

## **Esitutkintakertomus ja vastakuulustelu-oikeus**

Etta Peltola

OTM-tutkielma

Turun yliopisto, oikeustieteellinen  
tiedekunta

Prosessioikeuden eurooppalaistuminen

Joulukuu 2020

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

ETTA PELTOLA: Esitutkimuskertomus ja vastakuulustelu-oikeus.

OTM-tutkielma, X + 76 s.

Eurooppalaistuva prosessioikeus

Joulukuu 2020

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

---

Lapsen oikeudet hänen ollessaan rikosprosessissa asianosaisena joutuvat lähtökohtaisesti aina konfliktiin syytetyn Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa 3 d kohdassa taatun vähimmäisoikeuden eli vastakuulustelu-oikeuden kanssa. Lapsella on oikeus tulla kuulluksi hänelle soveltuvalla tavalla ja taas toisaalta syytetyn mahdollisuus esittää kysymyksiä häntä vastaan kutsutulle todistajalle on ehdoton edellytys oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille. Kuuleminen lapselle soveltuvalla tavalla tarkoittaa pääsääntöisesti lapsen kuulemistä esitutkinnaissa oikeudenkäynnin sijaan. Välittömyyden periaatteesta poikkeaminen aiheuttaa automaattisesti vastakuulustelu-oikeuden kavennuksen. Sanotun dilemman käsittely- ja ratkaisuehdotukset ovat löydettävissä lähtökohtaisesti vain Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista sekä ratkaisuja koskevista tulkinnosta.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on nostanut käsittelemistään ratkaisuksista esille kolmen pääteemaa, joiden ympärille oikeudenmukaisuuden tarkastelu kietoutuu. Ensimmäinen, jos vastakuulustelu-oikeutta rajoitetaan todistajan jäädessä pois suullisesta käsittelystä, on poissaoloon oltava perusteltu syy. Toiseksi, jos poissaolevan todistajan antama kertomus on syytetyn tuomitsemiseksi ainoa tai ratkaiseva todiste on vastakuulustelu-oikeuteen aiheutuneet rajoitukset korvattava asianmukaisesti. Vaikka oikeudenkäynnissä päästäisiin aineellisesti oikeaan lopputulokseen on mahdollista, että prosessia rasittaa korjaamaton virhe, jonka myötä syytteet on hylättävä. Mitä merkittävämpi kysymyksessä oleva todiste on, sitä enemmän puolustuksen oikeuksia on tasapainotettava, jotta oikeudenmukaisuus toteutuu.

EIT:n linjauksista huolimatta oikeudenmukaisuuden arviointi vastakuulustelu-oikeuden kaventuessa on vailla tarkkoja linjauksia. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle ei tällä hetkellä ole mitään ehdottomia kriteereitä, joiden puuttuessa oikeudenkäynti voitaisiin heti todeta epäoikeudenmukaiseksi. EIT on ratkaisukäytännössään painottanut oikeudenkäynnin kokonaisuuden tarkastelun tärkeyttä, joka onkin johtanut siihen, että oikeastaan mikään seikka ei yksin voi tehdä oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisesta. Kansallisten tuomioistuinten oikeudenmukaisuusharkintaa auttaisi edes yhden selkeän kriteerin linjaaminen prosessin oikeudenmukaisuudelle. EIT ei kuitenkaan ole neljäs valitusaste, joka tutkii kansallisen ratkaisun myös sisällöltään. Tämän perusteella olisikin suotavaa, että EIS 6 artiklan 3 d kohdalle tulkittuna yhdessä sen 1 kohdan kanssa saataisiin yhdenmukainen linjaus.

Asiasanat: vastakuulustelu, esitutkimuskertomus, oikeudenmukainen oikeudenkäynti, kolmen kohdan testi, Euroopan ihmisoikeussopimus, tasapainoharkinta

# SISÄLLYS

## Sisällysluettelo

Sisällysluettelo .....	III
Lähteet.....	V
Lyhenteet.....	X
<b>1 Johdanto.....</b>	<b>1</b>
1.1 Tutkimuksen lähtökohdat .....	1
1.2 Tutkimuskysymykset ja tavoitteet .....	5
<b>2 Oikeudenmukainen oikeudenkäynti .....</b>	<b>6</b>
2.1 Kontradiktorisuus, välittömyys- ja suullisuusperiaate sekä tuomitsemiskynnys .....	6
2.2 Lapsen oikeus tulla kuulluksi .....	12
2.3 Vastaajan oikeusturva .....	16
2.3.1 EIS 6 artikla .....	16
2.3.2 Vastaajan oikeusturva esitutkinnassa.....	21
2.3.3 Esitutkintakertomus todisteena .....	23
<b>3 Eurooppalainen oikeuskäytäntö .....</b>	<b>26</b>
3.1 Vastakuulustelu-oikeus ja EIS 6 artikla, yleiset linjaukset .....	26
3.2 ”Sole or decisive” -sääntö .....	29
3.2.1 <i>Unterpertinger v. Itävalta 1986 ja Lucà v. Italia 2001</i> .....	29
3.3 Todistajan poissaolon hyväksyttävyys .....	32
3.3.1 <i>P.S. v. Saksa 2001 ja perusteltu syy</i> .....	32
3.4 Puolustuksen oikeuksien tasapainostus .....	35
3.4.1 <i>S.N. v. Ruotsi 2002 ja syytetyn oma menettely</i> .....	35
3.4.2 <i>Bocos-Cuesta v. Alankomaat 2005 ja välillisen todistelun merkitys</i> .....	39
3.4.3 <i>Kovač v. Kroatia 2007 ja esitutkinnan huolellisuus</i> .....	43
<b>4 Kolmen kohdan testi .....</b>	<b>45</b>
4.1 <i>Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia 2011</i> .....	45
4.1.1 <i>Kolmen kohdan testin muodostuminen</i> .....	47
4.1.2 <i>Aigner 2012 ja Vronchenko 2013 sekä kolmen kohdan testi käytännössä</i> .....	50
4.2 <i>Schatschaschwili v. Saksa 2015</i> .....	53
4.2.1 <i>Kolmen kohdan testin selkeyttäminen</i> .....	55
4.2.2 <i>Kolmen kohdan testin käyttökelpoisuus</i> .....	59

<b>5</b>	<b>Kansallinen prosessi.....</b>	<b>61</b>
5.1	Esitutkintakertomus ja vastakuulustelu eräissä KKO:n ratkaisuiissa.....	62
5.1.1	<i>Todistajan poissaolo.....</i>	<i>62</i>
5.1.2	<i>”Yksinomainen”, ”ratkaiseva” vai ”merkittävä” .....</i>	<i>65</i>
5.1.3	<i>Tasapainoharkinta.....</i>	<i>70</i>
<b>6</b>	<b>Johtopäätökset.....</b>	<b>72</b>

## Lähteet

### Kirjallisuus ja artikkelit

*Airaksinen, Henna:* Sallitut keinot todistajan valmistelussa. *Lakimies* 5/2019, s. 551.

*Beijer, A. – Liefgaard, T.:* A Bermuda Triangle? Balancing protection, participation and proof in criminal proceedings affecting child victims and witnesses. *Utrecht law review* 7/2011, s. 70–106.

*Bottoms, Bette L. – Goodman, Gail S:* International Perspectives on Child Abuse and Children's Testimony: Psychological Research and Law. Sage Publications 1996.

*Davies, Graham – Lloyd-Bostock, Sally – McMurrin, Mary – Wilson, Clare (toim.):* Psychology, Law, and Criminal Justice: International Developments in Research and Practice. De Gruyter 2011.

*Ervo, Laura:* Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus – käsikirja lainkäyttäjälle. Alma Talent Oy 2008.

*Ervo, Laura:* Tie totuuteen. Teoksessa *Viljanen, Pekka:* Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu, Turun yliopisto 2012.

*Euroopan neuvoston ministerikomitea:* Euroopan neuvoston ministerikomitean suuntaviivat lapsiystävällisestä oikeudenkäytöstä. 17.11.2010.

*Euroopan unionin perusoikeusvirasto ja Euroopan neuvosto:* Käsikirja Euroopan lapsen oikeuksia koskevasta oikeudesta. 2015.

*Fanetti, Matthew:* Forensic child psychology: working in the courts and clinic. Hoboken, New Jersey: Wiley 2015.

*Fredman, Markku:* Rikosasianajajan käsikirja. Alma Talent Oy 2013.

*Fredman, Markku:* Puolustajan rooli. Rikoksesta epäillyn ja syytetyn avustajan roolin kehitys Suomessa 1980-luvulta nykypäivään. Alma Talent Oy 2018.

*Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenperä, Mikko:* Prosessioikeus. Alma Talent Oy 2016.

*Frände, Dan – Rautio, Jaakko:* Todistelu. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Keuruu 2016.

*Haapasalo, Jaana:* Lapsen kuuleminen oikeuspsykologian kannalta. *Oikeus* 3/2000, s. 386.

*Hewitt, Sandra K.:* Assessing Allegations of Sexual Abuse in Preschool Children: Understanding Small Voices. Sage Publications 1999.

*Hirvelä, Päivi:* Lapsi rikosprosessissa – erityisesti inestien todistamisen ongelma. *Lakimies: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen aikakauskirja* 1997.

*Hirvelä, Päivi:* Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. Alma Talent Oy 2006.

- Hirvelä, Päivi*: Lapsen seksuaalisen hyväksikäytön selvittäminen. Alma Talent Oy 2007.
- Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu*: Ihmisoikeudet. Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. Alma Talent Oy 2017.
- Huovila, Mika*: Todistelun välittömyys prosessuaalisten oikeusperiaatteiden valossa tarkasteltuna. Lakimies 8/1999, s. 1159–1187.
- Häkkänen-Nyholm, Helinä*: Kuultavan oikeuspsykologinen valmistelu oikeudenkäyntiin tai välimiesmenettelyyn. Defensor Legis 1/2017.
- Häkkänen-Nyholm, Helinä*: Oikeuspsykologian sovelluskohteiden historiaa. Defensor Legis 2/2018, s. 183.
- Häkkänen-Nyholm, Helinä – Häkli, Eveliina*: Oikeusviranomaisten ja psykoterapeuttien näkemykset traumatisoitumisesta ja sen vaikutuksista henkilötodisteluun. Defensor Legis 6/2019.
- Jokela, Antti*: Rikosprosessi. Alma Talent Oy 2008.
- Jokela, Antti*: Pääkäsittely, todistelu ja tuomio. Oikeudenkäynti III. Alma Talent Oy 2015.
- Jokela, Antti*: Rikosprosessioikeus. Alma Talent Oy 2018.
- Jämsä, Jurkka*: Vastakuulustelu ja henkilötodistelun hyödyntäminen – Schatschaschwili v. Saksa (EIT). Lakimies 5/2016, s. 823–832.
- Kemppinen, Heikki*: Vastakuulustelu-oikeuden toteutuminen rikosoikeudenkäynnissä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen viimeaikaisessa oikeuskäytännössä. Defensor Legis 3/2017.
- Korkman, Julia*: Oikeustapauskommentti: Törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan ennakkopäätöksen KKO 2014:48 arviointia oikeuspsykologisesta näkökulmasta. Defensor Legis 2015/1, s. 198.
- Leppänen, Tatu*: Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta: prosessioikeudellinen tutkimus. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys 1998.
- Liljenfeldt, Robert*: Fair Trial-periaate lasten hyväksikäyttöön liittyvissä asioissa. Oikeus 3/2000, s. 397.
- Niskakangas, Hanna – Lahtinen, Hanna – Tolvanen, Matti*: Tuomareiden tietämys silminnäkijätunnistamisen luotettavuuteen vaikuttavista tekijöistä todistajan todistajanpsykologisen tutkimustiedon valossa. Defensor Legis 2017/6, s. 867.
- Oikeusministeriö*: Uhridirektiivin täytäntöönpano. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 30/2015.
- Oikeusministeriö*: Uhri rikosprosessissa – ehdotus hyvistä menettelytavoista uhrien tarpeiden huomioon ottamiseksi. Oikeusministeriön julkaisu 44/2018.
- Oikeusministeriö*: Henkilötodistelun vastaanottaminen kuva- ja äänitallenteelta hovioikeudessa. Arviomuistio. Oikeusministeriön julkaisuja 2019:6.

*Oikeusministeriö:* ”Kuullaan, mutta ei kuunnella”. Lasten osallistumisoikeudet Suomessa. Arviointiraportti. Oikeusministeriön julkaisuja 2020:10.

*Pölönen, Pasi:* Todistajankuulustelun valmistelusta ja suorittamisesta rikosasioissa. *Defensor Legis* 2004/2, s. 216.

*Rasilainen, Aki:* Muutoksenhakukäsitys ja suullisen todistelun uskottavuus hovioikeudessa. *Lakimies* 6/2006, s. 971–989.

*Sundström, Zacharias:* Oikeudenmukainen tuomio – Tuomarin harkinta rikosasiassa. Kansalliset ja kansainväliset vaikutteet tuomarin harkinnassa. Edita Publishing 2011.

*Suomela, Anu:* Lapsen oikeuspsykologisen ja kliinisen haastattelun eroista. *Oikeus* 3/2000, s. 375.

*Stanikić, Teija:* Prosessioikeus todistajanpsykologian hyödyntäjänä ja tekijänä. *Lakimies* 2014/1, s. 65.

*Tapanila, Antti:* Joitakin huomioita oikeuspsykologisesta näkökulmasta näytönarviointiin. *Defensor Legis* 2015/3, s. 572.

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

*Tolvanen, Matti – Kukkonen, Reima:* Esitutkinta- ja pakkokeino-oikeuden perusteet. Alma Talent Oy 2011.

*Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri:* Tuomion perusteleminen. Alma Talent Oy 2010.

*Väisänen, Tiina:* Asianomistaja-asemassa olevan lapsen kuulemisesta ja kertomuksen luotettavuuden arvioinnista seksuaali- ja väkivaltarikoksissa. Teoksessa *Mikkola, Tuulikki – Konttinen, Essi:* Lapsen asema kansainvälistyvässä maailmassa. Helsingin hovioikeus 2013.

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

*Välikoski, Tuula-Riitta – Saranpää, Timo – Paulanto, Tuulia – Kulmakorpi, Teemu:* Todistajankuulustelukokemus vuorovaikutustilanteena oikeudenmukaisuuden näkökulmasta. *Oikeus* 3/2017, s. 310–328.

*Weiss, Kenneth J. – Watson, Clarence:* *Psychiatric Expert Testimony: Emerging Applications.* Oxford 2014.

*YK:n talous- ja sosiaalineuvosto:* Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime. 22.7.2005.

## **Virallislähteet**

Euroopan neuvoston yleissopimus lasten suojelemisesta seksuaalista riistoa ja seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan 88/2011.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/36/EU ihmiskaupan ehkäisemisestä ja torjumisesta sekä ihmiskaupan uhrien suojelemisesta ja neuvoston puitepäättöksen 2002/629/YOS korvaamisesta. 5.4.2011.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/92/EU lasten seksuaalisen hyväksikäytön ja seksuaalisen riiston sekä lapsipornografian torjumisesta ja neuvoston puitepäättöksen 2004/68/YOS korvaamisesta. 13.12.2011.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2012/29/EU rikoksen uhrien oikeuksia, tukea ja suojelua koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä neuvoston puitepäättöksen 2001/220/YOS korvaamisesta. 25.10.2012.

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

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

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

Käypä hoito -suositus: Lapsen seksuaalisen hyväksikäytön epäilyn tutkiminen. Suomalaisen Lääkäriseuran Duodecimin ja Suomen Lastenpsykiatriayhdistyksen asettama työryhmä. Helsinki 22.5.2013.

LaVM 9/1997 vp – HE 82/1995 vp: Rikosasiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen alioikeudessa.

Lasten oikeuksien käyttöä koskeva eurooppalainen yleissopimus. (SopS 12/2011)

Oikeusasiamiehen ratkaisu EOAK/3150/2019 poliisin menettelystä lapsen kuulemisessa ja esitutkinnan viivästymisessä. 5.6.2020.

PeVM 25 – HE 309/1993 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

Poliisihallituksen ohje: Lapsi asianomistajana ja todistajana poliisitoiminnassa ja esitutkinnassa. Poliisihallitus 28.11.2013.

YK:n yleissopimus lapsen oikeuksista. (SopS 59/1991)

## **Oikeustapaukset**

### ***Korkein oikeus***

KKO 1990:12

KKO 2006:107

KKO 2007:101

KKO 2008:68



KKO 2008:84

KKO 2013:96

KKO 2013:97

KKO 2014:48

KKO 2016:68

KKO 2019:54

### ***Hovioikeus***

Vaasan hovioikeus 1.7.2011, nro 811

Vaasan hovioikeus 19.2.2015, nro 107766

### ***Käräjäoikeus***

Satakunnan käräjäoikeus 12.11.2010, nro 2845

### ***Euroopan ihmisoikeustuomioistuin***

Colozza v. Italia, 12.2.1985 (*application no. 9024/80*)

Unterpertinger v. Itävalta, 24.11.1986 (*application no. 9120/80*)

Isgrò v. Italia, 19.2.1991 (*application no. 11339/85*)

Asch v. Itävalta, 26.4.1991 (*application no. 12398/86*)

Lüdi v. Sveitsi, 15.6.1992 (*application no. 12433/86*)

Doorson v. Alankomaat, 26.3.1996 (*application no. 20524/92*)

A.M. v. Italia, 14.12.1999 (*application no. 37019/97*)

Lucà v. Italia, 27.2.2001 (*application no. 33354/96*)

P.S. v. Saksa, 20.12.2001 (*application no. 33900/96*)

S.N. v. Ruotsi, 2.7.2002 (*application no. 34209/96*)

Scheper v. Alankomaat, 5.4.2005 (*application no. 39209/02*)

Mild ja Virtanen v. Suomi, 26.6.2005 (*applications nos. 39481/98 and 40277/98*)

Bocos-Cuesta v. Alankomaat, 10.11.2005 (*application no. 54789/00*)

W.S. v. Puola, 19.6.2007 (*application no. 21508/02*)  
Kovač v. Kroatia, 12.7.2007 (*application no. 503/05*)  
F. ja M. v. Suomi, 17.7.2007 (*application no. 22508/02*)  
A.L. v. Suomi, 27.1.2009 (*application no. 23220/04*)  
A.S. v. Suomi 28.9.2010 (*application no. 40156/07*)  
Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia, 15.12.2011 (*applications nos. 26766/05 and 22228/06*)  
Aigner v. Itävalta, 10.5.2012 (*application no. 28328/03*)  
Mitkus v. Latvia, 2.10.2012 (*application no. 7259/03*)  
Chudy-Sternik v. Puola ja Espanja, 15.1.2013 (*application no. 7063/10*)  
Vronchenko v. Viro, 18.10.2013 (*application no. 59632/09*)  
Schatschaschwili v. Saksa, 15.12. 2015 (*application no. 9154/10*)

## **Lyhenteet**

EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EN	Euroopan neuvosto
ETL	esitutkintalaki
EU	Euroopan unioni
HO	hovi oikeus
KKO	korkein oikeus
KP-sopimus	kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
LOS	YK:n yleissopimus lasten oikeuksista eli lapsen oikeuksien sopimus
OK	oikeudenkäymiskaari
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
PL	perustuslaki
RL	rikoslaki

# 1 Johdanto

## 1.1 Tutkimuksen lähtökohdat

Henkilötodistelu on yksi oikeusprosessin kulmakivistä ja tärkeimmistä vaiheista. Henkilötodisteluun liittyy olennaisesti suullisuuden ja välittömyyden periaate. Laajemmin taustalla on kyse kontradiktorisuuden periaatteesta. Kun henkilötodistelu otetaan vastaan välittömästi oikeuden istunnossa, on osapuolilla mahdollisuus heti vastata toistensa esityksiin ja tuomarit voivat käyttää kyselyoikeuttaan.<sup>1</sup> Oikeusjuttujen ratkaisemisessa henkilötodistelulla on keskeinen rooli erityisesti ”sana-sanaa” vastaan tilanteissa, joissa muuta näyttöä ei ole.<sup>2</sup> Seksuaalirikokset ovat tyypillisiä tällaisia rikoksia. Rikosprosessi, jossa lapsi on asianosaisena, on erityislaatuinen, koska huomioon on otettava lapsen asianomistaja- tai todistaja-aseman mukana tuomien oikeuksien lisäksi lapsen etu, suojele sekä toisaalta taas syytetyn oikeudet ja rikosprosessin oikeudenmukaisuus. Lapsen edusta ja oikeudesta<sup>3</sup> tulla kuulluksi säännellään Euroopan unionin (EU) ja Euroopan neuvoston (EN) oikeudessa sekä kansainvälisissä sopimuksissa.<sup>4</sup> Syytetyn oikeuksista ja oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä säännellään niin ikään kansallisessa lainsäädännössä ja kansainvälisissä sopimuksissa. Sekä lapsen oikeudet että syytetyn vähimmäisoikeudet ovat tiettyyn pisteeseen asti ehdottomia oikeuksia.

Oikeudenkäymiskaaren (OK, 2015/732) 17 luvun 9 §:n mukaan jokaisella on velvollisuus saapua tuomioistuimeen kuultavaksi todistelutarkoituksessa. Mainitusta pääsäännöstä poikkeuksena on

---

<sup>1</sup> Oikeusministeriö 2019, s. 12.

<sup>2</sup> Väisänen ym. 2014, s. 721.

<sup>3</sup> Ks. lapsen asemasta esim. EU käsikirja 2015, s. 220, EN suuntaviivat 2010, kohdat 113 ja 116, YK:n suuntaviivat 2005, IV luvun 9b) kohta sekä Oikeusministeriö 2020, s. 57. Lapsen asema tunnustetaan lapsen oikeuksien sopimuksen 12 artiklassa, joka velvoittaa jäsenvaltiot takaamaan lapselle, joka kykenee muodostamaan omat näkemyksensä, oikeuden vapaasti ilmaista tällainen näkemyksensä itseään koskevissa asioissa ja että tällainen näkemys otetaan huomioon soveltuvalla tavalla. Lapsen oikeuksien sopimuksessa jäsenvaltiot sitoutuvat ryhtymään asianmukaisiin toimiin edistääkseen lapsiuhrien toipumista ja sopeutumista takaisin yhteiskuntaan. Lisäksi Yhdistyneet Kansakunnat ovat antaneet suuntaviivoja lapsiuhrien- ja todistajien kohteluun, lasten kuulemisen tärkeyteen sekä hänen informoimiseensa mahdollisista yhteiskunnallisista palveluista toipuakseen. Vielä YK:n lapsen oikeuksien komitea on varoittanut tietynlaisesta muodollisesta lähestymistavasta ja toteaa tarkoituksenmukaisen kuulustelun olevan avointa, informatiivista, vapaaehtoista, lasten mielipiteitä kunnioittavaa, olennaisiin asioihin keskittymistä, lapsiystävällistä, osallistavaa, koulutettujen henkilöiden suorittamaa, turvallista, riskit huomioon ottavaa sekä vastuullista

<sup>4</sup> EU käsikirja 2015, s. 214-215, 219. EU-oikeudessa tärkein uhrin ja todistajan oikeuksia suojeleva direktiivi on niin sanottu uhridirektiivi (direktiivi 2012/29/EU). Direktiivissä säädetään lapsen edun huomioon ottamisesta ja lapsen yksilöllisestä arvioinnista hänen joutuessaan rikoksen uhriksi. Direktiivi sääntelee myös lapsisensitiivistä lähestymistapaa, jossa lapsen ikä, kehitys, näkemykset, tarpeen ja huolet otetaan huomioon ja että lapsen vanhempainvastuun kantajalle ilmoitetaan kaikista lapseen kohdistuvista toimenpiteistä. Direktiivi sääntelee lapsen kuulustelun tallentamista videolle sekä sen käyttämistä todisteena rikosprosessissa. Euroopan neuvostossa lapsiystävälliseen oikeudenkäyttöön annetaan suuntaviivoja ministerikomitean antamassa ohjeessa, jossa lausutaan muun ohessa todistamisesta mahdollisimman suotuisissa olosuhteissa sekä lapsen erityispiirteiden huomioon ottamisesta ja kuulustelun tallentamisesta videolle. Videointi turvaa syytetyn oikeutta havainnoida todistajaa.

oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 27 §. Sen mukaan alle 15 -vuotiasta tai henkisesti toiminnaltaan häiriintynyttä voidaan kuulla henkilökohtaisesti, jos tuomioistuin harkitsee sen soveliaaksi ja jos henkilökohtaisella kuulemisella on asian selvittämiseksi keskeinen merkitys ja kuuleminen ei todennäköisesti aiheuta kuultavalle sellaista kärsimystä tai haittaa, joka voi vahingoittaa hänen kehitystään.<sup>5</sup> Lapsella on kuitenkin iästään riippumatta oikeus tulla kuulluksi ja vaikuttaa itseään koskeviin asioihin kehitystään vastaavasti.<sup>6</sup> Tämän oikeuden turvaamiseksi on joskus välttämätöntä tehdä erityisjärjestelyjä lapsen kuulemiseksi tai rajoittaa jotain toista oikeutta lapsen edun vuoksi. Lapsen kuulemisesta ei siis voida oikeudenkäymiskaaren tai muun sääntelyn nojalla poiketa vaan kuuleminen on järjestettävä lapselle sopivalla tavalla. Niin julkisen ja yksityisen sosiaalihuollon, tuomioistuinten, hallintoviranomaisten kuin lainsäädäntöelimien toimissa, jotka koskevat lapsia, on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu<sup>7</sup> ja tähän etuun kuuluu oikeus tulla kuulluksi soveltuvalla tavalla, joka voi tilanteen mukaan tapahtua esitutkinnassa, oikeuspsykiatrisessa haastattelussa tai muun viranomaisen kautta. Jos lasta kuullaan hänen etunsa mukaisesti poikkeavalla tavalla, eli muualla kuin välittömästi oikeudessa, on menettely omiaan kaventamaan syytetyn oikeutta esittää todistajalle kysymyksiä suullisesti ja välittömästi oikeudessa. Esitutkinnassa vastaanotetun todisteen käyttäminen todisteena oikeudenkäynnissä edellyttää oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n mukaan, että esitutkintakertomus on tallennettu kuva- ja äänitallenteeseen ja että syytetylle on varattu asianmukainen vastakuulustelu-oikeus<sup>8</sup>. Vaikka vastakuulustelu-oikeus ei esitutkintakertomusta käytettäessä toteudu täysimääräisesti, pyritään kuulustelun videoinnilla kompensoimaan syytetyn oikeuksille aiheutuneita rajoituksia. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS, SopS 19/1990) 6 artiklaa koskeva oikeuskäytäntö edellyttää, että syytetyn oikeuksien rajoituksia kompensoidaan asianmukaisesti ja että oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevat EIS 6 artiklan määräykset otetaan huomioon jo esitutkinnassa.

