoikeudenkäynnissä mahdollista kokonaisuudessaan, ja milloin puolestaan todisteen näyttöarvoa alentaen. Tuomioistuimien voi päättää lainvastaisesti hankitun todisteen osalta joko hyödyntää todistetta sen lainvastaisuudesta huolimatta, asettaa todisteen hyödyntämiskieltoon, taikka hyödyntää lainvastaisesti hankittua todistetta näyttöarvoltaan alennettuna.

Todistusoikeusuudistuksessa hyödyntämiskielto kirjattiin ensimmäistä kertaa lakiin (Laki oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta 732/2015, eli OK). OK 17:25.1-2:n mukaan kiduttamalla taikka itsekriminointisuoja loukaten hankittua todistetta ei saa hyödyntää. OK 17:25.3 puolestaan sisältää hyödyntämisolettaman; lainvastaisesti hankittua todistetta saadaan hyödyntää, mikäli oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset muutoin täyttyvät. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisukäytännöstä on johdettavissa, että myös rikosprovokaatiolla hankittu näyttö sekä ilman avustajaa annettu todistajankertomus on asetettava hyödyntämiskieltoon. Ilman avustajaa annetun todistajankertomuksen osalta voidaan tosin poiketa, jos mahdollisuutta avustajan käyttöön ei ole voitu pakottavista syistä antaa.

Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen näyttöarvoltaan alennettuna - eli ”ei saa olla ainoa tai ratkaiseva näyttö” – perustuu EIT:n ratkaisukäytäntöön. Viime aikoina EIT:n ratkaisukäytäntö on kulkeutunut suuntaan, jossa lainvastaisesti hankittu todiste voi olla myös ainoa tai ratkaiseva näyttö oikeudenkäynnissä. Tämä kuitenkin edellyttää, että kontradiktorinen menettely vastakuulustelu- ja todisteiden kommentointioikeuksineen on toteutunut; että menettelyn kontradiktorisuuden puuttuessa käsillä on pätevä, hyväksyttävä syy; että todistelu voidaan katsoa riittävän luotettavaksi sekä yksittäisten seikkojen että kokonaisuuden kannalta; että poissaolevia todistajia on yritetty tavoittaa riittävän tehokkaasti; ja että kontradiktorisuuden puuttumista on kompensoitu riittävän tehokkailla toimilla.

Hyödyntämiskiellon asettamista pohdittaessa kysymys voidaan tiivistää yksityisen edun (syytetyn oikeusturva) ja julkisen edun (rikoksen selvittämisen intressi rikosvastuun toteutumiseksi) väliseksi punninnaksi. Molemmat näkökohdat ovat hyvin tärkeitä, mutta kulloinkin käsiteltävänä olevasta tapauksesta riippuu, kumpi saa rikosprosessissa enemmän painoarvoa juuri siinä tapauksessa. Tapauskohtaisesti arvioituna toinen on siten painavampi toista.

Avainsanat: todistamiskielto, hyödyntämiskielto, lainvastaisesti hankittu todiste, oikeudenmukainen oikeudenkäynti, rikosprosessi

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön X

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi X

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi (vain Lappia koskevat) X

SISÄLLYS

LÄHTEET.....	V
LYHENTEET	XI
1. JOHDANTO	1
1.1. Taustaa	1
1.2. Rikosprosessista yleisesti	1
1.3. Tutkimusmetodi	4
1.4. Tutkielman rajaus, tavoite ja oikeuslähteet	4
2. TODISTELU RIKOSPROSESSISSA	5
2.1. Todistelusta yleisesti	5
2.2. Todistaminen velvollisuutena	8
2.3. Tuomioistuimen harkinta	9
3. TODISTAMISKIELLOT	10
3.1. Todistamiskieltojen määritelmiä ja jaottelutapoja	10
3.2. Todistamisen rajoitukset oikeudenkäymiskaassa.....	13
3.2.1. Vaitiolo velvollisuus.....	13
3.2.2. Vaitiolo-oikeus	14
4. HYÖDYNTÄMISKIELLOT	17
4.1. Määritelmiä	17
4.2. Hyödyntämiskieltojen funktioita.....	22
4.3. Punninta hyödyntämiskieltoyksymyksissä.....	24
4.3.1. Intressipunnintamalli	24
4.3.2. Perus- ja ihmisoikeusmyönteinen punnintamalli.....	27
4.4. Hyödyntämiskielto todistus oikeusuudistuksessa	31
4.4.1. Pääsääntönä todisteen hyödyntämiskelpoisuus	31
4.4.2. Kiduttamalla saatu todiste	33
4.4.3. Itsekriminointisuojaan perustuva hyödyntämiskielto	34
4.4.4. Hyödyntämiskiellon yleissäännös	39
4.5. Hyödyntämiskiellon asettamista koskeva menettely.....	43
5. LAINVASTAISESTI HANKITUN TODISTEEN HYÖDYNTÄMINEN KÄYTÄNNÖSSÄ.....	48
5.1. Oikeudenmukainen oikeudenkäynti hyödyntämisen edellytyksenä	48
5.2. Lainvastaisesti hankittu todiste tuomion perustana.....	50
5.2.1. EIT:n näyttöarvon alentamista koskeva näkökanta ”ei saa olla ainoa tai ratkaiseva näyttö”	50

5.2.1.1. EIT:n aikaisempia tulkintoja.....	50
5.2.1.2. EIT:n kannanmuutos sallivampaan suuntaan.....	57
5.2.2. Hyödyntämiskielto näyttöarvon alentamisen asemesta.....	64
5.3. Näkökantoja	70
6. LOPUKSI.....	72

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Werner Söderström Oy. Juva 1989.
- Alaranta, Johannes*: Rippisalaisuus. Edilex 2010/32, s. 1-11.
- Ekelöf, Per Olof - Edelstam, Henrik - Heuman, Lars*: Rättegång. Fjärde häftet. 7:e upplagan. Stockholm 2009.
- 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. Dark Oy. Vantaa 2005.
- Ervo, Laura*: Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus - käsikirja lainkäyttäjille. WS Bookwell Oy. Juva 2008.
- Ervo, Laura*: Tie totuuteen. Edilex 7.1.2014.
- Esko, Timo – Könkkölä, Justus*: Asianajajan salassapito- ja vaitiolovelvollisuuden viimeaikaisesta kehityksestä. Defensor Legis 3/2004, s. 355-371.
- Euroopan neuvoston suositus Rec(2000)19*.
- Fredman, Markku*: Rikosasianajajan käsikirja. Talentum Media Oy. Helsinki 2013.
- Fredman, Markku*: Asianajajan salassapito- ja vaitiolovelvollisuudesta valvontamenettelyssä. Defensor Legis 2/2009, s. 228-236.
- Frände, Dan*: Tuomitsemiskynnyksestä suomalaisessa rikosprosessioikeudessa. Lakimies 8/1998, s. 1247-1254.
- Frände, Dan*: KKO 2009:80 ja sen arviointi. Lakimies 2/2010, s. 233-237.
- Frände, Dan*: 25 §:n kommentteista jaksot 1-4. Teoksessa Todistelu : oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Rautio, Jaakko - Frände, Dan. Otavan Kirjapaino Oy. Keuruu 2016.
- Hallberg, Pekka*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti 2000-luvulla. Gummerus Kirjapaino Oy. Jyväskylä 2001.
- Helminen, Klaus – Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko*: Esitutkinta ja pakkokeinot. Helsinki 2012.
- Hirvelä, Minna*: Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen rikosoikeudenkäynnissä. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja B:21. Turku 2003.
- Hirvelä, Minna - Heikkilä, Satu*: Ihmisoikeudet : käsikirja EIT:N oikeuskäytäntöön. Edita Publishing Oy. Porvoo 2013.
- Hormia, Lauri*: Todistamiskielloista rikosprosessissa 1. Helsinki 1978.
- Hormia, Lauri*: Todistamiskielloista rikosprosessissa 2. Helsinki 1979.

- Husa, Jaakko – Pohjolainen, Teuvo:* Julkisoikeuden kirjallisen työn laadintaopas. Ohjeita julkisoikeudellisen esseen, seminaariesitelmän ja pro gradu -työn laatijalle. Joensuu 1994.
- Iltalehti 18.5.2016:* Miss Helsingin pahoinpitely: Syyttäjä ei tyydy tuomioon - valittaa hovioikeuteen. Saatavissa http://www.iltalehti.fi/uutiset/2016051821585908_uu.shtml. Viitattu 24.7.2016.
- Jokela, Antti:* Rikosprosessi. Talentum, Helsinki 2008.
- Jokela, Antti:* Pääkäsittely, todistelu ja tuomio. Oikeudenkäynti 3. Talentum, Helsinki 2015.
- Jonkka, Jaakko:* Rikosoikeuden yleisistä opeista. Helsinki 1992.
- Jonkka, Jaakko:* Todistusharkinnasta. Tammer-Paino Oy. Tampere 1993.
- Karppinen, Raija:* Todistamiskielloista. Teoksessa Kirjoituksia todistusoikeudesta. Toim. Juha Lappalainen - Timo Ojala. Helsingin hovioikeuden julkaisuja. Hakapaino Oy. Helsinki 2006.
- Kemppinen, Heikki:* Vastakuulustelu oikeuden toteutuminen rikosoikeudenkäynnissä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännön valossa. Teoksessa Kirjoituksia rikosprosessioikeudesta. Toim. Pekka Koponen – Raimo Lahti – Essi Konttinen-Di Nardo. Helsingin hovioikeuden julkaisuja. Grano Oy. Tampere 2016.
- KKO:n ratkaisut kommentein 2009:II.* Toim. Pekka Timonen. Talentum Media Oy. Helsinki 2010.
- Klami, Hannu - Rahikainen, Marja - Sorvettula, Johanna:* Todistusharkinta ja todistustaakka. Mänttä 1987.
- Lappalainen, Juha:* Siviiliprosessioikeus 2. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2001.
- Lappalainen, Juha:* Todistelu. Teoksessa Prosessioikeus. Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki. Toim. Pertti Vehkalahti. Sanoma Pro Oy. Helsinki 2012.
- Lilja, Jenni:* Hyödyntämiskiellosta - erityisesti oikeudenkäymiskaaren 17 luvun uudistus. Teoksessa Kirjoituksia rikosprosessioikeudesta. Toim. Pekka Koponen – Raimo Lahti – Essi Konttinen-Di Nardo. Helsingin hovioikeuden julkaisuja. Grano Oy. Tampere 2016.
- Lindell, Bengt - Eklund, Hans - Asp, Petter - Andersson, Torbjörn:* Straffprocessen. Uppsala 2005.
- Lundqvist, Ulf:* Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkomnen bevisning i brottmålsrättegång. Uppsala 1998.
- Lundqvist, Ulf:* Bevisförbud i rättspraxis. Knivsta 2013.
- Marttila, Mikko:* Vaitiolo-oikeus ja hyödyntämiskielto konkurssissa. Defensor Legis 5/2013.
- Nordh, Robert:* Bevisrätt A. Uppsala 2009.
- Ojanperä, Jenni:* Todisteiden hyödyntämiskielto. Teoksessa Kirjoituksia todistusoikeudesta. Toim. Juha Lappalainen - Timo Ojala. Helsingin hovioikeuden julkaisuja. Hakapaino Oy. Helsinki 2006, s. 153–168.

- Paloheimo, Jukka*: Viranomaisen ja viranomaisen edustajan asemasta oikeudenkäynnissä todistusoikeuden näkökulmasta. Teoksessa Kirjoituksia todistusoikeudesta. Toim. Juha Lappalainen - Timo Ojala. Helsingin hovioikeuden julkaisuja. Hakapaino Oy. Helsinki 2006, s. 169-186.
- Pentikäinen, Laura*: Itsekriminointisuoja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeena ja suhteessa vapaaseen todistusteoriaan. Defensor Legis 2/2012, s. 224-248.
- Pölönen Pasi*: Asianajajan salassapitovelvollisuus asianajotoimistossa suoritettavassa takavarikossa. Defensor Legis 6/2002, s. 1044-1062.
- Pölönen, Pasi*: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2003.
- Pölönen, Pasi*: Todistajankuulustelun valmistelusta ja suorittamisesta rikosasiassa. Defensor Legis 2/2004, s. 216-225.
- Pölönen, Pasi*: Todistamis- ja hyödyntämiskiellot. Teoksessa Todistelu oikeudenkäynnissä. Pölönen, Pasi - Tapanila, Antti. Tietosanoma Oy. Priston, Tallinna 2015.
- Rautio, Jaakko*: 25 §:n kommentteista jaksot 5-10. Teoksessa Todistelu : oikeudenkäymiskäärän 17 luvun kommentaari. Rautio, Jaakko - Frände, Dan. Otavan Kirjapaino Oy. Keuruu 2016.
- Riekkinen, Juhana*: Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa. Teoreettinen perusta ja oikeustila Suomessa. Oikeustiede-Jurisprudentia XLVII 2014, s. 119-202.
- Rintala, Matti*: Näkökulmia todistelun rajoittamiseen - erityisesti hovioikeudessa. Teoksessa Kirjoituksia todistusoikeudesta. Toim. Juha Lappalainen - Timo Ojala. Helsingin hovioikeuden julkaisuja. Hakapaino Oy. Helsinki 2006.
- Saranpää, Timo*: Todistusoikeustutkimuksen tulevaisuuden haasteista. Helsingin yliopiston teemaseminaari todistusoikeudesta 21.2.2013. Saatavissa http://www.helsinki.fi/oikeustiede/tutkimus_ja_julkaisut/tapahtumat/Saranpää.pdf. Viitattu 24.7.2016.
- Spring-Reiman, Petra*: Totuus vai oikeudenmukaisuus - milloin tuomioistuimen tulee jättää todistelu hyödyntämättä rikosprosessissa. Teoksessa Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa. Toim. Laura Ervo - Raimo Lahti - Jukka Siro. Helsingin hovioikeus 2012.
- Tapanila, Antti*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2012:45. Defensor Legis 4/2012 s. 582-600.
- Tapanila, Antti*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2013:25. Defensor Legis 3/2013, s. 425-438.
- 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, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Talentum Media Oy 2001.
- Virolainen, Jyrki - Pölönen, Pasi*: Rikosprosessioikeus 1. Rikosprosessin perusteet. Gummerus. Jyväskylä 2003.

Virolainen, Jyrki: Johdatus prosessioikeuteen. Teoksessa *Prosessioikeus*. Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki. Toim. Pertti Vehkalahti. Sanoma Pro Oy Helsinki 2012.

Vuorenpää, Mikko: Syyttäjä ja todistamiskiellot. Teoksessa *Consilio Manuque Yhtenäinen syyttäjälaitos 10 vuotta*. Toim. Jussi Ohisalo ja Matti Tolvanen. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja. Joensuun Yliopistopaino 2008.

Vuorenpää, Mikko: Todistamiskiellot ja todisteiden hyödyntämiskielto. *Oikeustieto* 4/2009, s. 22-24.

Vuorenpää, Mikko: Itsekriminointisuojaan tulkinta ja sen vaikutukset todisteluun. Teoksessa *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta*. Toim. Tatu Hyttinen ja Katja Weckström. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2012, s. 585-595.

Vuorenpää, Mikko: Itsekriminointisuoja loukaten annetun esitutkintakertomuksen hyödyntämiskielto – KKO 2012:45. *Oikeustapauskommentti*. *Lakimies* 2013/1, s. 138-146.

Väisänen, Tiina - Korkman, Julia: Eräitä todistajankertomuksen arviointiin liittyviä kipukohtia oikeuspsykologisen tiedon valossa. *Defensor Legis* 5/2014.

Virallislähteet

HE 137/1945 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtionvaroista annetun lain, maakaaren 1 luvun, ulosottolain 3 luvun sekä rikoslain 17 luvun muuttamisesta.

HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

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

Kirkkohallitus 2011: Aika puhua - aika vaieta. Suomen ev.lut. kirkon kirkkohallituksen julkaisuja 2011:2. Hakapaino Oy. Helsinki 2011.

LaVM 19/2014 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

OMML 69/2012. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 69/2012: Todistelu yleisessä tuomioistuimessa.

OMSO 65/2012. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 65/2012: Vertailua eräistä todistusoi-keudellisista kysymyksistä Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa.

PeVL 39/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esitykseen eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Ruotsi

SOU 1984:54. Pakkokeinokomitean mietintö.

OIKEUSKÄYTÄNTÖ**Korkein oikeus**

KKO 2000:71.

KKO 2007:58.

KKO 2007:101.

KKO 2008:68.

KKO 2009:27.

KKO 2009:80.

KKO 2012:32.

KKO 2012:45.

KKO 2012:98.

KKO 2013:25.

KKO 2013:97.

KKO 2015:20.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Schenk v. Sveitsi (12.7.1988).

Kostovski v. Alankomaat (29.3.1990).

Ludi v. Sveitsi (15.6.1992 EIT:A-238).

Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998).

Luca v. Italia (27.2.2001).

Jalloh v. Saksa (suuri jaosto 11.7.2006).

Ramanauskas v. Liettua (suuri jaosto 5.2.2008)

Salduz v. Turkki (27.11.2008).

Gäfgen v. Saksa (suuri jaosto 1.6.2010).

Borotyuk v. Ukraina (16.12.2010).

Stojkovic v. Belgia (27.10.2011).

Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta (suuri jaosto 15.12.2011.)

Chmura v. Puola (3.4.2012).

Aigner v. Itävalta (10.5.2012).

Hummer v. Saksa (19.7.2012).

Gani v. Espanja (19.2.2013).

Haxha v. Albania (8.10.2013).

Ibrahim ym, v. Yhdistynyt Kuningaskunta (16.12.2014).

Ruotsi

NJA 1986, s. 486.

HD B2150-11, 20.11.2011.

LYHENTEET

EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 85-86/1998)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
ETL	Esitutkintalaki (805/2011)
KKO	Korkein oikeus
KP-sopimus	Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus
OK	Laki oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta (732/2015)
PL	Perustuslaki (731/1999)
ROL	Laki oikeudenkäynnistä rikosasioista (689/1997)
RL	Rikoslaki (39/1889)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)

1. JOHDANTO

1.1. Taustaa

Hiljattain voimaan tullut todistusoikeusuudistus¹ ei toteutunut aivan mutkattomasti. Sen voimaantulo lykkääntyi kertaalleen, sillä hallituksen uudistukseen ehdottamat säännökset saivat aikaan keskustelua ja säännösten muutosehdotuksia. Todistusoikeusuudistukseen sisältyi mielenkiintoisia uusia kohtia, esimerkiksi anonyymiin todisteluun sekä lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämiseen liittyen. Säännösehdotusten osalta kuultavana olleet asiantuntijat olivat paikoin hyvinkin erimielisiä esimerkiksi hyödyntämiskieltosäännöksen sisällön suhteen, mikä luonnollisesti tutkijan näkökulmasta katsottuna luo tutkimukselle mielenkiintoisen asetelman.

Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämistä koskeva keskustelu vaikutti lainvalmisteluaineiston sekä muun lähdekirjallisuuden perusteella tiivistyvän kysymykseen siitä, tulisiko lainvastaisen todisteen hyödyntämistä harkittaessa asettaa suurempi painoarvo rikosprosessin vastaajan eli syytetyn oikeusturvalle vai pikemminkin rikoksen selvittämistä varten, jolloin rikosvastuun toteutuminen toteutuisi tehokkaammin. Punnittavana ovat tällöin yksityinen etu sekä yleinen etu. Molemmat näkökohdat ovat hyvin tärkeitä, mutta kulloinkin käsiteltävänä olevasta tapauksesta riippuu, kumpi saa rikosprosessissa enemmän painoarvoa juuri siinä tapauksessa.

1.2. Rikosprosessista yleisesti

Rikosprosessin neljänä päävaiheena voidaan pitää esitutkintaa, syyteharkintaa, oikeudenkäyntiä tuomioistuimessa sekä rangaistuksen täytäntöönpanoa. Rikosprosessista voidaan puhua sekä suppeassa merkityksessä, jolloin sillä tarkoitetaan rikosasian oikeudenkäyntiä, taikka laajassa merkityksessä, jolloin siihen lukeutuvat myös ennen oikeudenkäyntiä olevat poliisin suorittama esitutkinta sekä syyttäjän syyteharkinta. Rangaistuksen täytäntöönpano tavataan luokitella osaksi rikosoikeudellista seuraamusjärjestelmää.²

¹ Todistusoikeusuudistuksella tarkoitetaan 1.1.2016 voimaan tullutta oikeudenkäymiskaaren muuttamista koskevaa lakia 732/2015.

² Jokela 2008, s. 5-6.

Keskeisimmiksi tehtäviksi rikosprosessille voidaan nimetä rikosvastuun toteuttaminen, jonka eräänä elementtinä voidaan nähdä aineelliseen totuuteen pyrkiminen³ mahdollisimman tarkoituksenmukaisella tavalla, sekä yksilön oikeusturvasta huolehtiminen⁴, joskin nämä on oikeuskirjallisuudessa nähty jopa hieman ristiriitaisiksi tavoitteiksi.⁵ Aineellisen totuuden selvittäminen ei kuitenkaan yleensä ole mahdollista. Tällöin voidaan pyrkiä prosessuaaliseen totuuteen niin, että huomioiduksi tulevat niin yksilön oikeusturva, ihmisoikeudet, itsemääräämisoikeus kuin yksityisyyskin. Tavoitetta voidaankin luonnehtia mahdollisimman oikeaan lopputulokseen pääsemiseksi.⁶

Tärkeä vaihe mainittujen tehtävien toteuttamiseksi on oikeudenkäynnissä tapahtuva *todistelu*⁷, joka yleisimmin käsittää todisteiden esittämisen – joko esinetodisteiden tai henkilötodistelun muodossa - tuomioistuimelle pääkäsittelyssä. Todistelun kohteena on asiassa relevanttien kysymysten kokonaisuus eli tosiseikasto, jota myös *näyttökysymykseksi* kutsutaan.⁸ *Oikeustositseikalla* tarkoitetaan välittömästi relevanttia tosiseikkaa, joka on edellytys oikeusnormin mukaiselle seuraamukselle; *todistustositseikalla* puolestaan tarkoitetaan välillisesti relevanttia seikkaa, jolla on merkitystä joko suorana tai välillisenä todisteena oikeustositseikan olemassaolosta. *Todistusteemasta*⁹ puhuttaessa kysymys on yksittäisestä seikasta, todistelun kohteesta, jota todistelulla halutaan selvittää.¹⁰ *Todistuskeinoilla* tarkoitetaan niitä konkreettisia keinoja tai välineitä, joilla oikeudenkäynnissä toteutetaan todistelua.¹¹ Varsinaiset *todistusfaktat* eli todisteet tuodaan *todistuskeinojen* avulla tuomioistuimen tietoon. Oikeudenkäymiskaassa (laki oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta 732/2015, jäljempänä OK) säännellyjä todistuskeinoja ovat reaalisiin todistuskeinoihin lukeutuvat asiakirjatodistelu ja katselmuksella, sekä henkilöllisiin todistuskeinoihin kuuluvat todistajien kuuleminen, asianosaisen kuuleminen todistelutarkoituksessa sekä asiantuntijatodistelu.¹² Todistamista voidaan rajoittaa *todistamiskielloilla*¹³, ja lainvastaisesti hankittu todiste voidaan asettaa *hyödyntämiskieltoon*¹⁴. Todisteen lainvastaisuus

³ Esimerkiksi Virolainen 2012, s. 57.

⁴ Virolainen 2012, s. 78-79. Yksilöistä puhuttaessa tarkoitetaan sekä asianomistajaa, että epäiltyä ja syytettyä.

⁵ Jokela 2008, s. 7. Ristiriitaa on eritoten syyttäjän edustaman julkisen intressin ja syytetyn edustaman yksityisen intressin välillä.

⁶ Pölönen 2003, s. 20-23. Pölönen viittaa tässä yhteydessä aineellisen totuuden sijasta prosessuaaliseen totuuteen tarkoittaen oikeudenkäynnissä ilmi tullutta totuutta. Ks. myös Karppinen 2006, s. 1. Totuuskyseisestä on pohtinut myös Ervo 2014, s. 1-17.

⁷ Todistelun peruskäsitteitä on esitelty myös Rintala 2006, s. 193.

⁸ Jokela 2008, s. 465. Osin todistelua tapahtuu jo esitutkinnassakin rikosasioiden ollessa kyseessä.

⁹ Esimerkiksi Pölönen 2004, s. 216-218.

¹⁰ Lappalainen 2001, s. 129-134 ja Pölönen 2003, s. 103-108.

¹¹ Esimerkiksi Jokela 2008, s. 465-470.

¹² Esimerkiksi Pölönen 2003, s. 105-106 sekä Lappalainen 2001, s. 130.

¹³ Esimerkiksi Vuorenperä 2009, s. 22-23, Lilja 2016, s. 278-280, sekä Karppinen 2006, s. 3-14.

¹⁴ Esimerkiksi Pölönen 2003, s. 132-143, Vuorenperä 2009, s. 23-24, sekä Lilja 2016, s. 280.

voi johtua useista seikoista: todiste voi olla vastapuolelta varastettu, todiste on hankittu virheellisellä menettelytavalla, tai todisteen sisällön paljastaminen voi olla laissa kiellettyä. Kysymys voi olla myös todisteesta, joka on edelleen olemassa, vaikka sitä koskee lainmukainen hävittämisvelvollisuus. Lähtökohtaisesti kuitenkin myös lainvastaisesti hankittua todistetta voidaan käyttää näyttönä tuomioistuimessa¹⁵. Jotta *tuomitsemiskynnys*¹⁶ ylittyisi eli rikosasiassa voitaisiin langettaa tuomio, on *näyttökynnyksen* täytyttävä eli näytön oltava riittävän vahvaa.¹⁷

Lähtökohtana kotimaisessa prosessioikeudessamme on vapaa todistusteoria, joka sisältää vapaan todistelun sekä vapaan todistusharkinnan elementit¹⁸. Tuomioistuin voi siten harkita vapaasti, millaisen todistusvoiman se antaa esitetuille todisteille.¹⁹ Tässä tehtävässä sen on OK 17:1.2:n mukaisesti 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.²⁰ Tuomioistuimen harkinnan tulee olla objektiivista ja rationaalista, ja riidanalaiset näyttöratkaisut sen on OK 24:4:n mukaisesti perusteltava.²¹

Todistaminen on OK 17:29.1:n mukaisesti jokaisen velvollisuus. Aina se ei kuitenkaan ole ehdoton velvollisuus, vaan tietyissä tilanteissa ja tiettyjen henkilöiden kohdalla voi kyseeseen tulla todistamista koskevat rajoitukset eli vaitiolo-oikeus tai vaitiolovelvollisuus.²² Tällöin konkretisoituvat OK 17 luvun mukaiset todistamiskiellot sekä luvun 25 §:ään kirjatut hyödyntämiskiellot.

¹⁵ Fredman 2013, s. 630. Todisteen hävittämisvelvollisuus konkretisoituu esimerkiksi kuuntelukiellon vastaista puhelua koskevien muistiinpanojen osalta. PKL 10:52.

¹⁶ Esimerkiksi Frände 1998, s. 1247-1254.

¹⁷ Pölönen 2003, s. 132-143.

¹⁸ Esimerkiksi Riekkinen 2014, s. 124, sekä Helminen ym. 2012, s. 507.

¹⁹ Ks. esimerkiksi HE 137/1945 vp. Vapaa todistusteoria omaksuttiin jo vuoden 1948 todistuslainsäädännössä.

²⁰ HE 46/2014 vp, s. 45. Aikaisemmasta vastaavasta säännöksestä (OK 17:2.1) poiketen momentissa ei mainita enää huolellisuutta eikä seikan näyttämistä toteen. Huolellisuudesta ei kuitenkaan ole tarkoitettu tinkiä. Mitä seikkaan tulee, nykyisellä ilmauksella viitataan siihen, että seikka joko näytetään tai se jää näyttämättä.

²¹ Jokela 2008, s. 468. Tässä yhteydessä tavataan puhua vapaasta todistusharkinnasta.

²² Tässä tutkielmassa todistamisen rajoitukset jaetaan vaitiolo-oikeuteen ja vaitiolovelvollisuuteen. Ks. vastaavasti myös HE 46/2014 vp. Vrt. Lappalainen 2012, s. 638-650. Hän jakaa rajoitukset kolmeen tyyppiin eli oikeuteen kieltäytyä todistamasta, vaitiolo-oikeuteen sekä vaitiolovelvollisuuteen.

1.3. Tutkimusmetodi

Tutkimus sijoittuu lainopin eli oikeusdogmatiikan alueelle, johon kiteytyy kysymys voimassa olevan oikeuden sisällöstä käsillä olevasta oikeusongelmasta. Pyrkimyksenä on näin ollen löytää vastaus kysymykseen, kuinka kussakin tilanteessa tulisi voimassa olevan oikeuden mukaan menetellä.²³ Lainopin tehtäviin katsotaan lukeutuvan ensinnäkin oikeusjärjestykseen kuuluvien normien tutkimista ja sisällöllistä selvittämistä, jota kutsutaan tulkitsemiseksi, ja toisekseen oikeussäännösten systematisointia, joka luo ja kehittää koko oikeudellisen ajattelun perustana olevaa käsitejärjestelmää.²⁴

Säännösten soveltamista lainoppi ei sisällä, joten lainopin harjoittaja ei käsittele yksittäisiä tapauksia tuomarin tavoin. Lainopillinen tarkastelu kohdistuu pikemminkin tyyppitapauksiin. Tulkitsijan tulkinta rakentuu kuitenkin samoin kuin tuomarinkin, toisin sanoen hän on sidottu samoihin oikeuslähteisiin ja päättelyperiaatteisiin. Tutkijalla ei kuitenkaan ole ratkaisupakkoa tai virkavastuuta toiminnastaan toisin kuin lainsoveltajalla eli tuomarilla.²⁵

1.4. Tutkielman rajaus, tavoite ja oikeuslähteet

Tuomioistuimien toteuttaa harkintaa monissa kohdin prosessin kuluessa muun muassa rangaistuksen asettamista pohtiessaan. Käsillä olevassa tutkielmassa keskitytään kuitenkin vain lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödynnettävyyttä koskevaan harkintaan. Tässä tarkoituksessa tutkielman keskeisimpänä tavoitteena on selvittää, missä tilanteissa lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen on rikosoikeudenkäynnissä mahdollista kokonaisuudessaan ja milloin puolestaan todisteen näyttöarvoa alentaen. Tutkimusaiheen taustoittamiseksi on paikallaan luoda yleisluontoinen katsaus todistus-oikeuteen niin yleisen todistamisvelvollisuuden, todistusteorioiden kuin todistelun rajoitustenkin näkökulmasta. Tutkielman aihepiirin kannalta keskeinen säännös on OK 17:25.3, jonka mukaan todistetta saa hyödyntää, mikäli oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset muutoin toteutuvat. Tämän vuoksi tutkielmassa tarkastellaan lähinnä oikeuskäytännön kautta, millaisia elementtejä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukseen sisältyy. Pyrkimyksenä on siten koettaa muodostaa kokonaiskuva edellytyksistä, jolloin todistetta saadaan hyödyntää sen lainvastaisuudesta huolimatta.

²³ Husa ja Pohjolainen 1994, s. 21.

²⁴ Aarnio 1989, s. 288-293.

²⁵ Aarnio 1989, s. 53-58.

Tutkimuksen ulkopuolelle rajautuvat esimerkiksi muualla lainsäädännössä olevat todistamisen rajoitukset sekä poliisilain mukainen poliisin vaitiolo-oikeus. Tutkielman lähdeaineisto muodostuu lainsäädännön lisäksi asian kannalta relevantista oikeuskirjallisuudesta sekä oikeustapausta eritoten Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ja korkeimman oikeuden (KKO) näkökulmasta. Oikeusvertailevassa tarkoituksessa esille on tuotu myös Ruotsin vastaavaa sääntelyä sekä ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjä kannanottoja. Ruotsin oikeudenkäymiskaaren todistamista koskevan sääntelyn osalta voidaan yleisesti todeta, että se on hyvin samankaltainen Suomen todistamista koskevan sääntelyn kanssa.²⁶

Toisessa luvussa käsitellään yleispiirteisesti tuomioistuimessa rikosprosessissa tapahtuvaa todistelua sekä todistelua koskevaa harkintaa. Kolmannessa luvussa selvitetään todistamiskieltoja koskevia määrittelyjä sekä todistamisen rajoituksia vaitiolovelvollisuuden ja vaitiolo-oikeuden kautta tarkasteltuna. Neljännessä luvussa siirrytään tarkastelemaan hyödyntämiskieltoja, joita koskevien luonnehdintojen lisäksi luodaan katsaus myös hyödyntämiskieltojen eri funktioihin sekä hyödyntämiskieltojen myönteisissä tapahtuvaan punnintaan. Luvussa käsitellään myös todistusoikeus uudistuksen myötä ensimmäistä kertaa lakiin kirjattuja hyödyntämiskieltoja. Painopisteenä tässä luvussa on tarkastella OK 17:25.3:n mukaista lainvastaisen todisteen hyödyntämistä, jonka edellytyksenä on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten täyttyminen hyödyntämisestä huolimatta. Viidennessä luvussa arvioidaan keskeisiä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöitä oikeustapausten kautta. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin harkintanäkökohtiin liittyen tarkastellaan lainvastaiseen todisteeseen kohdistuvaa rajoittamista yhtäältä näyttöarvon alentamisen ja toisaalta hyödyntämiskiellon asettamisen osalta. Kuudennessa luvussa esitellään tutkimuksen kuluessa muotoutuneet johtopäätökset sekä muut olennaiset huomiot.

2. TODISTELU RIKOSPROSESSISSA

2.1. Todistelusta yleisesti

Rikosoikeudellisen vastuun toteutumiseksi tuomioistuimen pyrkii ratkaisun tehdäkseen aineellisen totuuden saavuttamiseen. Tämän toteuttamiseen tuomioistuimen on selvitettävä kaikki

²⁶ Ruotsin Rättegångsbalk (RB) toimi tavallaan esikuvana Suomen oikeudenkäymiskaarelle jo 1940-luvulla, kun todistamista koskevaa sääntelyä tuolloin uudistettiin.

asiaan liittyvät seikat, ja tehtävä oikeudellinen ratkaisunsa kaikkia esiin tulleita seikkoja huolellisesti harkiten. Aineellisen totuuden määrittämiseksi on käytettävä kaikkia kyseeseen tulevia todistuskeinoja sekä muita laillisesti hankitun oikeudenkäyntiaineistoon kuuluvia tai muutoin rikosprosessin aikana esiin tullutta seikkaa. Vaikka totuus jäisi asiassa selvittämättä, on tuomioistuimen silti tehtävä asiassa ratkaisu.²⁷ Oleellisena keinona totuuden selvittämisessä on todistelu.

Todistelulla tarkoitetaan oikeudenkäynnin pääkäsittelyssä tapahtuvaa todisteiden esittämistä asian ratkaisijana toimivalle tuomioistuimelle. Laajemmassa merkityksessä sillä voidaan tarkoittaa myös käsillä olevan jutun faktojen selvittelyä kokonaisuudessaan, johon näytön vastaanottamisen lisäksi lukeutuu myös näytön arviointi, joka sisältää asianosaisten kommentointia todistelun merkityksestä oikeudenkäynnin loppukeskustelussa, tuomioistuimen todistusharkintaa sekä näyttöä koskevaa päätöksentekoa.²⁸ Todistelulla pyritään selvittämään tapahtumien kulkua siinä asiassa, joka kulloinkin on tuomioistuimen ratkaistavana. Samassa yhteydessä voidaan selvittää myös yleisen elämäkokemuksen piiriin kuuluvia kokemussääntöjä²⁹. Kun kyse on rikosprosessissa, tapahtuu todistelua myös esitutkinnassa pyrittäessä selvittämään rikoksen mahdollisuus sekä epäillyn henkilöllisyys.³⁰

Kaikkien asioiden kohdalla todistelu ei ole tarpeen. Mikäli kyseessä on ns. notorinen seikka eli seikka, joka on yleisesti tunnettu tai joka tuomioistuimen on tiedettävä viran puolesta, ei puheena olevaa seikkaa tarvitse näyttää toteen.³¹

Todistusoikeus voidaan Pölösen näkemyksen mukaan jakaa muodolliseen ja aineelliseen todistusoikeuteen. Todistelun kulkua ja järjestystä sääntelevät normit lukeutuvat tällöin muodolliseen todistusoikeuteen (OK 17:26-42), kun taas todistajan ja asiantuntijan vaitiolo-oikeutta ja -velvollisuutta sääntelevät normit kuuluvat aineelliseen todistusoikeuteen (OK 17:18-25).³²

Todistelun avulla arvioidaan oikeudenkäynnissä näyttökysymystä, joka sisältää asiassa välittömästi relevanttien tosiseikkojen eli oikeustositseikkojen selvittämisen vapaan todistelun avulla. Todistelu kohdistuu niihin oikeustositseikkoja koskeviin väitteisiin, jotka on esitetty vaatimusten perusteiksi kanteessa, syytteessä tai vastaajan tai syytetyn vastauksessa, ja sen

²⁷ Esim. Hormia 1978, s. 1-13 ja 86. Ks. myös Lappalainen 2001, s. 127-129, sekä Pölönen 2003, s. 144. Puhutaan tuomioistuimella olevasta ratkaisupakosta.

²⁸ Lappalainen 2012, s. 587-588.

²⁹ Lappalainen 2012, s. 588-590. Ks. myös Lappalainen 2001, s. 127-129, sekä OMML 69/2012, s. 21.

³⁰ Pölönen 2003, s. 100-103.

³¹ Lappalainen 2012, s. 591-593.

³² Pölönen 2003, s. 100.

avulla pyritään selvittämään, ovatko esitetyt väitteet tosia.³³ Rikosasiassa tuomioistuin joutuu siten harkitsemaan näytön riittävyttä arvioidessaan tuomitsemiskynnyksen täyttymistä.³⁴ Sen sijaan todisteluun ei katsota kuuluvan oikeuskysymyksen arviointia eli sitä, miten asiaa on ylipäätään oikeudellisesti arvioitava. Asianosaisten ei toisin sanoen tarvitse osata luonnehtia käsillä olevaa asiaa oikeudellisesti, vaan se on tuomioistuimen tehtävä.³⁵

Varsinaiset todistusfaktat eli todisteet tuodaan todistuskeinojen avulla tuomioistuimen tietoon. Oikeudenkäymiskaassa säänneltyjä todistuskeinoja ovat ensinnäkin reaaliin todistuskeinoihin lukeutuvat asiakirjatodistelu ja katselmus. Kirjallisen todisteen eli asiakirjatodisteen todistusvoima ilmenee sen sanallisessa selityksessä, toisin sanoen asiakirjan kirjoituksen sisällöllisessä tiedossa. Aina asiakirjan sisältöä ei ole ilmaistu kirjaimin, vaan sisältö voi olla vain tekstin toimenpitein tulostettavissa luettavaan muotoon.³⁶ Katselmuksessa taas on kyse aistein tehtävistä havainnoista, joita tuomioistuin tekee selvittääkseen katselmuksensa kohteen jutulle merkityksellisiä ominaisuuksia.³⁷

Henkilöllisiin todistuskeinoihin puolestaan kuuluvat todistajien kuuleminen, asianosaisen kuuleminen todistelutarkoituksessa sekä asiantuntijatodistelu.³⁸ Lähtökohtaisesti kaikki, jotka ovat kykeneviä tekemään havaintoja ja kertomaan havaintonsa ulkopuolisille, kelpaavat todistajiksi. Tuomioistuimen harkinnasta kuitenkin riippuu, pitääkö se soveliaana kuulla todistajana alle 15-vuotiasta tai henkisesti toiminnaltaan häiriintynyttä.³⁹ Asianosainen voi toimia oikeudenkäynnissä tietolähteenä, jolloin kyse on asianosaisen kuulemisesta todistelutarkoituksessa.⁴⁰

³³ Lappalainen 2012, s. 588 ja 593.

³⁴ Esimerkiksi Pölönen 2003, s. 115-117.

³⁵ Lappalainen 2001, s. 134-135. Ks. myös Pölönen 2003, s. 116-117. Jura novit curia -periaatteen mukaisesti tuomioistuimen on tunnettava laki. Asianosaisen ei siten tarvitse vedota tiettyyn säännökseen, vaan tuomioistuimen on itse löydettävä asiassa relevantti säännös.

³⁶ Lappalainen 2012, s. 621-623.

³⁷ Lappalainen 2001, s. 184-185. Ks. myös Lappalainen 2012, s. 621. Esimerkiksi kuvallisia esityksiä ei lueta kirjallisiin todisteisiin, vaan niiden kohdalla kyse on katselmuksesta.

³⁸ Pölönen 2003, s. 105-106. Ks. myös Lappalainen 2001, s. 130.

³⁹ Lappalainen 2012, s. 636. Näiden henkilöiden henkilökohtaisella kuulemisella tulee kuitenkin olla keskeinen merkitys asian selvittämisen kannalta, eikä kuulemisesta saa aiheutua kärsimystä tai muuta haittaa, joka voi vahingoittaa kuultavan kehitystä.

⁴⁰ Pölönen 2003, s. 505-507. Asianosainen toki lausuu oikeudenkäynnissä muutakin esittäen esimerkiksi vaatimuksia käsillä olevassa asiassa, sekä arvioiden todistelun jälkeen loppukeskustelussa jutun näyttö- ja oikeuskysymystä. Tällöin tuomioistuimen arvioinnin kohteena on asian sisältö sekä asianosaisen esittämien argumenttien perustelukyky. Vaatimusten esittämisen sekä näyttö- ja oikeuskysymysten arvioimisen suorittaa yleisimmin asianosaisen avustajana tai asiamiehenä toimiva, kun taas asianosaisen todistelutarkoituksessa tapahtuva kuuleminen tulisi toteuttaa henkilökohtaisesti asianosaisen itsensä toimesta muun todistelun yhteydessä oikeudenkäynnin pääkäsittelyssä.

Asiantuntijatodistelu toteutetaan tyypillisesti pyytämällä asiantuntijalausuntoa joltakin virastolta tai virkamieheltä tai määräämällä asiantuntija kuultavaksi, taikka siten, että tuomioistuimen kokoonpanoon sisällytetään asiantuntijajäseniä.⁴¹

2.2. Todistaminen velvollisuutena

Todistamista voidaan luonnehtia yleiseksi kansalaisvelvollisuudeksi, minkä vuoksi jokaisella oikeudenkäyntiin kutsutulla on velvollisuus toimia todistajana OK 17:29:ssä edellytetyllä tavalla.⁴² Jos henkilö ei täytä todistamisvelvollisuuttaan, häntä vastaan voidaan OK 17:62-63:n mukaisesti käyttää pakkokeinoja. Todistamisvelvollisuus koskee kaikkia Suomessa oleskelevia henkilöitä, niin Suomen kansalaisia kuin Suomessa oleskelevia ulkomaalaisiakin. Myös ulkomailla oleskeleva henkilö voidaan kutsua todistamaan Suomessa pidettävään oikeudenkäyntiin.⁴³ Tietyissä tapauksissa todistamisvelvollisuudesta voi kuitenkin vapautua.⁴⁴

Todistamisvelvollisuuteen voidaan katsoa sisältyvän erilaisia osatekijöitä. Todistajaksi kutsutun henkilön on 1) saavuttava tuomioistuimeen kutsusta, 2) annettava todistajavakuutus, 3) annettava todistajankertomus, sekä 4) pysyttävä totuudessa todistajankertomusta antaessaan. Tuomioistuin voi myös velvoittaa todistajaksi kutsutun 5) ryhtymään tarpeellisiin toimenpiteisiin kyetäkseen palauttamaan mieleensä kuulusteltavana olevat seikat.⁴⁵

OK 17:29.1:n mukaisesti todistajana voidaan kuulustella kaikkia muita paitsi jutun asianosaista. Säännöksen 2 momentin mukaan asianomistajaa, jolla ei ole vaatimuksia, kuulustellaan rikosasiassa todistajana. Asianomistajaan ei kuitenkaan sovelleta, mitä OK 17:44:ssä säädetään todistajan vakuutuksesta ja OK 17:63:ssä pakkokeinoista todistajan kieltäytyessä todistamasta. Rikosasiassa ei OK 17:29.3:n mukaan saa kuulustella todistajana sitä, jota on syytetty

⁴¹ Lappalainen 2001, s. 281-285. Asiantuntijan todistelun tarve konkretisoituu oikeudenkäynnissä ensisijaisesti silloin, kun tuomioistuin arvioi jutussa esitetyn näytön todistusvoimaa sekä todistelun kohteina olevien seikkojen merkitystä ja relevanssia käsillä olevan asian kannalta. Kysymys on siis yleisen elämänkokemuksen piirissä ilmenevistä kokemussäännöistä, joita sovelletaan elämän eri ilmiöiden välisistä lainalaisuuksista ja syy-seuraussuhteista. Tuntemiaan kokemussääntöjä tuomioistuin hyödyntää itsenäisesti ilman, että asianosaiset ovat niihin vedonneet, ja osan kokemussäännöistä tuomioistuin joutuu selvittämään jonkin ammattialan erityistuntemusta omaavan asiantuntijan avulla.

⁴² HE 46/2014 vp, s. 95-96. Myös EIT on todennut todistamisvelvollisuuden rikosasiassa sisältyvän tavanomaisiin kansalaisvelvollisuuksiin oikeusvaltiollisessa demokraattisessa yhteiskunnassa.

⁴³ Lappalainen 2012, s. 637-638. Pakkokeinoja ovat uhkasakko, tuomioistuimeen nouto sekä painostusvankeus.

⁴⁴ Ks. tutkielman luku 3.

⁴⁵ Lappalainen 2012, s. 637. Ennen todistusoikeusuudistusta todistajalta edellytettiin joko todistajanvalan vannomista tai sitä vastaavan todistajavakuutuksen antamista. Tätä nykyä OK 17:44:ssä säädetään vain todistajan vakuutuksen antamisesta tietyin poikkeuksin.

samasta teosta tai teosta, jolla on välitön yhteys syytteen kohteena olevaan tekoon; tai jolle on annettu rangaistusmääräys tai rikesakko kyseessä olevasta teosta; taikka jonka teko on päätetty jättää saattamatta syyttäjän harkittavaksi tai jonka teosta syyttäjä on päättänyt jättää syytteen nostamatta. Rikosprosessin asianomistajaa voidaan kuitenkin kuulla todistelutarkoituksessa oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, jäljempänä ROL) 6:7.1:n mukaisella tavalla.

Oikeuskirjallisuudessa on luonnehdittu todistajan olevan oikeudenkäynnin asianosaispiiriin nähden ulkopuolinen henkilö, jota kuullaan kulloinkin käsillä olevan asian ratkaisulle olennaisen tosiseikkojen selvittämiseksi.⁴⁶ Todistajan asemaan tavataan liittää eräänlainen kelpoisuus, jota voidaan arvioida ensinnäkin yleisenä kelpoisuutena tarkoittamalla sillä todistajan henkilöltä vaadittavia ominaisuuksia, ja toisekseen erityisenä kelpoisuutena, jolla puolestaan tarkoitetaan todistajan esteettömyyteen ja uskottavuuteen liittyviä näkökohtia.⁴⁷ Tähän erityiseen kelpoisuuteen liittyvä seikka on esimerkiksi se, että jutun asianosaista ei voida kuulustella todistajana.⁴⁸

2.3. Tuomioistuimen harkinta

Kuten jo aiemmin on tullut esille, vallitsee Suomessa vapaa todistusteoria. Sen katsotaan sisältävän ensinnäkin vapaan todistelun, jolla tarkoitetaan tuomioistuimen rajoittamatonta oikeutta käyttää todisteena mitä tahansa tietoonsa saamaa tosiseikkaa; sekä vapaan todistusharkinnan, jolla puolestaan tarkoitetaan tuomioistuimen vapaata ja sääntöihin sitomatonta todistusharkintaa eli todisteen näyttöarvon määrittämistä.⁴⁹ Vapaa todistelu ei kuitenkaan toteudu täysimääräisesti, sillä sitä rajoittavat esimerkiksi erilaiset todistamiskiellot.

Oikeuskirjallisuudessa todistusharkinta on tavattu jakaa yhtäältä todisteiden näyttöarvon punnintaa koskevaan todistusharkintaan sekä näytön riittävyyttä ja todistustaakan jakautumista koskevaan päätöksentekoon. Näytön riittävyyttä koskeva kysymys voidaan katsoa osaksi todistustaakkasääntelyä, kun taas varsinaiseen todistusharkintaan lukeutuu niin ollen todisteiden

⁴⁶ Pölönen 2003, s. 101, sekä Lappalainen 2001, s. 205-207.

⁴⁷ Lappalainen 2001, s. 207-215.

⁴⁸ Lappalainen 2012, s. 632-633.

⁴⁹ Esimerkiksi Pölönen 2003, s. 144, sekä Rintala 2006, s. 194. Vastaavasti myös Ruotsissa Lundqvist 1998, s. 126.

näyttöarvon määrittäminen sekä eri vaihtoehtojen todennäköisyyksien arviointi.⁵⁰

Todistusharkinnalla tarkoitetaan tuomarin ajattelutapaa, jossa tuomari arvioi oikeudenkäynnissä esitettyä todistelua ja sen todistusvoimaa käsillä olevassa asiassa yleisten kokemussääntöjen avulla. Tuomarin on ensinnäkin selvítettävä itselleen se, mikä hänen käsityksensä mukaan pitää paikkansa asiassa, ja toisekseen arvioitava, onko asiassa esitetty näyttö riittävä tuomion antamista silmällä pitäen. Totena ei saa pitää seikkaa, joka tuomarin vakaumuksen mukaan ei voi pitää paikkaansa, eikä myöskään seikkaa, jota tuomari luulee todeksi, mutta jonka perustana ei ole näyttökynnyksen ylittävä todistusaineisto. Työssään tuomari joutuu kiinnittämään huomiota esimerkiksi todisteen sisältöön, esittämistapaan sekä sisällön mahdollisiin muutoksiin.⁵¹

Näyttökysymykset ratkaistaan vapaaseen todistusteoriaan kuuluvan vapaan todistusharkinnan mukaisesti, jolloin tuomioistuimella on oikeus vapaasti arvioida kulloinkin käsillä olevassa jutussa esitettyjen todisteiden näyttöarvoa. Arviointinsa tuomioistuimen on suoritettava mahdollisimman huolellisesti ja objektiivisesti.⁵²

Myös Ruotsissa todistelua ilmentää vapaa todistusteoria, jonka mukaan pääsääntöisesti kaikkea, mitä oikeudenkäynnissä on tullut esiin, on arvioitava todisteena. Aivan kaikkea tietoa sanottu ei kuitenkaan koske, sillä Ruotsissakin todistelua rajoittavat eri säännöt, jotka pääpiirteittäin muistuttavat suomalaisia rajoitussääntöjä.⁵³

3. TODISTAMISKIELLOT

3.1. Todistamiskieltojen määritelmiä ja jaottelutapoja

Todistamiskielto voidaan Pölösen mukaan määritellä poikkeukseksi vapaan todistelun periaatteesta. Se voi niin ollen estää todisteen hankkimisen oikeudenkäyntiä varten tai jo hankitun todisteen esittämisen näyttönä oikeudenkäynnissä. Todistamiskielto on ilmaistu laissa, ja se

⁵⁰ Esimerkiksi Jokela 2015, s. 322.

⁵¹ Jokela 2015, s. 323, Jonkka 1993, s. 31 ja 125-165.

⁵² OK 17:1.2. Ks. esimerkiksi Jokela 2015, s. 323, Väisänen ja Korkman 2014, s. 722-724, sekä Klami ym. 1987, s. 43-46.

⁵³ Ruotsissa vapaasta todistusharkinnasta säädetään RB 35:1:ssä.

sitoo niin poliisia, syyttäjää kuin tuomioistuintakin ollen voimassa koko rikosprosessin ajan alkaen esitutkinnasta aina pääkäsittelyyn saakka.⁵⁴

Vuorenpään näkemyksen mukaan vakiintunutta jaottelua edustaa todistamiskieltojen jakaminen todistusteemakieltoon, todistuskeinokieltoon sekä todistusmetodikieltoon. Todistusteemakiellossa on kysymys siitä, mitä aihetta eli teemaa ei saa tutkia. Tutkinta ei toisin sanoen saa suuntautua sellaisiin oikeustosi- tai todistustositseikkoihin, joiden perusteella voidaan tehdä johtopäätöksiä tietyn todistusteeman todennäköisestä olemassaolosta. Esimerkkinä voidaan mainita vaikkapa virkamiestä sitova virkasalaisuus, jota koskevaa näyttöä virkamies itse ei saa esittää suullisesti todistajana kuultaessa, kirjallisen todisteen muodossa tai millään muullakaan keinoin. Todistusteemakielto estää siten koko kielletyn teeman tutkimisen riippumatta siitä, millä todistuskeinolla sitä oltaisiin tutkimaan.⁵⁵ Virkasalaisuuden osalta on kuitenkin todettava, että sen erikoisasema häviää, kun virkasalaisuus tulee ulkopuolisen henkilön tietoon. Sivullinen saa näet todistaa virkasalaisuudesta sekä esittää tuomioistuimelle asiakirjan, joka sisältää virkasalaisuuden. Tällöin kyse on virkasalaisuuden osalta todistuskeinokiellosta siinä merkityksessä, että kiellettynä keinona on virkamies itse, mutta sallittuna keinona puolestaan on ulkopuolinen taho, joka saa todistaa virkasalaisuudesta.⁵⁶

Todistuskeinokielto määrittelee siis, millä keinolla tapahtuva todistelu on kiellettyä. Itse todistelun kohteena oleva teema sinänsä voi olla sallittu tutkimuskohde jollain toisella todistuskeinolla. Esimerkkinä olkoon esitutkintapöytäkirjan sisältämä kirjallinen lausuma, jota ei OK 17:24:n mukaisesti saa pääsääntöisesti tuomioistuimessa käyttää todisteena. Sallittua sen sijaan on todistaa samasta asiasta suullisesti tuomioistuimessa.⁵⁷

Todistusmetodikielto ilmaisee, mitä menettelyä noudattaen hankittu todiste ei ole sallittu.⁵⁸ Todistelun kohteena oleva teema voi Pölösen mukaan itsessään olla sallittu, samoin kuin todistelukeinokin. Esimerkiksi jonkun lääketieteellisen tutkimuksen saa tehdä vain laillistettu

⁵⁴ Pölönen 2003, s. 181-182.

⁵⁵ Vuorenpää 2009, s. 22 ja 2013, s. 140. Ks. myös Pölönen 2003, s. 182-183, Hormia 2 1979, s. 1, sekä Pentikäinen 2012, s. 227.

⁵⁶ Hormia 2 1979, s. 95-101. Kysymys on siten näkökulmaeroista; virkamies ei saa todistaa mistään itseään sitovasta virkasalaisuudesta (teemasta). Ulkopuolelta tarkasteltuna taas virkamiehen todistaminen on keino, joka virkasalaisuuden osalta on kielletty.

⁵⁷ Hormia 2 1979, s. 49. Ks. myös Pölönen 2003, s. 183-187. Poikkeuksena kuitenkin tilanteet: 1) riita-asiassa, jossa sovinto on sallittu, asianosaiset suostuvat sen käyttämiseen todisteena; 2) vastaaja toimittaa sen tuomioistuimelle kiistäessään 5 luvun 14 §:ssä tarkoitetun juoksevaan velkakirjaan, vekseliin tai shekkiin perustuvan vaatimuksen vastauksensa yhteydessä kiistämisenä todennäköisten syiden tueksi; 3) muualla laissa toisin säädetään; 4) tuomioistuin sen erityisestä syystä sallii.

⁵⁸ Ks. esimerkiksi KKO 2007:58. Tapauksessa oli kysymys teknisen kuuntelun tuloksena saadusta ns. ylimääräisestä tiedosta. Lupa tekniseen kuunteluun oli annettu huumausainerikoksen selvittämistä varten, mutta samassa yhteydessä ilmi tullut muu tieto koski rikoksenteijän suojelemista. KKO salli todisteen käyttämisen, vaikka

lääkäri. Jos mainitun tutkimuksen on suorittanut joku muu henkilö, on tutkimus tehty tällöin väärällä tavalla eli vastoin todistusmetodikieltoa.⁵⁹

Todistamiskiellot ovat Vuorenpään mukaisesti jaoteltavissa absoluuttisiin eli ehdottomiin todistamiskieltoihin sekä relatiivisiin eli suhteellisiin todistamiskieltoihin. Absoluuttinen todistamiskielto on voimassa poikkeuksettomasti. Siihen liittyy myös todisteen hyödyntämiskielto, joka tarkoittaa sitä, että tuomioistuimien ei saa lainkaan hyödyntää todistamiskiellon alaista todistetta. Relatiivisella todistamiskiellolla puolestaan tarkoitetaan esimerkiksi sitä, että vain tietty henkilöryhmä saa hankkia jonkin todisteen. Kysymykseen voi tulla vaikkapa lääketieteellinen tutkimus, jonka saa laillisesti suorittaa vain lääkäri.⁶⁰

Harvemmin käytetty jaottelutapa koskee Hormian näkemyksen mukaan todistamiskieltojen jaottelua prosessuaalisiin ja aineellisiin todistamiskieltoihin. Prosessuaalisen todistamiskiellon kohdalla on kysymys prosessuaalisena tavoitteena olevasta totuuden selville saamisesta, jota todisteiden esittämiskielto palvelee. Aineellisessa todistamiskiellossa puolestaan on kyse yksilön ja yhteiskunnan intressien suojaamisesta totuuden saavuttamisen kustannuksella.⁶¹

Kysymys on siten todistamiskieltojen eräänlaisista luonne-eroista sen mukaan, mitä oikeushyvää niiden avulla suojataan. Edellä kuvattu jaottelu puhtaasti prosessuaalisiin tai aineellisiin todistamiskieltoihin on kuitenkin vain harvoin toteutettavissa käytännössä, sillä taustalla oleva ajatus vain yhden oikeushyvän suojaamisesta ei juurikaan konkretisoidu. Sen sijaan todistamiskiellon taustalla on yleensä sekä prosessuaalinen että aineellinen intressi, jolloin todistamiskielto edistää yhtäältä totuuden selville saamista ja toisaalta todistelun luotettavuutta. Yksittäisen todistamiskiellon voidaan siis sanoa edistävän molempia tarkoituspäitä, joten siinä merkityksessä voidaan puhua todistamiskieltojen kaksoisluonteesta.⁶²

Toinen vähemmälle merkitykselle jäänyt jaottelutapa koskee todistamiskieltojen jaottelua yleisiin ja erityisiin todistamiskieltoihin. Yleinen todistamiskielto voi koskea vain kvalifioitua ta-

kyse oli ylimääräisestä tiedosta. Perusteluissaan se viittasi muun muassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöön, jonka mukaan lainvastaisen todistusaineiston hyödyntäminen ei ole suoranaisesti oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan EIS 6 artiklan vastaista, jos tuomioistuimen menettely kokonaisuutena katsoen täyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset.

⁵⁹ Pölönen 2003, s. 187-188. Ks. myös Hormia 2 1979, s. 146. Lundqvist 1998, s. 26-30. Ruotsissa esimerkiksi Lundqvist on jaotellut todistamiskiellot suunnilleen vastaavasti todistustemakieltoon, todistuskeinokieltoon, todistusmetodikieltoon sekä relatiiviseen todistamiskieltoon. Absoluuttista todistamiskieltoa hän ei erikseen tässä yhteydessä mainitse.

⁶⁰ Vuorenpää 2009, s. 22. Ks. myös Pölönen 2003, s. 192-194.

⁶¹ Hormia 1 1978, s. 98.

⁶² Hormia 1 1978, s. 98-100.

hoa, josta esimerkkinä voidaan sanoa vaikkapa kielto kuulustella rikoksesta epäiltyä kyseenalaisin metodein. Yleinen todistamiskielto ei rajaudu pelkästään viranomaisen toimiin, vaan voi ulottua yksityishenkilöiden toimintaan. Näin ollen esimerkiksi pakottamalla saatu tunnus on pääsääntöisesti jätettävä huomioimatta siitä riippumatta, onko se annettu viranomaiselle tai yksityiselle taholle.⁶³

Erityinen todistamiskielto kohdentuu rikosoikeudellisten orgaanien, kuten tuomarin, virallisen syyttäjän ja poliisin toimintaan. Kysymys on siten oikeushenkilön tai viranomaisen suhtautumistavasta asiaan, jonka osalta oikeushenkilöllä tai viranomaisella on tuomitseva tai syytteesen asettava rooli. Konkretisoivana esimerkkinä voidaan nostaa esille esimerkiksi tasavallan presidentti, jota koskeva todistamiskielto ei voi velvoittaa tavallista kansalaista.⁶⁴

3.2. Todistamisen rajoitukset oikeudenkäymiskaassa

3.2.1. Vaitiolovelvollisuus

Todistaminen on OK 17:29.1:n mukaisesti jokaisen velvollisuus.⁶⁵ Sitä ei voida sivuuttaa esimerkiksi sopimuksella tietojen salassapidosta. Aina se ei kuitenkaan ole ehdoton velvollisuus, vaan tietyissä tilanteissa ja tiettyjen henkilöiden kohdalla voi kyseeseen tulla todistamista koskevat rajoitukset eli vaitiolo-oikeus tai vaitiolovelvollisuus. Tällöin konkretisoituvat OK 17 luvun mukaiset todistamiskiellot sekä OK 17:25:ään kirjatut hyödyntämiskiellot.

Vaitiolovelvollisuus liittyy muihin intresseihin kuin velvoitetun omiin välittömiin intresseihin tai salassapitoa koskeviin tarpeisiin. Taustalla on jokin yleinen salassapitointressi, kuten tietyn palvelun tai toiminnon suojaaminen tai kolmannen tahon salassapitointressi. Salassapitoon velvoitettu ei voi itse päättää vaitiolostaan. Vaitiolovelvollisuus toimii suoraan todistamiskieltona. Usein todistamiskieltoa seuraa hyödyntämiskielto tuomioistuimessa, mutta toisinaan yksityiseen intressiin liittyvät oikeusturva- ja selvittämisentressit puhuvat yksittäistapauksissa kielletyn todisteen hyödyntämisen puolesta. Tuomioistuimen on tältä osin harkittava asiaa kokonais-

⁶³ Hormia 1 1978, s. 97.

⁶⁴ Hormia 1 1978, s. 97-98.

⁶⁵ Yleisestä todistamisvelvollisuudesta ovat vapautettuja OK 17:32:n mukaan tasavallan presidentti sekä ulkomaiden diplomaattiset edustajat.

valtaisesti. Lähtökohtaisesti vastoin todistamiskieltoa esitettyä näyttöä ei saa oikeudenkäynnissä käyttää.⁶⁶

Todistajan salassapitovelvollisuudesta säädetään OK 17:10-16:ssä. Todistaa ei siten saa: 1) valtion turvallisuuden taikka toiseen valtioon tai kansainväliseen järjestöön ylläpidettävien suhteiden vuoksi salassa pidettävästä tiedosta⁶⁷; 2) tuomioistuimen päätösneuvottelun sisälöstä eikä pääsääntöisesti riita- ja rikosasioiden sovittelussa sovittelijan soviteltavasta asiasta saamista tiedoista⁶⁸; 3) virkamies tai julkisyhteisön työntekijä taikka julkista valtaa käyttävä tai julkista luottamustehtävää hoitava taikka muu viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain mukaan vaitiolovelvollinen siitä, mitä mainitun lain tai oikeudenkäynnin julkisuudesta annetun lain mukaan on salassa pidettävä, ellei se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, suostu todistamiseen⁶⁹; 4) oikeudenkäyntiasiamies tai -avustaja taikka tulkki siitä, mitä hän on saanut tietää hoitaessaan oikeudenkäyntiin liittyvää tehtävää tai antaessaan oikeudellista neuvontaa oikeudenkäyntiä edeltävässä vaiheessa taikka oikeudenkäynnin käynnistämiseksi tai sen välttämiseksi⁷⁰; 5) lääkäri tai muu terveydenhuollon ammattihenkilö 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 vaitiolovelvollisuus on säädetty, suostu todistamiseen⁷¹; 6) pappi tai muu vastaavassa asemassa oleva henkilö siitä, mitä hän on ripissä tai yksityisessä sielunhoidossa saanut tietää, ellei se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, suostu todistamiseen⁷².

3.2.2. Vaitiolo-oikeus

Vaitiolo-oikeudessa puolestaan on kysymys todistajana kuultavan henkilön itsemääräämiso-

⁶⁶ LaVM 19/2014 vp, s. 8. Ks. myös Pölönen 2015, s. 278-279.

⁶⁷ OK 17:10. Ks. esimerkiksi OMML 69/2012, s. 86-87. Ruotsissa RB 36:5, joka sisältää viittauksia mm. vierasta valtiota koskeviin suhteisiin sekä valtakunnan puolustamiseen.

⁶⁸ OK 17:11. Ks. esimerkiksi OMML 69/2012, s. 87-89. Ruotsissa päätösneuvottelun osalta offentlighets- och sekretesslag 43:6, sekä sovittelun osalta RB 36:5.

⁶⁹ OK 17:12.1. Ks. esimerkiksi OMML 69/2012, s. 89-97, Paloheimo 2006, s. 169-186, sekä Viljanen 2013, s. 150-151. Ruotsissa RB 36:5.1.

⁷⁰ OK 17:13.1. Ks. esimerkiksi Pölönen 2002, Esko ja Könkkölä 2004, s. 355-371, Fredman 2009, s. 228-236 sekä Viljanen 2013, s. 151-152. Ruotsissa RB 36:5.2.

⁷¹ OK 17:14.1. Ks. esimerkiksi OMML 69/2012, s. 99-101. Ruotsissa RB 36:5.2.

⁷² OK 17:16.1; vastaavasta vaitiolovelvollisuudesta evankelisluterilaisessa ja ortodoksisessa kirkossa säädetään erikseen kirkkolainsäädännössä. Ks. esimerkiksi Alaranta 2010, s. 1-11, Kirkkohallitus 2011, sekä Ervo 2001, s. 407-433. Ruotsissa RB 36:5.5.

keudesta, joka konkretisoituu valintana sallia todisteena toimivan tiedon käsittely tuomioistuimessa tai kieltää sanotun tiedon käsittely yksityisyyden nimissä. Tiedonhaltija päättää siten itse, käyttääkö hän vaitiolo-oikeuttaan vai jättääkö sen käyttämättä.

Todistajan kieltäytymisperusteita ovat 1) syytteen vaara itseä tai lähiomaista⁷³ kohtaan, 2) liike- ja ammattisalaisuus, 3) tiedotusvälineiden lähdesuoja, sekä 4) anonyymien todistajan anonymiteetin suoja⁷⁴. Mikäli henkilö päättää kieltäytyä todistamasta, hänen on ilmoitettava kieltäytymisensä peruste sekä saatettava todennäköiseksi kieltäytymistä tukevat seikat⁷⁵.

Itsekriminointi- ja lähiomaissuoja sisältävät oikeuden kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi henkilön tai hänen OK 17:17:ssa tarkoitetun lähiomaisensa syytteen vaaraan taikka myötävaikuttaisi henkilön tai hänen lähiomaisensa syyllisyyden selvittämiseen.⁷⁶ Mainittu kieltäytymisoikeus on myös rikosasian vastaajalla. Mikäli lähiomainen on käyttänyt kieltäytymisoikeuttaan tuomioistuimessa, ei hänen esitutkintakertomustaankaan ole sallittua käyttää todisteena asiassa.⁷⁷ Tuomioistuin voi kuitenkin rikosasiassa päättää, ettei todistajana kuultavalla asianomistajalla, jolla ei ole vaatimuksia, ole vaitiolo-oikeutta, jos on syytä epäillä, ettei hän ole itse päättänyt vaitiolo-oikeuden käyttämisestä.⁷⁸ Tämä konkretisoituu lähinnä perheväkivaltatapauksissa, joissa syytetty voi painostaa rikoksen uhrin vaikenemaan oikeudenkäynnissä. Muilla rikoksen nähneillä syytetyn lähiomaisilla kuin uhrilla kieltäytymisoikeus säilyy.⁷⁹

Todistajalla on kieltäytymisoikeus liike- ja ammattisalaisuutta koskien, elleivät erittäin tärkeät

⁷³ Asianosaisen lähiomaisilla on oikeus kieltäytyä asianosaista koskevassa jutussa. Tällainen kokonaiskieltäytymisoikeudeksi kutsuttu oikeus on asianosaisen nykyisellä tai entisellä aviopuolisolla sekä nykyisellä avopuolisolla, sisaruksilla, suoraan ylenevässä tai alenevässä polvessa olevilla sukulaisilla sekä niillä, joilla on vastavainlainen parisuhteeseen tai sukulaisuuteen rinnastuva läheinen suhde asianosaiseen. (OK 17:17) Lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeudesta esimerkiksi Viljanen 2012, s. 621-622. Aviopuolisoihin rinnastuvat henkilöt, jotka ovat rekisteröineet parisuhteensa. Sisaruksiin taas rinnastuvat myös sisar- ja velipuolet. Ks. esimerkiksi Jokela 2015, s. 270. Ruotsin osalta esimerkiksi RB 36:6 ja 36:3, Lundqvist 1998, s. 312-313 sekä Ekelöf ym. IV 2009, s. 230-231.

⁷⁴ OK 17:18-22, 732/2015. Ruotsissa liike- ja ammattivalaisuuden osalta RB 36:6.2, lähdesuojasta ks. Tryckfrihetsförordning (1949:105) TF 3: .

⁷⁵ OK 17:23.1. Tuomioistuimen puheenjohtajan velvollisuutena on tarvittaessa selvittää jo ennen kuulustelun aloittamista, onko todistajana kuultavalla velvollisuutta tai oikeutta kieltäytyä todistamasta. Säännöksen 2 momentin mukaisesti todistamisesta kieltäytyminen voidaan hyväksyä, jos kieltäytyvä todistaja ei ole selvästi erehtynyt kieltäytymistä koskevan velvollisuuden tai oikeuden sisällöstä tai jos kieltäytyminen ole muutoin selvästi perusteetonta. Vaitiolo-oikeus on kuitenkin presumptiona, ja lähtökohtaisesti kieltäytyminen on hyväksyttävä sellaisenaan. Kieltäytyminen ei kuitenkaan voi koskea todistajan itsensä kannalta kiusallista tai paheksuttavaa seikkaa, eikä esimerkiksi rikosta, johon ei enää vanhentumisen tai tekijänä olleen kuultavan läheisen kuoleman vuoksi ole syyteoikeutta.