Asiaa ratkaistessaan tuomioistuin harkitsee mikä näyttöarvo annetulla henkilötodistelulla on ollut vapaalla todistusharkinnalla.<sup>9</sup> Jokaiselle todistusfaktalle annettava näyttöarvo, eli todistusvoima, on

---

<sup>5</sup> Lapsen oikeuksien sopimus 1 artikla. Laki holhoustoimesta (1999/442) 1:2§: Vajaavaltaisella tarkoitetaan alle 18-vuotiasta henkilöä (alaikäinen). Juridisesti lapsella tarkoitetaan alle 18-vuotiasta lasta. Tutkielmani kannalta merkittävä ikäraja on kuitenkin 15-vuotta, jolloin lapsen tuomioistuimessa kuuleminen mahdollistuu. Tutkielmassani lapseen viitatessani tarkoitan lähtökohtaisesti alle 15-vuotiasta, ellen asiasta toisin erikseen mainitse.

<sup>6</sup> PL (1999,731) 2:6,3§.

<sup>7</sup> Lapsen oikeuksien sopimus 3 artikla.

<sup>8</sup> OK 17:48,1 §. Pääkuulustelussa todistajan tulee oma-aloitteisesti ja tarvittaessa hänelle esitettyjen kysymysten avulla esittää kertomuksensa pääkuulustelussa yhtäjaksoisesti ja ilman tarpeettomia keskeytyksiä. OK 17:48,6 §. Pääkuulustelussa ei saa esittää kysymyksiä, jotka sisältönsä, muotonsa tai esittämistapansa puolesta johtavat määrätynlaiseen vastaukseen. Vastakuulustelussa ja täydentäviä kysymyksiä esitettäessä tallaiset kysymykset ovat sallittuja, kun pyritään selvittämään sitä, missä määrin todistajan kertomus vastaa todellista tapahtumien kulkua.

<sup>9</sup> OK 17:2 §. Vapaan todistusharkinnan arvioinnin tueksi voidaan käyttää asiantuntijatodistelua. Ks. myös Väisänen ym. 2014, s. 722.

kussakin tapauksessa arvioitava erikseen.<sup>10</sup> Todisteen todistusvoimaa ei siis pääsääntöisesti voi etukäteen määrittää. Todistusvoimaa harkitessaan tuomioistuin käyttää hyväkseen kokemussääntöjä ja erilaisia apufaktoja.<sup>11</sup> Kun todisteita on arvioitu yhdessä ja niiden vaikutus on selvitetty, on tuomioistuimen ratkaistava, onko saatu näyttö riittävä eli onko oikeustosisen olemassaolosta saatu niin korkea todennäköisyys, että se voidaan asettaa tuomion perusteeksi.<sup>12</sup> Näyttökynnys ilmaisee sen, kuinka vahvaa näyttöä langettavan tuomion antamiseksi tarvitaan. Näyttökynnys ei ylity, jos vastakuulustelussa esitetään sellaista näyttöä tai vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja, jotka horjuttavat syyttäjän esittämää näyttöä niin paljon, että vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettava epäily. Jos näyttökynnys ei ylity, tuomioistuimen on ratkaisupakkonsa vuoksi annettava tuomio sen hyväksi, jota todistustaakka ei ole rasittanut.<sup>13</sup>

Rikosprosessissa kantajan, eli syyttäjän ja asianomistajan tehtävä näyttää syyte toteen siten, ettei vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettavaa epäilyä. Kantajalla on todistustaakka kaikista syyksilukevan tuomion perustavista seikoista<sup>14</sup> ja mikäli kantajan puolelta ei ole tarjottu tuomitsemiskynnyksen ylittämiseen riittävää näyttöä, on tuomioistuimen ratkaisupakon nojalla annettava tuomio vastaajan hyväksi. Tuomioistuin ei voi lopettaa asian käsittelyä tai olla antamatta ratkaisua sen vuoksi, että esitetty näyttö on epäselvää (*non liquet, ei selviä*).<sup>15</sup> Tuomioistuimen tehtävä ei ole paikata puuttuvaa näyttöä tuomion langettamiseksi eikä myöskään vastaajan tehtävä vapauttavan tuomion saamiseksi. Tuomioistuin ei myöskään saa muokata todisteita sopimaan johonkin tiettyyn todistusteemaan tai tosiseikkaan. Mitä vakavammasta rikoksesta on kysymys, sitä suurempi selvittämisintressi tuomioistuimella on ja sitä huolellisemmin syytetyn oikeusturvasta on huolehdittava, sillä syyttömänä tuomitseminen ankaraan rangaistukseen on erityisen haitallista.

Aineellisen totuuden selvittäminen ja prosessuaalinen oikeudenmukaisuus on pidettävä erillään toisistaan. Vaikka näyttö olisi sinänsä riittävää, mutta oikeudenkäyntiä rasittaa perusvaatimusten rikkominen, on syytteiden hylkäämiseen päädyttävä.<sup>16</sup> Näin oli esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisussa 2008:68, jossa näyttö seksuaalisesta hyväksikäytöstä perustui pääosin psykologin

---

<sup>10</sup> Virolainen ym. 2010, s. 272. Näytön arviointi kokonaisuudessaan koostuu empiiris- loogisesta näyttöarvon harkinnasta, jolla tarkoitetaan todistusharkintaa sekä normatiivisesta näytön riittävyden arvioinnista.

<sup>11</sup> Virolainen ym. 2010, s. 272 ja Häkkänen-Nyholm ym. 2019, s. 821. T kertomuksen luotettavuuteen vaikuttaa kertomuksen sisällön lisäksi suoraan myös se, miten kuultava käyttäytyy, ilmaisee tunteitaan ja kuvailee kokemuksiaan.

<sup>12</sup> Virolainen ym. 2010, s. 272.

<sup>13</sup> Virolainen ym. 2010, s. 288.

<sup>14</sup> Jokela 2018, s. 680

<sup>15</sup> Fräde-Rautio 2016, s. 6.

<sup>16</sup> Jokela 2018, s. 685.

kertomaan, eli kuulopuhetodisteluun.<sup>17</sup> Näyttöä ei saanut perustaa pelkästään psykologin kertomaan, koska hän ei ollut tapahtumien silminnäkijä. Muun näytön puuttuessa syytteet hylättiin. Samoin syytteet hylättiin puolustuksen oikeuksien turvaamiseksi ratkaisussa KKO 2013:97, jossa asianomistaja vaikenä oikeudenkäynnissä. Jos oikeudenkäyntimenettelyssä on rikottu keskeisiä rationaalisuusehtoja ei lopputulostakaan voida pitää hyväksyttävänä riippumatta siitä, sattuko se olemaan materiaalisesti tai aineellisesti oikea vai ei.<sup>18</sup> Tämän vastapainona menettelyllisesti oikeudenmukaisesti toteutettu oikeudenkäynti legitimoit ratkaisua riippumatta siitä, onko se oikea vai ei.<sup>19</sup> Prosessissa on siis kaksi funktiota, aineellisen totuuden selvittäminen ja prosessuaalinen oikeudenmukaisuus. Tutkielmassani olenkin keskittynyt nimenomaan prosessin oikeudenmukaisuuteen, joskin esimerkiksi todisteen näyttöarvoa tarkastellessa on välttämättä otettava kantaa myös tietyn jutun aineelliseen sisältöön.

Oikeudenkäynnin tavoitteena on perinteisesti ollut aineellisen totuuden löytäminen. Myös yleisesti käy järkeen, että oikeudenkäynnissä pyritään selvittämään totuus tapahtumista. Totuuteen pyrkimisestä huolimatta on tunnustettu, että käytännössä joudutaan tyytymään vain prosessuaaliseen totuuteen.<sup>20</sup> Absoluuttiseen totuuteen riittäisessä asiassa tai sana – sanaa vastaan tilanteessa tuskin on koskaan mahdollista päästä, vaikka henkilötodistelu ja muu todistelu olisi ollut hyvinkin kattavaa ja luotettavaa. Totuus ei ole oikeudessa myöskään sellainen itseisarvo, joka pyritään saavuttamaan kustannuksista riippumatta ja millä tahansa keinoilla.<sup>21</sup> Koska materiaallinen totuus on mahdoton löytää, joudutaan oikeudenkäynnissä saavutettu ratkaisu perustamaan menettelyssä sallitulla tavalla saavutettuun totuustulokseen.<sup>22</sup> Itse ymmärrän asian niin, että aineellista totuutta kun on mahdotonta saavuttaa voi ratkaisun perustella ja yleisesti hyväksyttää prosessuaalisesti oikeanlaisella ja ”totuudenmukaisella” menettelyllä. Oikeudenkäyntimenettelyn ollessa prosessuaalisesti oikeanlaista on niin hävinneen osapuolen kuin yleisönkin helpompi hyväksyä ratkaisu, jos he ovat vakuuttuneet siitä, että ratkaisu on syntynyt asianmukaisessa prosessissa.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> KKO 2008:68, kohta 3. Kuulopuhetodistelulla tarkoitetaan sitä, että kuulusteltava kertoo siitä, mitä hän on kuullut toisen henkilön sanovan, ja todistelun kohteena on tämän toisen henkilön havaintojen paikkansa pitävyys. Kuulopuhetodistelua ei ole laissamme kielletty, vaan sitäkin arvioidaan vapaan todistusharkinnan periaatteen mukaisesti.

<sup>18</sup> Leppänen 1998, s. 73-74.

<sup>19</sup> Huovila 1999, s. 1173.

<sup>20</sup> Huovila 1999, s. 1165.

<sup>21</sup> Huovila 1999, s. 1165. Asiaa voi ajatella siten, että jos aineellisella totuudella on merkittävän suuri painoarvo, voidaan todisteluunkin uhrata enemmän kustannuksia. Samoin voidaan menetellä todistelun välittömyyden merkityksen suhteen. Jos totuudella on suuri painoarvo, voidaan enemmän resursseja ja kustannuksia uhrata todistelun välittömyyden toteutumiseen. Aineellisen totuuden painoarvo määräytyy muun muassa moraalisten haittojen kautta. Suuri moraalinen haittaa aiheutuu vaikkapa siitä, että syytön tuomitaan vuosiksi vankeuteen ja taas vähemmän moraalista haittaa aiheutuu hänen tuomitsemisestaan viideksi kuukaudeksi vankeuteen.

<sup>22</sup> Ervo 2014, s. 3.

<sup>23</sup> Virolainen 1998, s. 20.

Tutkielmani aiheesta todettakoon, että vastakuulustelu-oikeus ja sen täysimääräinen toteutuminen on mielestäni aina ajankohtainen ja vailla täsmällisiä linjauksia oleva aihe. EIS oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan 6 artiklan soveltamista on ratkaisukäytännössä arvioitu useasti ja sen tulkinta on vaihdellut. Kansallisen lain ja EIS välillä on tiettyjä eroavaisuuksia ja niitä on tiettyyn rajaan asti jopa sallittua tulkita eri tavalla, kuitenkin tietyn harkintamarginaalin sisällä.<sup>24</sup> On kyse sitten kansallisen tuomioistuimen tai EIT:n oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusarviosta, voidaan EIS määräyksistä poiketa loukkaamatta sen tavoitteita ja tarkoitusta, sen takaamia tehokkaita oikeuksia tai suhteellisuusperiaatetta ja yhteiskunnan ja yksilön intressien asianmukaista tasapainottamista.<sup>25</sup> Edelleen kansallisen tuomioistuimen ja EIT:n harkintaa rajaavat oikeudenkäynnin peruseriaatteen, kuten tasavertaisuus, kielto syyttää kahdesti samasta asiasta, kielto soveltaa rikoslainsäädäntöä takautuvasti taikka soveltaa puutteellista lainsäädäntöä.<sup>26</sup> Kaikki edellä mainitut tekijät ohjaavat siis sen arviointia, onko oikeudenkäynti oikeudenmukainen, kun vastakuulustelu-oikeuteen tietyissä tapauksissa joudutaan tekemään kavennuksia.

## 1.2 Tutkimuskysymykset ja tavoitteet

Tutkimuskysymykseni on tarkastella voiko oikeudenkäynti olla oikeudenmukainen, jos vastakuulustelua on jollain tavalla kavennettu. Tarkemmin muotoiltuna keskeisenä tavoitteena on selvittää, miten oikeudenmukainen oikeudenkäynti kokonaisuudessaan toteutuu tai toisaalta voiko se edes toteutua, kun ratkaisevana todisteena syyksi lukevassa tuomiossa käytetään lapsen tai muun todistajan esitutkinnassa antamaa kertomusta ja tällaista todistajaa ei kuulla henkilökohtaisesti oikeudessa. Tutkimuskysymyksen selvittäminen edellyttää esikysymyksinään sen tarkastelua, millainen todisteena olevan esitutkintakertomuksen tulee laadultaan olla ja mikä kaikki voi vaikuttaa luotettavan kertomuksen saamiseen sekä miten EIT:n kolmen kohdan testi voi auttaa kansallisia tuomioistuimia oikeudenmukaisuusharkinnassaan vai voiko se auttaa millään tavalla. Rikosprosessi, jossa asianosaisena on lapsi, on mielestäni mielenkiintoinen kokonaisuus, sillä lapsella on prosessissa kolme erilaista, joskus jopa keskenään ristiriidassa olevaa roolia, olla informaation lähde, suojelun kohde<sup>27</sup> sekä osallistumisoikeudet omaava subjekti.

---

<sup>24</sup> Sundström 2011, s. 164.

<sup>25</sup> Sundström 2011, s. 164.

<sup>26</sup> Sundström 2011, s. 164. Tasavertaisuus taikka aseiden yhtäläisyys, eli equality of arms. Kahdesti syyttämisen kielto eli tunnetummin ne bis in idem.