⁷⁶ OK 17:18.1. Ks. esimerkiksi Viljanen 2012, s. 623.

⁷⁷ Jokela 2015, s. 278-279.

⁷⁸ OK 17:18.2.

⁷⁹ HE 46/2014 vp, s. 77-78, sekä Jokela 2015, s. 278.

syyt vaadi todistamista. Vaitiolo-oikeudesta poikkeamista harkittaessa on huomioitava asian laatu, todisteen merkitys asian ratkaisemiselle, seuraukset todisteen esittämisestä sekä muut olosuhteet.⁸⁰ Painavimmat perusteet todisteiden esittämiselle konkretisoituvat rikosasioissa sekä indispositiivisissa riita-asioissa. Huomioitavien asioiden merkitys asialle on ratkaistava tuomioistuimessa tapauskohtaisesti.⁸¹

Todistajan kieltäytymisoikeus ulottuu myös tiedotusvälineiden toiminnalle olennaiseen lähdesuojaan. Sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä annetussa laissa (460/2003) tarkoitettu yleisön saataville toimitetun viestin laatija taikka julkaisija tai ohjelmatoiminnan harjoittaja saa näin ollen kieltäytyä todistamasta siitä, kuka on antanut viestin perusteena olevat tiedot tai laatinut yleisön saataville toimitetun viestin.⁸² Koska sananvapauden käyttämistä koskevat säännökset on tarkoitettu sovellettaviksi saman sisältöisinä kaikkiin joukkoviestinnän muotoihin viestien tallennus-, julkaisu- ja jakelutekniikasta riippumatta, tarjoaa säännös lähdesuojan myös kirjankustantajalle. Vastaava kieltäytymisoikeus on myös sillä, joka on saanut tiedon lähdesuojan alaisista seikoista toimiessaan OK 17:20.1:ssä tarkoitettun henkilön palveluksessa tai muuten hänen apunaan.⁸³ Asianomaisen kieltäytymisoikeus säilyy OK 17:22.1:n mukaan silti, vaikka hän ei olisi enää siinä asemassa, jossa on saanut tiedon todistettavasta seikasta.⁸⁴

Anonyymi todistaja saa OK 17:21.1:n mukaisesti kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi paljastaa hänen henkilöllisyytensä tai yhteystietonsa. Anonyymillä todistajalla on näin ollen oikeus, mutta ei velvollisuutta kieltäytyä todistamasta henkilöllisyyden tai yhteystietojen paljastumiseen mahdollisesti johtavista seikoista. Jokaisella muulla kuin anonyymillä todistajalla on puolestaan velvollisuus kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi paljastaa anonyymien todistajan henkilöllisyyden tai hänen yhteystietonsa.⁸⁵ Säännöksen tarkoituksena on suojella anonyymiä todistajaa, joten sitä on tulkittava suppeasti.⁸⁶

⁸⁰ OK 17:19. Ks. esimerkiksi Viljanen 2012, s. 623-630.

⁸¹ Jokela 2015, s. 280 sekä OML 69/2012, s. 110-111.

⁸² OK 17:20.1.

⁸³ OK 17:22.2.

⁸⁴ Ks. esimerkiksi Viljanen 2012, s. 633, sekä Jokela 2015, s. 280-281. Lähdesuoja kuitenkin väistyy, jos syyte koskee rikosta, josta säädetty ankaran rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta tai joka koskee salassapitovelvollisuuden rikkomista rangaistavaksi säädetyllä tavalla (OK 17:20.2). Vastaava velvoite on voimassa esitutkinnassa (ETL 7:8.).

⁸⁵ OK 17:21.2.

⁸⁶ HE 46/2014 vp, s. 37-39.

4. HYÖDYNTÄMISKIELLOT

4.1. Määritelmiä

Todisteen hyödyntäminen rikosprosessissa voi tarkoittaa todisteen liittämistä esitutkintapöytäkirjaan, todisteen hyödyntämistä syyteharkinnassa tai tuomioistuinkäsittelyssä, tai sitä, että todisteelle annetaan merkitystä todistusharkinnassa tuomioistuimessa. Mainituissa tilanteissa on kysymys välittömästä hyödyntämisestä. Välillisellä hyödyntämisellä puolestaan tarkoitetaan muun ohella tutkintataktiikan valintaa, tutkintatoimenpiteiden ajoittamista ja muita vastaavia viranomaisten toimenpiteitä. Kun todisteen hyödyntäminen kielletään, johtaa se siihen, että siinänsä relevantti todistelu jätetään ottamatta huomioon.⁸⁷

Hyödyntämiskiello voidaan nähdä yhtäältä todistamiskiellon automaattisena seurauksena, vaikkei todistamiskiellon rikkomista olisi lainkaan tapahtunut, ja toisaalta todistamiskiellon vastaisen menettelyn seurauksena eli sanktiona. Tässä jälkimmäisessä merkityksessä tavataan puhua epäitsenäisestä hyödyntämiskiellosta, sillä hyödyntämiskiello vaatii nimenomaan taustalla olevan todistamiskiellon aktivoituaakseen.⁸⁸ Esimerkiksi Pölönen on luonnehtinut epäitsenäisten hyödyntämiskiellojen tulevan kysymykseen eritoten todistamiskiellon tärkeimmän tehtävän eli todisteen hankkimista rajoittavan tarkoituksen pettäessä. Tällöin hyödyntämiskiellon avulla pyritään korjaamaan jälkikäteen se seikka, että esitutkinnassa hankittua tai oikeudenkäynnissä esitettyä todistetta rasittaa todistamiskiellon rikkomista koskeva lainvastaisuus. Virheen korjaaminen konkretisoituu käytännössä siten, että tuomioistuin ei saa hyödyntää lainvastaisesti hankittua tai esitettyä todistetta - tuomioistuimen on toisin sanoen näyttöä arvioidessaan jätettävä lainvastainen todiste huomioimatta.⁸⁹

Aina hyödyntämiskiello ei vaadi taustakseen todistamiskielloa ja sen rikkomista, vaan kiello hyödyntää lainvastaista todistetta voi liittyä perus- ja ihmisoikeuksien suojaan.⁹⁰ Toisaalta todistamiskiellon olemassaolo voitaneen taustalla nähdä, vaikkei todistamiskiello suoraan laista ilmenisikään. Hyödyntämiskiellon asettaminen tapahtuneen perus- tai ihmisoikeuksien louk-

⁸⁷ Helminen ym. 2012, s. 512.

⁸⁸ Vuorenpää 2009, s. 23. Tässä kohdin voidaan korostaa sitä, että todistamiskiellon rikkomisen seurauksena tuomioistuin saattaa kieltää todisteen hyödyntämisen, mutta toisaalta tuomioistuin voi niin harkitessaan myös sallia todisteen hyödyntämisen todistamiskiellon rikkomisesta huolimatta.

⁸⁹ Pölönen 2003, s. 206, HE 46/2014 vp, s. 24, sekä Hormia 1 1978, s. 32. Ks. myös Lundqvist 1998, s. 28 sekä 225-232 vastaavasti Ruotsin käytännöstä.

⁹⁰ Esimerkiksi Vuorenpää 2009, s. 23.

kauksen seurauksena voitaisiin niin ollen nähdä myös todistamiskiellon rikkomisen seurauksena.⁹¹

Itsenäisistä hyödyntämiskielloista tavataan oikeuskirjallisuudessa puhua silloin, kun tapauskohtaisesti joudutaan asettamaan todiste hyödyntämiskieltoon keskenään ristiriitaisia perus- ja ihmisoikeuksia koskevan punninnan lopputuloksena. Ristiriitaa voi ilmetä esimerkiksi tilanteissa, joissa hyödyntämiskiellon puolesta puhuu yksityiselämän suojan loukkaamattomuus ja hyödyntämiskieltoa vastaan puhuu intressi saada rikos selvitettyksi.⁹² Perusoikeuksista puhuttaessa merkitystä annetaan erityisesti ydinalueen koskemattomuudelle. Perusoikeuksia on ylipäätään mahdollista rajoittaa vain yleisten rajoitusedellytysten ollessa käsillä.⁹³ Mikäli loukkaus on kohdistunut nimenomaan perusoikeuksien ydinalueelle, tulisi siitä Pölösen mukaan seurata hyödyntämiskielto automaattisesti eli ilman perus- ja ihmisoikeuksia koskevaa punnintaa. Jos loukkaus puolestaan kohdistuu perusoikeuksien ydinalueen ulkopuolelle, tulisi tuomioistuimen punnita vastakkain yhtäältä vastaajan oikeusturvan tarvetta ja toisaalta rikosasian selvittämistä intressiä. Punninnan avulla pyritään selvittämään, voidaanko perus- ja ihmisoikeuksien rajoittamiseen johtavaa todistetta käyttää todistus- ja tuomioharkinnassa eli hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon.⁹⁴

Tyypillisesti itsenäinen hyödyntämiskielto liittyy Vuorenpään näkemyksen mukaan esimerkiksi poliisin provokatiiviseen peitetoimintaan, jonka yhteydessä hankitun näytön hyödyntämistä pidetään oikeuskäytännössä ihmisoikeussopimusten vastaisena. Myös yksityishenkilöiden omavaltaiset todisteidenhankkimistoimenpiteet voivat johtaa hyödyntämiskiellon asettamiseen. Vaikka itsenäisten ja epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen erottelu voi vaikuttaa näennäisen selkeältä, aina se ei kuitenkaan ole yksiselitteisen suoraviiivaista.⁹⁵

Pölönen on teoksessaan esitellyt eriasteisia hyödyntämiskielto-olettamia sisältävän yhteenvedon, jossa epäitsenäisiin hyödyntämiskieltoihin liittyvät todistamiskiellot voidaan jakaa absoluuttisiin todistamiskieltoihin, rikoksen ylitörkeyteen kytkeytyviin relatiivisiin todistamiskiel-

⁹¹ Esimerkiksi yksityiselämän suojaan liittyvien moraalisten näkökohtien huomioiminen voisi olla taustalla nähtävän (lakiin kirjoittamattoman) todistamiskiellon perustana, minkä vuoksi hyödyntämiskielto voisi tulla harkittavaksi..

⁹² Pölönen 2015, s. 230, Pölönen 2003, s. 206-207, sekä Riekkinen 2014, s. 134.

⁹³ Perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä on tarkastellut esimerkiksi Viljanen 2001.

⁹⁴ Pölönen 2015, s. 230 sekä Pölönen 2003, s. 207 ja 313. Ks. myös Ojanperä 2006, s. 154-155. Ks. tutkielman alaluku 4.3.

⁹⁵ Esimerkiksi Vuorenpää 2009, s. 2. Ks. myös Pölönen 2003, s. 206-207. EIT-käytännöstä esimerkiksi ratkaisu Teixeira de Castro (9.6.1998).

toihin, yksittäistapauksittain arvioitaviin todistamiskieltoihin, sekä muihin relatiivisiin todistamiskieltoihin. Yhteenvetoa mukailten absoluuttisen todistamiskiellon seurauksena on automaattinen ja absoluuttinen hyödyntämiskielto. Todistamiskielto voi olla pelkästään absoluuttinen, kuten esimerkiksi valtiosalaisuuden, virkasalaisuuden ja papin vaitiolo-velvollisuuden osalta. Todistamiskielto voi olla myös sen tahon, jonka hyväksi vaitiolo-velvollisuus on säädetty, tai salaisuudesta tietoisien tahon suostumuksella sivuutettavissa. Tällaisia tahoja ovat esimerkiksi sovittelija, lähipiiriin kuuluva henkilö sekä todistaja, joka todistuksellaan voisi mahdollisesti saattaa syytteen vaaraan itsensä tai lähipiiriinsä kuuluvan henkilön. Tuomioistuimelle ei näissä tapauksissa jää lainkaan omaa harkintavaltaa, vaan todistamiskiellon sivuuttaminen on yksinomaan mainittujen tahojen suostumuksesta riippuvainen.⁹⁶

Rikoksen ylitörkeyteen sidottuihin relatiivisiin todistamiskieltoihin puolestaan liittyy vahva hyödyntämiskielto-olettama niiden rikosten osalta, jotka eivät ole ylitörkeitä. Lainsäädäntö kuitenkin sallii todistamiskiellosta poikkeamisen ylitörkeiden rikosten ollessa kyseessä. Tuomioistuin voi siten velvoittaa henkilön todistamaan, jos syytteen perustana on rikos, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta. Tähän kategoriaan lukeutuvat esimerkiksi lääkäriä tai muuta terveydenhuollon ammattihenkilöä koskeva OK 17:14, sekä oikeudenkäyntiavustajaa, -asiamiestä tai tulkkia koskeva OK 17:13. Asianajajan, lupalakimiehen tai julkisen oikeusavustajan osalta myös erittäin tärkeät syyt tai muiden olosuhteiden merkitys asiassa voivat tuomioistuimen niin päättäessä johtaa velvollisuuteen todistaa OK 17:13.3:n mukaisella tavalla.⁹⁷

Yksittäistapauksittain arvioitavien todistamiskieltojen kohdalla on toteutettava lähtökohtaisesti avointa hyödyntämiskieltopunnintaa. Tapauskohtainen arviointi liittyy usein oikeudelliseen menettelyyn, jota tarkastellaan menettelyn oikeudenmukaisuuden näkökulmasta. Esimerkiksi esitutkintalain (805/2011, jäljempänä ETL) 7:5.1:n toisen virkkeen mukaan tunnustuksen tai määrättyyn suuntaan johtavan lausuman saamiseksi kuulusteltavalta ei saa käyttää tietoisesti vääriä ilmoituksia, lupauksia tai uskotteluja erityisistä eduista, uuvuttamista, uhkausta, pakkoa taikka muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja tai menettelytapoja. Rikoksesta epäiltyä suojaa myös ETL 7:10.2, jonka mukaan epäillylle on ennen kuulustelua yksilöitävä teko, josta häntä epäillään. Epäillylle on lisäksi ilmoitettava hänen oikeuksistaan siten kuin ETL 4:16:ssä säädetään, jollei

⁹⁶ Pölönen 2003, s. 324-325. Sovittelijaa koskeva vaitiolo-velvollisuus OK 17:11.2-3, läheisen vaitiolo-oikeus OK 17:17., syytteen vaaraan liittyvä vaitiolo-oikeus OK 17:18.

⁹⁷ Pölönen 2003, s. 325-326.

ilmoitusta ole jo aiemmin tehty. Epäillylle on ennen kuulustelua ilmoitettava oikeudesta vaieta ja olla muutoinkin myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen, vaikka ilmoitus tästä oikeudesta olisi jo aiemmin tehty. Epäillylle on ennen kuulustelua ilmoitettava myös oikeudesta käyttää valitsemaansa avustajaa ja siitä, milloin hänelle voidaan määrätä puolustaja, vaikka ilmoitus näistä oikeuksista olisi jo aiemmin tehty, ellei uudelleen ilmoittaminen ole ilmeisen tarpeetonta.⁹⁸ Oikeudelliseen menettelyyn liittyvissä kysymyksissä voi ilmetä ongelmia, kun pohditaan menettelyn kiellon tai määräysten vastaisuutta. Kaikki menettelyssä ilmenneet virheet eivät näet ole niin tuomittavia, että seurauksena olisi kielto hyödyntää todistetta. Lähtökohtaisesti asiaa tulisi tarkastella epäillyn tosiasiallisesti kokeman loukkauksen näkökulmasta, jolloin hyödyntämiskiellon asettaminen mahdollisesti eliminoisi tapahtuneen loukkauksen merkityksen.⁹⁹

Muita relatiivisia todistamiskieltoja taas koskee hyödyntämiskielto-olettama silloin, kun säännöksiä on rikottu. Esimerkiksi tuomarivalaa koskevaan OK 1:7:ään sisältyy tuomaria koskeva kielto ilmaista suljettujen ovien takana pidettäviä neuvotteluita oikeutta käyville tai muille ta-
hoille. Mikäli tuomari kieltoa rikkoo, ei ilmaistuja tietoja saa käyttää todisteena.¹⁰⁰

Itsenäisten hyödyntämiskieltojen Pölönen katsoo edellyttävän aina perusoikeusmyönteistä punnintaa, kun menettelyllä on aiheutettu suhteettomia perus- tai ihmisoikeusrajoituksia tai -loukkauksia. Punninta konkretisoituu etenkin yksilön yksityiselämään puuttuvia toimenpiteitä arvioitaessa sekä pohdittaessa hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksen ulottuvuutta. Punninnan tulee olla lähtökohtaisesti tasapainoista niin, että kumpaakaan vaihtoehtoa - hyödyntämiskieltoa tai todisteen hyödyntämistä - ei lähtökohtaisesti aseteta toista painavammaksi. Punnintakriteereitä voivat olla esimerkiksi rikoksen selvittämistä kiinnostuksen painavuus, oikeudenloukkauksen laatu, laajuus ja korjauskelpoisuus, esitutkintaviranomaisen menettelyn tahallisuus, todisteen merkitys asian ratkaisemiseksi, ja syytetyn mielipide asiassa.¹⁰¹

Hyödyntämiskieltojen osalta voidaan puhua myös niiden etäisvaikutuksesta esimerkiksi siinä merkityksessä, että hyödyntämiskiellon kohteena olevan alkuperäisen todisteen kelvottomuus voi johtaa muunkin todisteen hyödyntämiskelvottomuuteen. Tällöin aiemman laittomasti hankitun todisteen avulla löytyy myöhemmin laillinen todiste. Kansallinen lainsäädäntömme ei

⁹⁸ ETL 7:10:1-2 ovat muutossäännöksiä (818/2014).

⁹⁹ Pölönen 2003, 327-328.

¹⁰⁰ Pölönen 2003, s. 326-327, sekä 236-237. Hyödyntämiskielto-olettamasta voitaisiin mahdollisesti poiketa, mikäli käsillä olisi erityisen painavia syitä poikkeamiselle.

¹⁰¹ Pölönen 2003, s. 326-328, sekä Vuorenperä 2009, s. 23.

tarjoa vastausta siihen, ulottuuko hyödyntämiskiellon vaikutus lainvastaisesti hankitun todisteen avulla hankittuun myöhempään todisteeseen.¹⁰²

Hormian näkemyksen mukaan hyödyntämiskielloilla ei kuitenkaan ole Suomessa etäisvaikutusta.¹⁰³ Pölönen puolestaan katsoo, että tietyissä olosuhteissa etäisvaikutus voi olla olemassa, mutta yleensä sitä ei ole. Etäisvaikutustilanteet Pölönen luokittelee seuraavasti: 1) henkilöä kuulustellaan ensin kiellonvastaisesti ja myöhemmin laillisesti; 2) kiellonvastaisesti kuultu henkilö ilmaisee kolmannen henkilön, jota voidaan kuulla laillisesti; 3) kiellonvastaisen kuulustelun seurauksena esitutkintaviranomaiset saavat tietoonsa uusia reaalisia todistuskeinoja; sekä 4) syytetty tai kanssasytetty saadaan tunnustamaan teko laittomin keinoin esiin saatujen todisteiden painostamana tai muutoin laittomien keinojen avulla.¹⁰⁴

Riekkisen mukaan etäisvaikutuksen olemassaolon myöntämisestä ei voida kuitenkaan tehdä johtopäätöstä, että kyseessä olisi Suomessa yleisesti vallitseva näkökanta. Hyödyntämiskieltojen vaikutusten ulottuvuus jää näet yksittäistapausten tasolla tuomioistuinten ratkaistaviksi. Koska tuomioistuimet ovat pääsääntöisesti sallineet laittomasti hankittujen todisteiden hyödyntämisen, ei oikeuskäytännöstä juurikaan löydy hyödyntämiskieltojen etäisvaikutusta tunnustavia ratkaisuja.¹⁰⁵

Ajallisesti tarkasteltuna hyödyntämiskieltoja voidaan joutua harkitsemaan jo esitutkintavaiheessa. Tällöin niistä voidaan puhua ennakoivina hyödyntämiskieltoina. Esitutkintavaiheessa poliisiin toiminnan lisäksi korostuu myös poliisin kanssa yhteistyötä tekevän syyttäjän toiminta. Syyttäjän tulee nimittäin tehdä päätös olla viemättä todistetta tuomioistuimeen, mikäli syyttäjä havaitsee kyseessä olevan lainvastaisen todisteen. Mikäli poliisi ei esitutkintavaiheessa, tai syyttäjä syyteharkintavaiheessa, tee päätöstä todisteen hyödyntämiskelvottomuudesta, tekee tuomioistuin viime kädessä hyödyntämiskieltoa koskevan ratkaisun niin harkitessaan.¹⁰⁶

¹⁰² Riekkinen 2014, s. 128, 171-176. Riekkisen mukaan amerikkalaislähtöinen etäisvaikutusoppi sisältää ajatuksen, että hyödyntämiskielto ulottuu vaikutuksiltaan myös välillisesti hankittuihin myöhempään todisteisiin. Kyseessä on ns. fruit of the poisonous tree -oppi. Ks. myös Pölönen 2003, s. 315-316, sekä Jonkka 1992, s. 81.

¹⁰³ Hormia 1 1978, s. 292-301.

¹⁰⁴ Pölönen 2003, s. 316-319. Ks. myös Riekkinen 2014, s. 175-176 sekä Spring-Reiman 2012, s. 165.

¹⁰⁵ Riekkinen 2014, s. 176. Vaikka hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksesta on oikeuskirjallisuudessa maassamme keskusteltu, selkeästi etäisvaikutuksen kannalle ei ole asetettu. Etäisvaikutusajattelu mielletään amerikkalaisperäiseksi ja siten maassamme hieman vieraaksi.

¹⁰⁶ Pölönen 2015, s. 233-234, Riekkinen 2014, s. 132-134, sekä HE 46/2014 vp, s. 86. Syyttäjän vastuuta korostetaan myös kansainvälisellä tasolla, ks. Euroopan Neuvoston suositus Rec (2000)19. Ks. syyttäjän asettamasta ennakkolisesta hyödyntämiskiellosta tutkielman alaluku 4.5.

4.2. Hyödyntämiskieltojen funktioita

Hyödyntämiskieltojen perusteiksi on oikeuskirjallisuudessa esitetty erilaisia funktioita. Esimerkiksi Pölönen on väitöskirjassaan tarkastellut moraalista funktiota, erityis- ja yleisestäävyyttä, kurinpidollista tarkoitusta sekä oikeusturvan varmistamista. Vastaavalla tavalla hyödyntämiskieltojen funktioita on jaoteltu myös Ruotsissa.¹⁰⁷ Tuomioistuimen harkitessa hyödyntämiskiellon asettamista eniten painoarvoa funktioiden kannalta tarkasteltuna saavat kuitenkin yksilön oikeusturvan takaaminen, oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaaminen sekä mainittujen tavoitteiden kanssa vastakkaiseksi katsottava rikosvastuun toteuttamisintressi. Rikosvastuun toteutumista palveleva aineellisesti oikeaan ratkaisuun pyrkiminen on yleinen peruste vastustaa hyödyntämiskiellon asettamista.¹⁰⁸

Hyödyntämiskiellon taustalla nähdään usein tarve ohjailta kurinpidollisessa tarkoituksessa poliisin toimintaa. Hyödyntämiskiellolla tavoitellaan silloin esitutkintaviranomaisen lainvastaisen tai muutoin virheellisen menettelyn estämistä. Suomen kohdalla tavoite ei kuitenkaan saa kovin merkittävää painoarvoa, sillä maamme olosuhteissa esitutkintaviranomaisen tekemät vakavat ihmisoikeusloukkaukset eivät ole tyypillisiä. Niinpä esimerkiksi Pölönen katsoo, että tämä yleisestäävyyttä koskeva peruste ei yksistään olekaan riittävä hyödyntämiskiellon asettamiseksi.¹⁰⁹

Moraalisella tavoitteella on hyödyntämiskieltojen asettamisessa tarvetta siinä mielessä, että jos lainvastaisen todisteen hyödyntäminen todisteena sallittaisiin, voitaisiin se nähdä hiljaisena hyväksymisenä yksilöä kohtaan tapahtuville oikeudenloukkauksille. Tämä puolestaan voidaan helposti ajatella osoituksena oikeuslaitoksen luotettavuuden horjumisesta. Luotettavuutta voi kuitenkin horjuttaa myös se seikka, että kieltämällä lainvastaisen todisteen hyödyntäminen voidaan menettää mahdollisuus saattaa rikokseen syyllinen edesvastuuseen teoistaan. Moraalisen näkökulman korostaminen ei kuitenkaan ole rikosprosessin perimmäinen tarkoitus, vaan keskeisempää on sosiaalisen järjestyksen varmistaminen siten, että rikoksiin syyllistyneet tuomiotaan asianmukaisesti rangaistuksiin.¹¹⁰

Hyödyntämiskieltojen erityisestäävyyttä painottavan funktion taustalla on ajatus siitä, ettei syytetyn tule joutua kokemaan kärsineensä vääryyttä valtiovallan taholta. Mikäli syytetty kokisi

¹⁰⁷ Pölönen 2003, s. 215-217, sekä Riekkinen 2014, s. 139-143. Ruotsissa esimerkiksi Lundqvist 1998, s. 165-169 ja Lundqvist 2013, s. 193-198.

¹⁰⁸ Pölönen 2015, s. 238.

¹⁰⁹ Pölönen 2003, s. 216, sekä Pölönen 2015, s. 238.

¹¹⁰ Pölönen 2015, s. 242-243. Ks. myös Hormia 1 1978, s. 36.

joutuneensa vääryyden kohteeksi, hän tuskin rangaistusta hyväksyisi. Tällöin rangaistuksen erityisestävyyden tavoite vesittyisi. Vastaavasti hyödyntämiskieltojen yleisestävyyttä painottava funktio menettäisi merkitystään, jos oikeudellinen menettely koettaisiin epäasianmukaiseksi.¹¹¹

Hyödyntämiskiellon asettamisella voidaan tavoitella myös oikeudenloukkauksen kohteeksi joutuneen yksilön hyvittämistä. Tosin tämänkään näkökohdan ei katsota yksistään riittävän perusteeksi hyödyntämiskiellon asettamiselle. Lainvastaisesta menettelystä voi seurata esimerkiksi yksityisyyden suojaan sisältyvän perheen salaisuuden paljastuminen julkisuuteen, jota ei voida ainakaan täysimääräisesti kompensoida asettamalla kyseinen salainen tieto hyödyntämiskieltoon salaisuuden tultua jo paljastetuksi.¹¹²

Oikeusturvafunktio kytkeytyy sekä valtioon että yksilöön; valtio ei saa hyväksyä tapahtuneita oikeudenloukkauksia, ja yksilön puolestaan tulee voida luottaa siihen, että valtio osaltaan suojelee yksilöä tulevilta oikeudenloukkauksilta. Kaikki menettelyvirheet eivät kuitenkaan voi johtaa hyödyntämiskiellon asettamiseen, vaan tuomioistuimen on harkinnassaan punnittava rikosvastuun selvittämistä ja yksilön oikeussuojaintressiä keskenään suhteellisuusperiaatteen mukaisella tavalla. Oikeusturvaa saatetaan pyrkiä sivuuttamaan lainvastaisen todisteen hyödyntämiseksi sillä perusteella, että epäasianmukaisen menettelyn aiheuttama vahinko on jo ehtinyt tapahtua eikä sitä pystytä enää eliminoimaan. Peruste ei kuitenkaan yksistään ole riittävä, sillä todisteen hyödyntämiskieltoon asettamisen välttämättömänä edellytyksenä ei ole vahingon korjaamismahdollisuus. Oikeusturva voi näet vaarantua muillakin perusteilla. Oikeusturvaa painottava funktio voidaankin katsoa mainituista funktioista avoimimmaksi siinä merkityksessä, että siihen voidaan sisällyttää muidenkin funktioiden näkökohtia.¹¹³ Riekkinen nimittää artikkelissaan lisäksi epäluotettavan todistelun poissulkemista koskevan funktion, joka selkeimmin näyttäytyy omana funktionaan, mutta voidaan toisaalta nähdä myös osana syytetyn oikeusturvafunktiota.¹¹⁴

Rikosvastuun toteutumista palveleva aineellisesti oikeaan ratkaisuun pyrkiminen on yleinen peruste vastustaa hyödyntämiskiellon asettamista. Todisteiden hyödyntämiskieltoa vastaan puhuvan aineelliseen totuuteen pyrkimisen on oikeuskirjallisuudessa kuitenkin katsottu menettäneen painoarvoaan prosessuaaliseen totuuteen pyrkimisen hyväksi. Prosessuaalisella totuudella

¹¹¹ Esimerkiksi Pölönen 2003, s. 216.

¹¹² Pölönen 2015, s. 243.

¹¹³ Pölönen 2003, s. 216-217. Ks. vastaavasti Ruotsissa Lundqvist 1998, s. 166-169.

¹¹⁴ Riekkinen 2014, s. 139-140.

tarkoitetaan tosiseikkoja, jotka on selvitetty siten, ettei niiden osalta jää järkevää epäilystä asiassa. Aineelliseen totuuteen pyrkimisen katsotaan olevan lainsäädännön taustalla vaikuttavista moraalinormeista lähtöisin oleva tavoite, kun taas prosessuaalista totuuden tavoittelemisen nivotuu pikemminkin lainsäätäjän työhön sisältyvään totuustavoitteeseen sekä tuomioistuinten juttukohtaiseen totuustavoitteeseen. Prosessuaaliseen totuuteen on tyydyttävä käytännössä esimerkiksi sen vuoksi, että aineellisen totuuden selvittäminen voi estyä jutun osapuolta suojaavien tärkeiden intressien vuoksi. Totuuden selvittämisellä on niin ollen oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin kytkeytyvät rajansa – totuuden selvittämiseen tähtäävien toimenpiteiden tulee näet olla oikeudenmukaisia sekä toimenpiteillä saavutettavaan hyötyyn nähden oikeasuhtaisia. Prosessissa sanottuja toimenpiteitä rajoittavat erityisesti syytetyn oikeusturva sekä muiden osallisten ihmisarvon suojeleminen.¹¹⁵

4.3. Punninta hyödyntämiskieltoyksymyksissä

4.3.1. Intressipunnintamalli

Todisteen hyödynnettävyyden ratkaisemisessa ja hyödyntämiskiellon asettamista koskevassa harkinnassa on pohjimmiltaan kysymys yksilön edun ja yleisen edun välisestä intressipunninnasta, jossa vastakkain ovat rikosten selvittämisintressi, aineellisen totuuden tavoittelu sekä yksilön oikeusturvaintressi. Ratkaisut eivät ole suoraviivaisia, vaan tapauskohtaiset seikat vaikuttavat viime kädessä sen määräytymiseen, mikä sanotuista intresseistä asettuu painavimmaksi kussakin ratkaisutilanteessa. Luonnollisesti minkään tahon intressi ei saa jäädä täysin vaille oikeudenmukaisuutta; sen sijaan on pyrittävä ratkaisemaan hyödyntämistä koskeva asia siten, että ratkaisu olisi kaikille tahoille kohtuullinen ja mahdollisimman oikeudenmukainen.¹¹⁶

Keskeinen intressipunnintaa ohjaava tekijä Hirvelän näkemyksen mukaan on todisteen lainvastaisen hankkimisen aiheuttama loukkaus yksilön oikeuksille; kuinka vakavasta loukkauksesta on kysymys, ja onko loukkaus tapahtunut toistuvasti ja ollut pitkäaikaista. Luonteva lähtökohta on todisteen hyödyntämiskieltoon asettaminen tuomioistuimen toimesta silloin, kun loukkaus on ollut vakava, pitkäkestoinen ja toistuva. Vastaavasti, jos loukkaus ei ole ollut sanotulla tavalla merkittävä, voi tuomioistuin sallia lainvastaisen todisteen hyödyntämisen.¹¹⁷

¹¹⁵ Ervo 2001, s. 407-408, sekä Hirvelä 2003, s. 16-21.

¹¹⁶ Hirvelä 2003, s. 71. Ks. myös Pölönen 2003, s. 208.

¹¹⁷ Hirvelä 2003, s. 72. Ks. vastaavasti myös Ruotsissa Lundqvist 1998, s. 245.

Hormia on nostanut esille loukkauksen kohteena olleen säännöksen ration eli loukatun oikeushyvän merkityksen. Rikoksesta epäillyn suojaksi säädetyn oikeuden suojelutarkoitus onkin lähtökohtaisesti oikeudenmukainen ratkaisuperuste lainvastaisen todisteen hyödynnettävyyttä pohdittaessa. Keskeinen kysymys pohdinnassa on se, onko säännöksen suojelutarkoitus tultuaan rikotuksi tyhjentyneenä lopullisesti jo ennen hyödyntämisiongelman käsittelyä, vai toteutuuko loukkaus vasta silloin, kun todistetta hyödynnetään oikeudenkäynnissä. Mikäli pelkkä todistamiskiellon rikkominen ei ole aiheuttanut peruuttamatonta haittaa, voidaan asia korjata asettamalla todiste hyödyntämiskieltoon. Jos taas peruuttamaton haitta on jo aiheutunut, ei hyödyntämiskielto enää korjaa asiaa, eikä hyödyntämiskiellon asettamisesta ole tällöin enää hyötyä. Vastaavaan tulokseen johtaa myös se, että oikeushyvän suoja on silti tarpeeksi hyvä, vaikka todisteen hankkiminen olisi ollut lainvastaista. Hormian mukaan tietyissä tilanteissa saattavat kuitenkin muut näkökohdat puhua hyödyntämiskiellon asettamisen puolesta. Esimerkiksi rikoksen törkeyden merkitys todisteen hyödynnettävyydelle on huomioitava erikseen.¹¹⁸

Jonkka on painottanut todisteen hyödynnettävyyttä koskevassa punninnassa erityisesti intressien tärkeyttä; lainvastaisen todisteen hyödyntämiseen on suhtauduttava sitä pidättyväisemmin, mitä tärkeämmästä epäillyn suojaksi säädetystä oikeudesta on kyse. Erityisesti Jonkka mainitsee vakavana perus- ja ihmisoikeusloukkauksena kidutuksen, jonka avulla hankittuja tietoja ei ole sallittua hyödyntää edes törkeiden rikosten ollessa tutkittavana.¹¹⁹

Hormian mukaan intressipunnintaa voidaan joutua toteuttamaan myös rikoksesta epäillyn yksityisyyden suojan loukkaamistapauksissa. Kysymykseen voivat tulla esimerkiksi kotirauhaan, perhe-elämään sekä viestien luottamuksellisuuden kohdistuneet loukkaukset. Lähtökohtaisesti sanotun kaltaiset loukkaukset eivät kuitenkaan vakavuudeltaan rinnastu ruumiilliseen koskemattomuuteen tai henkilökohtaiseen vapauteen kohdistuneisiin loukkauksiin, eivätkä myöskään oikeusjärjestystä vakavasti vaarantaviin taikka yleiseen oikeustajuun tai yhteiskunnan moraaliin kohdistuviin syviin loukkauksiin.¹²⁰

Kun tarkastellaan oikeushyvän suojaa ja sen loukkausta, sekä lainvastaisesti hankitun todisteen hyödynnettävyyttä loukkauksen tapahduttua, on kiinnitettävä huomiota myös siihen, onko oikeuksien loukkaus kohdistunut pääosin itse syytettyyn, vaiko kenties johonkin kolmanteen –

¹¹⁸ Hormia 1 1978, s. 275-276 ja 289. Mitä törkeämmästä rikoksesta on kyse, sitä herkemmin lainvastaisenkin todisteen tulisi olla hyödynnettävissä. Ks. myös Jonkka 1992, s. 80, Pölönen 2003, s. 242.

¹¹⁹ Jonkka 1992, s. 80. Ks. myös Hirvelä 2003, s. 73-74.

¹²⁰ Hormia 1 1978, s. 382, sekä Hirvelä 2003, s. 74.

mahdollisesti rikokseen nähden täysin ulkopuoliseen - tahoon. Kysymykseen voi tulla esimerkiksi kolmannen tahon kotona tapahtunut lainvastainen esitutkinta tai syytetyn puhelinkeskustelu kolmannen tahon kanssa. Mikäli lainvastainen teko on loukannut ainoastaan kolmatta tahoa, on lainvastaisesti hankittua todistetta lähtökohtaisesti hyödynnettävä, jotta syytetty ei saisi osakseen perusteetonta hyötyä kolmannen oikeuden loukkauksesta.¹²¹

Hirvelä on painottanut kokonaistilanteen huomioon ottamista sekä ennakkointia oikeudenloukkausten ollessa käsillä. Oikeudenloukkauksen seuraukset ja vahingot tulisi pyrkiä arvioimaan sekä silloin, kun todistetta hyödynnetään oikeudenkäynnissä, että silloin, kun todisteen hyödyntäminen kielletään. Hirvelä suhtautuu perustellusti kriittisesti lainvastaisen todisteen asettamiseen tuomion perustaksi, ja toteaa syytetyn ja asianomistajan etujen olevan keskenään kolliossa oikeusturvan loukkausten vakavuutta arvioitaessa.¹²²

Rikoksenselvittämisen intressistä puhuttaessa merkitystä annetaan rikoksen mahdollisimman tehokkaalle selvittämislle, jotta rikosoikeudellinen vastuu toteutuisi mahdollisimman hyvin. Lainvastaisesti hankitun todisteen epääminen vaikeuttaisi epäilemättä rikoksen selvittämistä, ja vastaavasti taas lainvastaisen todisteen hyödyntäminen edesauttaisi rikoksen selvittämistä ja sitä kautta rikosoikeudellisen vastuun toteutumista.¹²³

Eriyisesti törkeiden rikosten kohdalla rikoksen selvittäminen katsotaan usein ensisijaiseksi tavoitteeksi. Tämä palvelee myös oikeusjärjestelmän yhteiskunnallista uskottavuutta. Todisteen hyödyntämättä jättämiseen johtava syytetyn oikeusturvaintressi voi siitä huolimatta saada suurempaa painoarvoa jopa silloin, kun kysymyksessä on törkeä rikos tai yhteiskunnallisesti merkittävä vahingollisuus.¹²⁴ Lainvastaisen todisteen torjuminen voi Hormian näkemyksen mukaan kuitenkin olla kohtalokasta eritoten silloin, kun rikoksentekijän voidaan arvioida jatkavan mahdollisesti vieläkin vakavampien rikosten tekemistä. Oikeudellinen uskottavuus kärsisi, jos rikokseen syyllinen jäisi tuomitsematta rangaistukseen vain siitä syystä, että häntä vastaan hankittu todiste on lainvastainen.¹²⁵ Pääsääntöisesti törkeiden rikosten kohdalla tulisi kuitenkin mieluummin hyödyntää lainvastaisesti hankittua todistetta kuin jättää se hyödyntämättä.¹²⁶

Aineellisen totuuden saavuttaminen on Hirvelän mukaan myös keskeinen tavoite rikosprosessissa, ja se toteutunee tehokkaimmin silloin, kun tuomioistuin voi perustaa harkintansa kaikkiin

¹²¹ Hormia 1 1978, s. 281.

¹²² Hirvelä 2003, s. 75.

¹²³ Hirvelä 2003, s. 76.

¹²⁴ Esimerkiksi Pölönen 2003, s. 237. Ks. myös Hirvelä 2003, 76.

¹²⁵ Hormia 1 1978, s. 285.

¹²⁶ Esimerkiksi Jonkka 1992, s. 80 sekä Hormia 1 1978, s. 285.

asian kannalta relevantteihin todisteisiin. Ratkaisevalla tavalla tätä päämäärää voidaan sanoa edistävän sen seikan, että oikeudenkäynnissä saadaan hyödyntää myös lainvastaisesti hankittuja todisteita. Punninta on tällöin suoritettava syytetyn oikeusturvan vuoksi aktualisoituvan todisteen hyödyntämiskiellon sekä aineellisen totuuden mukaisen ratkaisuun pyrkimisen välillä. Suhteellisuusperiaate saa tässä punninnassa merkitystä siten, että totuuden selvittämisen intressin tulisi olla sitä painavampi, mitä törkeämmästä rikoksesta on kysymys. Aineellisen totuuden selvittäminen ei kuitenkaan ole automaattisesti viimekätinen tavoite, vaan kaiken aikaa on varmistettava syytetyn oikeusturvan toteutuminen joskus jopa totuuden tavoittelun kustannuksella.¹²⁷

Ruotsissa esimerkiksi Lundqvist on pohtinut hyödyntämiskieltojen asettamista koskevaan punnintaan liittyen prosessuaalisten normien suojeluintressiä. Epäitsenäisen hyödyntämiskiellon Lundqvist katsoo kytkeytyvän oikeussäännön tai -periaatteen loukkaamistilanteisiin. Hän jakaa suojeluintressit muodollisiin, joihin sisältyy ajatus valtiovallan oikeudesta toimia vain lain nojalla; sekä aineellisiin, jotka puolestaan liittyvät yksilön tai laajemman henkilöpiirin oikeuteen saada suojaa. Epäillyn tai syytetyn osalta Lundqvist jaottelee aineelliset suojeluintressit edelleen aktiivisiin, joihin liittyen epäillyllä tai syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulusteluttaa vastapuolen todistajia kontradiktorisen periaatteen mukaisesti; sekä passiivisiin, joihin sisältyy epäillyn tai syytetyn oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä toteamiseen, oikeus tulla kohdelluksi syyttömänä prosessin aikana ja oikeus saada ihmisarvoista kohtelua osakseen. Lundqvist tiivistää hyödyntämiskiellon asettamista koskevan punninnan oikeusturvaintressin ja rikoksenselvittämisen intressin väliseksi antaen merkitystä esimerkiksi sille, miten oikeuksia on rikottu lainvastaista todistetta hankittaessa. Hän ei siten tarkastele hyödyntämiskiellon asettamista koskevaa kysymystä pelkästään vapaan todistusteorian näkökulmasta, johon lähtökohdaisesti sisältyy ajatus todisteen hyödynnettävyydestä, vaikka todiste olisi lainvastainenkin.¹²⁸

4.3.2. Perus- ja ihmisoikeusmyönteinen punnintamalli

Hormian lainsäädännön tarkoitukseen painottuvaan punnintamalliin verrattuna Pölösen väitöskirjassaan esittelemässä punnintamallissa korostuu perus- ja ihmisoikeusmyönteisyys. Pölönen

¹²⁷ Hirvelä 2003, s. 77-79, sekä Hormia 1 1978, s. 183.

¹²⁸ Lundqvist 1998, s. 225-227, 237-238, 243. Ruotsissa kuitenkin pääsääntönä on Suomen tavoin vapaaseen todistusteoriaan perustuva lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskelpoisuus.

katsoo, että tuomioistuimen harkinnan ei tule hyödyntämiskieltokysymyksissä tapahtua pelkäämistä sanktiota tai aineellisen rikosoikeuden tavoitteita silmällä pitäen, vaan merkitystä on annettava myös menettelyn oikeudenmukaisuudelle. Lähtökohtana Pölönen pitää todisteen hyväksymisestä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle mahdollisesti aiheutuvien negatiivisten seurausten huomioimista.¹²⁹

Pölönen keskittyy punnintamallissaan tarkastelemaan itsenäisiä hyödyntämiskieltolanteita perusoikeudellisista lähtökohdista käsin katsoen keskeiseksi etenkin menettelyn reilouden niin syytetyn kuin asianomistajankin näkökulmasta. Tuomioistuimen osalta menettelyn oikeudenmukaisuus toteutuu siten, että perus- ja ihmisoikeuksia liikaa rajoittavat tai loukkaavat menettelyt sekä muutoksenhaussa selvästi kumoutuvaksi tulevat menettelyt tulee estää asettamalla lainvastainen todiste hyödyntämiskieltoon.¹³⁰

Perusoikeusmyönteistä punnintaa edellytetään aina, kun menettelyn seurauksena on aiheutunut suhteettomia perus- tai ihmisoikeusrajoituksia tai –loukkauksia. Punninnan on oltava tasapainoista siten, että kummatkin vaihtoehdot – hyödyntämiskielto tai todisteen hyödyntäminen – ovat lähtökohtaisesti samanarvoisia keskenään. Hyödyntämiskiellon asettamista koskevan punninnan on tapahduttava kokonaisvaltaisesti useita eri seikkoja huomioiden. Merkitystä on annettava ensinnäkin loukatun tai rajoitetun oikeuden laadulle siten, että esimerkiksi itseksimintisuojaa tai kontradiktorisuutta ei loukattaisi; sekä rikoksen törkeydelle, jotta rikoksen selvittämistä ja rikosvastuun toteuttamista varten todisteen hyödyntäminen toteutuisivat mahdollisimman hyvin. Vastaavasti myös oikeudenloukkauksen merkittävyys sekä laajuus on punninnassa otettava huomioon. Todistamiskiellon rikkoneen esitutkintaviranomaisen syyksiluettavuuteen voidaan myös kiinnittää huomiota siinä tarkoituksessa, että tahallisen todistamiskiellon rikkomisen tulisi johtaa helpommin lainvastaisen todisteen hyödyntämiskieltoon.¹³¹

Keskeinen merkitys perusoikeusmyönteisessä punninnassa on myös sillä, onko todistamiskiellon rikkomisella jo aiheutunut peruuttamatonta vahinkoa, jolloin hyödyntämiskiellosta ei enää olisi hyötyä, vai onko vahinko kenties vielä korjattavissa hyödyntämiskielto asettamalla.¹³² Jos

¹²⁹ Pölönen 2003, s. 219-220. Vrt. Hormia 1 1978, s. 257 ja 267. Hormian esittelemässä punnintamallissa merkitystä annetaan pikemminkin lainsäädännön tarkoitukselle.

¹³⁰ Pölönen 2003, s. 220. Vrt. Hormia 1 1978, s. 257. Hormia keskittyy tarkastelemaan todistamiskiellon rikkomistilanteita, joita tyypillisesti seuraa epäitsenäinen hyödyntämiskielto. Ks. myös Ruotsin tilanteesta Lundqvist 1998, s. 175-177 sekä 243-245.

¹³¹ Pölönen 2003, s. 239-244, sekä 326-328.

¹³² Esimerkiksi Hormia 1 1978, s. 275-276, Pölönen 2003, s. 242, sekä Lundqvist 1998, s. 238.

lainvastaisesti hankittu todiste osoittautuu syytetylle edulliseksi, mutta muiden todisteiden perusteella syytetty tulnaisiin tuomitsemaan rangaistukseen, todisteen hyödyntäminen tulisi tällöin sallia. Toisaalta vaikka syytetylle edullinen todiste asetettaisiinkin hyödyntämiskieltoon, ei se vielä välttämättä merkitse syytetyn kannalta kielteistä ratkaisua. Jos todisteet ovat syytetyn kannalta sekä positiivisia että negatiivisia näytön jäädessä sen vuoksi epäselväksi, on tuomioistuimen ratkaistava asia syytetyn eduksi.¹³³ Tietyissä tilanteissa voidaan myös todisteen hyödyntämistä koskeva syytetyn suostumus ottaa huomioon. Tällöin syytetyn suostumus voisi kussakin yksittäistapauksessa mahdollisesti vähentää perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien huomioimisen tarvetta.¹³⁴

Perus- ja ihmisoikeuksien huomioon ottaminen hyödyntämiskieltoa koskevassa harkinnassa ei välttämättä tarkoita sitä, että hyödyntämiskieltoa koskeva ratkaisu voidaan perustella esimerkiksi suoraan perustuslain (731/1999, jäljempänä PL) 106 §:ään viittaamalla.¹³⁵ PL 106 §:n mukaanhan tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle, mikäli tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Kyseinen PL 106 § soveltuu vain tapauskohtaisiin tilanteisiin tuomioistuinarkinnassa, eikä niin ollen tarkoita sitä, että perustuslain kanssa ilmeisessä ristiriidassa oleva säännös tulisi vastaisuudessa jättää aina soveltamatta. Perustuslakivaliokunta sen sijaan arvioi lakien soveltamisen perustuslainmukaisuutta yleisluontoisesti, eikä ole PL 106 §:ää laadittaessa voinut ottaa kantaa kaikkiin mahdollisiin ristiriitatilanteisiin tavallisen lain ja perustuslain säännöksen välillä. Siitä syystä ristiriitatilanteiden tapauskohtainen arviointi jää tuomioistuimen tehtäväksi.¹³⁶

Yleisellä tasolla velvoittavammaksi Pölönen katsoo sen sijaan PL 22 §:n, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Sanottu säännös velvoittaa niin esitutkintaviranomaisia, syyttäjää kuin tuomioistuintakin noudattamaan perusoikeusmyönteistä laintulkintaa muun ohella hyödyntämiskiellon asettamista koskevassa harkinnassa. Perusoikeuksia ja ihmisoikeuksia koskeva velvoite käy ilmi myös kansainvälisistä lähtökohdista, sillä esimerkiksi EIT arvioi ratkaisuharkinnassaan todisteiden hyödyntämisen mahdollisuutta yhtenä oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin vaikuttavana tekijänä. Pölönen

¹³³ Hirvelä 2003, s. 91-92. Kyseessä on in dubio pro reo –sääntö asian ratkaisemiseksi syytetyn eduksi epäselvässä tilanteessa.

¹³⁴ Pölönen 2003, s. 244. Syytetyn suostumuksen merkitystä on tarkastellut myös Hirvelä 2003, s. 91-92.

¹³⁵ Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.

¹³⁶ Pölönen 2003, s. 220-224.

tiivistääkin kannakseen, että tuomioistuinten tulee viran puolesta toteuttaa perus- ja ihmisoikeusmyönteistä laintulkintaa asettamalla lainvastaisesti hankittu todiste hyödyntämiskieltoon silloin, kun kyseisen todisteen hyödyntäminen johtaisi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden menettämiseen, perus- tai ihmisoikeusloukkaukseen, tai muuhun vakavaan perus- tai ihmisoikeusrajoitukseen.¹³⁷

Tässä yhteydessä mainittakoon, että hyödyntämiskieltojen asettaminen on oikeuskäytännössämme ollut poikkeuksellista verrattuna vakiintuneesti sovellettuun vapaaseen todisteiden harkintaan, ja poikkeuksellisiksi hyödyntämiskiellot on arvioitu myös todistus oikeusuudistuksessa. Yksistään todisteen hankkiminen lainvastaisin keinoin tai muutoin virheellisesti menettellen ei automaattisesti johda siihen, ettei todistetta saisi oikeudenkäynnissä hyödyntää. Sen sijaan lähtökohtana on lainvastaisesti hankitun todisteen hyödynnettävyys, mikäli käsillä ei ole painavia syitä puhumaan hyödyntämiskiellon asettamisen puolesta.¹³⁸

Konkreettisissa todistamiskieltojen rikkomistilanteissa tulisi lainvastaisesti hankitut todisteet Pölösen näkemyksen mukaisesti asettaa lähtökohtaisesti hyödyntämiskieltoon. Punninnalle jää puolestaan enemmän sijaa niissä tapauksissa, joissa ei ole kysymys nimenomaisesti todistamiskiellon rikkomisesta. Tällöin tulisi siis tapauskohtaisesti pohtia virheellisyyden mahdollista vaikutusta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle. Lainvastaisesti hankittu todiste olisi niin ollen hyödynnettävissä, mikäli menettelyn virheellisyys ei ole liian vakavaa. Virheellisyyden arviointi kuitenkin vaihtelee sen mukaan, onko kyseessä syytetylle kielteiset syyttäjän todisteet vai syytetyn kannalta edulliset todisteet. Syytetyn kannalta kielteisiin todisteisiin liittyvä virheellisyys johtaa herkemmin lainvastaisen todisteen hyödyntämiskieltoon. Syytetyn kannalta edullisten todisteiden kohdalla virheellisyyttä ei katsota merkittäväksi, joten sellaisten todisteiden hyödyntämiskieltoon asettaminen lienee tällöin jokseenkin mahdotonta.¹³⁹

Perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti suuntautuneessa punninnassa on siis kokoavasti kysymys tapauskohtaisista painotuseroista rikoksen selvittämistänsintressin sekä syytetyn oikeusturvanäkökohtien ja perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien välillä. Mainittakoon vielä, että räikeiden ihmis- ja perusoikeuksien loukkaamistilanteiden kohdalla punninta ei lähtökohtaisesti tule kysymyk-

¹³⁷ Pölönen 2003, s. 224.

¹³⁸ LaVM 19/2014 vp, s. 6-7, sekä HE 46/2014 vp, s. 29.

¹³⁹ Pölönen 2003, s. 226-227.

seen, sillä vakavin loukkauksin hankittu todiste on asetettava jokseenkin automaattisesti hyödyntämiskieltoon.¹⁴⁰ Muiden kuin räikeiden loukkausten kohdalla virheellisyys ei automaattisesti johda lainvastaisen todisteen hyödyntämiskieltoon, vaan loukkaustapaukset on harkittava tapauskohtaisesti.¹⁴¹

4.4. Hyödyntämiskielto todistusoikeusuudistuksessa

4.4.1. Pääsääntönä todisteen hyödyntämiskelpoisuus

Lähtökohtaisesti kaikkea todistelua voidaan vapaan todistelun periaatteen mukaisesti käyttää todisteena asiassa, mikäli todistelua ei ole laissa erikseen kielletty. Kansallisen lainsäädännön lisäksi todistusharkinnassa on huomioitava myös kansainväliset velvoitteet erityisesti perus- ja ihmisoikeuksien huomioimisen merkityksessä. Perus- ja ihmisoikeudet korostuvat etenkin rikosasioissa, joissa epäillyn ja syytetyn etu on turvattava asianmukaisella tavalla.¹⁴²

Käytännössä edellä sanottu tarkoittaa muun ohella sitä, että syytetyn vaikenemista ei saa suoraan lukea näytöksi syytettyä vastaan, ja että syytetyn on saatava kontradiktorisen periaatteen mukaisesti kuulustella häntä vastaan todistaneita. Mikäli vastakuulustelun mahdollisuus ei ole ollut syytetyn käytettävissä, voi todisteen näyttöarvo aleta eikä todistetta voida yksistään asettaa ratkaisun perustaksi.¹⁴³

Ennen 1.1.2016 voimaan tullutta todistusoikeusuudistusta lainvastaisesti hankitun todisteen hyödynnettävyyttä ei suoraan säännelty kansallisessa lainsäädännössä. Oikeuskäytännössä hyödyntämiskieltoja asetettiin tapauskohtaisen harkinnan perusteella, joten linjaukset eivät olleet aivan yhteneviä. Tuomioistuimet asettivat hyödyntämiskieltoja kuitenkin hyvin harvoin, sillä lähtökohtaisesti myös lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntäminen oli vapaata todistusharkintaa ilmentäen sallittua.¹⁴⁴

Todistusoikeusuudistuksessa hyödyntämiskielto kirjattiin ensimmäistä kertaa oikeudenkäymiskaareen. Säännös OK 17:25 kattaa sekä henkilölliset että esineelliset todisteet, ja se sisältää

¹⁴⁰ Esimerkiksi Jonkka 1992, s. 80 sekä Pölönen 2003, s. 237-238.

¹⁴¹ Lundqvist 1998, s. 175-176, sekä Pölönen 2003, s. 238.

¹⁴² Jokela 2015, s. 333, sekä Pölönen 2003, s. 59-97.

¹⁴³ Jokela 2015, s. 333. Ks. esimerkiksi KKO 2000:71.

¹⁴⁴ LaVM 19/2014 vp, s. 6, sekä Vuorenperä 2013, s. 143-144.

kiduttamalla hankittujen todisteiden sekä itsekriminointisuoja loukaten hankittujen todisteiden hyödyntämistä koskevan kiellon, sekä eräänlaisen yleissäännöksen, jonka mukaan lainvastaistakin todistetta saadaan hyödyntää mikäli oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset eivät vaarannu. Muissa laeissa on jo ennestään ollut erityissäännöksiä eri asiayhteyksiin liittyvistä hyödyntämiskielloista.¹⁴⁵

Ruotsin oikeudesta lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämistä koskevat säännökset puuttuvat toistaiseksi. Yleisenä lähtökohtana kuitenkin on, että lainvastaistakin todistetta saa rikosprosessissa vapaasti hyödyntää vapaan todistusteorian mukaisesti, ja lainvastaisesti hankitun todisteen varaan voi tuomion perustaa. Lainvastaisesti hankitun todisteen asemasta tai vaikutuksista oikeudenkäynnissä ei myöskään ole säädetty.¹⁴⁶

Ajoittain lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämisen rajoittamista on kuitenkin Ruotsissa harkittu. Esimerkiksi jo 1980-luvulla keskustelua käytiin maan pakkokeinokomiteassa erityisesti yksityisyyden suojan näkökulmasta. Lainvastaisenkin todisteen hyödyntämiseen sallivasti suhtautuvan vapaan todistusteorian katsottiin uhkaavan yksilön integriteettiä, mutta toisaalta yksilön intresseihin nähden vastakkaisille yhteiskunnallisille intresseille annettiin merkitystä. Tuolloin päädyttiin siihen, että käytännöllistä tarvetta lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämisen kieltämiselle ei ollut.¹⁴⁷

Myös Ruotsin oikeuskirjallisuudessa on lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämiskieltojen tarpeellisuudesta keskusteltu. Pääsääntöisesti on tunnustettu vapaaseen todistusteoriaan pohjautuva pääsääntö eli todisteiden vapaa hyödynnettävyys, mutta mielipiteet ovat jakautuneet sen osalta, milloin lainvastaisen todisteen hyödyntäminen tulisi evätä. Merkitystä on annettu esimerkiksi sille, onko todisteen hankkimista koskevia kieltoja rikottu tietoisesti, ja kuinka laajasti yksilön suojaintresseihin on hyödyntämisessä puututtu. Yksimielisyys on kuitenkin vallinnut kansainvälisistäkin sopimuksista johtuvan kidutuksen ja muun epäinhimillisen kohtelun osalta, sillä mainituilla tavoilla hankittujen todisteiden katsotaan olevan hyödyntämiskelvottomia.¹⁴⁸ Kannanottoja lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiseen on kuitenkin esitetty sekä puolesta¹⁴⁹ että vastaan¹⁵⁰. Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 85-

¹⁴⁵ Ks. esim. jätelain (646/2011) 129.1 sekä syyteneuvottelun ja tunnustamisoikeudenkäynnin yhteydessä annettuja lausumia koskeva ROL 5b:5.2.

¹⁴⁶ Esimerkiksi Lundqvist 1998, s. 225.

¹⁴⁷ Esimerkiksi SOU 1984:54 pakkokeinokomitean mietintö, s. 197-198, sekä Hirvelä 2003, s. 45-46.

¹⁴⁸ Esimerkiksi Lundqvist 1998, s. 232.

¹⁴⁹ Ekelöf ym 2009, s. 229-230, sekä Lindell ym 2005, s. 362-364.

¹⁵⁰ Nordh 2009, s. 40.

86/1998, jäljempänä EIS) 6 artiklan merkitys on Ruotsissakin tunnustettu, sillä siihen viitaten hyödyntämiskiellon on katsottu olevan varsin ilmeinen seuraus ainakin räikeiden oikeudenloukkausten osalta.¹⁵¹

Ruotsalainen oikeuskäytäntökään ei ole tarjonnut suoraa vastausta lainvastaisesti hankitun todisteen hyödynnettävyydestä. Hyödyntämismyönteistä kantaa kuitenkin ilmentää Ruotsissa annettu ratkaisu NJA 1986 s. 489, jossa oli kysymys verikokeen ottamisesta rattijuopumuksesta epäillyltä. Epäillyn verikoetulos hyväksyttiin todisteeksi, vaikka kokeen otti henkilö, jolta puuttui laissa säädetty kelpoisuus ottaa mainitunlaisia näytteitä. Epäilty valitti asiasta, mutta korkein oikeus hylkäsi valituksen perustellen päätöstään siten, että olosuhteet tai menettely verikokeen ottamisen aikana eivät olleet ruotsalaisen oikeudenkäymiskaaren taikka perustuslain vastaisia. Keskustelua ja eriävän mielipiteen ratkaisu tuki korkeimmassa oikeudessa aiheutti.¹⁵² Toisaalta hyödyntämiskieltojakin on oikeuskäytännössä asetettu.¹⁵³

4.4.2. Kiduttamalla saatu todiste

OK 17:25.1:n mukaan tuomioistuin ei saa hyödyntää todistetta, joka on saatu kiduttamalla. Kiduttaminen katsotaan erääksi vakavimmista perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamistavoista, ja se on kielletty esimerkiksi perustuslaissa¹⁵⁴, Euroopan ihmisoikeussopimuksessa¹⁵⁵ ja YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa (SopS 7-8/1976, jäljempänä KP-sopimus)¹⁵⁶. Lisäksi Suomea velvoittaa YK:n kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus (SopS 59-60/1989) ja Euroopan neuvoston eurooppalainen yleissopimus kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen estämiseksi (16-17/1991). YK:n yleisopimuksen 15 artiklan mukaan jokaisella jäsenvaltiolla on velvollisuus huolehtia siitä, ettei mitään lausuntoa, joka todetaan saadun kidutuksella, käytetä todisteena oikeudellisessa menettelyssä, paitsi kidutuksesta syytettyä vastaan siitä, että sellainen lausunto on annettu. Tällaisissa tapauksissa on

¹⁵¹ Esimerkiksi Lindell ym 2005, s. 362-364.

¹⁵² NJA 1986 s. 489.

¹⁵³ Lindell ym 2005, s. 362-364.

¹⁵⁴ PL 7.2 §.

¹⁵⁵ EIS 3 art.

¹⁵⁶ KP 7 art.

kyse itse kiduttamisen todistamisesta. Hyödyntämiskiellon tarkoitus ei näet ole suojella kidutukseen syyllistä.¹⁵⁷

Kiduttamalla saatua todistetta ei voida myöskään katsoa luotettavaksi, sillä kidutuksen kohteeksi joutunut oletettavasti lausuu kidutuksen välttämiseksi kaikki ne asiat, joita hänen tahdoon sanovan.¹⁵⁸ Lisäksi EIT on ratkaisukäytännössään katsonut, ettei oikeudenkäynti ole oikeudenmukainen, mikäli siinä on käytetty kiduttamalla saatua todistetta.¹⁵⁹

Kiduttamalla saatua todistetta koskeva hyödyntämiskielto on soveltamisalaltaan yleinen katkaen siten sekä riita- että rikosasiat. Kiduttajan henkilöllä ei ole merkitystä, joten kysymykseen voi tulla esimerkiksi valtion virkamies tai yksityishenkilö. Säännöksessä ei tarkemmin määritellä kiduttamisen sisältöä, joka on sen vuoksi johdettava muualta. Esimerkiksi rikoslainsäädännössä¹⁶⁰ 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. Perustuslain kiduttamiskieltoa koskevassa esityksessä puolestaan kiduttaminen määritellään erittäin vakavaksi henkistä tai fyysistä kärsimystä aiheuttavaksi kohteluksi.¹⁶¹ YK:n kidutuksen vastaisen yleissopimuksen 1 artikla määrittelee kidutukseksi kaikki teot, joilla aiheutetaan toiselle tahallisesti kovaa kipua taikka kovaa henkistä tai ruumiillista kärsimystä. EIT on ratkaisukäytännössään katsonut, että ollakseen kidutusta kaltoin kohtelun on ylitettävä tietty taso. Harkinnassa ovat painottuneet esimerkiksi tapauskohtaiset olosuhteet, kaltoin kohtelun laatu ja kesto, sekä kohtelun aiheuttamat fyysiset ja psyykkiset seuraamukset.¹⁶²

4.4.3. Itsekriminointisuojaan perustuva hyödyntämiskielto

OK 17:25.2:n mukaan tuomioistuimien ei saa rikosasiassa hyödyntää OK 17:18:ssa säädetyn vaihteluoikeuden vastaisesti hankittua todistetta. Hyödyntämiskielto koskee myös todistetta, joka on hankittu muussa menettelyssä kuin esitutkinnassa tai rikosasian oikeudenkäynnissä henkilöltä pakkokeinon käyttämisen uhalla tai muutoin vastoin hänen tahtoaan, jos hän oli tällöin

¹⁵⁷ Frände 2016, s. 175. Ks. myös HE 46/2014 vp, s. 88.

¹⁵⁸ HE 46/2014 vp, s. 88. Ks. myös Frände 2016, s. 175.

¹⁵⁹ Esimerkiksi Gäfgen v. Saksa (suuri jaosto 1.6.2010), jota tarkastellaan alaluvussa 5.2.1.1. Kotimaisessa oikeuskäytännössä on ainakin kahdessa tapauksessa viitattu kidutuksella saadun todisteen hyödyntämiskieltoon (KKO 2007:58 ja KKO 2012:45).

¹⁶⁰ RL (39/1889) 11:9 a (990/2009).

¹⁶¹ HE 309/1993 vp, s. 47.

¹⁶² HE 46/2014 vp, s. 86-88.

epäiltyä tai vastaajana rikoksesta taikka esitutkinta tai oikeudenkäynti oli vireillä rikoksesta, josta häntä syytetään, ja jos todisteen hankkiminen rikosasiassa olisi ollut vastoin OK 17:18:n mukaista vaitiolo-oikeutta. Jos kuitenkin henkilö on muussa menettelyssä kuin rikosasian käsittelyssä tai siihen rinnastuvassa menettelyssä antanut lakisääteisen velvollisuutensa täyttämisen yhteydessä totuudenvastaisen lausuman taikka väärän tai sisällöltään totuuden vastaisen asiakirjan taikka väärän tai väärennetyn esineen, sitä saadaan hyödyntää todisteena velvollisuuden vastaista menettelyä koskevassa rikosasiassa.

OK 17:18.1:ssä säädetään siis edellä kuvatulla tavalla rikosprosessia - esitutkinta mukaan lukien - koskevasta itsekriminointisuojusta eli oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Tämän johdosta rikoksesta epäillyltä esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä sanotun säännöksen vastaisesti hankitut todisteet ovat hyödyntämiskelvottomia. Itsekriminointisuoja on keskeinen elementti määriteltäessä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiä.¹⁶³

Hyödyntämiskiellon piiriin tulevat niin suulliset ja kirjalliset lausumat kuin pakottaen hankitut esinetodisteetkin. Käytännössä loukkaukseksi katsotaan myös se, että henkilö joutuu vastoin tahtoaan toimimaan aktiivisesti oman syyllisyytensä selvittämisessä. Sen sijaan henkilön passiivista sietämistä todisteiden hankkimiseksi ei katsota itsekriminointisuojaa loukkaavaksi; henkilöllä on näin ollen velvollisuus sietää kotietsintä ja takavarikko, sekä puhalluskokeen, veri-, virtsa-, ääni-, sekä dna-näytteen ottaminen.¹⁶⁴

Hyödyntämiskielto koskee siis ajallisessa yhteydessä rikosprosessiin nähden olevia hallinnollisessa menettelyssä pakolla saatavia tai hankittavia tietoja. Kyseeseen tulevat lähinnä verotusmenettelyt, konkurssi- ja ulosottomenettelyt sekä hallinnolliset valvontamenettelyt, joiden tarkoituksena voi olla esimerkiksi selvityksen saaminen velallisen omaisuudesta velkojen hoitamiseksi, taikka tarpeellisten tietojen hankkiminen verotuksen toimittamiseksi tai viranomaisen lupaehtojen noudattamisen kontrolloimiseksi.¹⁶⁵

Pölösen mukaan hyödyntämiskiellon asettaminen edellyttää ajallisen yhteyden lisäksi myös asiallista yhteyttä siten, että viranomaisen pakolla hankkimien tietojen on oltava asiallisesti

¹⁶³ LaVM 19/2014 vp, s. 5, sekä HE 46/2014 vp, 88-89. Ks. myös PeVL 39/2014 vp, s. 4, Pölösen 2015, s. 327-331, sekä Frände 2016, s. 176-177.

¹⁶⁴ LaVM 19/2014 vp, s. 5-6 sekä HE 46/2014 vp, s. 89.

¹⁶⁵ HE 46/2014 vp, s. 90-92. Kysymys on näin ollen viranomaisen lainmukaisesti hankkimista tiedoista, joiden hankkimisen ajankohta - ajallinen yhteys rikosprosessiin - johtaa hankittujen tietojen hyödyntämiskieltoon.

relevantteja sekä rikosprosessin että hallinnollisen menettelyn kannalta.¹⁶⁶ Vuorenpää puolestaan on tarkentanut edellytykset seuraaviin: samanaikaisuusvaatimus, yhteysvaatimus, relevanttiusvaatimus, ns. palomuurin puuttuminen sekä pakko. Palomuurin suhteen Vuorenpää katsoo olevan kysymys siitä, sisältyykö aineelliseen lakiin tehokkaita oikeusturvatakeita estämään sanktion uhalla annettujen tietojen käyttämistä rikosprosessissa kuultavaa vastaan. Mikäli oikeusturvatakeita ei ole, voi itsekriminointisuoja ulottua myös sellaiseen kuulemiseen, missä epäiltyä kuullaan jossakin muussa menettelyssä kuin rikosprosessissa.¹⁶⁷

Käytännössä palomuurisäännökset johtavat siihen, että muussa menettelyssä annettu omaa syyllisyyttä tukeva lausuma jää oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, eikä sitä niin ollen hyödynnetä lainkaan rikosasiaa ratkaistaessa. Palomuurisäännökset eivät pois sulje hyödyntämiskieltoja, vaan pikemminkin täydentävät niitä, sillä palomuurisäännöksillä tähdätään samaan lopputulokseen.¹⁶⁸

KKO linjasi merkittävällä tavalla itsekriminointisuojan ulottuvuutta ratkaisussaan KKO 2009:80, jossa oli kysymys konkurssiin asetetulle syytetylle (A) määrätystä velvollisuudesta vanhoa konkurssipesää koskeva pesäluettelo. Samanaikaisesti A oli ollut syytteessä velallisen epärehellisyysrikoksista sillä perusteella, että oli siirtänyt varoja velallisyhtiöistä omaan määräysvaltaansa. Pesää vannoessaan A oli jättänyt ilmoittamatta osan omaisuudestaan, koska katsoi oikeudekseen olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Aiemmassa, samaa asiaa koskeneessa ratkaisussa KKO 2009:27 A oli tuomittu vankeusrangaistukseen törkeästä velallisen petoksesta, koska oli jättänyt omaisuuttaan ilmoittamatta pesäluetteloita vannoessaan. A vaati aiemman ratkaisun purkamista, koska katsoi ratkaisussa rikotun EIS 6 artiklan turvaavaa itsekriminointisuoja. Syyttäjät ja konkurssipesä puolestaan vaativat vastauksissaan A:n ylimääräisen muutoksenhaun hylkäämistä. KKO katsoi konkurssissa annettavaksi vaadittujen tietojen olleen sellaisessa yhteydessä samanaikaisesti vireillä olleeseen rikosasiaan, että A:lla oli EIT:n asiaa koskeva oikeuskäytäntö huomioon ottaen pesäluetteloita vannoessaan ollut oikeus jättää ilmoittamatta omaisuuttaan siltä osin kuin hänet oli tuomittu rangaistukseen törkeästä velallisen petoksesta. KKO antoi asiassa tuomion purkamista koskevan ratkaisun ja hylkäsi syytteen katsoen aiemman tulkintansa olleen ristiriidassa EIS 6 artiklan kanssa. Tuomion purkamisen perusteena oli siten ilmeisesti väärän lain soveltaminen.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Pölönen 2015, s. 330-331, sekä HE 46/2014 vp, s. 90-92.