<sup>27</sup> EU käsikirja 2015, s. 214: Uhriksi joutuneilla lapsilla sekä todistajana kuultavilla lapsille on oikeus saada suojelua uudelleen uhriksi joutumista vastaan, oikeus toipua ja sopeutua uudelleen sekä osallistua täysipainoisesti rikosoikeudellisiin menettelyihin. Ks. myös Oikeusministeriö 2018, s. 61. ”Jotta osallistuminen olisi merkityksellistä, on lapsen näkemyksille myös annettava asianmukainen painoarvo.

Lähdemateriaalina olen käyttänyt alan kirjallisuutta, artikkeleita ja muita virallislähteitä sekä runsaasti sekä kansallista että eurooppalaista oikeuskäytäntöä. Mielestäni oikeuskäytäntö konkretisoi säännöksiä ja konkretian kautta on usein helpompi hahmottaa suurempia linjoja. EIS 6 artiklan 1 kohdan ja 3 d kohdan tulkinta on keskittynyt pääasiassa oikeuskäytännössä tehtyihin tulkintoihin ja ratkaisuihin ja sanotut ratkaisut vaikuttavat myös kansallisten tuomioistuimien toimintaan. EIT:n ratkaisut ilmaisevat konkreettisesti sanottuja ongelmia lapsen edun ja vastakuulustelun kanssa. Ratkaisut ovat tärkeä osa arviointia ja siten myös tutkielmaani, koska kansallisella tuomioistuimella ei ole kompetenssia poiketa EIT:n tulkinnoista tulkitessaan tai soveltaessaan EIS:n määräyksiä.<sup>28</sup> Käyttämäni metodi on lainopillinen, koska lähtökohtanani on EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohdan tulkitseminen ja merkityssisällön antaminen sanotuille kohdille.

Tutkielmassani en ole käsitellyt ratkaisujen aineellista sisältöä muuten, kuin soveltuvissa kohdissa lyhyesti enkä myöskään ole arvioinut sitä, onko syytetty kussakin tapauksessa mielestäni syyllistynyt rikokseen. Tarkoitukseni on tutkia nimenomaan oikeudenmukaisuuteen liittyviä seikkoja tilanteessa, jossa sitä on jo lähtötilanteessa rajoitettu. Tutkimistani EIT:n ratkaisuista en ole tarkastellut *Schatschaschwili v. Saksa (2015)* -ratkaisun jälkeistä oikeuskäytäntöä. Schatschaschwili-ratkaisu on käsitykseni mukaan viimeisin erittäin merkittävä ratkaisu, joten tutkielman liiallisen laajenemisen estämiseksi olen rajannut oikeuskäytännön tarkastelun vuoden 2015 Schatschaschwili-ratkaisuun.

## **2 Oikeudenmukainen oikeudenkäynti**

### **2.1 Kontradiktorisuus, välittömyys- ja suullisuusperiaate sekä tuomitsemiskynnys**

Oikeudenmukainen oikeudenkäynti henkilötodistelun osalta käsittää välittömän ja suullisen todisteiden vastaanoton. Laajemmin kyse on kontradiktorisuuden<sup>29</sup>, eli vastavuoroisuuden periaatteesta.<sup>30</sup> Periaate käsittää oikeuden saada tietoa oikeudenkäyntiaineistosta, hankkia ja esittää todisteita sekä kommentoida vastapuolen todistelua.<sup>31</sup> Periaatteeseen kuuluu myös ajatus ”aseiden yhtäläisyydestä” eli equality of arms-periaate. Periaate ilmentää asianosaisten tasavertaisuutta ja sitä, että syytetyllä on yhtäläiset oikeudet ajaa asiaansa kuin rangaistusvaatimuksen esittäjälläkin.<sup>32</sup> Todistelun välittömyyttä turvaa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 momentin kielto käyttää

---

<sup>28</sup> Sundström 2011, s. 165.

<sup>29</sup> EIS 6 artiklan 1 ja 3 d kohta sääntelevät oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja sen yhtenä osana vastakuulustelu-oikeutta. Perustuslain 21 §:ssä säädetään muun ohella oikeudesta tulla kuulluksi.

<sup>30</sup> Audiatur et altera pars -periaate. Asiaa ei voi ratkaista kuulematta molempia osapuolia.

<sup>31</sup> Tapanila 2019, s. 1,

<sup>32</sup> Tapanila 2019, s. 14.



todisteena tallennettua lausumaa, kuten esitutkintapöytäkirjaa tai tallennetta. Välittömyysperiaatteessa on kysymys aineiston vastaanottamistavasta välittömästi oikeudenkäynnissä siinä tuomioistuimessa, joka jutun ratkaisee.<sup>33</sup> Todisteluketjun lyhyys sekä mahdollisuus tehdä tuomioistuimessa välittömiä havaintoja ilman välillisiä elementtejä on omiaan parantamaan tuomioistuimen kykyä tehdä arviota todistajan kertomuksen uskottavuudesta.<sup>34</sup> Välittömyyden taustalla on tavoite aineellisesti oikeiden ratkaisujen tekemisestä ja välittömyyden on katsottu antavan parhaat edellytykset vapaalle todistusharkinnalle.<sup>35</sup> Suullisuusperiaate tarkoittaa asianosaisten esiintymistä tuomioistuimen edessä joko henkilökohtaisesti tai asiamiehen välityksellä sekä suullista kommunikointi- ja asioiden esittämistä.<sup>36</sup> Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 47 §:n 1 momentin mukaan todistelutarkoituksessa kuultavan asianosaisten ja todistajan tulee esittää kertomuksensa suullisesti viittaamatta kirjalliseen kertomukseen. Suullisuus- ja välittömyysperiaate ovat kytköksissä toisiinsa ja ne kulkevat prosessissa käsi kädessä. Jos todistelua ei oteta vastaan suullisesti ei myöskään välittömyysperiaate toteudu ja vastaavasti jos todistelua ei oteta vastaan välittömästi tuomioistuimessa, ei suullisuusperiaate toteudu. Vastakuulustelu-oikeus voi toteutua täysimääräisesti vain, jos todistelu otetaan vastaan tuomioistuimessa välittömästi ja suullisesti.

Välittömyyden ja suullisuuden periaatteet eivät ole poikkeuksettomia. Vaikka todistajan arvioiminen oikeuden istunnossa mahdollistaa vastaajan ja tuomarin tulkintojen tekemisen<sup>37</sup> todistajan yleisestä käyttäytymisestä, kuten siitä onko hän pelokkaan tai ahdistuneen oloinen, mikä on hänen puhetyylinsä ja mitkä ovat hänen eleensä sekä siitä, onko kertomus looginen, täsmällinen ja yksityiskohtainen, on sanotuista periaatteista laillista joustaa. Joustamisen edellytyksenä on, että todistajan kertomus on asianmukaisesti tallennettu siten, että kertomus voidaan muuttumattomana toisintaa. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 3 momentin esitutkinta-aineiston käyttökiellosta todisteena poikkeaminen edellyttää, että kuultavan kertomus on tallennettu videotallenteeseen tai siihen rinnastuvaan tallenteeseen. Lisäksi sanotusta momentista poikkeaminen edellyttää, että syytetylle varataan asianmukainen mahdollisuus esittää kuultavalle kysymyksiä.<sup>38</sup> Välittömyyden ja suullisuuden periaatteista joustamista ei siis tule ymmärtää laajasti oikeudeksi joustaa myös vastakuulustelu-oikeudesta. Vastakuulustelu-oikeus on ehdoton oikeus ja mikäli se laiminlyödään kokonaan tai sitä ei kyetä kompensoimaan muilla prosessuaalisilla keinoilla, kuten kuulustelun videoinnilla, oikeudenkäyntiprosessia rasittaa menettelyvirhe ja prosessi saattaa rikkoa EIS 6 artiklan

---

<sup>33</sup> *Frände* ym. 2016, luku 4.

<sup>34</sup> *Huovila* 1999, s. 1160.

<sup>35</sup> *Huovila* 1999, s. 1164.

<sup>36</sup> *Frände* ym. 2016, luku 4.

<sup>37</sup> *Väisänen* ym. 2014, s. 721.

<sup>38</sup> Ks. myös KKO 2013:97, kohta 9.

3 d kohtaa ja siten myös 1 kohtaa, joka puolestaan tarkoittaa sitä, ettei oikeudenkäynti ole oikeudenmukainen. Jotta taas vastaaja voitaisiin tuomita syylliseksi, edellytyksenä on oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 3 §:n 2 momentin mukaan se, ettei hänen syyllisyydestään jää varteenotettavaa epäilyä.<sup>39</sup> Tarpeellisen varmuuden saaminen vastaajan syyllisyydestä edellyttää, että oikeudenkäynti on oikeudenmukainen, eli esitutkinta on tehty asianmukaisesti, asiassa saatava todistelu on riittävää, luotettavaa ja uskottavaa sekä, että tuomioistuimien on havainnut ja ottanut huomioon kertomuksen mahdolliset virhelähteet.<sup>40</sup> Syyllisyyden osoittamiseen ei riitä se, että syytetyn syyllisyydestä on esitetty vahvempi näyttö kuin hänen syyttömyydestään eikä myöskään se, että syytteessä kuvattu tapahtumainkulku on todennäköisempi taikka että tuomari itse vakuuttuu syytetyn syyllisyydestä.<sup>41</sup>

Luotettavuus, uskottavuus ja virhelähteiden mahdollisuus liittyvät niin kuulustelumenettelyyn kuin kertomuksen sisältöönkin. Painostamalla tehty kuulustelu ja sen myötä saatu kertomus ei luonnollisestikaan täytä sellaisia edellytyksiä, mitä syytetyn tuomitsemisen edellytetyltä todistelulta vaaditaan. Laki, sen paremmin kuin lain esityötkään eivät sisällä uskottavuuden määritelmää eikä oikeuskirjallisuudestakaan ole löydettävissä muita kuin käytännön esimerkkejä siitä, milloin kertomus on ollut uskottavaa ja milloin taas ei.<sup>42</sup> Tuomioistuimen tehtävä on vapaalla todistusharkinnalla havainnoida sekä arvioida todistajan kertomuksen uskottavuutta vastaajan esittämät käsitykset ja vaihtoehtoiset tapahtumainkulut<sup>43</sup> huomioiden. Uskottavuuden arvioinnissa kysymys on havaintokokemuksen oikeellisuuden kontrolloinnista, joka tapahtuu tunnistamalla kertomuksesta mahdollisia virhelähteitä<sup>44</sup>, jollainen voi olla vaikkapa esitutkintakuulustelun asiattomuus tai asiaton vaikuttaminen todistajaan. Vapaassa todistusharkinnassa ja kertomuksen uskottavuutta arvioidessa tuomioistuin ei ole sidottu lain tai muidenkaan sääntöjen raameihin siitä, mitä uskottavalta kertomukselta vaaditaan, vaan arvio on tehtävä jokaisessa yksittäistapauksessa

---

<sup>39</sup> OK 17:3, 2 §.

<sup>40</sup> *Rasilainen 2006*, s. 973 ja *Häkkinen-Nyholm ym. 2019*, s. 819. Virhelähteet voidaan jakaa havainnon virhelähteisiin (esimerkiksi havainto-olosuhteiden vaikeus voi vaikuttaa kertomuksen uskottavuuteen), kertojan virhelähteisiin sekä itse kertomuksen virhelähteet. Erilaiset psykologiset tekijät, motiivit ja kuulemistilanteen aiheuttama jännitys voivat vaikuttaa suurestikin tapaan, jolla todistaja asioista kertoo sekä itse kertomuksen sisältöön. Kuultavan kykyyn kuvailla tapahtumia saattaa vaikuttaa myös traumatisoituminen, johon liittyy usein muistin, tietoisuuden tason, tunteiden säätelyn sekä vuorovaikutuskykyjen muutoksia. Kuulustelijan tai muun kysymyksiä esittävän on tärkeä ymmärtää, että traumaattinen kokemus voi henkilön tahtomatta vaikuttaa hänen muistinsa toimintaan, puhekykyyn sekä kertomuksen yksityiskohtaisuuteen ja aiheuttaa kuultavalle äärimmäistä ahdistusta, häpeää, syyllisyyttä sekä haluttomuutta kertoa tapahtumista kenellekään

<sup>41</sup> Vaasan HO 2015, 10766, kohta 9.

<sup>42</sup> *Rasilainen 2006*, s. 972.

<sup>43</sup> Vaasan HO 2015, 10766, kohta 9. Riittävää ei ole, että tuomari itse vakuuttuu syytetyn syyllisyydestä, jos todistusaineiston perusteella ei voida riittävällä varmuudella poissulkea syytteeseen nähden vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja ja jos nämä vaihtoehtoiset tapahtumainkulut riittävät muodostamaan varteenotettavan epäilyn syytetyn syyllisyydestä.