¹⁶⁷ Vuorenpää 2012, s. 6. Kyseeseen voi tulla vaikkapa muuhun asiaan liittyvä esitutkinta. Ks. myös Marttila 2013, s. 800-801.

¹⁶⁸ HE 46/2014 vp, s. 88.

¹⁶⁹ KKO 2009:80, KKO 2009:27. Ks. myös Frände 2010, s. 233-237.

Jos tilanteessa on sovellettu lakia selvästi ja kiistattomasti väärin, on ylimääräistä muutoksenhakua koskevan vakiintuneen KKO:n ratkaisukäytännön mukaan kysymys ilmeisesti väärän lain soveltamisesta. Sanotut tilanteet arvioidaan tapauskohtaisesti. Tuomion purkamisen vakiintuneena edellytyksenä tällöin on, että tuomiosta ilmenevä lain soveltaminen on kiistattomasti ristiriidassa sen tuomion antamishetkellä vallinneen oikeustilan kanssa. Tuomio voi kuitenkin osoittautua myöhemmin syntyneen tai täsmentyneen kansainvälisen oikeuskäytännön valossa arvioituna virheelliseksi. Kysymys ei tällöin ole KKO:n tulkinnan mukaan uudesta, tuomion lopputulokseen vaikuttavasta seikasta, vaan siitä, että ratkaisijalla ei ole voinut olla lainkaan tai riittävästi tietoa ratkaisun perusteeksi otettavasta tulkinta-aineistosta. KKO joutuu siis punnitsemaan, millainen itsekriminointisuojan sisältö ja ulottuvuus olivat purettavaksi vaaditun ratkaisun tekohetkellä, siihen verrattuna mitä siitä tiedetään purkuhakemusta käsitellessä.¹⁷⁰

Ratkaisun KKO 2009:80 perusteluissa KKO viittasi muun ohella KP-sopimuksen 14 artiklan 3 kappaleen g kohtaan, jonka mukaan rikossyytettä tutkittaessa ketään ei saa pakottaa todistamaan itseään vastaan tai tunnustamaan syyllisyyttään, sekä EIT:n ratkaisukäytäntöön, jonka mukaan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevassa ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa tarkoitettuihin oikeudenmukaisen rikosoikeudenkäynnin keskeisiin takeisiin kuuluu myös itsekriminointisuoja koskeva periaate.¹⁷¹ Itsekriminointisuoja eli oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyyden selvittämiseen edellyttää sitä, että syyttäjän tulee pyrkiä näyttämään syyte toteen muiden todisteiden avulla kuin niiden todisteiden, jotka on saatu pakolla tai painostuksella syytetyn tahdosta välittämättä. Itsekriminointisuojan tarkoituksena on suojata syytettyä viranomaisten taholta ilmenevää epäasiallista pakottamista vastaan.¹⁷²

KKO viittasi edelleen EIT:n ratkaisukäytäntöön, jonka mukaan oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyyden selvittämiseen on voimassa myös esimerkiksi konkurssimenettelyssä, jos siinä vaaditaan samaan aikaan rikoksesta epäiltynä olevaa velallista antamaan painostusvankeuden uhalla sellaisia tietoja, joilla voi olla velallisen kannalta haitallista merkitystä vireillä olevassa rikosasiassa. Riittäväksi katsottavaa tässä suhteessa on jo se, ettei tietoja vaadittaessa

¹⁷⁰ KKO:n ratkaisut kommentein 2009:II, s. 174-178.

¹⁷¹ KKO 2009:80, perustelukohta 9.

¹⁷² KKO 2009:80, perustelujen kohdat 10 ja 11.

ole voitu sulkea pois sitä mahdollisuutta, että tiedot saattavat olla merkityksellisiä rikosasiassa.¹⁷³ Oikeutta pysyä vaiti on arvioitava syytetyn näkökulmasta ja sellaisten tietojen perusteella, joita hänellä on sillä hetkellä, kun häneltä pakon tai rangaistuksen uhalla vaaditaan tietoja. Syytetyllä ei ole velvollisuutta antaa sellaisia tietoja, joiden hän on perustellusti voinut arvioida vaarantavan tai heikentävän omia mahdollisuuksiaan puolustautua. Samasta lähtökohdasta on arvioitava myös tietojen liitynnän läheisyyttä siihen rikokseen, josta häntä samaan aikaan epäillään.¹⁷⁴

KKO totesi EIT:n ratkaisukäytännössä huomiota kiinnitetyn niin asialliseen yhteyteen epäilyltä vaadittavien tietojen ja rikosasian välillä, kuin myös siihen, minkä laatuista ja asteista tietojen vaatimiseksi käytetty pakko on ollut, millaisia prosessuaalisia oikeusturvatakeita menettely sisältää ja miten pakolla saatuja tietoja käytetään. Sitä vastoin merkitystä ei ole sillä, millaisilla yleiseen etuun liittyvillä perusteilla tarvetta tietojen hankintaan pakkokeinoin voidaan perustella.¹⁷⁵

Edellä sanotusta voidaan päätellä, että itsekriminointisuojan ulottuvuutta arvioitaessa merkitystä annetaan rikosasian vireilläololle silloin, kun muun menettelyn samanaikaisuutta rikosasiaan tarkastellaan. Myös esitutkinnan aloittaminen muodostaa samanaikaisuuden rikosasian ja muun menettelyn asian välille. Mikäli rikosasia taikka esitutkinta ei ole vielä vireillä, on rikosasian ja muun menettelyn asian välinen samanaikaisuus mahdollisesti hankalammin hahmotettavissa. Säännöksen OK 17:25.2 antama suoja ei näyttäisi kattavan tilanteita, joissa rikos on tapahtunut, mutta rikosasia ei ole vielä vireillä tai esitutkintaa ei ole vielä aloitettu.¹⁷⁶

Aikaisempi tulkintalinja itsekriminointisuoja koskevissa kysymyksissä muuttui siis ratkaisun KKO 2009:80 myötä siten, että uudemman tulkinnan mukaan itsekriminointisuojan vaikutus ulottuu myös sellaisiin muihin menettelyihin, jotka ovat rikosprosessin kanssa samanaikaisesti vireillä. Suoja ei toisin sanoen ole enää voimassa ainoastaan sellaisissa tilanteissa, joissa henkilöä kuullaan rikosasian epäiltynä tai syytettynä.¹⁷⁷

¹⁷³ Vuorenää 2012, s. 5. Vuorenää huomauttaa artikkelissaan seuraavasti: ”Vaikka ratkaisussa KKO 2009:80 oli kysymys konkurssimenettelyssä annetusta lausumasta, KKO:n tarkoitus ei ole ollut rajoittaa ratkaisusta ilmenevän oikeusohjeen soveltamisalaa vain konkurssimenettelyyn. Tämä ilmenee erityisen hyvin jo siitä, että ratkaisun perustelukohdassa 17 korkein oikeus toteaa itsekriminointisuojan olevan voimassa *esimerkiksi* konkurssimenettelyssä.

¹⁷⁴ KKO 2009:80, kohta 17.

¹⁷⁵ KKO 2009:80, kohta 18.

¹⁷⁶ Myöskään lakivaliokunta ei ottanut mietinnössään (LaVM 19/2014 vp) kantaa tilanteisiin, joissa rikos on tapahtunut, mutta rikosasia ei ole vielä vireillä eikä esitutkintaa ole vielä aloitettu.

¹⁷⁷ Vuorenää 2012, s. 5.

4.4.4. Hyödyntämiskiellon yleissäännös

OK 17:25.3:n mukaisesti muussa tapauksessa tuomioistuin saa hyödyntää myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jollei hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista ottaen huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet.

Edellä mainittu momentti OK 17:25.3 oli todistelulainsäädännön uudistamista koskevassa hallituksen esityksessä alun perin ilmaistu muodossa "tuomioistuimen on jätettävä hyödyntämättä lainvastaisesti hankittu todiste, jos siihen on painavat syyt", mutta lakivaliokunta muutti mieltänsä kyseisen kohdan käänteiseksi ilmaisten sen muodossa "tuomioistuin saa hyödyntää myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jollei hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista". Lakivaliokunta katsoi, että muutetussa muodossaan hyödyntämiskiello ei mene pidemmälle kuin mitä EIS edellyttää.¹⁷⁸ Näin ollen momentti sisältää siis hyödyntämisolettaman, jonka mukaan lainvastaistakin todistetta saa tuomioistuimessa hyödyntää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytysten täytyessä.

Harkittaessa lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämättä jättämistä edellytetään käsillä olevan painavia syitä todisteen epäämiseksi. Harkinnassa huomioitavia seikkoja ovat asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta sekä muut olosuhteet, joita tulisi pohtia kaikissa yksittäistapauksissa. Punninnassa vastakkain asettuvat yhtäältä todisteen hyödyntämistä puoltava asian selvittämisen intressi ja toisaalta todisteen hyödyntämisen kieltävänä näkökohtana ne epäedulliset vaikutukset, jotka hyödyntämistä seuraisivat. Epäedullisia vaikutuksia ovat esimerkiksi perus- ja ihmisoikeuden, muun yksilön oikeuden tai yksilön oikeusturvan loukkaukset.¹⁷⁹

Ensimmäiseksi mainitulla harkintakriteerillä eli asian laadulla tarkoitetaan kyseisen rikoksen vakavuutta tai vaarallisuutta taikka riidan kohteen objektiivista arvoa ja asian merkitystä asianosaisille. Rikoksen selvittämisen intressin painoarvo kasvaa, mitä vakavamman rikoksesta

¹⁷⁸ LaVM 19/2014 vp, s. 20 ja HE 46/2014 vp, s. 92. EIS 6 artiklassa viitataan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, jonka osatekijöitä ovat mm. oikeudenmukainen oikeudenkäynti kohtuullisen ajan kuluessa, syyttömyysolettama, syytetyn vähimmäisoikeuksina oikeus saada tietoa syytteestä, oikeus valmistella puolustustaan, oikeus puolustukseen tarvittaessa oikeusavun turvin, oikeus kuulustella ja kuulusteluttaa vastapuolen todistajia, oikeus saada maksutta tulkin apua.

¹⁷⁹ HE 46/2014 vp, s. 92.

taikka arvokkaammasta tai merkityksellisemmästä asiasta on kysymys, joskaan rikoksen selvittämistä ei tule sivuuttaa minkään rikosten kohdalla. Valiokunta täsmensi hallituksen esityksen sisältämää tulkintaa pitäen tärkeänä rikoksen selvittämistä kaikkien rikosten kohdalla ja todeten esimerkiksi törkeiden talousrikosten kohdalla, että kynnyksen hyödyntämiskiellon asettamiselle tulee olla korkea. Harkinnassa on otettava huomioon myös asianomistajan oikeudet ja ulkopuolisten henkilöiden, esimerkiksi lasten, etu sekä asian merkitys niin yksityisen kuin myös yleisen edun kannalta.¹⁸⁰ Pölösen mukaan rikoksen selvittämistressin korostuminen johtaa siihen, että kynnys asettaa hyödyntämiskiello nousee korkeammalle.¹⁸¹

Toisena harkintaperusteena mainittua todisteen hankkimistapaan liittyvää oikeudenloukkauksen vakavuutta arvioitaessa on huomiota kiinnitettävä siihen, mitä oikeutta todistetta hankittaessa on loukattu ja kuinka vakavasti. Todisteen epäämisen voi joissain olosuhteissa aiheuttaa myös kidutusta lievempi kaltoinkohtelu. Erityisen moitittavaa on todisteen hankkiminen tahalliseksi rikoksella tai tarkoituksellisesti lainvastaisella tavalla. Vähemmän moitittavaa sitä vastoin viranomaistaholla tapahtuneet muotoseikkojen ohittaminen taikka vähäiset virheet ja puutteet todisteen hankkimisessa, joiden ei tulisi lähtökohtaisesti johtaa hyödyntämiskieltoon. Vain hyvin poikkeuksellisesti hyödyntämiskiello voi ulottua tapauksiin, joissa viranomaisella on saanut haltuunsa todisteen jonkun kolmannen osapuolen rikoksen perusteella.¹⁸² Hyödyntämiskiellon asettaminen oikeudenloukkauksen vakavuuden vuoksi puolestaan on sitä selvempää, mitä lähempänä ollaan EIS 3 artiklan suojaaman oikeuden eli kidutuksen kiellon loukkausta.¹⁸³

Kolmantena harkintaperusteena mainitaan todisteen hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle. Esimerkiksi kiduttamista lähenevä kaltoinkohtelu ja muunlainenkin voimakas painostus tai taivuttelu voi saada kuultavan kertomaan totuudenvastaisesti sellaista, mitä häneltä halutaan kuulla. Vastaavasti virheellinen hankintatapa voi johtaa epäilyksiin esinetodisteen aitoudesta tai muuttamattomuudesta. Muullakaan tavoin epäluotettavia todisteita ei tule oikeudenkäynnissä hyödyntää.¹⁸⁴ Kynnyksen todisteen sivuuttamiselle oikeudenkäynnissä tulee kuitenkin olla hyvin korkealla.¹⁸⁵

Neljäntenä harkintaperusteena säännöksessä mainitaan todisteen merkitys asian ratkaisemiselle. Rikoksen selvittämistä puoltaa lainvastaisen todisteen hyödyntämistä esimerkiksi

¹⁸⁰ LaVM 19/2014 vp, s. 21, HE 46/2014 vp, s. 93, sekä Jokela 2015, s. 340.

¹⁸¹ Pölönen 2015, s. 335-336.

¹⁸² LaVM 19/2014 vp, s. 21, sekä Jokela 2015, s. 340-341. Ks. myös HE 46/2014 vp, s. 93-94.

¹⁸³ Pölönen 2015, s. 336.

¹⁸⁴ LaVM 19/2014 vp, s. 22, HE 46/2014 vp, s. 94, sekä Jokela 2015, s. 341.

¹⁸⁵ Pölönen 2015, s. 337.

tapauksissa, joissa todistajan tai asianosaisen kertomus taikka rikoksentekeväline osoittautuu keskeiseksi todisteeksi vakavan rikoksen ollessa kyseessä. Hyödyntämiskielto on puolestaan paremmin puollettavissa näyttöarvoltaan heikon todisteen (esimerkiksi kuulopuhetodistelu) osalta, jos asiassa on saatavilla muuta ja parempaa näyttöä.¹⁸⁶ Todisteen merkitystä joudutaan arvioimaan esimerkiksi kontradiktorisuusvirheiden kohdalla, jolloin hyödyntämiskielto voi konkretisoitua silloin, kun virhettä ei prosessissa ole muutoin riittävästi kompensoitu.¹⁸⁷

Viimeisenä harkintakriteerinä mainittuja muita huomioon otettavia olosuhteita voivat olla sellaiset todisteen esittämisestä aiheutuvat seuraukset, jotka eivät välittömästi liity asian selvittämiseen. Merkitystä voidaan tällöin antaa esimerkiksi sille, syveneekö todistetta hankittaessa tapahtunut oikeudenloukkaus entisestään todisteen esittämisen vuoksi ja olisiko kyseinen todiste joka tapauksessa saatu laillisestikin. Huomioon voidaan ottaa myös sen asianosaisen mielipide, jota vastaan todiste aiotaan esittää. Mielipiteelle annettavaan merkitykseen tulisi kuitenkin suhtautua varoen, ellei kyseinen todiste voi etukäteen arvioiden olla jossain suhteessa edullinen myös kyseisen asianosaisen kannalta. Syytetyn kielteiselle suhtautumiselle häntä vastaan esitettyyn näyttöön ei voida antaa merkitystä hyödyntämiskieltoa harkittaessa. Sen sijaan syytetyn syyttömyyttä tukeva todiste on oikeusmurhan estämiseksi otettava vastaan sen hankintavasta riippumatta. Syytetty voi muutenkin haluta kyseisen todistelun esittämistä, jolloin hänen mielipiteelleen on annettava merkitystä.¹⁸⁸

Lakivaliokunta on mietinnössään painottanut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen edellytyksiä lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämistä harkittaessa. Valiokunta on viitannut EIT:n käytäntöön, jonka mukaan erityisesti on arvioitava, onko oikeudenkäynti ollut kokonaisuutena oikeudenmukainen. Kokonaisarvioinnissa on kiinnitettävä huomiota lainvastaisuuden laatuun sekä siihen, onko EIS:a mahdollisesti rikottu ja millä tavoin. Merkitystä on annettava myös sille, onko todiste voitu rikosprosessissa riitauttaa ja onko sen käyttöä voitu vastustaa. Lisäksi on kiinnitettävä huomiota siihen, minkä verran laillisesti hankittua näyttöä on asiassa esitetty, sekä siihen, ovatko puolustuksen oikeudet toteutuneet ja onko avustaja ollut saatavilla.¹⁸⁹

¹⁸⁶ LaVM 19/2014 vp, s. 22, HE 46/2014 vp, s. 94, sekä Jokela 2015, s. 342.

¹⁸⁷ Pölönen 2015, s. 338.

¹⁸⁸ LaVM 19/2014 vp, s. 22, HE 46/2014 vp, s. 94-95, Jokela 2015, s. 342. Samoin myös Pölönen 2015, s. 338-339, joka toteaa lisäksi, että syytetyn suostumus sen sijaan on todisteen hyödyntämistä puoltava tekijä. Kriteerejä on tarkastellut myös Rautio 2016, s. 180-186.

¹⁸⁹ LaVM 19/2014 vp, s. 20-21. Ks. myös Ibrahim ym. v. Yhdistynyt Kuningaskunta (16.12.2014), Haxha v. Albania (8.10.2013), Gäfgen v. Saksa (suuri jaosto, 1.6.2010). Näissä tapauksissa EIT ei todennut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkauksia.

Eräs todisteen hyödyntämiseen vaikuttava seikka on se, olisiko lainvastaisella tavalla hankittu todiste ollut hankittavissa myös laillisin keinoin. Mikäli laillinen hankintatapa olisi ollut mahdollinen, tulisi todistetta lähtökohtaisesti voida hyödyntää sen hankkimisessa tapahtuneesta virheestä huolimatta.¹⁹⁰ Mikäli tätä lähtökohtaa ei tiedostettaisi ja todiste sen vuoksi asetettaisiin hyödyntämiskieltoon, voisi se johtaa vastaajan oikeusturvan suhteettomaan korostumiseen rikoksen selvittämisen intressin kustannuksella. Kärsijäksi jäisi luonnollisesti myös asianomistaja. Tämän ei voida katsoa ainakaan lisäävän rikosoikeudellisen vastuunkannon vakuuttavuutta.

Lähtökohtaisesti myös yksityisen henkilön hankkimaa todistetta voidaan oikeudenkäynnissä hyödyntää. Toisinaan nimittäin todisteina pyritään esittämään esimerkiksi valokuvia tai nauhoituksia, jotka yksityinen henkilö on hankkinut omasta aloitteestaan tai jopa poliisin rokkaisemana. Todisteen asettaminen hyödyntämiskieltoon voi kuitenkin tulla kysymykseen ainakin silloin, kun todiste on hankittu syytetyn perusoikeuksia loukkaavalla tavalla tai muutoin rikoksen avulla. Todisteen hyödyntämisen puolesta sen sijaan puhuu esimerkiksi se seikka, että yksityinen henkilö on hankkinut todisteen täysin oma-aloitteisesti eli ilman viranomaisen vaikutusta.¹⁹¹

Edellä kerrottuun viitaten voidaan todeta hyödyntämiskieltoa koskevan yleissäännöksen antavan laajasti tilaa tuomioistuimen harkinnalle. Lähtökohtana harkinnassa on kuitenkin todisteen epäminen esimerkiksi rikosprovokaatiolla hankitun todisteen ollessa kyseessä. Tällöin on kysymys tilanteista, joissa poliisi tai muu viranomainen taikka viranomaisen lukuun toiminut on yllyttänyt henkilön tekemään rikoksen, jota henkilö ei olisi omaehtoisesti tehnyt. EIT:n vakiintuneen kannan mukaan rikosprovokaatiolla hankitun todisteen käyttäminen näyttönä johtaa siihen, että oikeudenkäynti ei ole oikeudenmukainen.¹⁹² Rautio mainitsee tuomioistuimen harkinnasta puhuttaessa myös epäitsenäiset hyödyntämiskiellot, jotka ovat kytköksissä OK 17 luvun mukaiseen vaitiolovelvollisuuteen tai -oikeuteen taikka todisteen käyttökieltoon. Pääsääntöisesti hyödyntämiskielto tulee tällaisissa tilanteissa asettaa. Poikkeuksellisesti hyödyntämistä voitaisiin kuitenkin harkita tilanteissa, joissa todistamiskielto, vaitiolo-oikeus tai -velvollisuus

¹⁹⁰ Hirvelä 2003, s. 93-94. Ks. myös Hormia 1978, s. 281, sekä HE 46/2014 vp, s. 94.

¹⁹¹ Riekkinen 2014, s. 179-181, sekä HE 46/2014 vp, s. 94. Yksityisen henkilön lainvastaisesti hankkimien todisteen hyödyntämiseen voi kuitenkin liittyä yksityiselämän suojan loukkaukseen liittyvä uhka. Riekkinen havainnollistaa tilannetta viittaamalla löydetyin päiväkirjan sisältämiin merkintöihin, jotka voisivat perusoikeutenakin olla suojattuja. Oikeuskäytännössä ei kuitenkaan ole toistaiseksi lähdetty laajentamaan yksityiselämän suojaa sanotulla tavalla.

¹⁹² Esimerkiksi *Texeira de Castro v. Portugali* (9.6.1998), sekä *Ramanauskas v. Liettua* (suuri jaosto 5.2.2008). Ks. myös LaVM 19/2014 vp, s. 20, Rautio 2016, s. 186-187, sekä Hirvelä ja Heikkilä 2013, s. 226.

olisi murrettavissa. Tällöin voidaan katsoa, että todistamiskielloilta tai vaitiololta on pohja pudonnut pois, jolloin tilanteen korjaamiskelvottomuuden vuoksi lainvastaista todistetta voitaisiin hyödyntää.¹⁹³

Kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämiskielto, itsekriminointisuojaan perustuva hyödyntämiskielto sekä rikosprovokaatiolla hankitun todisteen hyödyntämiskielto ilmenevät myös EIT:n ratkaisukäytännöstä. Sen sijaan muunlaisissa tapauksissa EIT ei ole omaksunut ehdotonta kantaa hyödyntämiskiellon asettamiseen, vaan on todennut, että lähtökohtaisesti todistelu ja sitä koskeva sääntely on järjestettävä kansallisella tasolla. EIT on näissä yhteyksissä painottanut kokonaisarvioinnin merkitystä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen edellytyksiä tarkasteltaessa.¹⁹⁴

Hyödyntämiskiellojen asettamisesta puhuttaessa esiin nousee usein syytetyn oikeusturva, kun taas asianomistajan oikeusturvasta voitaneen sanoa sen jäävän hieman vähemmälle huomiolle. Kuitenkin yleistä oikeustajua voi loukata ajatus siitä, että rikoksentekijä – ilman painavia perusteita - välttyisi vastaamasta teoistaan. Oikeuskirjallisuudessa on ilmaistu huolestumista omankädenoikeuden käytön lisääntymisestä sen vuoksi, että ilmiselväksi katsottava syyllinen välttyy kantamasta vastuuta todisteiden hankkimisessa tehtyjen virheiden vuoksi. Mikäli näin kävisi, olisi asianomistaja se taho, joka joutuisi syyttömänä kärsimään vahingon virheiden seurauksena. Tätä ei ymmärrettävästi voida pitää oikeudenmukaisena.¹⁹⁵

4.5. Hyödyntämiskiellon asettamista koskeva menettely

Kun hyödyntämiskiellon asettamisen edellytysten havaitaan olevan käsillä, katsotaan asianosaisella olevan ensisijaisesti itsellään vastuu ottaa mahdollinen hyödyntämiskielto esille mahdollisimman aikaisessa vaiheessa. Viimeistään hyödyntämiskieltoa koskeva väite on ilmaistava asian valmisteluvaiheessa. Näin menetellen voidaan parhaiten välttyä siltä, että asian pääkäsittelyssä tulee esiin todisteita koskevia yllätyksiä. Vaikka suoranaisesta vetoamistaakasta ei voida puhua, voi asianosaisella olla silti tosiasiallinen vetoamisriski. Myös käytännöllisyyden kannalta menettely on perusteltu, sillä oikeudenkäyntiä edeltäneistä vaiheista ja menettelyn

¹⁹³ Rautio 2016, s. 187-188, sekä Pölönen 2015, s. 333.

¹⁹⁴ LaVM 19/2014 vp, s. 20-21. Myös ilman avustajaa annettua kertomusta koskee pääsääntöisesti hyödyntämiskielto, mutta siitä voidaan poiketa, jos mahdollisuutta avustajan käyttöön ei ole voitu pakottavista syistä antaa. Ks. esimerkiksi *Salduz v. Turkki* (suuri jaosto 27.11.2008) alaluvussa 5.2.2.

¹⁹⁵ Esimerkiksi Viljanen 2013, s. 154-155, OMSO 65/2012, s. 65, sekä Marttila 2013, s. 814-815.

mahdollisesta virheellisyydestä konkreettisin tieto on juuri asianosaisella.¹⁹⁶

Tuomioistuimen asianmukaiseen prosessinjohtoon kuuluu silti todisteen hyödyntämistä koskevan ongelman esille ottaminen asian tultua havaituksi, vaikka tuomioistuimella ei ole suoranaista velvollisuutta selvittää esitutkinnassa tapahtuneita menettelyvirheitä. Tässä merkityksessä voidaan ajatella tuomioistuimen toimivan viran puolesta.¹⁹⁷

KKO joutui pohtimaan hyödyntämiskiellon asettamisen tarpeellisuutta ratkaisussaan KKO 2012:45, jossa oli kysymys muun ohella siitä, että syytetty A:lle ei ilmoitettu oikeudesta pysyä vaiti ja oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen, ja että syytetty A:n kuulustelujen perusteella laadittua esitutkintapöytäkirjaa oli käytetty todisteena sekä käräjäoikeudessa että hovioikeudessa. A oli ollut vangittuna, kun häntä kuulusteltiin epäiltynä muun ohella törkeästä huumausainerikoksesta A:lle määrätyn puolustajan olematta läsnä kuulusteluissa. Kuulustelut käytiin englanninkielellä, mutta kuulustelupöytäkirjat laadittiin suomenkielellä, jota A ei osannut laisinkaan. Ennen kuulusteluja vastaaja A:lle oli ilmoitettu oikeudesta käyttää avustajaa, mutta sen sijaan oikeudesta pysyä vaiti ja oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen A:lle ei ollut ilmoitettu. A ei ollut neuvotellut avustajansa kanssa ennen kuulustelujen aloittamista.¹⁹⁸

Syyttäjä vetosi näyttönä syytetty A:n antamaan esitutkintakertomukseen siltä osin, kun A:n kertomus oli olennaisesti muuttunut A:n käräjäoikeudessa esittämään kertomukseen verrattuna. Käräjäoikeus tuomitsi A:n törkeästä huumausainerikoksesta sekä kolmesta muusta törkeästä huumausainerikoksesta yhteiseen 8 vuoden vankeusrangaistukseen hyläten syytteet törkeästä kuolemantuottamuksesta sekä törkeästä vammantuottamuksesta. Hovioikeus puolestaan katsoi A:n syyllistyneen käräjäoikeuden tuomitsemien huumausainerikosten lisäksi törkeään kuolemantuottamukseen sekä törkeään vammantuottamukseen tuomiten A:n yhteiseen 9 vuoden vankeusrangaistukseen.¹⁹⁹

Syytetty A vaati valituksessaan KKO:lta, että esitutkintakertomusten käyttäminen näyttönä kielletään siltä osin kuin syyttäjä oli vedonnut niihin A:n syyllisyyttä tukevana näyttönä. Perusteinaan A ilmoitti, ettei hänellä ollut esitutkinnassa ollut avustajaa poliisille esittämistään vaatimuksista huolimatta ja että hän oli antanut kertomuksensa esitutkinnassa englanninkielellä

¹⁹⁶ Pölönen 2003, s. 320, Pölönen 2015, s. 341, sekä Riekkinen 2014, s. 177-178.

¹⁹⁷ Tapanila 2013, s. 433, sekä Helminen ym. 2012, s. 512-513.

¹⁹⁸ KKO 2012:45. Asiaan liittyivät myös syytetyt B ja C, mutta tässä tutkielmassa oikeustapaus esitellään syytetty A:n näkökulmasta.

¹⁹⁹ Esimerkiksi Tapanila 2012, s. 582-591, sekä Vuorenperä 2013, s. 138-139.

eikä esitutkinnassa ollut käytetty tulkkia.²⁰⁰

Kuulustelumenettelyn yleisten menettelyvirheiden osalta KKO arvioi, mitä kaikkia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöitä syytetty A:n kuulustelumenettelyssä oli rikottu. Hyödyntämiskiellon aiheuttavien menettelyvirheiden osalta KKO tarkasteli erityisesti A:n antaman esitutkintakertomuksen hyödyntämistä.²⁰¹ KKO asetti A:n antaman esitutkintakertomuksen hyödyntämiskieltoon törkeän huumausainerikoksen, törkeän kuolemantuottamuksen sekä törkeän vammantuottamuksen osalta, kumosi hovioikeuden tuomion näiltä osin, ja palautti asian hovioikeuteen uudelleen ratkaistavaksi. Hyödyntämiskielto perustui siihen, että vapautensa menettäneen A:n puolustautumismahdollisuuksien ei katsottu toteutuneen täysimääräisesti, koska A:n oikeutta avustajan käyttöön oli loukattu siten, että siitä aiheutui myös itsekriminointisuojaan loukkaus.²⁰²

Tapauksessa KKO 2013:25 tuomioistuin toimi viran puolesta ottaessaan hyödyntämiskiellon asettamisen esille oma-aloitteisesti, vaikka asianosaiset eivät sitä vaatineet. Syytetty A oli esitutkinnassa tunnustanut huumausaineen hallussapidon ja myynnin, joskin jättänyt kertomatta sen, keneltä itse oli huumausaineen ostanut ja kenelle oli huumausainetta myynyt. Käräjäoikeudessa syytetty muutti kertomustaan esitutkinnassa kertomaansa verrattuna siltä osin, että myönsi ainoastaan kiinniottohetkellä häneltä takavarikoidun huumausaineen (64,3 grammaa) hallussapidon, mutta ei huumausaineen myyntiä tai myyntitarkoitusta. Käräjäoikeus tuomitsi A:n yhteiseen vankeusrangaistukseen muun ohella huumausaineen hallussapidosta, mutta ei sen sijaan huumausaineen myynnistä.²⁰³

Syyttäjän valitti asiasta hovioikeuteen vaatien syyksi lukemista myös 30 gramman osalta, jonka syyttäjä katsoi A:n myyneen. Hovioikeus hyväksyi syyttäjän valituksen perustellen ratkaisuaan muun ohella sillä, että A oli esitutkinnassa kolmen kuulustelukerran yhteydessä kertonut huumausaineen hankkimiseen ja myymiseen liittyviä yksityiskohtia. Hovioikeus katsoi lisäksi, että syytetty A:n hallusta takavarikoitu huumausaineannosten punnitsemisessa käytettävä vaaka sekä kirjallisena todisteena esitetty, todennäköisesti huumausainekaupassa syntynyttä velkaa

²⁰⁰ KKO 2012:45.

²⁰¹ Vuorenpää 2013, s. 139-140. Vuorenpää jaottelee artikkelissaan ratkaisuperusteet KKO:n tavoin yleisiä menettelyvirheitä koskeviin sekä hyödyntämiskiellon aiheuttaviin menettelyvirheisiin. Tapanilan artikkelissa vastaavaa jaottelua ei tuoda esille. Ks. Tapanila 2012.

²⁰² Vuorenpää 2013, s. 145.

²⁰³ Tapauksessa KKO 2013:25 oli kysymys siitä, voitiinko myöhemmin peruttua esitutkintakertomusta hyödyntää todisteena oikeudenkäynnissä. Asianosaiset eivät edes vaatineet hyödyntämiskieltoon asettamista eivätkä vedonneet itsekriminointisuojaan. KKO totesi, ettei langettavaa tuomiota voida perustaa pelkästään tai pääasiallisesti epäillyn esitutkinnassa antamaan ja myöhemmin oikeudenkäynnissä peruuttamaan lausumaan.

koskeva tekstiviesti tukivat syytetyn antamia esitutkintakertomuksia. A:n käräjäoikeudessa esittämää ja hovioikeudessa toistamaa, esitutkintalausumansa peruuttamista koskevaa kertomusta hovioikeus ei pitänyt uskottavana. Hovioikeus korotti yhteisen vankeusrangaistuksen 11 kuukaudeksi vankeutta tuomiten syytetty A:n menettämään valtiolle rikoksen hänelle tuottaman taloudellisen hyödyn 1050 euroa.²⁰⁴

Syytetty A haki muutosta KKO:sta vaatien hovioikeuden tuomion kumoamista ja asian jättämistä käräjäoikeuden tuomion varaan. Syyttäjä puolestaan vaati vastauksessaan ensisijaisesti syytetyn valituksen hylkäämistä ja toissijaisesti - mikäli syytetty A:n esitutkintakertomus asetetaan hyödyntämiskieltoon – valituksen hyväksymistä ja asian palauttamista käräjäoikeuden tuomion mukaiseksi. KKO:ssa kysymys oli ensinnäkin siitä, oliko esitutkinnassa syytetty A:n oikeutta avustajaan ja kuulustelutodistajan paikalle kutsumiseen sekä EIS 6 artiklan edellyttämään oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin olennaisesti kuuluvaa itsekriminointisuoja loukattu siten, että syytetyn esitutkintakertomuksia ei voitu käyttää asiassa näyttönä häntä vastaan. Toisekseen KKO joutui arvioimaan – todettuaan ensin, että syytetty A:n puolustautumismahdollisuuksia ja itsekriminointisuoja ei ollut rikottu, jolloin esitutkintakertomuksia oli saatu käyttää näyttönä A:ta vastaan – oliko asiassa esitetty riittävä näyttö A:n syyllistymisestä huumausaineen hallussapitoon ja myyntiin myös riidanalaisen 30 gramman osalta.²⁰⁵ Arvioinnissaan KKO päätyi sille kannalle, että syyttäjän esittämä muu näyttö asiassa ei yksistään riittänyt osoittamaan A:n syyllistyneen huumausaineen hallussapitoon ja myyntiin riidanalaisen 30 gramman osalta. KKO katsoi niin ollen esitutkintakertomusten olleen asiassa pääasiallinen näyttö A:n syyllisyydestä, jonka varaan syyksi lukemista ei voitu yksistään perustaa. KKO hylkäsi syytteen 30 gramman huumausaine-erän hallussapidosta ja myymisestä näyttämättömänä.²⁰⁶

Ratkaisussa KKO 2012:45 hyödyntämiskiellon asettaminen kytkeytyi siis ennen kaikkea vastaajan itsekriminointisuojan loukkaukseen, ja vähemmässä määrin muihin menettelyvirheisiin. Itsekriminointisuojan loukkausta ei katsottu voitavan kompensoida näyttöarvoa alentamalla, toisin sanoen ratkaisua ei perusteltu EIT:n käytännön mukaisella lausekkeella ”ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa”. Ratkaisua KKO 2013:25 puolestaan perusteltiin sanotulla

²⁰⁴ Syytetty A oli esitutkinnassa ilmoittanut huumausaineen myyntihinnaksi 35 euroa per gramma.

²⁰⁵ Syytetty A oli ilmoittanut esitutkinnassa, ettei tarvitse avustajaa tai kuulustelutodistajaa. Kaikkien kolmen esitutkintakuulustelun pöytäkirjat vastaaja A oli lukenut, tarkastanut sekä allekirjoituksellaan hyväksynyt. Syytetyn katsottiin olleen tietoinen häntä koskevan rikosepäilyn sisällöstä, ja hänen luopumistaan avustajasta ja kuulustelutodistajasta pidettiin yksiselitteisenä.

²⁰⁶ Riidanalaisuus asiassa koski nimenomaan 30 grammaa huumausainetta. Riidattomuus puolestaan koski 64,3 gramman huumausaine-erää, josta käräjäoikeus antoi tuomionsa.

lausekkeella sen sijaan, että lainvastainen todiste olisi asetettu selkeästi hyödyntämiskieltoon. KKO:n valitsemaa perustelutapaa voidaan myöhemmän ratkaisun osalta pitää jopa kysymyksiä herättävänä.²⁰⁷

Jos todiste esitutkintavaiheessa havaitaan jollain perusteella lainvastaiseksi, on esitutkintaviranomaisen asetettava ennakoiva hyödyntämiskielto kyseiselle todisteelle. Esitutkintavaiheessa asetettu hyödyntämiskielto voi jäädä lopulliseksi siten, ettei lainvastaiseksi havaittua todistetta voida oikeudenkäynnissä hyödyntää lainkaan.²⁰⁸ Jos syyttäjä on kuitenkin sillä kannalla, että todiste olisi näyttönä hyödynnettävissä, voi syyttäjä luonnollisesti poiketa esitutkintaviranomaisen kannasta. Syyttäjä voi tällöin vedota myös lainvastaisesti hankittuun näyttöön, kunhan hyvän syyttäjätavan mukaisesti kiinnittää kuitenkin tuomioistuimen ja puolustuksen huomion todisteen lainvastaisuuteen.²⁰⁹ Mikäli syyttäjä tai asianomistaja vetoaa lainvastaiseen todisteeseen, puolustuksen on heti reagoitava asiaan joko kirjallisessa vastauksessa tai valmisteluistunnossa. Väite tuomioistuimelle on tehtävä ennen kuin tuomioistuin on vielä vastaanottanut todisteita tai käsitellyt niitä pääkäsittelyssä. Tyypillisesti väitteen tekee vastaajan puolustaja.²¹⁰

Jos syyttäjä kuitenkin tietää tai ainakin perustellusti epäilee todisteen olevan lainvastainen, tulisi syyttäjän asettaa sanotulle todisteelle ennakkollinen hyödyntämiskielto. Ainakin selvissä virhetilanteissa lainvastaisesti hankittuun todisteeseen on jätettävä vetoamatta.²¹¹ Jos taas todisteen hyödynnettävyys on tulkinnanvaraista, on kysymys jätettävä tuomioistuimen ratkaistavaksi.²¹²

Jos alempi tuomioistuin on tehnyt todisteen hyödyntämiskieltoon asettamista koskevan ratkaisu vasta pääasian ratkaisemisen yhteydessä, voi syyttäjä hakea muutosta hyödyntämiskieltoon. Jos taas hyödyntämiskielto on tuomioistuimen toimesta asetettu jo ennen pääasian ratkaisua, voi syyttäjä peruuttaa syytteen käytettävissä olevan näytön jäädessä riittämättömäksi.

²⁰⁷ Esimerkiksi Riekkinen 2014, s. 163-171. Riekkinen katsoo aiemmassa ratkaisussa luovutun todisteen ”liukuvasta hyödynnettävyydestä”, kun taas myöhemmässä ratkaisussa KKO näytti palaavan siihen.

²⁰⁸ Pölönen 2003, s. 248, sekä Jonkka 1992, s. 81.

²⁰⁹ Vuorenpää 2008, s. 191-192.

²¹⁰ Pölönen 2003, s. 248-249, sekä Fredman 2013, s. 628-629.

²¹¹ Vuorenpää 2008, s. 192.

²¹² Esimerkiksi Pölönen 2003, s. 249-250. Ks. myös Vuorenpää 2008, s. 192-193.

Vaihtoehtoisesti syyttäjä voi jatkaa syytteen ajamista hyödyntämiskiellosta huolimatta, ja hakea muutosta pääasian ratkaisun yhteydessä.²¹³

Tuomioistuin päättää hyödyntämiskiellosta täysilukuisessa ratkaisukokoonpanossaan. Jos tuomioistuin katsoo hyödyntämiskiellon asettamisen tarpeettomaksi, voi puolustus lausua käsityksensä siitä, voidaanko lainvastaiselle todisteelle kuitenkaan antaa täyttä todistusarvoa. Käytännössä tulee pohdittavaksi kysymys, voidaanko rikosta syyksi lukea, jos tuomio perustuu kokonaan tai ratkaisevassa määrin lainvastaiseen todisteeseen.²¹⁴

Pääsääntöisesti todistelua koskevaan ratkaisuun haetaan muutosta pääasian yhteydessä. Tuomioistuin voi kuitenkin antaa luvan hakea muutosta myös erikseen, jos päätöksen sisältö huomioon ottaen muutoksenhaku pääasian yhteydessä olisi hyödytöntä ja asianomaisen henkilön oikeusturva edellyttää erillistä muutoksenhakuoikeutta, sekä erittäin painavien syiden vuoksi esimerkiksi todisteen hyödyntämiskieltoon asettamista koskevan ratkaisun osalta. Erillinen muutoksenhaku on sitä perustellumpaa, mitä merkittävämmästä – esimerkiksi syytteen perustana olevasta ainoasta tai muutoin pääasian ratkaisun kannalta keskeisestä – todisteesta on kysymys.²¹⁵

5. LAINVASTAISESTI HANKITUN TODISTEEN HYÖDYNTÄMINEN KÄYTÄNNÖSSÄ

5.1. Oikeudenmukainen oikeudenkäynti hyödyntämisen edellytyksenä

Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen edellyttää OK 17:25.3:n mukaisella tavalla oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista. EIS 6 artiklassa luetellut oikeusturvan taakat²¹⁶ voidaan katsoa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöiksi. Ne muodostavat

²¹³ Vuorenperä 2008, s. 193. Tilanne voi muuttua erikoiseksi ainakin siinä vaiheessa, kun syyttäjällä ei ole juttussa muuta hyödyntämiskelpoista näyttöä. Tällöinhän syyttäjä ei pääkäsitellyssä pysty vetoamaan mihinkään näyttöön rangaistusvaatimuksensa tueksi.

²¹⁴ Fredman 2013, s. 629.

²¹⁵ LaVM 19/2014 vp, s. 23-24, sekä HE 46/2014 vp, s. 120-122. Muutoksenhakumahdollisuus on sekä asianomaisen että syyttäjän käytettävissä.

²¹⁶ EIS 6 artikla. 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. 2. Jokaista rikoksesta syy-

eräänlaisen minimikehikon oikeusturvalle. EIT:n ratkaisukäytännön perusteella on muodostunut myös muita osatekijöitä, jotka osaltaan voivat vaikuttaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin sisältöön.

Myös PL 21 §:stä²¹⁷ käyvät ilmi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ainesosat, sillä säännös sisältää hallituksen esityksen mukaan myös KP-sopimuksen ja EIS:n turvaamat rikoksesta syytetyn vähimmäisoikeudet, joita ovat 1) oikeus tulla pidetyksi syyttömänä, kunnes syyllisyys on näytetty laillisesti toteen, 2) oikeus olla todistamatta itseään vastaan, 3) oikeus saada viipymättä yksityiskohtainen tieto syytteiden sisällöstä ja perusteista henkilön ymmärtämällä kielellä, 4) oikeus saada riittävästi aikaa ja edellytykset valmistella puolustustaan, 5) oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, 6) oikeus saada maksutta tulkkausapua ja 7) oikeus olla tulematta syytetyksi tai tuomituksi toistamiseen saman teon perusteella.²¹⁸ Osaltaan perustuslain osoittamien perusedellytysten voidaan katsoa olevan jopa laajempia kuin EIS:n osoittamien.²¹⁹

Oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyvät osatekijät voidaan karkeasti tiivistää tuomioistuimeen pääsyyn²²⁰, osapuolten tasa-arvoisuuteen²²¹, oikeudenkäynnin suullisuuteen²²², sekä puolustuksen oikeuksiin. Viime mainittu sisältää muun ohella puolustuksen tiedonsaannin²²³, riittävästi aikaa ja edellytyksiä valmistella puolustusta²²⁴, oikeuden puolustautua henkilökohtaisesti tai avustajan välityksellä²²⁵, maksuttoman oikeusavun²²⁶, vastakuulusteluoikeuden²²⁷

tettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. 3. Jokaisella rikoksesta syytetyllä on seuraavat vähimmäisoikeudet: a) oikeus saada viipymättä yksityiskohtainen tieto häneen kohdistettujen syytteiden sisällöstä ja perusteista hänen ymmärtämällään kielellä; b) oikeus saada riittävästi aikaa ja edellytykset valmistella puolustustaan; c) oikeus puolustautua henkilökohtaisesti tai itse valitsemansa oikeudenkäyntiavustajan välityksellä, ja jos hän ei pysty itse maksamaan saamastaan oikeusavusta, hänen on saatava se korvauksetta oikeudenmukaisuuden niin vaatiessa; d) oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan, ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samoissa olosuhteissa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat; e) oikeus saada maksutta tulkin apua, jos hän ei ymmärrä tai puhu tuomioistuimessa käytettyä kieltä. Lisäksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista säädetään mm. KP-sopimuksessa sekä Euroopan Unionin perusoikeuskirjassa.

²¹⁷ Jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Käsitteilyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.

²¹⁸ HE 309/1993 vp, s. 72.

²¹⁹ Hallberg 2001, s. 58.

²²⁰ Esimerkiksi Virolainen ja Pölönen 2003, s. 256-263, Ervo 2005, s. 116-119, sekä Ervo 2008, s. 21-22.

²²¹ Esimerkiksi Ervo 2005, s. 132-133, Virolainen ja Pölönen 2003, s. 268-269, sekä Ervo 2008, s. 155-156.

²²² Esimerkiksi Hirvelä ja Heikkilä 2013, s. 193, Ervo 2008, s. 173-176, sekä Ervo 2005, s. 150-151.

²²³ Esimerkiksi Ervo 2005, s. 174-178 ja 184-193, sekä Ervo 2008, s. 387 ja 394-396.

²²⁴ Esimerkiksi Ervo 2005, s. 193-195.

²²⁵ Esimerkiksi Ervo 2008, s. 407 ja 415-418, sekä Ervo 2005, s. 198 ja 203-211.

²²⁶ Esimerkiksi Ervo 2005, s. 222-224, sekä Ervo 2008, s. 428-431.

²²⁷ Esimerkiksi Ervo 2008, s. 226-227, sekä Ervo 2005, s. 229 ja 232.

sekä tulkin avun²²⁸ tarvittaessa.²²⁹

5.2. Lainvastaisesti hankittu todiste tuomion perustana

5.2.1. EIT:n näyttöarvon alentamista koskeva näkökanta ”ei saa olla ainoa tai ratkaiseva näyttö”

5.2.1.1. EIT:n aikaisempia tulkintoja

Näyttöarvon alentamisella viitataan tässä tutkielmassa siihen, että lainvastaisesti hankitun todisteen arvo oikeudenkäynnissä ei ole täysimääräinen vaan sitä heikompi. Toisin sanoen lainvastaisen todisteen hyödyntäminen kylläkin sallitaan, mutta sellainen todiste ei saa olla ainoa tai ratkaiseva näyttö asiassa. Lisäksi edellytetään muuta, lain mukaisella tavalla hankittua näyttöä.²³⁰

EIT on ratkaisukäytännössään katsonut, ettei lainvastaisen todisteen hyödyntäminen ole siinänsä EIS:n 6 artiklan vastaista, mikäli menettely kokonaisuutena arvioiden täyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset. Lähtökohtana EIT:n käytännössä on kuitenkin aiemmin ollut, että lainvastaisesti hankittua todistetta ei saa käyttää ainoana tai ratkaisevana näyttönä syytetyn syyllisyydestä.²³¹ Tämä merkitsee todisteen näyttöarvoon kohdistuvaa puuttamista siten, että todisteen näyttöarvoa alennetaan. Vaihtoehtoisena tapana näyttöarvon alentamiselle on asettaa todiste hyödyntämiskieltoon, jolloin todistetta ei siis saa käyttää laisinkaan näyttönä.²³² Todisteen lainvastaisuutta arvioitaessa EIT on kiinnittänyt huomiota muun ohella lainvastaisuuden ja ihmisoikeussopimusloukkauksen laatuun, todisteen laatuun ja sen hankkimisen merkitykseen todisteen luotettavuudelle, ovatko rikosasiassa puolustuksen oikeudet toteutuneet ja onko syytetyllä ollut avustaja, sekä todisteen autenttisuuden ja hyödyntämisen riittämismahdollisuuden kontradiktorisessa menettelyssä ja onko riitautuksen mahdollinen hylkääminen perusteltu asianmukaisesti ratkaisussa.²³³

Tapauksessa Schenk v. Sveitsi (12.7.1988) oli kysymys Sveitsin lainsäädännössä lainvastaisen

²²⁸ Esimerkiksi Virolainen ja Pölonen 2003, s. 263-267, sekä Ervo 2008, s. 441-445.

²²⁹ Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöitä ei tässä yhteydessä pyritä esittelemään tyhjentävästi, vaan keskeisimpiä osatekijöitä arvioidaan esiteltävien oikeustapausten kautta.

²³⁰ Ks. esimerkiksi Fredman 2013, s. 630-641.

²³¹ Esimerkiksi OMSO 65/2012, s. 41, sekä Kemppinen 2016, s. 130-136.

²³² Fredman 2013, s. 630.

²³³ LaVM 19/2014 vp, s. 21, sekä Rautio 2016, s. 181.

eli salaa tehdyn, muun kuin viranomaisen tekemän puhelunauhoituksen käytöstä todisteena. Valittaja oli palkannut henkilön murhaamaan entisen vaimonsa. Palkattu henkilö otti poliisiin yhteyttä valittajalta saamansa toimeksiannon jälkeen paljastaen valittajan suunnitelman. Palkattu henkilö sopi poliisin kanssa, että nauhoittaa salaa puhelinkeskustelun valittajan kanssa. Valittaja tuomittiin murhaan yllyttämisen yrityksestä salaa nauhoitetun puhelinkeskustelun perusteella. Tuomion tukena oli muutakin näyttöä, joten puhelunauhoite ei ollut asiassa ainoa näyttö. Valittaja oli käyttänyt tilaisuuden riitauttaa nauhoituksen aitous, vastustaa nauhoituksen käyttöä todisteena, tehdä kysymyksiä toiselle osapuolelle sekä haastaa nauhoituksen toteuttanut poliisi oikeuteen.²³⁴

Tuomion saanut valitti kuitenkin EIT:een sillä perusteella, ettei pitänyt oikeudenkäyntiä oikeudenmukaisena EIS 6 artiklan tarkoittamalla tavalla. EIT arvioi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista kiinnittäen huomiota muun ohella siihen, että valittajalla oli ollut tilaisuus asettaa kyseenalaiseksi puhelinnauhoituksen todenmukaisuus ja vastustaa sen käyttämistä todisteena. Lisäksi EIT painotti kansallisen tuomioistuimen perustaneen tuomionsa muihin todisteisiin kuin lainvastaisesti hankittuun puhelinnauhoitukseen, ja totesi nauhoituksen vain vahvistaneen muihin todisteisiin perustuneen valittajan syyllisyyden. Oikeudenkäynnin EIT totesi kokonaisuudessaan olleen oikeudenmukaisen, mitä lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen ei siten horjuttanut. EIS:n 6 artiklaa ei näin ollen rikottu, joten nauhoitetta saatiin käyttää todisteena.²³⁵

Edellä esitellyn Schenk-tapauksen perusteella on pääteltävissä, että oikeudenkäyntimenettely voi silti olla kokonaisuudessaan oikeudenmukainen, vaikka oikeudenkäynnissä hyödynnettäisiinkin lainvastaisesti hankittua todistetta. Oikeudenmukaisuuden toteutumista edistää esimerkiksi se, että asiassa on käytettävissä myös muuta todistusaineistoa kuin pelkästään lainvastaisesti hankittua. Lainvastaisesti hankitun todisteen on kuitenkin oltava luotettava, ja syytetyllä tulee olla todellinen mahdollisuus riitauttaa todisteen todenperäisyys sekä käyttäminen näyttönä ylipäätään. Syytetyllä tulee luonnollisesti olla myös mahdollisuus kuulustuttaa todistajaa sekä lausua kantansa todisteista. Kaikki oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät on niin

²³⁴ Schenk v. Sveitsi (12.7.1988). Tässä yhteydessä totean, että oikeustapauksia esitellessäni käytän yleensä lähdeaineiston mukaisesti ilmauksia syytetty tai epäilty puhuessani KKO:n tapauksista, ja ilmausta valittaja puhuessani EIT:n tapauksista. Keskeistä mainituille ilmauksille on vastaajan asema eli ”vastapuolella olo asianomistajaan nähden”.

²³⁵ Schenk v. Sveitsi (12.7.1988).

ollen otettava huomioon, jotta kokonaisarviointi oikeudenmukaisuudesta olisi ylipäätään tehtävissä.²³⁶

Tapauksessa Gäfgen v. Saksa (suuri jaosto 1.6.2010) oli kysymys poliisin kovalla kivulla uhaten lapsen sieppauksesta epäillyltä saamansa tunnustuksen käyttämisestä todisteena, mistä epäilty valitti EIT:een. Valittajalle ilmoitettiin rikosepäilystä ja vaitiolo-oikeudestaan pidätyksen yhteydessä. Valittaja sai tavata asianajajaa puolen tunnin ajan, minkä jälkeen hän ilmoitti poliisi M:lle, että pojan olivat siepanneet tietyt kaksi henkilöä, jotka olivat myös kätkenneet pojan.²³⁷

Seuraavana päivänä poliisi L uhkasi valittajaa kovalla kivulla, ellei hän paljastaisi pojan olinpaikkaa. Lisäksi valittajan kertoman mukaan poliisi E uhkasi laittaa valittajan selliin kahden ison värillisen miehen raiskattavaksi, minkä uhkauksen hallitus kuitenkin kiisti myöhemmin. Poliisi E oli myös läimäyttänyt ja ravistellut valittajaa. Noin 10 minuutin kuluttua valittaja kertoi pelästyksissään pojan kätköpaikan suostuen kuitenkin näyttämään paikan vain poliisi M:lle. Poliisit löysivät pojan ruumiin valittajan osoittamasta paikasta ottaen löytämistapahtuman myös videolle. Löytöpaikalta löytyi myös valittajan ajoneuvon jättämiä renkaan jälkiä. Paluumatkalla valittaja tunnusti poliisi M:lle siepanneensa ja surmanneensa pojan. Apulaispoliisipäällikkö kertoi selityksessään määränneensä poliisi E:n lääkärin paikalla ollessa kuulustelemaan valittajaa uhkaamalla kivulla, jolla ei aiheutettaisi vammoja. Lisäksi apulaispoliisipäällikkö oli määrännyt toisen poliisin antamaan valittajalle totuusserumia. Valittajan EIS 3 artiklan vastaisen kohtelun tarkoituksena oli ollut saada selville kuulusteluhetkellä elossa olevaksi luullun uhrin piilopaikka.²³⁸

Tuomioistuimessa valittaja vaati, ettei häneltä kuulustelumenettelyssä saatua tunnustusta, myöhempiä myöntämisään tai niiden perusteella löydettyjä todisteita saisi ottaa oikeudenkäyntiaineistona huomioon. Tuomioistuin päätti olla tukeutumatta valittajalta tuolloin saatuun tunnustukseen ja muihin myöntämiin, joita valittaja oli sen jälkeen antanut tutkintaviranomaisille.

²³⁶ Näin myös Hirvelä 2003, s. 42-44.

²³⁷ Gäfgen v. Saksa (suuri jaosto 1.6.2010). Valittaja oli piilottanut uhrinsa, jonka edelleen valittajan pidättämishetkellä luultiin olevan hengissä. Valittaja kätki lapsen ruumiin maaseudulle ja vaati kirjeitse lapsen vanhemmilta lunnaita uskotellen samalla, että vanhemmat näkisivät lapsensa maksettuaan ensin 1 miljoonan euron lunnasmaksun. Valittaja haki lunnait sovitusta paikasta muutaman päivän kuluttua, jolloin poliisin onnistui seurata häntä salaa. Poliisi pidätti valittajan lentokentällä samana päivänä.

²³⁸ Valittajan asunnosta takavarikoitiin pojan tavaroita ja vaatteita sekä kirjoituskone, jolla lunnasvaatimus oli kirjoitettu. Asunnolta löytyi myös rikossuunnitelman sisältänyt lappu sekä lunnasrahat melkein kokonaisuudessaan.

Muun todistelun epäamisestä tehdyn valittajan pyynnön tuomioistuin hylkäsi. Seuraavassa oikeusistunnossa valittaja myönsi surmanneensa pojan, vaikka ei ollut alun perin aikonut sitä tehdä. Myöhemmin valittaja loppulausunnossaan myönsi jo alun perin aikoneensa tappaa pojan. Valittaja totesi myös teon myöntämisen olevan ainoa tapa sovittaa hänen raskas syyllisyytensä ja pyytää anteeksiantoa. Valittaja tuomittiin pojan sieppauksesta ja murhasta elinkautiseen vankeuteen syyksilukemisen perustuesa pääasiallisesti valittajan oikeudessa antamiin tunnustuksiin. Tunnustusten lisäksi tuomioistuin nojautui murhatun pojan sisaren kertomuksiin, kiristyskirjeeseen sekä valittajan asunnosta löydettyyn rikossuunnitelman sisältäneeseen lappuun.²³⁹

Valittajan saaman kohtelun EIT katsoi olleen niin kovaa, että EIS 3 artikla soveltui tapaukseen. Kohtelu ei kuitenkaan ollut niin kovaa, että se olisi ollut kidutusta EIS 3 artiklan valossa.²⁴⁰ Saksan tuomioistuimet olivat tunnustaneet valittajan kohtelun rikkoneen EIS 3 artiklaa. Rikkomuksen seurauksena poliisit oli tuomittu rangaistuksiin, ja valittajalla oli ollut oikeus vaatia korvausta virkavelvollisuuden rikkomisesta. EIT totesi valittajan menettäneen väittämänsä EIS:n rikkomuksen suhteen loukatun asemansa, jos kotimaiset viranomaiset olivat nimenomaisesti tai asiallisesti tunnustaneet rikkomuksen ja myöntäneet siitä hyvitystä. Viranomaisten toimenpiteet eivät kuitenkaan puheena olevassa tapauksessa täyttäneet hyvityksen suhteen EIT:n oikeuskäytännössä asetettuja vaatimuksia. Siten EIT katsoi valittajan olevan edelleen loukattu henkilö EIS 34 artiklan mielessä.²⁴¹

Esinetodisteiden osalta EIT totesi niiden olleen välittömässä syy-yhteydessä EIS 3 artiklan vastaisen kuulustelun kanssa. Kansallisen tuomioistuimen esinetodisteiden hyödyntäminen ei EIT:n mukaan kuitenkaan vaikuttanut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen, sillä tuomio oli perustunut pääasiassa valittajan oikeudenkäynnin lopulla antamaan uuteen tunnustukseen ja sanottua esinetodistelua oli hyödynnetty vain tunnustuksen totuudenmukaisuuden tarkistamista varten.²⁴² Valittajalle oli ennen tunnustusta annettu ohjausta hänen vaitiolo-oikeudestaan sekä kerrottu, että hänen aiempia lausumiaan ei tulla käyttämään hyväksi häntä vastaan. Valittajalla oli myös ollut oikeusavustaja. EIT ei katsonut minkään osoittavan, että valittaja ei olisi

²³⁹ Gäfgen v. Saksa (suuri jaosto 1.6.2010).

²⁴⁰ Valittaja väitti poliisi E:n käyttäneen kuulustellessaan kidutusta. Lisäksi valittaja oli vastoin tahtoaan viety ruumiin kätköpaikkaan. Valittaja katsoi kokemansa painostuksen johdosta joutuneensa paljastamaan myös muita todisteita ja siten myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen. EIT katsoi, että kuulustelun aikaisen kaltoin kohtelun aiheuttamat tahalliset ja välittömät uhkaukset olivat aiheuttaneet valittajalle huomattavaa henkistä kärsimystä, mutta pitkäaikaista psyykkistä haittaa ei näytetty aiheutuneen.

²⁴¹ Gäfgen v. Saksa (suuri jaosto 1.6.2010). EIS 34 artikla koskee yksilövalituksia.

²⁴² Ks. alaviite 238. Valittajan asunnosta oli takavarikoitu pojan tavaroita ja vaatteita, lunnasvaatimuksen kirjoittamiseen käytetty kirjoituskone, rikossuunnitelman sisältänyt lappu sekä suurin osa lunnasrahoista.

kertonut totuutta ja tunnustanut tekoa, jos sanottua esinetodistelua ei olisi huomioitu oikeudenkäynnissä. Valittajalla olisi näin ollen ollut mahdollisuus kiistää syyllisyytensä esinetodistelusta huolimatta. Tapauksessa ei voitu siten katsoa valittajan oikeudenkäynnissä antaman tunnustuksen johtuneen toimenpiteistä, joilla hänen oikeuksiaan oli loukattu esitutkinnan yhteydessä. EIT totesi siten artiklaa 3 rikotun, mutta sillä ei kuitenkaan katsottu olleen mitään vaikutusta valittajan tunnustamiseen oikeudenkäynnissä. Sen sijaan artiklan 6 rikkomista EIT ei katsonut tapahtuneen. Todisteita sai niin ollen käyttää näyttönä muun näytön ohella.²⁴³

EIT:n Gäfgen-tapaukseen antamat perustelut antavat ymmärtää oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kärsivän, jos tapauksen loppuratkaisuun olisivat vaikuttaneet sellaiset esinetodisteet, joita ei ehkä olisi löydetty ilman lainvastaisen kohtelun seurauksena tehtyä tunnustusta. Oikeudenmukaisuus kärsisi myös, jos valittaja olisi antanut oikeudenkäynnissä myöhemmin uuden tunnustuksen katsoen, ettei hänellä ole muuta mahdollisuutta kuin tunnustaa. Tästä voidaan päätellä EIT:n pitävän mahdollisena, että lainvastaisesti hankitulla todisteella voi olla tietynlainen etäisvaikutus myös siitä seuranneisiin todisteisiin.²⁴⁴

Tapauksessa Luca v. Italia (27.2.2001) oli puolestaan kysymys siitä, saiko valittajan saama tuomio huumausainekauppaa koskevassa rikosasiassa perustua toisen syytetyn (N) esitutkinnassa antamiin lausumiin hänen vedottua oikeuteensa pysyä vaiti asiaa käsiteltäessä. Valittaja tuomittiin yli 8 vuodeksi vankeuteen sekä sakkoihin. Muut huumausainekaupasta syytetyt tuomittiin 6-9 vuoden vankeusrangaistuksiin. Tuomioistuin totesi valittajan saaman tuomion perustuneen pääasiassa N:n esitutkinnassa antamiin kertomuksiin, joita tuomioistuin piti uskottavina kertomusten vapaaehtoisuuden ja täsmällisyyden huomioiden. Valittaja valitti tuomiossaan ylioikeuteen kiistäen N:n kertomusten luotettavuuden, ja vedoten muun ohella siihen, että kertomukset oli annettu kontradiktorisen periaatteen vastaisesti, sillä hänellä ei ollut tilaisuutta kuulustella tai kuulustuttaa kertomusten antajaa. Ylioikeus kuitenkin pysytti alioikeuden tuomion. Kassaatio tuomioistuin puolestaan hylkäsi valituksen.²⁴⁵

EIT totesi tehtävänään olevan sen arvioimisen, oliko oikeudenkäynti kokonaisuudessaan ollut

²⁴³ Ks. myös Spring-Reiman 2012, s. 19-20.

²⁴⁴ Spring-Reiman 2012, s. 20.

²⁴⁵ Luca v. Italia (27.2.2001). Tapaus käsitellään tässä yhteydessä vain oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten näkökulmasta. Valittajan kulukorvausvaatimus jää näin ollen tarkastelun ulkopuolelle. Syytetty N:ltä oli tavattu huumausainetta pidätyksen yhteydessä. Syytetty N oli kertonut kuulusteluissa menneensä syytetty C:n kanssa valittajan asunnolle, jossa valittaja oli luvannut toimittaa heille puoli kiloa kokaiinia muutama päivä myöhemmin. Valittajaa, C:tä ja kahta muuta epäiltyä vastaan nostettiin syyte huumausainekaupasta. Syytetty N:ää puolestaan syytettiin huumausainekäytön hallussapidosta eri oikeudenkäynnissä. N kutsuttiin kuuluttavaksi huumausainekaupan osalta, mutta N ilmoitti käyttävänsä oikeuttaan pysyä vaiti. Tällöin tuomioistuin antoi määräyksen siitä, että N:n esitutkinnassa antamansa kertomukset oli luettava oikeudessa.

oikeudenmukainen. Pääsäännön mukaan EIS 6 artiklan 1 ja 3 d) –kohdat edellyttivät, että vastaajalle varattiin riittävä ja asianmukainen tilaisuus esittää häntä vastaan vedotulle todistajalle kysymyksiä ja riitauttaa todistajan lausumat joko lausumia annettaessa tai myöhemmin.²⁴⁶ Tiettyissä tapauksissa EIT totesi saattavan olla välttämätöntä vedota esitutkintakertomuksiin, esimerkiksi todistajan kieltäytyessä toistamasta kertomustaan julkisesti oman turvallisuutensa puolesta pelätessään. Mikäli vastaajalle oli kuitenkin annettu riittävä ja asianmukainen tilaisuus riitauttaa todistajan kertomukset, ei EIT katsonut kertomusten hyväksymisen todisteiksi itsessään rikkovan EIS 6 artiklan 1 ja 3 d) –kohtia. Toisaalta EIT katsoi tästä puolustuksen oikeuksien rajoittuvan EIS 6 artiklaan nähden yhteen sopimattomalla tavalla, jos tuomio perustui yksinomaan taikka ratkaisevassa määrin kertomuksiin, joiden antajaa syytetyllä ei ollut tilaisuutta kuulustella tai kuulustuttaa esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä. Koska valittaja oli tuomittu ainoastaan N:n kertomusten perusteella eikä valittajalla tai hänen puolustajallaan ollut ollut tilaisuutta esittää N:lle kysymyksiä missään vaiheessa, ei EIT katsonut oikeudenkäynnin olleen oikeudenmukainen. Todistajan N:n antamia esitutkintakertomuksia ei niin ollen saanut hyödyntää ainoana näyttönä asiassa.²⁴⁷

Silloin, kun EIT on ratkaisuisaan katsonut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytysten jääneen kokonaisuutena arvioiden täyttymättä, on usein ollut kysymys puolustuksen oikeuksien rajoittamisesta EIS:n tarkoituksen vastaisella tavalla. Lainvastaisesti hankitun todisteen alkuperä ei yksistään ole välttämättä aiheuttanut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden häviämistä, mutta jos syytetty tai hänen puolustajansa eivät ole saaneet tilaisuutta riitauttaa asianomaista lainvastaista todistetta taikka vastustaa sanotun todisteen käyttämistä näyttönä oikeudenkäynnissä, on asiantila johtanut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden takeiden täytymättä jäämiseen. Myös todisteen laatua luotettavuuden näkökulmasta on painotettu; todisteen hankkimisen olosuhteet eivät saa antaa aihetta epäillä todisteen luotettavuutta. Käytännössä EIT on arvioinut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta tarkastelemalla, millaisia seikkoja on

²⁴⁶ EIS 6 artikla 1 kohta koskee jokaisen oikeuksiin kuuluvaa oikeudenmukaista ja julkista oikeudenkäyntiä kohtuullisen ajan kuluessa, EIS 6 artikla 3 d) kohta puolestaan koskee syytetyn oikeutta kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan kutsuttua todistajaa.

²⁴⁷ Luca v. Italia (27.2.2001). Ks. myös Kostovski v. Alankomaat (29.3.1990), jossa valituksen tehnyt vastaaja oli tuomittu aseellisesta ryöstöstä sellaisen näytön perusteella, joka muodostui kahden tuntemattomaksi jääneen todistajan lausumista laaditusta pöytäkirjasta. EIT totesi EIS:n 6 artiklaa rikotaan; tuomiota ei olisi saanut perustaa pöytäkirjalausuntoihin ratkaisevassa määrin. Tapauksessa Ludi v. Sveitsi (15.6.1992 EIT:A-238) oli kysymys siitä, että anonyymiä poliisia ei suostuttu kuulemaan henkilökohtaisesti todistajana oikeudenkäynnissä. Sen sijaan näyttönä käytettiin mainitun poliisin laatimia kirjallisia raportteja. Vastaajalla tai hänen asiamiehellään ei ollut missään vaiheessa oikeudenkäyntiä mahdollisuutta kuulustella poliisia tai asettaa hänen uskottavuuttaan kyseenalaiseksi. EIT:n mukaan poliisin kuulustelu olisi voitu toteuttaa poliisin henkilöllisyys salaten, jolloin poliisia olisi voitu vastedeskin käyttää uudelleen samanlaisissa tehtävissä. Puolustuksen oikeuksia oli rajoitettu siten, että oikeudenkäynti ei ollut oikeudenmukainen. Raporttien käyttö todisteena ei niin ollen ollut sallittua.

huomioitu syytetyn vahingoksi, ja millä tavoin menettelyn epäoikeudenmukaisuutta on koettu kompensoida syytetyn hyväksi.²⁴⁸

Myös kotimaisessa oikeuskäytännössä on otettu kantaa oikeudellisesti virheelliseen todisteseen siten, että asiassa on päädytty todisteen näyttöarvon alentamiseen. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2000:71 oli kysymys törkeästä pahoinpitelystä, jonka vuoksi käräjäoikeus tuomitsi syytetty A:n 8 kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen. Asianomistaja B:n esitutkintakertomus oli käräjäoikeudessa otettu todisteena huomioon, koska asianomistaja oli kieltäytynyt lausumasta oikeudenkäynnissä mitään. Syytetyllä ei kuitenkaan ollut tilaisuutta kuulustuttaa asianomistajaa tämän vaikenemisen vuoksi. Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota.²⁴⁹

Valituksessaan A vaati syytteen hylkäämistä näyttämättömänä. A:n näkemyksen mukaan B:llä oli ollut hänen kihlattunaan oikeus asianomistajana kieltäytyä todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa kertomasta mitään asiassa eikä käräjäoikeus olisi saanut nojautua B:n esitutkinnassa antamaan kertomukseen näyttönä A:n syyllisyydestä.