<sup>44</sup> *Rasilainen 2006*, s. 972.

erikseen.<sup>45</sup> Tämän vuoksi on tärkeää, että tuomioistuimen tietoon saatetaan syytetyn puolelta kaikki sellainen menettely ja kaikki ne toimenpiteet, mikä voivat olennaisesti heikentää syytettä ja siten jopa estää syyttömän tuomitsemisen. Erityisesti kuulustelumenettelyn osalta on todettava, että se on, tai ainakin sen pitäisi olla jo EIT:n ratkaisukäytännönkin takia, tuomioistuimen arvioinnin kohteena, samalla tavalla kuin lausuman sisältökin. Tuomioistuimen on mielestäni aivan välttämätöntä kiinnittää huomiota menettelyyn, jolla kertomus on saatu sekä siihen kontekstiin, jossa kertomus on annettu.<sup>46</sup>

Esitutkimamenettelyn osalta sanotut vaatimukset tarkoittavat sitä, että kun ennen oikeudenkäyntiä kuullaan alle 15-vuotiasta lasta on tiedostettava, että hänen esitutkimuskertomuksensa tulee toimimaan todisteena ja että lasta ei hyvin todennäköisesti tulla kuulemaan oikeudessa. Jos tällaisen tilanteen käsillä ollessa kertomus saadaan aikaan johdattelemalla<sup>47</sup>, manipuloimalla tai muuten painostamalla, on edelleen tiedostettava se, että kertomuksen näyttöarvo murenee samassa suhteessa jopa mitättömäksi. Tuomioistuimella ei ole samanlaista mahdollisuutta kontrolloida esitutkinnassa tapahtuvaa kuulemismenettelyä, kuin mitä sillä prosessinjohtonsa puitteissa normaalissa prosessissa olisi.<sup>48</sup> Esitutkimaviranomaisen onkin siis kiinnitettävä vakavaa huomiota siihen, onko kuultava ikänsä puolesta sellainen, että häntä ei tulla kuulemaan oikeudessa ja taas toisaalta, onko prosessin laatu sellainen, että asianomistajalla tai todistajalla on oikeus vaieta. Kuulustelijan tehtävä on epäilemättä haasteellinen. Haasteellisuus korostuu, jos kuultavana on vähäpuheinen todistaja tai vaikenava lapsi. Tällöin kuulustelijan on kyettävä rohkaisemaan lasta kertomuksessa kuitenkin johdattelematta tätä. Todellisuudessa rohkaisevien ja johdattelevien kysymysten, tosiseikkojen selvittämisen ja olettamisen sekä tutkinnan ja terapian välillä on nimittäin usein mitätön ero.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> KKO 2013:96, kohta 6. Näytön arvioinnin yleisiin periaatteisiin kuuluu muun ohella se, että todisteita arvioidaan objektiivisesti, tasapuolisesti ja yleisten kokemussääntöjen mukaisesti sekä myös yksilöidysti. Jos syytteen tueksi on riittävää näyttöä, näytön kestävyyttä on vielä tarkasteltava asiassa esitettyjen muiden mahdollisten tapahtumainkulkujen valossa.

<sup>46</sup> Ks. esim. *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 52. EIT totesi, että todisteiden laadun lisäksi on otettava huomioon olosuhteet, jossa todiste on saatu ja voivatko tällaiset olosuhteet vaikuttaa todisteiden luotettavuuteen tai yksityiskohtaisuuteen. Ks. myös KKO 2013:97, kohta 7. Kertomuksen syntytavalla on huomattavaa merkitystä kertomuksen näyttöarvoa harkitessa.

<sup>47</sup> *Airaksinen* 2019, s. 562. Johdattelun perimmäisenä tarkoituksena on viestittää kuultavalle, minkälaista vastausta häneltä odotetaan. Johdattelussa pyritään tietoisesti saamaan kuultavalta tietynlainen vastaus. Tällaisen tarkoituksellisen johdattelun sisältämät suggestiot ovat omiaan vääristämään todistajan muistikuvia ja tulkintaa ja epäilemättä vaikuttavat hänen myöhempään vastaukskäyttäytymiseensä.

<sup>48</sup> Ks. esim. *Välikoski* ym. 2017, s. 321. Tuomioistuimen tehtävä on muun ohella valvoa, etteivät salissa olevat kohteet kuultavaa asiattomasti ja esitä johdattelevia kysymyksiä pääkuulustelussa. Ks. myös *Jokela* 2015, s. 290. Jotta tuomioistuin kykenisi valvomaan, ettei johdattelevia kysymyksiä esitetä vapaan kertomuksen aikana, on prosessissa selkeästi erotettava pääkuulustelu ja vastakuulustelu.

<sup>49</sup> *Bottoms* ym. 1996, s. 15. *Weiss* ym. 2014, s. 32. *Väisänen* 2013, s. 81. *Beijer* ym. 2011, s. 76. *Hewitt*. 1999, s. 53. Lapsen kognitiivisten taitojen arviointi ja kuulustelun lomassa tehdyt havainnot lapsen keskittymiskyvystä antavat viitteitä siitä, mikä on lapsen keskittymisen taso. Lapsen muistia ei tulisi testata enempää kuin on välttämätöntä. Lapsi saattaa keskittyä eri kuulustelukerroilla eri asioihin ja antaa vaihtelevasti lyhyitä, epätäydellisiä sekä avoimia vastauksia ja tarkentaa näitä asioita vasta kun niitä tarkemmin kysytään. Lapsi saattaa siis tietää ja muistaa enemmän kuin hän oma-

Rohkaisun tarkoituksena on auttaa kuultavaa eteenpäin silloin, kun ei kykene oma-aloitteisesti kertomaan asiasta yhtäjaksoisesti.<sup>50</sup> Johdattelussa kyse on kuultavan johdattamisesta tietyn vastauksen antamiseen ja rohkaisussa kuultavan auttamisesta kertomaan itse asioista. Onnistuessaan rohkaisu tarkoittaa kuultavan auttamista siten, ettei tämän ajatuskulku sekoitu ja että kuultava voisi käsittää, että häneltä odotetaan tietynlaista vastausta.<sup>51</sup>

Lapset ovat hyvin suggestioalttiita<sup>52</sup>, eli alttiita johdattelulle, painostukselle, sosiaaliselle vaikuttamiselle ja kuulustelijan ennako-odotuksille. On luonnollista, että lapsi ei puuttuvan elämäkokemuksensa vuoksi välttämättä voi selittää tapahtumia loogisesti, mutta suoranaista valehtelua, ainakin vahvan painostuksen myötä, lapsen voi olla vaikeampi ymmärtää.<sup>53</sup> Tutkimusten mukaan kuulustelijan käyttäytyminen ja kyselytapa vaikuttaa lapsen kertomukseen, muistikuviiin ja kertomuksen luotettavuuteen jopa enemmän kuin lapsen ikä, muisti, älykkyys ja sosiaalisuus.<sup>54</sup> Vapaan kerronnan aikana esitettyjen kysymysten tulee siis tukea kuultavan oma-aloitteista kertomusta.<sup>55</sup> Kuulustelijan on kyettävä rohkaisemaan kuultavaa kertomaan tapahtumista omalla tavallaan sekä auttamaan kuultavaa muistamaan asioita kuitenkin johdattelematta ja painostamatta<sup>56</sup>. Lienee selvää, ettei kertomus ole näyttöarvoltaan korkea, jos kertomus on saatu millään tavalla painostavilla tai manipuloivilla tavoilla. Voi jopa olla, että kuulustelijan tiukka, muodollinen ja etäinen käytös sekä negatiivisen palautteen antaminen taikka kuulustelijan oletamat tai asenteet saavat kuultavan muuttamaan kertomustaan.<sup>57</sup> Jos kuultavalle esitetään vapaan kerronnan aikana minkäänlaisia huomautuksia tai kehotuksia, tulee niiden olla tarkoitettu lähinnä vapaan kertomuksen aukkojen täyttämiseen tai rohkaisuun lisävalaistuksen asialle saamiseksi.<sup>58</sup> Kuulustelumenettelyn lisäksi muita riskejä totuudenvastaisen kertomuksen saamiseen ovat

---

aloitteisesti kertoo. Oikeanlainen kuuleminen on tärkeää todennettavien tietojen hankkimiseen sekä sen varmistamiseen, etteivät johdattelevat kysymykset muuta lapsen kertomusta.

<sup>50</sup> Jokela 2008, s. 158.

<sup>51</sup> Jokela 2008, s. 158. Johdattelevia kysymyksiä ovat esimerkiksi sellaiset kysymykset kuin ”oliko miehellä vihreä hattu”, jolloin kuultava voi olettaa miehellä olleen joka tapauksessa hattu, vaikka sellaista ei olisi ollutkaan. Ks. myös Korkman 2015, s. 210. Lapset voivat vastatessaan vaihtoehtokysymyksiin eli niin sanottuihin kyllä/ei kysymyksiin toimia tietyllä tavalla, kuulustelun ilmapiiristä riippuen. ”Kyllä” -vastaus on useimmiten lapsen vastauksena silloin, kun kysymystä ei ole täysin ymmärretty ja tällaiset vaihtoehtokysymykset voidaankin luokitella muodoltaan johdatteleviksi

<sup>52</sup> Suomela 2006, s. 377. Ks. myös Väisänen 2013, s. 79-80. Alttius suggestiolle riippuu muun ohella iästä. Ei ole tavatonta, että pieni lapsi sopeuttaa kertomuksensa sellaiseksi, mitä aikuinen haluaa kuulla.

<sup>53</sup> Fredman 2013, s. 369.

<sup>54</sup> Korkman 2015, s. 212, ks. myös Väisänen 2013, s. 74.

<sup>55</sup> Jokela 2015, s. 290. Ks. myös Hewitt 1999, s. 63. Jos aikuinen liiaksi ohjaa lasta, lapsi tuskin tulee korjaamaan aikuisen käsitystä johtuen jo siitä asemasta, mikä aikuisella lapsen silmissä on. Lapsen ikään liittyy luonnostaan heikko kirjallinen kyky eikä täysin avoimilla kysymyksillä välttämättä saada mitään tietoa siitä, mitä on tapahtunut.

<sup>56</sup> Bottoms ym. 1996, s. 30.

<sup>57</sup> Airaksinen 2019, s. 561.

<sup>58</sup> Pölönen 2004, s. 222. Ks. myös Poliisihallituksen ohje 2013, s. 6-7. On mahdollista, että lapsen oikeuspsykiatrisessa haastattelussa antamat vastaukset vaikuttavat siihen, millaisia kysymyksiä lapselle esitutkinnassa esitetään. Poliisihallitus on käsitellyt asiaa itsekriminointisuoja tarkastellessaan. En kuitenkaan näe, miksei lapsiuhrin haastattelussa antamat vastaukset voisi vaikuttaa hänen myöhempään esitutkintakuulemiseensa.

esimerkinomaisesti mainittuna vaikkapa lapsen kuuleminen sellaisista tapahtumista, joista on kulunut pitkä aika ja joista lapsen muistikuvat eivät ole tuoreita tai yksityiskohtaisia ja että haastattelijan kysymys on vaikeasti ymmärrettävä tai haastattelijan persoona on sellainen, että lapsi asettuu mielellään hänen mielipiteensä kannalle<sup>59</sup> miellyttäen<sup>60</sup> häntä taikka vielä, että kuulustelija ei lähde kuulusteluun niin sanotusta 0-hypoteesista, vaan hän kerää ainoastaan sellaista näyttöä, joka tukee syytettä eikä niinkään syyttömyyden puolesta puhuvaa näyttöä.<sup>61</sup>

Koska rikosprosessin osapuolten intressin sekä rikosvastuun toteuttamisen kannalta tärkeää on totuuden selvittäminen, on pohdittava, miten kuultavalta voidaan saada mahdollisimman luotettava kertomus. Tämä kysymys edellyttää ensinnäkin sen selvittämistä, mikä on johdattelun ja rohkaisun raja ja miten tämä raja kunkin lapsen erilaisessa tapauksessa määritellään. Voidaan kysyä, onko lapsen rohkaiseminen johdattelua, jos rikosasiassa kysytään lapselta ”tapahtuiko sitten jotain pahaa?”, jolloin kuulustelijalla on selvästi se oletus, että jotain pahaa on tapahtunut ja jolloin hänellä samanaikaisesti on riittävän varma tieto siitä, että lasta kuullaan häneen kohdistuneen rikoksen vuoksi. Rohkaisevien ja johdattelevien kysymysten, tosiseikkojen selvittämisen ja olettamisen välillä on usein niin pieniä eroja, ettei aina ole selvää minkälaisesta kuulustelutekniikasta minkäkin kysymyksen osalta on kysymys. Toiseksi selvittävä kysymys on, voidaanko johdattelun kautta saatua kertomusta enää todeta luotettavaksi ja voidaanko sitä enää käyttää langettavassa tuomiossa ratkaisevana todisteena. Kun kuuleminen on aloitettu painostamalla ja johdattelulla ja tällä on saatu kuultava vastaamaan tai käyttäytymään tietyllä tavalla on erityisen haasteellista enää selvittää lapsen tai muunkaan kuultavan alkuperäisiä havaintoja.<sup>62</sup> Vääristyneistä muistikuvista tulee osa kuultavan muistia, eikä hän välttämättä enää itsekään tiedä, mitä on tapahtunut ja alkaa uskoa johdattelun myötä syntyneisiin virheellisiin kertomuksiinsa.<sup>63</sup> Johdattelun kautta saatu tieto sekoittuu<sup>64</sup> usein peruuttamattomasti kertojan omiin muistikuviin tapahtumista. Todenperäisyyttä lienee mahdoton varmistaa, joskin vastaajan kannalta painostuksen kautta saatua ja mahdollisesti totuudenvastaista kertomusta lienee helpompi horjuttaa. Luotettavaa kertomusta ei nähdäkseen voi saada lasta, tai toisaalta mitään todistajaa painostamalla ja johdattelemalla.<sup>65</sup> Luotettavan kertomuksen saamisen

---

<sup>59</sup> *Korkman* 2015, s. 212.

<sup>60</sup> *Fredman* 2013, s. 373. Johdattelevia kysymyksiä yhdessä sosiaalisen painostuksen kanssa käytettäessä osa lapsista vastaa mihin tahansa kysymykseen myöntävästi, koska he ajattelevat kuulustelijan haluavan tietyn vastauksen, eivät ymmärrä kysymystä mutta haluavat olla kuulustelijalle mieliksi, palauttavat mieleensä erheellisesti tietoja tapahtuman jälkeisistä keskusteluista tai tuottavat oma-aloitteisesti epäilyä koskevia virheellisiä yksityiskohtia.