Perusteluissaan KKO totesi sinänsä olevan sallittua lukea esitutkintakertomus oikeudenkäynnissä muun muassa silloin, kun todistaja taikka todistelutarkoituksessa kuultava asianomistaja selittää, ettei voi tai halua lausua asiassa mitään. Yleisenä oikeudenkäyntiä koskevana periaatteena KKO totesi olevan syytetyn oikeuden kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan kutsuttuja todistajia sekä todistelutarkoituksessa kuultavia asianomistajia. A:lla kuitenkaan ei ollut tähän mahdollisuutta B:n kieltäytyttyä kertomasta mitään käräjäoikeudessa. KKO katsoi B:n esitutkintakertomuksen olleen pääasiallinen näyttö asiassa. Esitutkintakertomuksella on niin ollen ollut ratkaiseva merkitys sen arvioimiseksi, onko A:n voitu katsoa syyllistyneen siihen tekoon, mistä hänelle on vaadittu rangaistusta. KKO hylkäsi syytteen, koska esitutkintakertomusta ei voitu käyttää asiassa ratkaisevana todisteena eikä muukaan asiassa esitetty näyttö ollut riittävää syytetyn syyllisyyden toteamiseksi.²⁵⁰

²⁴⁸ Esimerkiksi Spring-Reiman 2012, s. 4.

²⁴⁹ KKO 2000:71.

²⁵⁰ KKO 2000:71. Eri mieltä ollut jäsen päätyi samaan lopputulokseen enemmistön kanssa, mutta kiinnitti perusteluissaan huomiota esimerkiksi asianomistajan ja syytetyn välisiin läheisiin henkilösuhteisiin. Ks. myös Ervo 2000, s. 980-996. Syyte hylättiin myös tapauksessa KKO 2008:68 muun riittävän näytön puuttuessa, sillä ai-noana todisteena lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskeneessa tapauksessa oli psykologin todistajana antama kertomus hänen ja lapsen välisten keskustelujen perusteella. Keskusteluja ei ollut tallennettu eikä syytetyllä ollut mahdollisuutta esittää asianomistajalle lapselle kysymyksiä tai kyseenalaistaa lapsen kertomusta. Psykologin kertomuksen käyttöä ratkaisevana todisteena ei näin ollen hyväksytty. Tapaus KKO 2013:25 koski huumausainerikosta, jonka syytetty oli esitutkinnassa tunnustanut, mutta sittemmin oikeudenkäynnissä peruuttanut tunnustuksensa. Syytetyn katsottiin yksiselitteisesti luopuneen avustajasta ja kuulustelutodistajasta tietoisena

Tapauksessa KKO 2007:101 oli kysymys kahdesta parituksesta. Syytetty A oli luovuttanut asuntonsa kahden henkilön haltuun, jotka olivat tarjonneet asunnossa maksullisia seksipalveluita. Hankkiakseen itselleen tai toisille oikeudetonta taloudellista hyötyä, A oli myös hankkinut avaimet erääseen asuntoon ja luovuttanut asunnon hallinnan henkilölle, joka oli tarjonnut asunnossa maksullisia seksipalveluita. A kiisti syyllistyneensä paritukseen. Syyttäjän todistajina oli kolme ulkomailla asuvaa, maksullisia seksipalveluja tarjonnutta henkilöä sekä kaksi muuta henkilöä. Kutsu pääkäsittelyyn oli onnistuttu antamaan tiedoksi vain yhdelle seksipalveluja tarjonneelle henkilölle. Kukaan seksipalveluja tarjonneista henkilöistä ei saapunut pääkäsittelyyn. Käräjäoikeus toimitti uuden pääkäsittelyn, jossa oli videoneuvotteluyhteys todistajien kotoon maakuntaoikeuteen. Paikallinen poliisi löysi vain yhden kuultavista henkilöistä, joka laillisen esteen vuoksi jäi saapumatta maakuntaoikeuteen. Käräjäoikeus katsoi, että maksullisia seksipalveluja tarjonneiden henkilöiden esitutkintakertomukset voitiin ottaa asiassa huomioon todistajana olleen poliisimiehen sekä asunnon omistaneen henkilön kertomusten lisäksi. A sai yhteisen 60 päivän ehdottoman vankeusrangaistustuomion kahdesta parituksesta sekä eräästä muusta rikoksesta. Hovioikeus totesi poliisimiehen sekä asunnon omistajan kertomusten olevan vahva näyttö syytteiden tueksi, ja pysytti käräjäoikeuden päätöksen.²⁵¹

KKO:ssa todettiin paritusrikoksen kannalta keskeisten seikkojen tulleen näytetyiksi. Esitutkintakertomusten käyttö oikeudenkäynnissä sallittiin, koska ulkomaalaisia todistajia ei yrityksistä huolimatta saatu kutsuttua oikeudenkäyntiin eikä myöskään kuuleminen oikeusapua hyödyntämällä onnistunut. Tuomio ei kuitenkaan perustunut ratkaisevasti esitutkintakertomuksista muodostuvaan näyttöön, vaan asiassa oli esitetty muutakin näyttöä.²⁵²

5.2.1.2. EIT:n kannanmuutos sallivampaan suuntaan

EIT:n lainvastaisen todisteen rajoittamista ilmentävä kanta käy selvästi ilmi varsinkin aikaisemmasta ratkaisukäytännöstä. EIT:n suuren jaoston antaman ennakkopäätöksen 15.12.2011

oikeudesta olla vaiti ja myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen. Esitutkintakertomuksen sisältämät tunnustamislauseumat olivat huumeiden myynnin osalta asiassa pääasiallinen näyttö, johon syyksi lukemista ei voitu yksinomaan perustaa. Syyttäjän esittämä muu näyttö ei ollut kokonaisuutena arvioiden asiassa riittävä. Ks. tarkempi esittely alaluvussa 4.5.

²⁵¹ KKO 2007:101. Perusteluinaaan hovioikeus totesi muun ohella seuraavaa: ”Kirjallisten todistajankertomusten sallittavuutta harkittaessa keskeistä on ollut se, kuinka ratkaisevassa asemassa kirjallinen todistajankertomus on ollut jutun koko näytön kannalta. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen on katsottu edellyttävän sitä, että syytetyllä on ehdoton oikeus kuulustella vain sellaisen kirjallisen todistajankertomuksen antanutta todistajaa, jonka kertomus muodostaa asiassa ainoan tai ratkaisevan näytön.”

²⁵² KKO 2007:101.

(Al-Khawaja ja Tahery v. UK) voidaan kuitenkin katsoa olevan alkusignaali suuntaan, jossa lainvastaista todistetta saadaan käyttää myös ratkaisevana näyttönä syytettyä vastaan, kunhan oikeudenkäynti muutoin on oikeudenmukainen.²⁵³

EIT:n ratkaisu Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta (suuri jaosto 15.12.2011) muodostuu kahdesta tapauksesta, joiden käsittely oli yhdistetty. Al-Khawajan osalta kyse oli kuulleen asianomistajan ST:n esitutkimuskertomuksen ja kuulopuhetodistelun käytöstä ratkaisevana näyttönä. Al-Khawajan epäiltiin käyttäneen seksuaalisesti hyväkseen kahta hoidettavana ollutta naispotilasta hypnoosin aikana. Toinen potilaista (ST) teki itsemurhan, mutta oli sitä ennen ehtinyt kertoa asiasta sekä poliisille että kahdelle ystävälleen. EIT:n tuomari otti ST:n kuulopuhetodisteluna esitetyn kertomuksen todisteeksi todeten samalla, että kertomus oli syyttäjän näkökulmasta olennainen todiste muun näytön puuttuessa kokonaan, ja että syytetyllä oli ollut tilaisuus riitauttaa kertomus. Tuomari ohjeisti jurya kuitenkin, että kertomusta tuli arvioida varovaisesti, koska ST:a ei voitu oikeudessa kuulla. Al-Khawajan valitti saamastaan tuomiosta, mutta ylioikeus hylkäsi valituksen. Suuri jaosto painotti ratkaisussaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia lausuen muun ohella, että normaalisti asiassa esitettävä näyttö tulee esittää syytetyn läsnä ollessa julkisessa istunnossa kontradiktorisen periaatteen mukaisesti. Poikkeuksilla ei saa loukata syytetyn oikeuksia koskien todisteen riitauttamista sekä todistajan kuulemistä; lisäksi todistajan poissaololle oikeudesta tulee olla hyväksyttävä syy, eikä tuomiota saa perustaa yksinomaan tai ratkaisevassa määrin kertomuksiin, joiden antajia syytetty ei ole voinut kuulustella tai kuulusteluttaa. Todistajan kuolema on sellainen hyväksyttävä syy, jonka vuoksi todistajan ennen kuolemaansa antama kirjallinen kertomus voidaan ottaa huomioon asiaa ratkaistaessa. Joissakin tapauksissa myös todistajan poissaolo syytetyn aiheuttaman pelon vuoksi voi olla hyväksyttävä syy, sillä syytetty ei saa hyötyä todistajissa aikaansaamassaan pelosta. Keskeiseksi prosessuaaliseksi takeeksi sanotussa tapauksessa suuri jaosto nimesi todistajankertomuksen luotettavuuden asianmukaisen arvioinnin, jonka perusteella jury oli saattanut varmistua todistajankertomuksen luotettavuudesta. Vaikka syytetylle aiheutui asiassa vaikeuksia, oli oikeudenkäynti kuitenkin kokonaisuudessaan tarkasteltuna ollut oikeudenmukainen.²⁵⁴

Taheryn osalta puolestaan kysymys oli todistajankertomuksesta ratkaisevana näyttönä. Todis-

²⁵³ Fredman 2013, s. 634-637, sekä OMSO 65/2012, s. 41.

²⁵⁴ Al-Khawaja ja Taherty v. Yhdistynyt kuningaskunta, (suuri jaosto 15.12.2011). Oikeudenkäyntiin oli kokonaisuutena tarkastellen sisältynyt riittäviä takeita eikä EIS 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohtia ollut rikottu.

tajan pelkäämisen vuoksi vastakuulustelu jäi toteutumatta. EIT ei havainnut käsillä olleen seikkoja, jotka olisivat oikeuttaneet todistajankertomuksen käytön tuomion perustana. Näin ollen EIT:n suuri jaosto katsoi, että Taheryn osalta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiä oli rikottu.²⁵⁵

EIT:n sanottua tapausta koskenut linjanmuutos sisälsi siten kannan, että syytetty voidaan poikkeuksellisesti tuomita myös sellaisen näytön perusteella, jonka osalta kontradiktorista periaatetta ilmentävä vastakuulustelu-oikeus ei prosessin aikana ole lainkaan toteutunut. Vastakuulustelu-oikeuden puuttuminen edellyttää pätevää, hyväksyttävää syytä. Sen lisäksi vastakuulustelu-oikeudetta tapahtuneen todistelun tulee olla riittävän luotettavaa merkitykseensä nähden.²⁵⁶

Uusi sallivampi tulkinta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeita koskevan EIS 6 artiklan osalta on osoittanut vahvistumistaan myös seuraavissa uudemmissä ratkaisuisissa:

Tapauksessa *Chmura v. Puola* (3.4.2012) valittajaa syytettiin syytekirjelmän mukaan rikollisjoukkion jäsenyydestä ja vuonna 1999 tapahtuneesta Bulgarian kansalaisen NA:n sieppauksesta, laittomasta vangitsemisesta ja ryöstöstä.²⁵⁷ NA saatiin vangitsemismääräyksen johdosta kiinni toisen rikosjutun yhteydessä maaliskuussa vuonna 2002, jonka jälkeen häntä kuulusteltiin syyttäjän toimesta. NA:ta päätettiin kuulla ennakolta alioikeudessa, koska hänen pelättiin jäävän saapumatta varsinaiseen oikeudenkäyntiin ja hänen kertomuksellaan oli kuitenkin olennainen merkitys jutun lopputuloksen kannalta. Tuomioistuin ilmoitti valittajalle ja muille syytetyille sekä näiden asianajajille huhtikuulle määrätystä istunnosta. Valittajan asianajajalle ilmoitettiin myös, että tämä voisi valittajan kanssa tutustua esitutkinta-aineistoon istunnon jälkeen 10 päivän ajan.²⁵⁸

Valittajan asianajaja vaati lykkäystä, koska ei ollut saanut tutustua aineistoon ainakaan NA:n aiempien lausumien osalta. Syyttäjä vastusti asianajajan pyyntöä ilmoittaen, että esitutkinta-aineistoa oli salattu todistajien suojelun vuoksi ja että aineistoon saisi tutustua seuraavasta päivästä alkaen. Oikeus hylkäsi asianajajan lykkäyspyynnön todettuaan, ettei se voinut puuttua esitutkinta-aineiston paljastamiseen. Valittaja ja hänen asianajajansa sekä eräät muista syyteistä poistuivat välittömästi istuntosalista osoittaen näin mieltään oikeuden päätöksen vuoksi.

²⁵⁵ *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* (suuri jaosto 15.12.2011). EIS 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohtaa oli rikottu.

²⁵⁶ Fredman 2013, s. 637.

²⁵⁷ *Chmura v. Puola* (3.4.2012). Muita joukkion jäseniä syytettiin kiristyksestä, ryöstöstä, sieppauksesta ja prostituutiolla hyötymisestä. NA tunnisti valittajan valokuvasta yhdeksi hänet siepanneista, pahoinpidelleistä ja ryöstäneistä miehistä. NA:lle lähetettiin Bulgariaan kutsu saapua todistamaan asiassa, mutta tavoittamatta jääneen NA:n ilmoitettiin oleskelevan Puolassa.

²⁵⁸ *Chmura v. Puola* (3.4.2012).

Videoidun kuulustelun aikana NA kertoi asianomaisista tapahtumista ja totesi tunnistaneensa valittajan yhdeksi tekijäksi. Sen jälkeen NA vastasi syyttäjän ja kahden vastaajan esittämiin kysymyksiin.²⁵⁹ Tapausta käsiteltiin useissa istunnoissa, joihin NA:ta yritettiin tuloksetta haastaa useaan otteeseen. NA:n olinpaikan selvittämiseksi pyydettiin apua myös Bulgarian suurlähetystöltä. Kesäkuussa 2003 valittaja tuomittiin 4 vuoden vankeusrangaistukseen sekä sakkoon tuomion perustuessa ratkaisevassa määrin NA:n kertomukseen sekä siihen, että NA oli tunnistanut valittajan ja muut tekijät.²⁶⁰

Valittaja väitti EIT:lle joutuneensa EIS 6 artiklan 1 sekä 3 b) ja d)-kohtien rikkomusten kohteeksi, kun hän ei ollut saanut kuulustella NA:ta syytetyn oikeuksien edellyttämin tavoin. EIT:n perustelujen mukaan oli riidatonta, että valittajan saama tuomio oli perustettu ratkaisevasti NA:n lausumiin, koska NA:ta ei ollut kuultu oikeudessa. Varmistaakseen NA:n läsnäolon istunnossa oikeus oli kuitenkin ryhtynyt kaikkiin tarpeellisiin toimenpiteisiin kääntyen paitsi poliisin myös Bulgarian suurlähetystön puoleen. Näissä oloissa voitiin pitää hyväksyttävänä, että oikeus oli turvautunut NA:n ennakkokuulustelussa antamaan kertomukseen. Ennakkokuulustelun järjestämisen EIT katsoi olleen kiireellistä ja aineistoon tutustumisen epääminen oli ollut perusteltua, jotta kuulustelua ei olisi tarpeettomasti viivytetty. EIT:n näkemyksen mukaan tutustumisen epääminen istuntopäivänä taikka syyttäjän aiempi päätös tutustumisen sallimisesta vasta istuntopäivän jälkeen eivät olleet osoitus mistään tahallisesta syytetyn oikeuksien loukkaamisesta. Olennaisimmaksi seikaksi EIT katsoi sen, että valittajalla ja hänen asianajajallaan oli ollut aineistoon tutustumisen epäämisestä huolimatta riittävästi tietoja pystyäkseen riitautamaan NA:n uskottavuuden ja hänen lausumiensa totuudenmukaisuuden. Valittajaa oli kuultu vastakkain NA:n kanssa ja valittajalle annettussa syytekirjelmässä oli ollut perusteluosa, jossa kerrottiin syytteen perustana olleista tosiseikoista ja näytöstä. Valittaja sekä hänen asianajajansa olisivat voineet tehdä NA:lle kysymyksiä, elleivät he olisi poistuneet istuntosalista ennen aikojaan. EIS 6 artiklaa ei niin ollen ollut loukattu, vaikka ratkaisu perustuikin ratkaisevasti NA:n kertomukseen.²⁶¹

²⁵⁹ Chmura v. Puola (3.4.2012).

²⁶⁰ Valittajan asianajaja valitti tuomiosta sillä perusteella, ettei ollut saanut tutustua esitutkinta-aineistoon ennen NA:n kuulustelua eikä ollut sen vuoksi osannut esittää NA:lle kysymyksiä. Ylioikeus hylkäsi valituksen muun muassa sillä perusteella, että aineiston salassa pitäminen oli ollut tärkeää tutkinnan kannalta. Ylioikeuden mukaan asianajaja ei ollut ajoissa pyytänyt lupaa tutustuakseen esitutkinta-aineistoon. Valittajan asianajaja olisi voinut tehdä NA:lle kysymyksiä päämieheltään saamien tietojen ja NA:n kuulustelu-tilaisuudessa kertomien seikkojen pohjalta ellei olisi poistunut istuntosalista. Asianajaja valitti edelleen korkeimmalle oikeudelle, mutta valitus jätettiin joulukuussa 2004 tutkimatta ilmeisen perusteettomana.

²⁶¹ Chmura v. Puola (3.4.2012). Ks. myös Aigner v. Itävalta (10.5.2012), jossa puolestaan oli kysymys seksuaalirikoksen aikuisen uhrin esitutkintakertomuksen käyttämisestä todisteena sen vuoksi, koska uhri jäi pelkonsa

Tapauksessa Hummer v. Saksa (19.7.2012) valittajaa epäiltiin murhan yrityksestä. Valittajan siskoa, veljeä sekä äitiä kuultiin todistajana, jolloin he antoivat tutkintatuomarille esitutkin-
nassa samansisältöiset kertomukset kuin poliisille antamassaan ilmoituksessa. Valittajalle ei
kyseisestä istunnosta ilmoitettu, eikä hänelle ollut määrätty puolustajaa. Oikeus piti tekoja kah-
tena törkeänä pahoinpitelyinä, jotka olivat kohdistuneet valittajan siskoon ja veljeen. Valittajan
ei katsottu täysin ymmärtäneen tekojensa merkitystä joko epileptisen kohtauksen tai harhamie-
lisen skitsofrenian vuoksi, minkä vuoksi häntä oli pidettävä syyntakeettomana. Edelleen todet-
tiin, että valittaja ei kyennyt muistamaan yöllisiä tapahtumia ja ainoat välittömät todistajat, äiti,
veli ja sisar, olivat käyttäneet oikeuttaan kieltäytyä todistamasta häntä vastaan. Teot voitiin
kuitenkin katsoa selvitettyiksi, kun todistajia esitutkinnessa kuullut tutkintatuomari oli tuomio-
istuimessa kertonut todistajien lausumien sisällöstä. Tutkintatuomarin kertomuksen lisäksi asi-
assa oli muutakin näyttöä.²⁶²

Valittaja valitti liittotuomioistuimeen, joka kuitenkin hylkäsi valituksen perusteettomana. Va-
lituksessaan EIT:een valittaja väitti rikkomuksen tapahtuneen, kun hän ei ollut voinut kuulus-
tella tai kuulustuttaa jutun päätodistajia, jotka olivat kertoneet häntä vastaan. Valittaja vetosi
myös siihen, että näytöksi oli otettu tutkintatuomarin kertomus siitä, mitä todistajat olivat lau-
suneet esitutkinnessa. Ratkaisua koskevissa perusteluissaan EIT painotti syytetyn oikeuksia.
Syytetyllä tuli olla tehokas tilaisuus häntä vastaan esitetyn näytön kyseenalaistamiseen. Pää-
sääntöisesti syytetyn tuli tietää hänelle vastaisia lausumia antaneiden todistajien henkilöt, jotta
hän voisi riitauttaa heidän kelpoisuutensa ja uskottavuutensa. Lisäksi syytetylle tuli tarjota riit-
tävä ja asianmukainen tilaisuus riitauttaa häntä vastaan esitetty kertomus ja kuulla todistajaa
joko kertomusta annettaessa tai myöhemmin oikeudenkäynnissä. EIT katsoi syytetyn oikeuksia
loukattavan, jos tuomio perustettiin ainoastaan tai ratkaisevassa määrin kertomukseen, jonka
antajaa syytetty ei ollut voinut kuulistella tai kuulustuttaa. Syytetyn oikeudet edellyttivät sel-
laisissa olosuhteissa riittäviä vastatakeita kuten esim. toimenpiteitä, joilla näytön luotettavuutta
voitiin asianmukaisesti arvioida. Tässä tapauksessa tutkintatuomari ei ollut määrännyt valitta-
jalle puolustajaa todistajien kuulustelemista varten, vaikka laki edellytti sellaista määräystä.
Valittajalta oli niin ollen riistetty kansallisen lain takaama prosessuaalinen tae, jolla syytetty
sai tilaisuuden kuulustella syyttäjän avaintodistajia esitutkinnessa. Sanottu puute esitutkinnessa

takia pois tuomioistuinkäsittelystä. Todisteella oli ratkaiseva merkitys asiassa. Koska uhrin poissaololle oli pä-
tevä syy, ja koska valittaja ja hänen asianajajansa olivat saaneet esittää uhrille kysymyksiä tutkintatuomarin
luona järjestetyssä kuulustelutilaisuudessa, ei EIT katsonut 6 artiklaa rikotun. Esitutkintakertomuksen käyttö oli
siten ratkaisevanakin näyttönä sallittua.

²⁶² Hummer v. Saksa (19.7.2012).

heikensi myös oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Puutetta ei EIT:n näkemyksen mukaan ollut riittävästi kompensoitu. EIT katsoi niin ollen EIS 6 artiklaa rikutun. Tuomio oli perustunut ratkaisevassa määrin tutkintatuomarin selostamiin lähiomaisten kertomuksiin, joita ei siis olisi saanut käyttää ratkaisevana näyttönä asiassa.²⁶³ Tässä tapauksessa - toisin kuin Al-Khawajan ja Taheryn osalta - EIT katsoi siis syytetyn kuulemismahdollisuuden puuttumisen EIS 6 artiklan rikkomiseksi.

Esitutkintakertomusten osalta EIT:n lähtökohtana kuitenkin on edelleen hyödyntämiskelvottomuus, mikäli vastaajalle ei ole varattu tilaisuutta todistajan kuulusteluun esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä ja kyseinen todistajankertomus on ainoa tai ratkaiseva näyttö syytteen tueksi.²⁶⁴ Poikkeuksellisesti esimerkiksi tilanteissa, joissa todistajaa ei voida kuulla oikeudenkäynnissä tämän sairauden taikka iän vuoksi, hyödyntämiskiellosta voidaan poiketa. Vastaajan puolustautumismahdollisuuksien heikkeneminen vastakuulustelu-oikeuden puuttumisesta johtuen edellyttää kuitenkin kompensoivia tekijöitä tasapainottamaan osapuolten oikeuksien toteutumista, kuten esimerkiksi näytön arvioinnissa noudatettavaa erityistä huolellisuutta.²⁶⁵

Suomen oikeuskäytännössä sen sijaan on toistaiseksi näytetty suhtautuvan varovaisemmin lainvastaisesti hankitun todisteen käyttämiseen ratkaisevana näyttönä. Tapauksessa KKO 2013:97 oli kysymys esitutkintakertomuksen näyttöarvosta törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä sekä pahoinpitelyä koskeneessa oikeudenkäynnissä, kun uhriksi joutunut asianomistaja A vaikenä oikeudenkäynnissä. Asianomistaja A oli syytetty X:n tytär. Käräjäoikeus totesi A:n kertomuksen olevan pääasiallinen näyttö asiassa. Kertomus oli uskottava, sillä A oli yksityiskohtaisesti ja samalla tavoin kertonut tapahtumista niin tuomioistuimelle kuin koulukuraattorillekin, ja myös kirjoittanut kertomuksensa. Kertomusta tukivat todistajana kuullun koulukuraattorin sekä A:n äidin kertomukset. Käräjäoikeus ei katsonut A:n kertomuksen uskottavuuden kärsineen siitä, että A oli kerran esitutkinnassa perunut puheensa. Todistajana kuullun X:n puolison kertomus tapahtumien aikaisesta paikalla olostä ei käräjäoikeuden mukaan ollut osoitus siitä, etteivätkö syytteissä kuvatut tapahtumat olleet voineet tapahtua. Syytetty X valitti asiasta hovioikeuteen vaatien, että syytteet ja korvausvaatimukset hylätään. Hovioikeus lievensi syyksilukemista törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevalta osin tuomien X:n

²⁶³ Hummer v. Saksa (19.7.2012).

²⁶⁴ Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia (suuri jaosto 15.12.2011), kohdat 118 ja 119 sekä Lucá v. Italia, (27.2.2001), kohta 40.

²⁶⁵ Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia (suuri jaosto 15.12.2011), kohta 147 ja Gani v. Espanja (19.2.2013), kohdat 41 ja 42, sekä KKO 2013:97, perustelukohta 10.

lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä ja pahoinpitelystä yhteiseen yhden vuoden ehdolliseen vankeusrangaistukseen.²⁶⁶

KKO totesi asiassa olevan kysymys näytön uskottavuudesta ja näytön riittävyyden arvioinnista, ja erityisesti oikeudenkäynnissä vaikenevan asianomistajan pääosin kirjallisena antaman kertomuksen näyttöarvosta sekä asiassa esitetyn vastatodistelun merkityksestä. Perusteluinaan KKO totesi muun ohella, että alle 15-vuotiaan taikka henkisesti toiminnaltaan häiriintyneen antaman esitutkintakertomuksen käyttö todisteena edellyttää kertomuksen tallentamista videotallenteeseen tai siihen rinnastuvaan kuva- tai äänitallenteeseen ja että syytetyille on varattu mahdollisuus esittää kuultavalle kysymyksiä. KKO viittasi myös EIT:n ratkaisukäytäntöön sekä EIS 6 artiklan 3 d) kohtaan sekä 1 kohtaan todeten, että esitutkintakertomusta ei yleensä voida lainkaan hyödyntää todisteena, jollei vastaajalle ole varattu tilaisuutta kuulustella todistajaa²⁶⁷ oikeudenkäynnissä tai esitutkinnassa ja kyseinen todistajankertomus on asiassa ainoa tai ratkaiseva syytettä tukeva todiste.²⁶⁸ Eräissä tilanteissa – esimerkiksi jos todistajaa ei voida kuulla oikeudenkäynnissä tämän iän tai sairauden vuoksi - kiellosta on kuitenkin mahdollista poiketa. Tällöin vastaajan puolustusmahdollisuuksien heikkeneminen vastakuulusteluoikeuden puutteesta johtuen edellyttää kuitenkin kompensoivia tekijöitä, kuten esimerkiksi erityistä huolellisuutta vastaajaa vastaan esitetyn näytön arvioinnissa.²⁶⁹ KKO totesi myös niin syytettä tukevan todistajan tai muun kuultavan poissaolon kuin tällaisen henkilön vaikenemisenkin siinä oikeudenkäynnissä, jossa kertomuksen luotettavuutta arvioidaan ja näyttöratkaisu tehdään, olevan omiaan heikentämään vastaajan puolustusmahdollisuuksia.²⁷⁰

Johtopäätöksensä KKO totesi esitettyjen seikkojen sekä erikseen arvioituna, että etenkin yhdessä arvioituna vähentäneen asianomistajan kertomuksen luotettavuutta. Syytteitä vastaan esitetty näyttö oli vahvaa, kun taas syytteiden tueksi esitetty näyttö katsottiin riittämättömäksi, minkä seurauksena vastaaja vapautettiin hänelle tuomitusta rangaistuksesta ja korvausvelvollisuudesta.²⁷¹

²⁶⁶ KKO 2013:97.

²⁶⁷ EIS:n tulkintakäytännössä todistajalla tarkoitetaan myös todistelutarkoituksessa kuultavaa asianosaista.

²⁶⁸ KKO viittasi perusteluissaan EIT:n tapauksiin Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia (suuri jaosto 15.12.2011), kohdat 118 ja 119 sekä Lucá v. Italia (27.2.2001), kohta 40.

²⁶⁹ Tältä osin KKO viittasi perusteluissaan EIT:n tapauksiin Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia (suuri jaosto 15.12.2011), kohta 147 ja Gani v. Espanja (19.2.2013), kohdat 41 ja 42.

²⁷⁰ KKO 2013:97, perustelukohta 11.

²⁷¹ KKO 2013:97. Eriäviä mielipiteitä ei asiassa esitetty. Kuulemisvelvollisuus puolestaan painottui tapauksessa KKO 2015:20, jossa käräjäoikeus päätyi hyödyntämiskieltoon esitutkintakertomuksen osalta ja hovioikeus sen sijaan hyväksyi esitutkintakertomuksen käytön todisteena. KKO palautti asian hovioikeuteen todeten, että hovioikeus oli laiminlyönyt syytetyyn kuulemisvelvollisuuden päättäessään hyödyntää esitutkintakertomusta ja katso-

Edellä sanotusta voitaneen päätellä, että uudempi linja todisteen näyttöarvon määrittämisen osalta ilmentää kuulemisvelvollisuuden tärkeyttä osana oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä. EIT:n ratkaisukäytäntö näyttää kulkeutuneen suuntaan, jossa lainvastainen todiste voi olla myös ratkaisevan näytön asemassa, kunhan vain syytetyllä sekä hänen asianajajallaan on ollut tilaisuus kuulustella asianomistajaa sekä kyseenalaistaa asianomistajan kertomus oman puolustuksensa tueksi. Jos taas syytetyltä on jäänyt puuttumaan tilaisuus kuulustella todistajaa oikeudenkäynnissä tai esitutkinnassa ja kyseinen todistajankertomus on ainoa tai ratkaiseva todiste syytteen tueksi, ei esitutkintakertomusta voida pääsääntöisesti hyväksyä todisteeksi. Poikkeuksellisesti esitutkintakertomus voidaan kuulusteluoikeudenkin puuttuessa hyväksyä todisteeksi, mutta tällöin syytettyä vastaan esitetyn näytön luotettavuus on arvioitava erityisen huolellisesti sekä yksittäisten seikkojen että kokonaisuuden kannalta. Lisäksi kuulusteluoikeuden puuttuminen edellyttää pätevää, hyväksyttävää syytä.

Kotimainen oikeuskäytäntömme ei vielä toistaiseksi sisällä tapauksia, joissa ainoana tai ratkaisevana näyttönä käytetty lainvastainen todiste olisi johtanut langettavaan tuomioon. Sen sijaan lainvastaisen todisteen käyttäminen ainoana tai ratkaisevana näyttönä asiassa on joissakin tapauksissa johtanut syytteen hylkäämiseen. EIT:n uudempi ratkaisulinja on siten koitunut syytettyjen hyödyksi, mutta ei vahingoksi. Jää tulevaisuudessa nähtäväksi, tuleeko linjaus koitumaan joissakin tapauksissa myös syytettyjen vahingoksi langettavien tuomioiden muodossa.

5.2.2. Hyödyntämiskielto näyttöarvon alentamisen asemesta

Hyödyntämiskiellossa on kysymys siitä, että lainvastaista todistetta ei saa lainkaan käyttää oikeudenkäynnissä. Näyttöarvon alentaminen puolestaan tarkoittaa lainvastaisen todisteen hyödyntämisen sallimista, mutta sen rinnalla tulee olla muutakin näyttöä. Epäitsenäisen hyödyntämiskiellon ajatuksena on korjata prosessin aikana tapahtunut virhe. Itsenäisen hyödyntämiskiellon osalta ei edellytetä tapahtunutta virhettä, vaan on arvioitava lainvastaisen todisteen tulevaisuudessa aiheuttamista oikeudenvastaisista seuraamuksista. Sanotun kaltaisia seuraamuksia olisivat perus- ja ihmisoikeusloukkaukset, jotka aiheutuisivat lainvastaisen todisteen hyödyntämisestä. Raja mainittujen rajoittamiskeinojen välillä ei ole kuitenkaan yksiselitteisen

essaan kertomuksen vahvistavan käräjäoikeuden muun näytön perusteella tekemää johtopäätöstä. KKO suhtautui pidättyvästi esitutkintakertomuksen käyttöön ratkaisevana näyttönä katsoen hovioikeuden ratkaiseen asian syytetyn vahingoksi perustaen ratkaisunsa sellaiseen oikeudenkäyntiaineistoon, josta syytetty ei ollut tietoinen.

selvä.²⁷²

Lakivaliokunta painotti mietinnössään kokonaisvaltaisen arvioinnin merkitystä hyödyntämiskieltoa harkittaessa. Eri suuntiin vaikuttavina tekijöinä ovat yhtäältä asian selvittämisen intressi ja toisaalta tapahtuneen oikeudenloukkauksen vakavuus ja oikeusturvanäkökohdat. Valiokunnan mukaan todisteiden hyödyntämiskielto niiden hankinnassa sattuneiden virheiden vuoksi voi toteutua vain hyvin poikkeuksellisesti. Esimerkiksi muotovirheet tai muut vastaavat puutteet eivät ole riittäviä hyödyntämiskiellon asettamiseksi.²⁷³

Fredman toteaa epäitsenäisen hyödyntämiskiellon kohdalla harkittavaksi tulevan sen, onko lainvastaisen todisteen käyttäminen jo loukannut lopullisesti ja peruuttamattomasti suojeltavaa intressiä. Mikäli peruuttamatonta vahinkoa ei ole vielä aiheutunut, on hyödyntämiskielto asetettava, sillä tällöin kiellosta on vielä hyötyä. Jos taas vahinko on jo peruuttamattomasti tapahtunut, on harkittava edelleen muiden syiden olemassaoloa hyödyntämiskiellon asettamiseksi.²⁷⁴

Itsenäisen hyödyntämiskiellon osalta puolestaan on arvioitava, pahenisiko suojeltavan intressin loukkaus sillä, että lainvastainen todiste otettaisiin oikeudenkäynnissä vastaan. Harkinnassa merkitystä saavat useiden tekijöiden painoarvot, kuten esimerkiksi rikoksen vakavuusaste. Toinen arvioitava seikka on, että henkilöön kohdistunut lainvastainen menettely on katsottava moitittavammaksi kuin esineeseen kohdistunut. Merkitystä annetaan myös sille, onko näytön hankkimista koskevia sääntöjä rikottu asiassa tahallaan vai tuottamuksellisesti. Todisteeksi ei voida hyväksyä toimivalta tahallaan ylittäen annettua tai saatua tietoa.²⁷⁵

Jos näyttönä toimiva todiste on hankittu rikosprovokaatiolla tai kidutuksen kieltoa rikkoen, muodostuu hyödyntämiskielto tällöin EIT:n ratkaisukäytännönkin mukaan ainoaksi vaihtoehdoksi. EIT on antanut merkitystä sille seikalle, olisiko rikosta ylipäätään tapahtunut ilman provosoivia toimenpiteitä. Mikäli sellaisia viitteitä ei tapauksessa ole ollut, on oikeudenkäynti todettu epäoikeudenmukaiseksi kokonaisuudessaan. Tämä ilmeni esimerkiksi tapauksesta *Teixeira de Castro v. Portugal* (9.6.1998), jossa oli kysymys poliisimiesten yllyttämisestä huumeiden valeoston avulla syytettyä rikoksen tekemiseen. Syytetyllä ei ollut ennestään rikosrekisterimerkintöjä, eikä poliisilla ollut aikaisemmin aihetta tutkia syytetyn toimia huumeiden välittämistä koskevien epäilyjen vuoksi. Poliisimiesten katsottiin toimineen asiassa etupäässä

²⁷² Fredman 2013, s. 641-642.