<sup>61</sup> *Suomela* 2006, s. 376.

<sup>62</sup> *Suomela* 2006, s. 376.

<sup>63</sup> *Suomela* 2006, s. 376.

<sup>64</sup> *Airaksinen* 2019, s. 560.

<sup>65</sup> Ks. kertomuksen luotettavuuden yleisen arvioinnin osalta *Hirvelä* 2006, s. 251. Oikeuspsykologia on osa oikeuspsykiatriaa, joka on osa oikeuslääketiedettä. Todistajanpsykologia on yksi oikeuspsykologian osa-alue. Oikeuspsykologia on psykologisen tiedon soveltamista, jossa hyödynnetään neuropsykologiaa, kehityspsykologiaa,

aiheuttamat ristiriidat johtuvat lopulta siitä, että esitutkinnassa tai muussa lapsen kuulemisessa pyritään toisaalta lapsen tai muun todistajan vapaaseen kertomukseen, toisaalta totuuden selvittämiseen ja vielä kolmanneksi menettelyllisesti tarkastelun kestävään kuulemiseen.

## 2.2 Lapsen oikeus tulla kuulluksi

Lapsella on oikeus tulla kuulluksi, kun käsitellään häntä koskevaa asiaa. Ylin kuulemista turvaava sääntely löytyy lapsen oikeuksien sopimuksen (SoPs 59/1991) 12 artiklasta. Mainitun artiklan 1 kohdan mukaan sopimusvaltiot takaavat lapselle, joka kykenee muodostamaan omat näkemyksensä, oikeuden vapaasti ilmaista sama näkemyksensä kaikissa lasta koskevissa asioissa. Lisäksi lapsen näkemykset on 12 artiklan mukaan otettava huomioon lapsen iän ja kehitystason mukaisesti. Riittävää ei siis ole vain lapsen kuuleminen. Sanotun artiklan 2 kohdan mukaan 1 kohdan oikeuksien toteuttamiseksi lapselle on annettava mahdollisuus tulla kuulluksi häntä koskevissa oikeudellisissa ja hallinnollisissa toimitissa joko suoraan tai edustajan tai asianomaisen toimitielimen välityksellä kansallisen lainsäädännön menettelytapojen mukaisesti. Lapsi voi siis lähtökohtaisesti toimia henkilötodistajana samalla tavalla kuin täysi-ikäinenkin ja hänen kertomukselleen tulee antaa asianmukainen painoarvo. Myös lasten oikeuksien käyttöä koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen (SopS 13/2011) 6 artiklassa säädetään lapsen oikeudesta tulla kuulluksi lapselle sopivalla tavalla ja lapsen oikeudesta ilmaista omat näkemyksensä sekä asianmukaisen painoarvon antamisesta lapsen näkemyksille.<sup>66</sup> Lapsen vaikeneminen oikeudessa ei poista hänen oikeuttaan tulla kuulluksi jollain muulla soveltuvalla tavalla. Tutkielmani kannalta merkityksellistä on lapsen tai toisaalta myös muun sallitusti oikeudessa vaikenevan todistajan kuuleminen hänelle soveltuvalla tavalla. Soveltuva tapa tarkoittaa usein esitutkintakertomuksen käyttämistä todisteena, jolloin syytetyn oikeus täysimääräiseen vastakuulusteluun rajoittuu ja jolloin arvioitavaksi tulee myös lapsen antaman esitutkintakertomuksen näyttöarvo.

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 27 §:ssä säädetään edellytyksistä, jolloin alle 15 -vuotiasta tai henkisesti toiminnaltaan häiriintynyttä voidaan kuulla henkilökohtaisesti oikeudessa. Kuulemista

---

kognitiivista- ja sosiaalipsykologista tutkimustietoa. Ks. myös *Häkkänen-Nyholm* 2008, s. 184 ja 192. Oikeuspsykologia on siis kokoava nimitys psykologiselle tutkimukselle sekä psykologian työlle, jota tavalla tai toisella sovelletaan oikeudenkäyttöön. Oikeuspsykologinen todistelu on menetelmällisesti tehokas keino osoittaa tosiasioita tapauksissa, jossa arvioidaan ihmisten tekemien havaintojen todenperäisyyttä. Esimerkiksi kauanko ampuma-aseella ammuttujen laukausten välillä tulee kulua aikaa, jotta ihmiskorva erottaa ne kahdeksi erilliseksi laukaukseksi. Ks. myös *Stanikić* 2014, s. 69-70. Prosessioikeudessa hyödynnetään todistajanpsykologista tietoa useiden toimijoiden, kuten poliisin, asianajajan, syyttäjän ja tuomarin työssä ilman psykologian alan koulutusta ja toisinaan jopa tiedostamatta. Vaikka todistajanpsykologian käyttöä ilman alan koulutusta voitaneen kritisoida, tarjoaa lainsäädäntö kuitenkin mahdollisuuden sen käyttämiseen. Tuomari voi välittömyysperiaatteen myötä omin aistein ja havainnoin tehdä arvioita todistaja luotettavuudesta ja vilpittömyydestä. Sanotussa arvioinnissa käytettäväksi tulevat usein todistajanpsykologiset seikat.

<sup>66</sup> LOK 6 artikla.

harkittaessa on otettava huomioon sekä kuulemisen merkitys asian ratkaisemiselle, että kuulemisen vahingoittava vaikutus.<sup>67</sup> Lisäksi on arvioitava kuultavan ikää ja kehitystasoa sekä prosessissa käsiteltävää tekoa ja esitutkinnan asianmukaisuutta ja huolellisuutta.<sup>68</sup> Vielä tämänkin jälkeen voidaan arvioida, tulisiko kuulemiseen käyttää erityisjärjestelyitä, kuten videoyhteyttä tai suljettua kuulemistä. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 51 §:n mukaan todistelutarkoituksessa kuultavaa asianosaista voidaan kuulla näkösuojan takaa taikka asianosaisen tai muun henkilön läsnä olematta, jos tämä on tarpeen muun ohella kuultavan suojelemiseksi tai siksi, että kuultava jättäisi muuten kertomatta, mitä hän asiasta tietää.<sup>69</sup> Istunto voidaan pitää myös oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain (2007/370) 4 luvun 15 §:n 6 kohdan mukaan yleisöltä suljettuna tai se voi tapahtua käyttäen videoneuvottelua tai muuta soveltuvaa teknistä tiedonvälitystapaa, jossa osapuolilla on puhe- ja näköyhteys keskenään.<sup>70</sup> Kuultavan mahdollista pelkoa voidaan lieventää myös järjestelyillä, jossa kuultava ei kohtaa epäiltyä käytävillä ja muutenkin järjestää jo oikeudenkäyntiin saapuminen turvallisesti ja lapsiystävällisesti.<sup>71</sup> Lapsen tai henkiseltä toiminnaltaan häiriintyneen kuuleminen ei voi tapahtua tehokkaasti, jos kuulemisen ilmapiiri on pelottava, vihamielinen tai sopimaton lapsen iälle tai todistajalle hänen henkilökohtaiset olosuhteensa muuten huomioiden.<sup>72</sup>

Lähtökohtaisesti alle 15-vuotiasta ei kuitenkaan oikeudessa kuulla. Tämän vuoksi lapsen oikeus tulla kuulluksi on turvattava esitutkinnassa. Lapsen kuulemisella esitutkinnassa turvataan lapsen osallistumisoikeus asiaansa sekä rikoksen selvittämisen intressi ja epäillyn oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Syytettyä ja tuomiota kun ei voi missään olosuhteissa perustaa pelkästään kuulopuhetodisteluun tai muuhun välilliseen näyttöön. Esitutkintalain (2011/805) 1 luvun 2 §:n mukaan esitutkinnassa selvitetään muun ohella asian laadun edellyttämällä tavalla epäilty rikos, sen teko-olosuhteet, sillä aiheutettu vahinko ja siitä saatu hyöty, asianosaiset sekä muut syyteharkintaa ja rikoksen johdosta määrättävää seuraamusta varten tarvittavat seikat. Rikosvastuun toteuttamisen kannalta olennaisessa osassa on esitutkinnassa tehtävä tutkinnan kohdistaminen, aineiston kerääminen sekä esitutkinnan toimivuus ja laatu.<sup>73</sup> Esitutkinnassa tarkoituksena on saada

---

<sup>67</sup> KKO 2008:84, kohta 5.

<sup>68</sup> KKO 2008:84, kohta 5.

<sup>69</sup> OK 17:51 §: Kuuleminen voidaan mainitulla tavalla myös, jos menettely on tarpeen: 1) kuultavan taikka tällaiseen henkilöön 17 §:n 1 momentissa tarkoitettussa suhteessa olevan henkilön suojaamiseksi henkeen tai terveyteen kohdistuvalla uhalta; 3) jos henkilö häiritsee tai koettaa eksyttää kuultavaa tämän puhuessa tai 4) rikosasiassa kuultava on muusta kuin 1 kohdassa tarkoitettusta syystä erityisen suojelun tarpeessa ottaen huomioon etenkin hänen henkilökohtaiset olosuhteensa ja rikoksen laatu.

<sup>70</sup> OK 17:52 §.

<sup>71</sup> Oikeusministeriö 2018, s. 79.

<sup>72</sup> Beijer 2011, s. 77.

<sup>73</sup> Hirvelä 2006, s. 107.

pääkuulustelun todistusteemoille mahdollisimman hyvä näyttöarvo.<sup>74</sup> Esitutkinnassa noudatettavia yleisiä periaatteita ovat esitutkintalain 4 luvun mukaan muun muassa suhteellisuusperiaate, vähimmän haitan periaate ja hienotunteisuusperiaate. Esitutkintalain 4 luvun 7 §:ssä on säädetty erikseen lasten kohtelusta esitutkinnassa. Esitutkintalaissa lapsella tarkoitetaan henkilöä, joka esitutkintatoimenpiteiden aikana on alle 18-vuotias, ja lasten kohtelussa noudatettavat periaatteet soveltuvat kaikkiin alle 18-vuotiaisiin kuultaviin riippumatta siitä, onko hän asianomistaja, todistaja tai vastaaja. Mainitun säännöksen mukaan alle 18-vuotiasta on kohdeltava esitutkinnassa hänen ikänsä ja kehitystasonsa edellyttämällä tavalla ja erityisesti tulee huolehtia siitä, ettei esitutkintatoimenpiteistä aiheudu hänelle tarpeetonta haittaa ottaen huomioon kuultavan terveydentila ja häveliäisyysnäkökohdat<sup>75</sup> sekä erityisesti seksuaalirikosten aiheuttama vastahakoisuus asioista kertomiseen, lojaalisuusristiriidat, pelko, häpeä tai syyllisyyden tunteet.<sup>76</sup> Myös poliisihallitus on ohjeistanut alaikäisiä asianomistajia ja todistajia poliisitoiminnassa kohtaavia ottamaan huomioon alle 18 -vuotiaiden lasten hyvinvointi sekä varmistumaan siitä, että lapsen tilanne ja olosuhteet jatkuvat kuulustelun jälkeenkin turvallisena ja lapsen edun mukaisena.<sup>77</sup>

EIT on *Schatschascwili v. Saksa*<sup>78</sup> -ratkaisussa perustellusti ja asianmukaisesti laajentanut EIS 6 artiklan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevat edellytykset koskemaan myös esitutkintaa. Perusteena laajentavalla tulkinnalle on ollut esitutkinnan ja siinä noudatetun menettelyn merkitys myöhemmälle oikeudenkäynnille, sen oikeudenmukaisuutta ja todisteiden näyttöarvoa tarkastellessa. Koska esitutkinnassa määritellään pitkälti syytteiden sisältö sekä oikeudenkäynnin lähtökohdat, on EIS 6 artiklan vaatimuksia perusteltua soveltaa myös esitutkinnassa.<sup>79</sup> Yleisesti voinen todeta, että mitä asianmukaisemmin, huolellisemmin ja ammattitaitoisemmin lapsen kuuleminen esitutkinnassa on tehty, sitä suuremmalla varmuudella saadun kertomuksen virhelähteitä voidaan sulkea pois<sup>80</sup> ja edelleen varmistua siitä, että oikeudenkäynnissä päästään aineellisesti oikeaan lopputulokseen. Huolellisesti tehty kuulustelu varmistaa myös sen, että oikeudessa lapsen kertomusta arvioidessa ei ilmene, että kertomuksen autenttisuutta rasittaa jokin esitutkintamenettelyssä tehty virhe. Oikeudenkäynnissä tullaan kuitenkin arvioimaan kuulustelutilannetta ja lapsen altistumista mahdolliselle johdattelulle.<sup>81</sup> Esitutkinnassa noudatettavat periaatteet on kehitetty lapselle

---

<sup>74</sup> Hirvelä 2007, s. 85.

<sup>75</sup> Tolvanen ym. 2011, s. 140.

<sup>76</sup> Väisänen 2013, s. 81.

<sup>77</sup> Poliisihallituksen ohje 2013, s. 1.

<sup>78</sup> *Schatschascwili v. Saksa* 15.12.2015.

<sup>79</sup> *Schatschascwili v. Saksa* 2015, kohta 104.

<sup>80</sup> Hirvelä 1997, s. 1055.