²⁷³ LaVM 19/2014 vp, s. 7. Ks. myös Rautio 2016, s. 180.

²⁷⁴ Fredman 2013, s. 642.

²⁷⁵ Ibid.

omasta aloitteestaan eikä esimerkiksi osana huumeiden vastaista tutkintamenettelyä. EIT:n näkemyksen mukaan rikoksen tapahtumiseen vaikutti nimenomaan poliisimiesten yllyttäminen rikoksen tekemiseen, joten kysymys oli EIS 6 artiklan rikkomisesta. Ratkaisussa korostettiin, että ennen kyseisen huumausainerikoksen tapahtumista poliisilla ei ollut ollut mitään syytä epäillä asianomaista henkilöä huumevälittäjäksi. Epäillyllä ei ollut rikosrekisterimerkintöjä, eikä hän ollut aikaisemmin ollut poliisin tutkimusten kohteena. Tuomioistuin katsoi, että tässä tapauksessa poliisimiehet eivät olleet ainoastaan passiivisesti tarkkailleet epäillyn rikollista toimintaa, vaan olivat vaikuttaneet yllytysteolla siihen, että rikos oli tapahtunut. Näiden seikkojen perustella tuomioistuin päätyi äänin 8—1 siihen, että Portugali oli rikkonut asianomaisen miehen oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.²⁷⁶

Hyödyntämiskelvotonta on myös itsekriminointisuoja rikkoen hankittu näyttö. EIT:n ratkaisukäytännön perusteella on muotoutunut ns. Salduz-periaate, jonka keskeinen ajatus on kuulusteluavustamisen merkitys oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeena. Tapauksessa Salduz v. Turkki (suuri jaosto 27.11.2008) oli kysymys siitä, että valittajan epäiltiin osallistuneen lainvastaiseen mielenosoitukseen tukeakseen kiellettyä järjestöä. Lisäksi hänen ilmoitettiin ripustaneen tietylle sillalle kielletyn julisteen, jossa oli käsinkirjoitettua tekstiä. Valittajaa kuulusteltiin ilman asianajajaa. Kuulustelupöytäkirjaan merkittiin valittajan myöntäneen useita lainvastaisia tekoja. Oikeudessa valittaja perui lausumiaan kiistäen osallistuneensa mielenosoitukseen. Valittaja kertoi lisäksi antaneensa lausumat alun perin sen vuoksi, koska häntä oli pahoinpidelty ja solvattu poliisikuulustelussa. Oikeudessa tutkintatuomari kuitenkin vangitsi valittajan, ja vasta sen jälkeen valittaja sai tilaisuuden tavata asianajajaa. Oikeus määräsi valittajan lievennettyyn 2,5 vuoden vankeusrangaistukseen. Rangaistukseen tuomitsemista perusteltiin valittajan poliisille, syyttäjälle ja tutkintatuomarille antamalla kertomuksilla. Lisäksi tuomioistuin nojautui siihen, että toisten syytettyjen syyttäjälle antamien kertomusten mukaan valittaja oli vaatinut heitä osallistumaan mielenosoitukseen ja hän oli vastannut mielenosoituksen järjestämisestä. Huomioon otettiin myös käsialalausunto ja poliisin merkintä siitä, että valittaja oli pidätettäessä ollut mielenosoittajien joukossa. Mainittuihin seikkoihin viitaten turvallisuustuomioistuin piti hänen poliisille antamaansa kertomusta luotettavana. Valittaja valitti tuomiosta kassaatiotuomioistuimelle, jonka syyttäjä jätti sille kirjallisen lausunnon vaatien turvallisuustuomioistuimen tuomion pysyttämistä. Valittajalle tai hänen asianajajalleen lausuntoa ei

²⁷⁶ Tapauksessa Teixeira de Castro v. Portugal (9.6.1998) kuitenkin vahvistuu se seikka, etteivät peitet toiminta, valeosto tai rikostiedottajien käyttö sinänsä ole Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaisia menetelmiä, jos epäillyn oikeusturva on riittävästi otettu huomioon. Ks. myös Ramanauskas v. Liettua (suuri jaosto 5.2.2008) jossa oli kysymys syyttäjän peitepoliisilta vastaanottamasta lahjuksesta. Ks. myös Ervo 2008, s. 316.

annettu tiedoksi.²⁷⁷

EIT katsoi, että rikoksesta epäillylle tulee taata mahdollisuus asianajajan apuun jo heti ensimmäisestä poliisikuulustelusta lukien, paitsi jos sellaista mahdollisuutta ei voitu pakottavien syiden vuoksi antaa. Sen lisäksi, että tuomioistuimen on jätettävä hyödyntämättä syytetyn tahtoon vaikuttavalla pakottamisella taikka painostamalla saatu näyttö, on myös syyttäjän toimittava tehokkaasti hyödyntämiskelvottoman näytön jättämiseksi arvioinnin ulkopuolelle. EIT totesi vielä syytetyn oikeuksille tapahtuvan korjaamatonta vahinkoa, mikäli tuomio perustuisi syytetyn syyllisyyttä osoittaviin lausumiin, jotka on annettu poliisikuulustelussa ilman asianajajan läsnäoloa. Näin ollen EIS 6 artiklan 3 c)-kohtaa oli rikottu yhdessä 1 kohdan kanssa. Tiedoksi antamatta jätetyn lausunnon osalta EIT totesi menettelyn olleen kontradiktorisen periaatteen vastaista ja EIS 6 artiklan 1 kohdan tulleen rikotuksi sen vuoksi.²⁷⁸

Rikoksesta epäillyllä tulee siis olla mahdollisuus asianajajan apuun jo heti ensimmäisessä poliisikuulustelussa, paitsi jos sitä mahdollisuutta ei voida pakottavista syistä järjestää. Asianajajan on tuolloin huolehdittava muun ohella siitä, ettei syytetty joudu myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen. Syyttäjän on puolestaan näytettävä syyte toteen muilla keinoin kuin turvautumalla näyttöön, joka on saatu syytetyn tahtoon vaikuttavan pakon tai painostuksen avulla. Jos tuomioistuin perustaisi tuomionsa syytetyn omaa syyllisyyttä osoittaviin ilman asianajajan apua annettuihin lausumiin, loukkaisi se peruuttamattomasti oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ilmentäviä syytetyn oikeuksia. Rikoksesta epäillyn kannalta periaate ilmentää nimenomaan konkreettista mahdollisuutta saada asianajajan apua jo ensimmäisessä poliisikuulustelussa.²⁷⁹

Esimerkiksi tapauksessa *Jalloh v. Saksa* (suuri jaosto 11.7.2006) kysymys oli siitä, kohdeltiinko huumeiden katukaupustelusta epäiltyä henkilöä epäinhimillisesti tai halventavasti, kun hänen nieltynään suuhunsa kätkemän huume pussin hänelle annettiin sairaalassa nenän kautta vatsaan syötetyllä letkulla oksetusaineita hänen voimakkaasta vastustuksestaan huolimatta. Kysymys oli myös yksityiselämän suojan loukkauksesta ja siitä, oliko huumerikoksesta nostettu oikeudenkäynti oikeudenmukainen ja loukattiinko syytetyn oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyyden selvittämiseen, kun mainitulla tavalla saatua huume pussia käytettiin ratkaisevana todisteena rikoksesta tuomittaessa. Maaliskuussa 1994 alioikeus tuomitsi valitta-

²⁷⁷ *Salduz v. Turkki* (suuri jaosto 27.11.2008).

²⁷⁸ *Salduz v. Turkki* (suuri jaosto 27.11.2008). Ks. myös Fredman 2013, s. 341-344.

²⁷⁹ Fredman 2013, s. 341-345.

jan huumausainekaupasta 1 vuodeksi ehdolliseen vankeuteen. Piirioikeus pysytti syyksilukemisen, mutta alensi ehdollisen vankeusrangaistuksen 6 kuukaudeksi. Ylioikeus hylkäsi valituksen syyskuussa 1995. Valittaja valitti perustuslakituomioistuimelle, joka jätti valituksen tutkimatta.²⁸⁰

Valittajan valitusta käsitellessään EIT arvioi huumausainerikoksesta hankittavaa näyttöä painottaen seuraavia seikkoja: toimenpiteen välttämättömyys näytön hankkimisen kannalta, siitä terveydelle aiheutuvat vaarat, menettelytapa toimenpidettä suoritettaessa ja sen aiheuttama fyysinen kipu ja henkinen kärsimys sekä lääketieteellinen valvonta ja toimenpiteen terveydelliset vaikutukset. Oksetusaineen käyttäminen näytön saamiseksi ei ollut välttämätöntä. Toimenpide oli omiaan aiheuttamaan terveydelle vaaraa, sillä Saksassa pakolla tehdyt samankaltaiset toimenpiteet olivat kahdessa tapauksessa johtaneet kuolemaan. Valittaja oli ollut neljän poliisin kiinnipitelemänä sekä lääkärin tarkkailtavana odottaessaan oksetusaineen vaikutuksen alkamista sekä oksentaessaan, mitä EIT piti kipua, kärsimystä ja nöyryytystä aiheuttavana. Vaikka toimenpide tehtiin lääkärin valvonnassa sairaalassa, oli siitä kuitenkin aiheutunut kipua ja kärsimystä. Kokonaisuuden huomioon ottaen EIT katsoi valittajan kohtelun olleen EIS 3 artiklan vastaista. Tapauksessa oli ollut kyse suhteellisen pienimittaisesta huumeiden katukaupustelusta. Niin ollen EIT katsoi, että koko oikeudenkäynti oli tullut epäoikeudenmukaiseksi, kun näyttönä oli käytetty todistetta, joka oli saatu antamalla pakolla oksetusaineita. Jo tällä perusteella EIS 6 artiklaa oli rikottu. Yksityiselämän suojan loukkausta koskevaa kysymystä EIT ei erikseen tutkinut. Valittajan oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen oli loukattu, sillä pakolla saadulla todisteella oli ollut ratkaiseva merkitys hänen tuomitsemiselleen, minkä EIT katsoi EIS 6 artiklan 1 kohdan loukkaukseksi.²⁸¹

Edes epäillyn tietoisesti tehty luopuminen avustajan käytöstä ei välttämättä tee annetusta, mutta sittemmin peruutetusta tunnustuksesta hyödyntämiskelpoista todistetta. EIT:n näkökannan mukaan luopumisen tulee olla yksiselitteistä ja siihen tulee liittyä luopumisen merkitystä vastaavia vähimmäistakeita. Takeiden voidaan sanoa puuttuneen, jos epäilty ei ole kyennyt ennakoimaan mahdollisen rangaistuksen ankaruutta.²⁸²

²⁸⁰ Jalloh v. Saksa (suuri jaosto 11.7.2006).

²⁸¹ Jalloh v. Saksa (suuri jaosto 11.7.2006). Ks. myös Fredman 2013, s. 644.

²⁸² Ks. esimerkiksi ratkaisut Borotyuk v. Ukraina (16.12.2010), Stojkovic v. Belgia (27.10.2011), sekä Suomessa KKO 2012:32, jossa arvosteltiin alempia oikeusasteita, koska nämä eivät olleet ryhtyneet toimenpiteisiin syytetyn puolustuksen järjestämiseksi. Syytetty ei tuossa tapauksessa KKO:n arvion mukaan kyennyt puolustamaan itseään. Luopuminen oikeusavustajasta ei ollut tapahtunut tietoisena luopumisen merkityksestä. Ks. myös Fredman 2013, s. 347.

Suomi on luonnollisesti seurannut EIT:n ratkaisukäytäntöä ja omaksunut sitä kautta myös sanotun Salduz-periaatteen. Esimerkiksi jo edellä esitellyssä tapauksessa KKO 2012:45²⁸³ oli kysymys syytetystä, jonka antamaan heroisiin levittämisen paljastaneeseen esitutkintakertomukseen syyttäjä vetosi. Kertomuksensa syytetty oli antanut ilman avustajaa ollessaan pidätettynä ja vangittuna. Oikeudenkäynnissä syytetty kuitenkin kiisti puhuneensa heroisista kuulustelujen yhteydessä. Suomea taitamattoman ja puutteellisen englanninkielen taidon omaavan syytetyn kuulustelu oli suoritettu englanniksi ilman tulkkia, ja kuulustelupöytäkirja oli laadittu suomenkielellä. KKO:n näkemyksen mukaan syyttäjä ei voinut lainkaan vedota ilman avustajaa annettuun esitutkintakertomukseen. KKO päätyi asettamaan kuulustelukertomuksen hyödyntämiskieltoon.²⁸⁴

Tapauksessa KKO 2012:98 oli kysymys taposta, josta syytetty A:lle oli käräjäoikeudessa määrätty 9 vuoden vankeusrangaistus. Syytteensä tueksi syyttäjä oli vedonnut muun muassa A:n esitutkintakertomuksiin katsoen sen olevan mahdollista, koska esitutkinnassa A:lle oli taattu asianmukaisesti oikeus avustajaan. Hovioikeus muutti käräjäoikeuden tuomiota tuomiten A:n törkeästä pahoinpitelystä ja törkeästä kuolemantuottamuksesta 4 vuoden vankeusrangaistukseen. Syyttäjä valitti KKO:lle laatimassa valituksessaan, että A tuomittaisiin syytteen mukaisesti 9 vuoden vankeusrangaistukseen. A vastusti valitusta vaatien sen hylkäämistä. Syytetty A:n avustaja lausui, ettei esitutkintakertomuksia voida ottaa oikeudenkäyntiaineistona huomioon, sillä A ei ollut kertonut oikeudessa toisin kuin kuulusteluissa.²⁸⁵

KKO ei katsonut loukkausta tapahtuneen, koska poliisin kiinni ottamana olleella syytetyllä oli ollut tilaisuus neuvotella avustajansa kanssa ennen ensimmäistä kuulusteluaan esitutkinnassa. Oikeudenkäynnin katsottiin olleen oikeudenmukainen, sillä syytetyn oikeus avustajaan esitutkinnassa oli toteutunut. Niin ollen syyttäjä on voinut A:n syyllisyyden tueksi nojautua tämän esitutkintakertomuksiin.²⁸⁶

²⁸³ Tarkempi esittely tapauksesta KKO 2012:45 alaluvussa 4.5. Toiston välttämiseksi tässä yhteydessä tapauksen vain viitataan lyhyesti.

²⁸⁴ KKO 2012:45. Ks. myös Fredman 2013, s. 349-350. Hyödyntämiskiellon asettamista koskeva ratkaisu sai osakseen myös kritiikkiä, sillä esimerkiksi Antti Tapanila on katsonut, että näyttöarvon alentaminen olisi asiassa riittänyt. Fredman 2013, s. 642.

²⁸⁵ KKO 2012:98. Tässä tutkielmassa keskitytään tämän tapauksen osalta vain näytön arvioimista koskevaan kysymykseen eikä siten oteta kantaa esimerkiksi tahallisuutta ja syyksilukemista koskevaan kysymykseen.

²⁸⁶ KKO 2012:98. Fredman 2013, s. 351.

5.3. Näkökantoja

Fredmanin näkemyksen mukaan tuomioistuimen tulisi lähtökohtaisesti olla tietämätön lainvastaisen, oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle jätettäväksi vaaditun todisteen sisällöstä. Tällöin voitaisiin varmistua siitä, ettei todisteen sisältö vaikuttaisi alitajuisesti tuomioistuimen päätöksentekoon asiassa.²⁸⁷ Tämä varmistetaan epäilemättä parhaiten sillä tavoin, jos väite todisteen hyödyntämiskelvottomuudesta tehdään tuomioistuimelle mahdollisimman varhaisessa vaiheessa ennen kuin tuomioistuin on vielä varsinaisesti ottanut todisteita vastaan taikka käsitellyt todisteita pääkäsittelyssä.

Oma ongelmansa on myös ainoan tai ratkaisevan näytön arvioimista koskeva kysymys, jota tarkasteltiin jo edellä. Pääsääntöisesti kotimainen oikeuskäytäntömme suhtautuu pidättyvästi lainvastaisesti hankitun todisteen käyttämiseen ainoana tai ratkaisevana näyttönä oikeudenkäynnissä, vaikka EIT onkin osoittanut jo joustamisen merkkejä hyväksyvään suuntaan.²⁸⁸

Riekkinen puhuu lainvastaisesti hankittujen todisteiden osalta liukuvasta hyödynnettävyydestä, jonka ilmenee keskeisimmin EIT:n ratkaisukäytännöstä omaksutusta päätösten perustelulausumasta "ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa" taikka "ei saa olla ainoa tai ratkaiseva näyttö". Tässä yhteydessä Riekkinen näkee haitallisena pitämäänsä hyödyntämistä koskevan ratkaisun ja todistusharkinnan tasojen sekoittumista siten, että perus- ja ihmisoikeuksien ajatellaan vaikuttavan todisteen näyttöarvon määrittämiseen sitä alentavasti, vaikka niiden toteutuminen ei suoranaisesti hyödyntämiskieltoa edellyttäisikään. Mainittu perustelu ei ilmaise tarkasti todisteelle käytännössä annettavaa näyttöarvoa, minkä vuoksi se kansallisesti tulkittuna näyttäytyykin Riekkisen näkemyksen mukaan jopa naamioituna hyödyntämiskiellon korvikkeena. Selkeämpänä hän pitää konkreettisen hyödyntämiskäytännön tekemistä, jolloin hyödyntämiskelpoisen todisteen näyttöarvo jäisi kokonaisuudessaan vapaan todistusharkinnan varaan todisteen luotettavuuden pohjalta.²⁸⁹ Pölönen puolestaan ei katso todisteen näyttöarvon rajoittamisessa olevan kyse oikeudellisesta hyödyntämiskiellosta ensinkään, vaan hän pitää näyttöarvon rajoittamista yksinomaan näytöllisenä ratkaisuna.²⁹⁰

²⁸⁷ Fredman 2013, s. 628-629. Ks. myös Lilja 2016, s. 294.

²⁸⁸ Ks. alaluku 5.2.1. Myös kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että jos lainvastaisesti hankittu todiste on ainoa tai pääasiallinen todiste, tulisi tuomioistuimen torjua se. Ks. esim. Virolainen ja Pölönen 2003, s. 280, sekä OMSO 65/2012, s. 53.

²⁸⁹ Riekkinen 2014, s. 170.

²⁹⁰ Pölönen 2015, s. 230-231. Ks. myös Hormia 1 1978, s. 40.

EIT on aiemmin kuvatulla tavalla osoittanut joustamisen merkkejä hyväksyvään suuntaan lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämisestä myös ainoana tai ratkaisevana näyttönä. Kotimainen oikeuskäytäntömme puolestaan osoittaa toistaiseksi pidättyvämpää suhtautumista sallien kuitenkin lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämisen sinällään, kunhan sellainen todiste ei muodosta ainoata tai ratkaisevaa näyttöä kulloinkin käsillä olevassa asiassa.²⁹¹ Tässä yhteydessä onkin tarpeellista tarkastella, mitä hyötyä lainvastaisesti hankitusta todisteesta on, jos sitä saadaan käyttää vain muuta näyttöä tukevana todisteena.

Mikäli lainvastaisesti hankittu todiste on asiassa ratkaiseva näyttö muun hyväksyttävän näytön ollessa yksistään riittämätöntä, sitä ei saada oikeudenkäynnissä hyödyntää. Käsitykseni mukaan näyttökynnys jää tällöin täyttymättä muun näytön riittämättömyyden vuoksi, mikä puolestaan johtaa siihen, että langettavaa tuomiota ei asiassa voida antaa. Mikäli lainvastaisesti hankittu todiste puolestaan on asiassa ainoa näyttö, tällöinkään todistetta ei saada oikeudenkäynnissä hyödyntää. Myös tässä tapauksessa näyttökynnys jää täyttymättä ja langettava tuomio antamatta, sillä muuta hyväksyttävää näyttöähän asiassa ei ole olemassa. Edellä sanotun perusteella vaikuttaisi siltä, että lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen näyttöarvoltaan alennettuna on asian ratkaisun kannalta merkityksetöntä. Tässä yhteydessä voidaankin mielestäni perustellusti kysyä, millaisissa tilanteissa näyttöarvon alentamisesta sitten on selvaista hyötyä, että se johtaa konkreettiseen vaikutukseen.²⁹²

Tuomarin oikeudenkäynnissä todisteluun esittämä kanta muodostuu sen perusteella, mitä pääkäsittelyssä tulee esille ja tuomarin huomioinnin kohteeksi. Huomioitavia seikkoja ovat ainakin todisteiden sisältö sekä sisällön mahdolliset muutokset, todisteiden esittämistapa, sekä pääkäsittelyssä esille tuodut tiedot olemassa olevista tai hankittavista olleesta todisteesta, jota ei tuomioistuimelle kuitenkaan ole esitetty. Todisteen osoittauduttua hyödyntämiskiellon alaiseksi tulisi tuomarin pystyä häivyttämään pois näyttöä koskevasta arvioinnista. Käytännössä kerran tietoon tullutta seikkaa voi kuitenkin olla vaikea - ellei mahdotonta - rajata pois päätösharkinnasta.²⁹³ Oikeuskirjallisuudessakin ongelma on tiedostettu. Osittain tietojen häivyttämisen tietoisuudesta uskotaan olevan mahdollista, osittain taas ei uskota. Tavallaan kysy-

²⁹¹ Ks. alaluku 5.2.1.

²⁹² Kysymyksestä keskusteltiin myös Juhana Riekkisen luennolla 26.1.2016. Riekkinen havainnollisti tuolloin, miten lainvastaisesti hankittu todiste sijoittuu näyttökynnyksen täyttymistä koskevaan arviointiin. Mikäli sellainen todiste on asiassa ainoa tai ratkaiseva näyttö, seuraus osoittautui kuvatun kaltaiseksi.

²⁹³ Esimerkiksi Pölönen 2003, s. 210-211, sekä Pentikäinen 2012, s. 243 (20/25).

mys tiivistyy tuomarin ammattitaitoon, sillä loppujen lopuksi todistusharkinta on – paitsi intuitiivista - myös rationaalista toimintaa.²⁹⁴

Kuitenkin lainvastaisesti hankittuja todisteita sallitaan käytettävän muun näytön tukena, kuten edellä esiteltyt oikeustapaukset ovat osaltaan osoittaneet. Tämä merkitsee sitä, että lainvastaisesti hankittu todiste tulee väistämättä tuomioistuimen tietoon. Tällöin ei nähdäkseni mitenkään pystytä estämään lainvastaisen todisteen – ainakaan tiedostamatonta - vaikutusta asiassa ratkaisijana toimivan tuomarin ajattelussa.²⁹⁵

6. LOPUKSI

Tutkielman tavoitteena on ollut selvittää, millaisissa tilanteissa lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen on rikosoikeudenkäynnissä mahdollista kokonaisuudessaan ja milloin puolestaan todisteen näyttöarvoa alentaen. Tavoitteen toteuttamiseksi on ollut tarpeen perehtyä niin lainsäädäntöön, lainvalmisteluaineistoihin, oikeuskirjallisuuteen kuin oikeuskäytäntöihin sekä kotimaamme että EIT:n näkökulmasta. Tarpeellisissa kohdin on selvitetty myös ruotsalaisen sääntelyn, oikeuskirjallisuuden sekä oikeuskäytännön tilaa.

Kotimaisen oikeustilan voidaan tällä hetkellä arvioida olevan hienoisen muutoksen vaiheessa, sillä vuoden 2016 alusta voimaan tullut todistusoikeusuudistus antaa nyt mahdollisuuden todisteen hyödyntämiskiellon tarpeellisuutta koskevaan ratkaisuun lainsäädännön pohjalta. Toki hyödyntämiskiellon tarpeellisuutta koskevaan ratkaisuun lainsäädännön pohjalta. Toki hyödyntämiskiellon tarpeellisuutta koskevaan ratkaisuun lainsäädännön pohjalta. Toki hyödyntämiskiellon tarpeellisuutta koskevaan ratkaisuun lainsäädännön pohjalta. Toki hyödyntämiskiellon tarpeellisuutta koskevaan ratkaisuun lainsäädännön pohjalta.

Viimeaikaiset mediauutisoinnit saattavat viitata siihen, että lainvastaisesti hankittuja todisteita asetettaisiin hyödyntämiskiellon aiempaa rohkeammin.²⁹⁶ On vielä haastavaa arvioida, ovatko herkemmin asetettavat hyödyntämiskiellot pelkästään hyvä vai huono asia. Vastaus riippuu luonnollisesti siitä, kenen näkökulmasta asiaa tarkastellaan. Hyödyntämiskiellosta hyötyvä syytetyn taho epäilemättä arvostaa sitä, että mahdollisesti välttyy langettavalta tuomiolta

²⁹⁴ Hirvelä 2003, s. 86-89, sekä Hormia 1978, s. 46 ja 262.

²⁹⁵ Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämisen salliminen, mutta ei kuitenkaan ainoana tai ratkaisevana näyttönä, voidaan osaltaan nähdä jopa siten, että sanotun todisteen alitajuinen vaikutus asiaan sallitaan.

²⁹⁶ Esimerkiksi Saranpää 2013, s. 2-3. Myös Iltalehti uutisoi 18.5.2016, että syyttäjä oli joutunut alentamaan rangaistusvaatimustaan sen vuoksi, koska Helsingin käräjäoikeus oli asettanut tärkeitä todisteita hyödyntämiskiellon. Kiellon johdosta syyttäjä ei voinut kysyä asianomistajan todistajilta käytännössä mitään. Syytetty tuomittiin pahoinpitelystä ehdolliseen vankeuteen. Syyttäjä ilmoitti heti valittavansa tuomiosta hovioikeuteen. Tutkielmaa kirjoitettaessa hovioikeuskäsittely on vielä kesken.

hyödyntämiskiellon ansiosta. Asianomistajataho puolestaan kokee oletettavasti hyötyvänsä siitä, että tuomioistuin katsoo lainvastaisesti hankittua todistetta voitavan hyödyntää rikosvastuun toteutumiseksi. Tässä asetelmassa näkyy konkreettisesti se, että loppujen lopuksi kysymys on syytetyn oikeusturvaa ja rikoksen selvittämistä koskevasta punninnasta. Tapauskohtaisesti arvioituna toinen on painavampi toista.

Tutkimuksen tulokset voidaan nyt tiivistää lainvastaisesti hankitun todisteen käytettävyyden osalta edellä kerrotun perusteella seuraavasti: 1) lainvastaisesti hankittu todiste on asetettava hyödyntämiskieltoon, mikäli todisteen hankkiminen on loukannut kidutuksen kieltoa, itseksiminointisuoja, tai todiste on hankittu rikosprovokaation avulla taikka todistajankertomus on annettu ilman avustajaa²⁹⁷; 2) lainvastaisesti hankittua todistetta voidaan hyödyntää, mikäli oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset täyttyvät asiassa muutoin; 3) lainvastaisesti hankittua todistetta voidaan hyödyntää, mutta sanottu todiste ei saa olla asiassa ainoa tai ratkaiseva näyttö; 4) lainvastaisesti hankittua todistetta saadaan hyödyntää myös ainoana tai ratkaisevana näyttönä, jos kontradiktorinen menettely vastakuulustelu- ja todisteiden kommentioikeuksineen on toteutunut; 5) lainvastaisesti hankittua todistetta saadaan hyödyntää myös ainoana tai ratkaisevana näyttönä menettelyn kontradiktorisuuden puuttuessa, jos käsillä on pätevä, hyväksyttävä syy, jos todistelu voidaan katsoa riittävän luotettavaksi sekä yksittäisten seikkojen että kokonaisuuden kannalta, jos poissaolevia todistajia on yritetty tavoittaa riittävän tehokkaasti, ja jos kontradiktorisuuden puuttumista on kompensoitu riittävän tehokkailla toimilla.

Kaikkein vakavimpia loukkauksia sisältäneet todisteiden hankkimistavat ovat luonteeltaan sellaisia, että seurauksena voi olla ainoastaan hyödyntämiskielto. Näihin lukeutuvat kidutuksen kieltoa, itseksiminointisuoja sekä ilman avustajaa annetun kertomuksen käyttökieltoa rikkoen toteutettu todisteiden hankinta samoin kuin rikosprovokaation avulla tapahtunut todisteiden hankintakin. Sen sijaan hyödyntämiskiellon asettamista ei katsota tarpeelliseksi, jos syytetyllä on ollut tilaisuus neuvotella asianajajansa kanssa ennen kuulusteluja riippumatta siitä, käytetäänkö syytetty neuvottelutilaisuutta hyväkseen.²⁹⁸

²⁹⁷ Ilman avustajaa annetun todistajankertomuksen osalta on poikkeuksena vain se EIT:n ratkaisukäytännöstä johdettava tilanne, jossa mahdollisuutta avustajan käyttöön ei ole voitu pakottavien syiden vuoksi antaa. Ks. esimerkiksi *Salduz v. Turkki* (suuri jaosto 27.11.2008), alaluku 5.2.2.

²⁹⁸ Ks. esimerkiksi *LaVM 19/2014 vp*, s. 20-21, sekä *Salduz v. Turkki* (suuri jaosto 27.11.2008).

Kidutuksen kieltoa tai itsekriminointisuoja rikkoon hankittuja todisteita koskevan hyödyntämiskiellon perusta on lainsäädännössä. Ilman avustajaa annettua kertomusta koskevan käyttökiellon sekä rikosprovokaation avulla hankitun todisteen käyttökiellon alkuperä taas on EIT:n ratkaisukäytännössä, josta se on kotimaiseenkin oikeuskäytäntöömme omaksuttu. Kansalliseen lakiin todistus oikeusuudistuksessa kirjattu hyödyntämiskielto sisältää oletettaman lainvastaisen todisteen hyödynnettävyydestä; pääsääntönä on siis lainvastaisestikin hankitun todisteen hyödyntämiskelpoisuus, kunhan vain oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeet täyttyvät. Hyödyntämiskielto jää siten poikkeukseksi.

Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämistä harkittaessa on ensinnäkin huomioitava vastapuolen mahdollisuus vastustaa todisteen käyttöä. Sen lisäksi myös tuomioistuimella on oltava mahdollisuus torjua todisteen käyttö sen tarpeelliseksi katsoessaan. Mikäli tuomioistuin päätyy sallimaan lainvastaisen todisteen esittämisen ja hyödyntämisen, on todisteen oltava kontradiktoristen edellytysten mukainen samalla tavoin kuin kaikkien muidenkin todisteiden. Vastapuolelle on siten varattava tilaisuus riitauttaa näyttö sekä testata näytön luotettavuutta. Myös lainvastainen todistusaineisto on otettava lähtökohtaisesti vastaan julkisessa, suullisessa ja kontradiktorisessa menettelyssä, jossa vastapuoli on läsnä ja saa tosiasiallisen mahdollisuuden kommentoida todistetta sekä vastakuulustella.²⁹⁹

Kohtien 3), 4) ja 5) sisältämät ratkaisuvaihtoehdot ovat peräisin EIT:n ratkaisukäytännöstä. Niiden osalta kysymys on eräänlaisesta liukuvasta hyödynnettävyydestä, johon sisältyy ajatus todisteen näyttöarvon vaihtelevuudesta todistusharkinnassa.³⁰⁰ Varsinaisen sääntelyn puuttuessa todisteen näyttöarvon alentaminen todisteiden hyödyntämiskieltoa koskevissa kysymyksissä on siten pelkästään tuomioistuimen harkinnan varassa, mikä luonnollisesti luo jossain määrin epävarmuutta tuomioistuinten ratkaisujen ennakoitavuuden osalta.

Edellä kerrotun mukaisesti keskeinen ongelma liittyy siihen, miten tapausta ratkaiseva tuomari kykenee poistamaan tietoisuudestaan lainvastaisesti hankitun todisteen sisällön silloin, kun sitä ei saa käyttää ainoana tai ratkaisevana näyttönä asiassa. Nähdäkseni lainvastaisesti hankitun todisteen tietoon saaminen vaikuttaa tuomarin ajatteluun ainakin alitajuisesti, jolloin harkinta ohjautunee väistämättä siihen suuntaan kuin todisteen ollessa hyödyntämiskelpoinen.³⁰¹

²⁹⁹ Ervo 2008, s. 338.

³⁰⁰ Esimerkiksi Riekkinen 2014, s. 170.

³⁰¹ Asiaa on tarkasteltu alaluvussa 5.3.

Toistaiseksi lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen sen näyttöarvoa alentaen on toteutunut vain syytetyn hyväksi, toisin sanoen syytteitä on hylätty muun näytön ollessa riittämätöntä. Harkinnan puitteissa mahdollisia kuitenkin olisivat myös ratkaisut, joissa langetettaisiin tuomio näyttöarvoltaan alennettujen todisteiden perusteella. Ruotsissa tätä on jo kokeiltu. Siellä on nimittäin käytössä myös vaihtoehto, jonka keskeisenä ajatuksena on tuomitun hyvittäminen sen johdosta, että hänet on tuomittu lainvastaisesti hankitun todisteen perusteella.³⁰²

Selkeimpinä vaihtoehtoina lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskelpoisuutta arvioitaessa voidaan pitää edellä kerrotun perusteella hyödyntämiskieltoratkaisuja sekä hyödyntämiskelpoisuutta osoittavia ratkaisuja. On kuitenkin todettava, että hyödyntämiskiellon tulee edelleenkin säilyä poikkeuksellisenä, jottei rikosoikeudellista vastuuta tarpeettomasti kavennettäisi. Epäselviksi eritoten ennakoimattomuutensa vuoksi on puolestaan katsottava liukuvan hyödynnettävyyden piiriin katsottavat ratkaisut, sillä niiden sisältö jää tuomioistuimen tapauskohtaisen harkinnan varaan.

³⁰² HD B2150-11, 20.11.2011. Tapauksessa syytetty oli tunnustanut surman provosoinnin johdosta kiistäen sen myöhemmin. HD ratkaisi asian muun näytön perusteella, mutta alensi rangaistusta sen perusteella, että katsoi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeita loukatun epäasiallisen painostuksen ja itsekriminointisuojaajan loukkauksen muodossa. Ks. myös Fredman 2013, s. 650, sekä Riekkinen 2014, s. 190.