<sup>81</sup> Fredman 2018, s. 498. Myöhempää oikeudenkäyntiä ajatellen on myös tärkeää, että kuulustelija kirjaa lapsen sanoman tarkasti ylös ja etenkin, ettei hän kirjaa vapaaksi kerronnaksi sellaista, mikä on selkeästi tullut ilmi tarkentavana kysymyksenä.



aiheutuvien lisähaittojen minimoimiseksi<sup>82</sup> ja toisaalta myös näyttöarvoltaan mahdollisimman korkean kertomuksen<sup>83</sup> saamiseksi. Luotettavimpien kertomusten on todettu syntyvän silloin, kun lapsen kuulustelu suoritetaan niin pian kuin mahdollista sekä tietenkin mahdollisimman vähän haittaa tai vahinkoa aiheuttamatta. Vaikka lakitasolla ei ole sääntelyä siitä, että esitutkinta olisi toimitettava kiireellisesti, kun rikoksen epäillään kohdistuneen lapseen, on poliisihallitus ohjeistanut esitutkinnan sekä aloitettavaksi välittömästi että suoritettavaksi viivytyksettä.<sup>84</sup> Esitutkintakin on yleensä tuloksekkainta silloin, kun se voidaan toimittaa viivytyksettä rikoksen tapahtumisesta.<sup>85</sup> Lapsen muistikuvat ovat välittömästi tapahtumien jälkeen tuoreimmat ja kuulustelulla heti tapahtumien jälkeen minimoidaan myöhemmin saadun informaation vaikutukset lapsen muisti- ja mielikuviin.<sup>86</sup> Joutuisuus on tärkeää myös syylliseksi epäillyn kannalta, jotta hän ei joudu olemaan epäillyn asemassa kauempaa kuin on välttämätöntä.<sup>87</sup> Viivytyksetön ja asianmukainen esitutkinta palvelee siis koko rikosoikeudellisen järjestelmän toimivuutta ja uskottavuutta.<sup>88</sup>

Yhdysvalloissa National Institute of Child Health and Human Development on kehittänyt niin kutsutun NICHD mallin lapsen kuulustelun strukturoiduksi rungoksi.<sup>89</sup> Sanotussa mallissa kuulustelu etenee vapaasta kerronnasta<sup>90</sup> avoimiin kysymyksiin ja edelleen yksityiskohtaisempiin kysymyksiin<sup>91</sup>. Tällaisen kuulustelumallin käyttäminen on tutkimusten mukaan omiaan lisäämään lapsen oman kerronnan määrää sen samalla kontrolloiden kuulustelumenettelyä ja varmistuen, että kuulustelussa käydään epäilty teko asianmukaisella tavalla läpi.<sup>92</sup> Suomessa kuulustelumalli täyttää oikeudenkäymiskaaren ja esitutkintalain asettamat vaatimukset kuulustelulle, joka on tärkeää siksi,

---

<sup>82</sup> *Fanetti* 2015, s. 112. *Beijer* ym. 2011, s. 75. Negatiiviset tapahtumat ja stressi voivat aiheuttaa lapsen kehittyville aivoille peruuttamatonta vahinkoa, jonka vuoksi lapsen kuulustelussa tulee pyrkiä minimoimaan kaikenlainen lisähaitta, jota kuulustelu aiheuttaa mahdollisesti jo valmiiksi traumatisoituneelle lapselle. Lapsen ei tarvitse välttämättä ymmärtää jokaista yksityiskohtaa siitä, mitä kuulemisessa tapahtuu, vaan pääasia on, että hän ymmärtäisi riittävästi miksi häntä kuullaan ja miten hänen odotetaan asioista kertovan. Ks. myös *Davies* ym. 2011, s. 106. Lapsi ei välttämättä edes sisäistä, että häntä kohtaan on tehty jotain väärää taikka hän saattaa olla siinä käsityksessä, että hän on itse tehnyt jotain väärää, koska häntä kuulustellaan

<sup>83</sup> *Davies* ym. 2011, s. 107. Pienille lapsille tyypillistä on myös se, että he uskovat aikuisten jo tietävän tapahtuneesta eikä lapsen kertomus näin toisi asiaan mitään lisäarvoa. Ks. myös *Suomela* 2006, s. 376. On tärkeä lähteä kuulustelussa liikkeelle niin sanotusta 0-hypoteesistä ja viestittää lapselle, ettei aikuinen tiedä lainkaan siitä, mitä lapselle on tapahtunut tai mitä hän on nähnyt ja siksi on tärkeää, että lapsi kertoo tapahtumista oma-aloitteisesti.

<sup>84</sup> Poliisihallituksen ohje 2013, s. 3. Ks. myös oikeusasiamiehen ratkaisu 3150/2019, s. 11.

<sup>85</sup> Oikeusasiamiehen ratkaisu 3150/2019, s. 10.

<sup>86</sup> *Hirvelä* 2006, s. 108.

<sup>87</sup> Oikeusasiamiehen ratkaisu 3150/2019, s. 10.

<sup>88</sup> Oikeusasiamiehen ratkaisu 3150/2019, s. 10.

<sup>89</sup> *Hirvelä* 2007, s. 85.

<sup>90</sup> Ks. esim. *Haapasalo* 2000, s. 389: Pyrittäessä saamaan lasta kertomaan tapahtumista vapaasti häntä ei tule keskeyttää, joskin lasta voidaan rohkaista ja kannustaa kertomaan lisää kysymällä esimerkiksi ”kerro vapaasti kaikki mitä tapahtui” tai ”onko jotain, jonka haluat kertoa?”

<sup>91</sup> Ks. esim. *Davies* ym. 2011, s. 108. Avoimet kysymykset sekä tiettyyn seikkaan kohdistetut avoimet kysymykset voivat auttaa muuten vähäpuheista lasta kertomaan asiasta. Avoimien kysymysten tarkoitus on saada lasta itse kertomaan asioista, eikä niitä tule käyttää lapsen johdatteluun tai painostamiseen.

<sup>92</sup> *Hirvelä* 2007, s. 85.

että kuulustelun korvatessa lapsen suullisen kuulemisen tuomioistuimessa, kuulustelu täyttää tuomioistuimessa käytettävän vuorokuulustelumallin vaatimukset<sup>93</sup> ja edelleen edistää kertomuksen luotettavuutta. Onnistunut kuulustelu vaatii luottamussuhteen syntymisen lapsen ja kuulustelijan välille sekä turvallisen ilmapiirin luomista lapsiystävällisissä kuulustelutiloissa. Hyvä kuulustelija osaa rohkaista lasta kertomaan asioista oma-aloitteisesti sekä kysyä lapselta tarkentavia kysymyksiä johdattelematta lasta kuitenkaan tietynlaisiin vastauksiin. Mikäli lapsi kokee kuulustelijan auktoriteetiksi tai itseään huomattavasti arvovaltaisemmaksi ihmiseksi on lapsen helppo sortua miellyttämään kuulustelijaa. Vaikka kuulustelijalla olisikin oma ennakkokäsitys tapahtumista, tulisi tällaiset omat käsitykset sulkea kuulustelun ulkopuolelle. Oikeudenkäynnissä, jossa lapsen kertomusta käytetään todisteena, tullaan epäilemättä tarkastelemaan sitä, miten lapsen kuulustelu on suoritettu ja millaisissa olosuhteissa kertomus on saatu. Koska EIT on laajentanut EIS 6 artiklan vaatimukset, mukaan lukien syytetyn vähimmäisoikeudet, koskemaan myös esitutkintaa palvelee laadukas kuulustelu oikeudenkäyntiä kokonaisuutena, aineellisen totuuden saavuttamista sekä vastaajan oikeusturvaa ja hänen vähimmäisoikeuksiensa toteutumista.

## **2.3 Vastaajan oikeusturva**

### **2.3.1 EIS 6 artikla**

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla käsittelee oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Tutkielman kannalta merkityksellisiä ovat artiklan 1 kohta sekä 3 d kohta. Kokonaisuudessaan EIS 6 artikla kuuluu seuraavasti:

1. Jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan tai häntä vastaan nostetusta rikossyytteestä. Päätös on annettava julkisesti, mutta lehdistöltä ja yleisöltä voidaan kieltää pääsy koko oikeudenkäyntiin tai osaan siitä demokraattisen yhteiskunnan 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 syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen.
3. Jokaisella rikoksesta syytetyllä on seuraavat vähimmäisoikeudet:
  - a. oikeus saada viipymättä yksityiskohtainen tieto häneen kohdistettujen syytteiden sisällöstä ja perusteista hänen ymmärtämällään kielellä;
  - b. oikeus saada riittävästi aikaa ja edellytykset valmistella puolustustaan;

---

<sup>93</sup> Hirvelä 2007, s. 85.

- 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 kuulusteluttaa 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.

Vastaajan oikeus vastakuulusteluun taataan siis EIS 6 artiklan 3 d kohdassa. Näin ollen syytetyn vähimmäisoikeudet ovat osa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, joka määritellään EIS 1 kohdassa. EIT onkin perustellusti linjannut, että EIS 6 artiklan 1 kohtaa ja 3 d kohtaa arvioidaan aina yhdessä.<sup>94</sup> EIS 6 artiklan 3 d kohdassa säädetään kontradiktorisuuden, johon myös vastakuulustelu sisältyy, vähimmäisvaatimukset.<sup>95</sup> Vastakuulustelussa vastaajalle taataan mahdollisuus kuulustella tai kuulusteluttaa vastapuolen, eli syyttäjän tai asianomistajan nimeämää todistajaa ja jos tällaista mahdollisuutta ei ole, oikeudenkäynti ei ole EIS 6 artiklan 3 d eikä myöskään 1 kohdan mukainen. Vastakuulustelun tarkoitus on selvittää todistajan pääkuulustelussa tai esitutkinnassa antamanvastaavuus todellisiin tapahtumiin.<sup>96</sup> Oikeudenmukainen oikeudenkäynti taataan EIS:n lisäksi perustuslaissa (1999/731) sekä kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksessa (SopS 8/1976).<sup>97</sup> Kansallisen tuomioistuimen on otettava EIS määräykset ja niitä koskeva EIT:n ratkaisukäytäntö huomioon, kun ne käsittelevät tapauksia, joissa on perus- tai ihmisoikeuslottuvuusia. Lisäksi on huomattava, että EIS 6 artiklan osatekijät ovat vain esimerkkejä siitä, millainen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ainakin tulee olla. Luettelo ei ole tyhjentävä eikä sitä tule tulkita niin, että luettelon vaatimukset täyttävä oikeudenkäynti olisi aina varmuudella oikeudenmukainen.<sup>98</sup> Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta tulee harkita kokonaisuudessaan siten, että myös esitutkintamenettely otetaan mukaan tarkasteluun.<sup>99</sup>

EIT on perustettu EIS:n ja sen pöytäkirjojen veloitteiden noudattamisen takeeksi<sup>100</sup> ja sen tehtävänä onkin tutkia kansallista lakia ja kansallisen tuomioistuimen menettelyä vain siltä osin, kun

<sup>94</sup> *Kemppinen* 2017, s. 391.

<sup>95</sup> *Tapanila* 2019, s 284.

<sup>96</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta 41. Sanalla todistaja voidaan viitata niin todistajaan, kanssasyytettyyn kuin asianomistajaankin. Ks. myös *Isgrò v. Italia* 1991, kohta 33 ja *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 57. Termillä ”todistaja” tarkoitetaan laajasti kaikkia sellaisia henkilöitä, joiden lausumat voivat toimia tuomion perustana riippumatta siitä, onko lausuman antanut todistaja tai kanssasyytetty.

<sup>97</sup> KP-sopimus, 14 artikla.

<sup>98</sup> Ervo 2008, s. 12-13.

<sup>99</sup> *Al-Khawaja & Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 118. Muita osatekijöitä kokonaisuusharkinnassa ovat puolustuksen muut vähimmäisoikeudet, yleinen etu sekä uhrin edut sekä yhtä lailla myös todistajien oikeudet.

<sup>100</sup> EIS 19 artikla. Korkeiden sopimuspuolten tämän yleissopimuksen ja sen pöytäkirjojen nojalla hyväksymien veloitteiden noudattamisen takeeksi perustetaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, jota jäljempänä kutsutaan tuomioistuimeksi. Se toimii pysyvästi.

menettelyssä on mahdollisesti rikottu EIS takaamia oikeuksia ja vapauksia. Ratkaisukäytännössään EIT on vakiintuneesti todennut, että 6 artiklan 3 kohdan mukaisissa edellytyksissä, eli syytetyn vähimmäisoikeuksissa, on kysymys mainitun artiklan 1 kohdan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin yleissäännöksen erityiskriteereistä.<sup>101</sup> Laajemmin taustalla on siis ajatus kontradiktorisesta periaatteesta<sup>102</sup> sekä equality of arms -periaatteesta.<sup>103</sup> Sekä kontradiktorisuus että aseiden yhtäläisyys alleviivaavat oikeudenkäynnin prosessuaalisen tasapuolisuuden tärkeyttä. Tutkielmani kannalta prosessuaalisen tasapuolisuuden toisella puolella on lapsen tai mieleltään muuten häiriintyneen oikeus vaieta oikeudessa, ja toisella puolella syytetyn vähimmäisoikeuksiin kuuluva oikeus esittää kysymyksiä häntä vastaan todistavalle henkilölle. Täysimääräinen vastakuulustelu-oikeus toteutuu vain syytetyn voidessa esittää kysymyksiä todistajalle oikeuden istunnossa.

EIS 6 artiklan 3 d kohdan vastakuulustelu-oikeus sekä fair trial -periaate edellyttää, että vastaajan vastakuulustelu-oikeus tulee ylipäätään toteuttaa ja turvata. EIS 6 artiklan 3 d kohdan edellytys kuulemisesta ”samoissa olosuhteissa” on mielestäni monitulkintainen. Sanamuotoa ”samoissa olosuhteissa” sanatarkasti arvioidessa voisi ensin ajatella, että säännös tarkoittaa sekä vastaajan puolesta esiintyvien todistajien että häntä vastaan kutsuttujen todistajien kuulemistä samankaltaisissa olosuhteissa. EIT:n oikeuskäytäntöä tarkastellessa voi kuitenkin hyvin yksiselitteisesti todeta, että oikeudenmukainen oikeudenkäynti edellyttää vastakuulustelu-oikeuden tarjoamista, joko oikeudenkäynnissä tai oikeudenkäyntiä edeltävässä prosessin vaiheessa, syytetyn itsensä tai hänen avustajansa välityksellä eikä osapuolten nimeämien todistajien kuulustelua identtisissä olosuhteissa. Oikeudenmukaisuusarviossa merkittävää on siten vastakuulustelu-oikeuden asianmukainen tarjoaminen sekä tosiasiallisesti annettu mahdollisuus kysymysten esittämiseen.<sup>104</sup> Merkitystä ei ole sillä, käyttääkö syytetty tarjottua tilaisuutta hyväkseen tai ei taikka onko mahdollisuus kysymysten esittämiseen ollut samanlainen, kuin muillakin todistajilla. Kysymys on jälleen kokonaisharkinnasta ja siitä, miten syytetyn oikeudet on huomioitu ja millainen mahdollisuus hänelle kysymysten esittämiseen on tarjottu. Oikeus ja mahdollisuus vastakuulusteluun on ehdoton edellytys oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle, mutta sen toteuttamiseen tai sisältöön ei ole absoluuttisia määräyksiä ja vastakuulustelu-oikeuden tavan ja ajankohdan suhteen asia on jätetty kansallisten tuomioistuimien päätettäväksi.<sup>105</sup> Mikäli lasta tai muuta todistajaa, jota ei oikeudessa kuulla, on

---

<sup>101</sup> *Kemppinen* 2017, s. 391.

<sup>102</sup> *Audiatur et altera pars* -periaate.

<sup>103</sup> *Kemppinen* 2017, s. 391. Equality of arms -periaatetta on kutsuttu myös aseiden yhtäläisyyden periaatteeksi.

<sup>104</sup> *Liljenfeldt* 2000, s. 397. Kysymysten esittämismahdollisuuden tärkeys korostuu, kun todistelu on vastaajalle epäedullista.

<sup>105</sup> *Ks. A.S. v. Suomi* 2010, kohta 53. Vaikka EIT on sanotussa ratkaisussa todennut, että sopimusvaltioiden tulisi lähinnä ottaa positiivisia askelia siihen suuntaan, että vastakuulustelu-oikeus toteutuu, en pidä minkäänlaisena liennytyksenä sille, että vastakuulustelu on joka tapauksessa tavalla tai toisella turvattava.

kuultu esitutkinnassa videon välityksellä ja syytetty tai hänen avustajansa on voinut esittää kuultavalle kysymyksiä ja näyttö arvioidaan asianmukaisella huolellisuudella, syytetyn oikeuksista on huolehdittu riittävästi.<sup>106</sup>

Muu institutionaalinen tuki vastakuulustelulle on löydettävissä ainakin perustuslaista sekä KP-sopimuksesta. Perustuslain 21 §:ssä säädetään oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä, jonka pääteemoiksi laissa on määritelty käsittelyn julkisuus, oikeus tulla kuulluksi, vaatimus päätöksen perustelemisesta sekä oikeus hakea muutosta.<sup>107</sup> KP-sopimuksen 14 artiklan 3 e kohdassa puolestaan taataan, että jokaisella on tutkittaessa rikossyytettä häntä vastaan oikeus täysin yhdenvertaisesti vähimmäistakeena saada kuulustella tai kuulustuttaa niitä todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samojen olosuhteiden vallitessa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat. KP-sopimuksen sisältö on pitkälti sama, kuin EIS vastaava artikla. Syytetyn vähimmäisoikeuksien ydinalueeseen kuuluu sopimuksen kirjoitustavasta riippumatta oikeus kuulustella joko itse tai avustajansa välityksellä häntä vastaan kutsutut todistajat. Ydinalueeseen ei kuulu tämän kuulustelumahdollisuuden tarjoaminen oikeudessa vaan riittävää on, että mahdollisuus tosiasiallisesti tarjotaan jossain rikosprosessin vaiheessa.

Vaikka perustuslain 21 §:ssä ei ole säädetty vastakuulustelu-oikeudesta tai suullisesta käsittelystä, ei tämä tarkoita sitä, etteikö perustuslaki edellyttäisi vastakuulustelu-oikeuden toteuttamista tai suullisen käsittelyn järjestämisen ensisijaisuutta.<sup>108</sup> Sanottuihin oikeuksiin on viitattu lain esitöissä ja koska lakia tulee tulkita perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti, on oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusarviossa otettava huomioon tärkeimmät perus- ja ihmisoikeuksia koskevat kansainväliset sopimukset. Lisäksi julkisen vallan tulee turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen<sup>109</sup>, joihin lain esitöissä on katsottu kuuluvan myös EIS:n ja KP-sopimuksen vaatimusten huomioiminen.<sup>110</sup> Edelleen kansallisen tuomioistuimen on viran puolesta, ilman että kukaan osapuolista erikseen vaatimusta esittäisi, otettava huomioon käsiteltävän jutut mahdolliset kytkökset perus- ja ihmisoikeuksiin. Perustuslain lista ei ole tyhjentävä eikä mainittujen

---

<sup>106</sup> Hirvelä ym. 2017, s. 582.

<sup>107</sup> HE 309/1993 vp, s. 74.

<sup>108</sup> Ks. tästä PeVM 25/1994 vp, s. 5. Tavallisella lailla ei voi säätää sellaisia lakeja, jotka kohdistuvat perusoikeuksien ydinalueeseen ja edes perustuslain säätämismääräyksessä säädetyllä lailla ei saa säätää sellaisia rajoituksia perusoikeuksiin, jotka ovat ristiriidassa ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Syytetyn vähimmäisoikeudet ja vastakuulustelu-oikeus ovat siis ehdoton edellytys oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle. Ehdottomuus on johdettavissa kansainvälisistä sopimuksista sekä perus- ja ihmisoikeuksien ydinalueeseen kajoamisen kiellosta.

<sup>109</sup> PL 2:22 §: ”Julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.”

<sup>110</sup> HE 309/1993 vp, s. 75.

oikeussuojakeinojen osa-alueiden puuttuminen merkitse, että niitä ei tunnustettaisi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osa-alueiksi.

Itse vastakuulustelumenettelystä todettakoon, että lähtökohtaisesti se suoritetaan pääkuulustelun jälkeen. Jos pääkuulustelussa on ollut kyse vapaasta kerronnasta, on vastakuulustelussa mahdollisuus esittää johdattelevia ja tarkentaviakin kysymyksiä kuultavalle. Vastakuulustelijan tehtävänä on osoittaa vastapuolen pääkuulustelussa antama kertomus enemmän tai vähemmän epäluotettavaksi.<sup>111</sup> Vastakuulustelulla, kuten muullakin todistelulla, pyritään aineellisen totuuden selvittämiseen ja taas toisaalta vahingollisen todistelun horjuttamiseen ja ristiriitaisuuksien poistamiseen.<sup>112</sup> Vastakuulustelukysymyksillään kuulustelija pyrkii saamaan esille seikkoja, joiden perusteella todistajan havaintoja tai johtopäätöksiä voitaisiin pitää epäluotettavina taikka joiden perusteella todistaja voitaisiin osoittaa asenteelliseksi tavalla, joka vääristää hänen kertomustaan.<sup>113</sup> Tällaisia seikkoja ei olisi vaikeuksitta saatavissa esiin muodoltaan täysin avoimilla kysymyksillä.<sup>114</sup> Vastakuulustelu voidaan tietyin edellytyksin suorittaa myös esitutkinnassa tai muuten pääkäsittelyn ulkopuolella. Jotta täysimääräistä vastakuulustelu-oikeutta voitaisiin rajoittaa, on kavennusten oltava ehdottoman välttämättömiä.<sup>115</sup> Välttämättömyys voi olla kyseessä esimerkiksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 3 momentin tarkoittamissa tilanteissa, joissa kysymys on alaikäisestä asianomistajasta, jonka esitutkintakertomuksen käyttäminen todisteena korvaa suullisen kuulemisen oikeudessa. Edellytyksenä esitutkintapöytäkirjan käyttämiselle on, että syytetty on saanut esittää asianomistajalle kysymyksiä.

Vastakuulustelustrategian osalta todettakoon, että taktiikka valitaan sen mukaan, mitä kuultava on pääkuulustelussa kertonut. Vastakuulustelu voidaan suorittaa noudattamalla ensinnäkin rakentavaa, eli konstruktiiivista linjaa, jossa vastakuulustelija korostaa tiettyjä pääkuulustelukertomuksen omalle asialleen edullisia seikkoja tai esittää muita vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja.<sup>116</sup> Konstruktiiivisella vastakuulustelulla pyritään siis omien teemojen ja vaihtoehtojen painottamiseen ja vahvistamiseen. Toiseksi vastakuulustelussa voidaan käyttää kyseenalaistavaa eli destruktiivista mallia, jossa taas pyritään osoittamaan vastapuolen kertomus epäluotettavaksi. Destruktiivinen malli jaetaan vielä alateemoihin, tiedustelevaan, vihjailevaan ja kontrolloivaan kuulusteluun sekä edelleen suoraan tai

---

<sup>111</sup> Pölönen 2004, s. 223.

<sup>112</sup> Jokela 2008, s. 163-164. Vastakuulustelussa todistajalta saa kysyä muistakin, kuin pääkuulustelussa esitetyistä seikoista mutta nämä kysymykset eivät saa olla muodoltaan johdattelevia.

<sup>113</sup> Välikoski ym. 2017, s. 313.

<sup>114</sup> Jokela 2008, s. 185.

<sup>115</sup> Ervo 2008, s. 322.

<sup>116</sup> Pölönen 2004, s. 224.

epäsuoraan kuulustelumetodiin.<sup>117</sup> Suorassa vastakuulustelussa kuultavalle esitetään suoria kysymyksiä eikä asioita esitellä peitellen tai kautta rantain pienten yksityiskohtien kautta.<sup>118</sup> Tarkoitus on kysyä suoraan jostakin tietystä seikasta. Epäsuorassa kuulustelumetodissa sitä vastoin kysymykset esitetään kierrellen ja todistajaa jopa sekoittaen. Vaikka vastakuulustelua ei toteutettaisi oikeudessa, on sanottuja strategioita soveltaen mahdollista käyttää myös muulla tavalla järjestetyssä vastakuulustelussa, joskaan strategiset valinnat eivät liene olevan erityisen käyttökelpoisia, kun kuullaan esimerkiksi alle 15-vuotiasta lasta tai muuten henkisesti toiminnaltaan häiriintynyttä henkilöä.<sup>119</sup> On selvää, ettei tiettyjen ihmisryhmien, erityisesti nuorten lasten, kohdalla tarkoituksellinen manipulointi tai johdattelu auta aineellisen totuuden selvittämisessä.

### **2.3.2 Vastaajan oikeusturva esitutkinnassa**

Kun EIT on edellyttänyt EIS 6 artiklan 3 d kohdan soveltamista myös esitutkintaan<sup>120</sup>, on vastakuulustelu-oikeus toteutettava esitutkinnassa, jos on aihetta olettaa, ettei asianomistajaa kuulla oikeudessa. Kansallisesti esitutkintamenettelyä sääntelee esitutkintalaki sekä soveltuvien osin myös oikeudenkäymiskaari. Oikeudenkäymiskaarissa säännellään esitutkintakertomuksen käyttämisestä todisteena, kun taas esitutkintalaista on löydettävissä vastakuulustelu-oikeutta turvaavia säännöksiä. Esitutkintalain 7 luvun 13 §:n mukaan tutkija voi sallia asianosaisen tai hänen avustajansa läsnäolon todistajan esitutkintakuulustelussa edellyttäen, ettei siitä aiheudu haittaa rikoksen selvittämiselle eikä kärsimystä asianomistajalle. Jos kysymys on asianomistajalle erittäin nöyryyttävän rikoksen selvittämisestä, on hienotunteisuussyistä harkittava, tuleeko epäillyn läsnäoloa sallia ollenkaan tai voisiko epäillyn sijaan hänen avustajansa läsnäolo sallia.<sup>121</sup> Esitutkintalain 7 luvun 17 §:n mukaan asianosainen tai hänen avustajansa voivat kuulustelijan luvalla esittää kuultavalle kysymyksiä. Esitutkintalain 9 luvun 4 §:n mukaan kuulustelu on tallennettava ääni- ja kuvatallenteeseen, jos kuulusteltavaa ei hänen nuoren ikänsä tai henkisen toiminnan häiriintyneisyyden vuoksi todennäköisesti voida kuulla henkilökohtaisesti tuomioistuimessa haittaa aiheuttamatta. Myös poliisihallitus edellyttää ohjeessaan kuulustelun tallentamista ääni- ja kuvatallenteelle, kun lapsi on alle 15 -vuotias ja kuulustelua on tarkoitus käyttää oikeudenkäynnissä todistelutarkoituksessa.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> Pölönen 2004, s. 224.

<sup>118</sup> Pölönen 2004, s. 224.

<sup>119</sup> Käypä hoito -suositus 2013, s. 10. Vastakuulustelumahdollisuutta lapsen ollessa asianosaisena olisi suunniteltava siitä asti, kun varsinainen epäily on ilmennyt ja kysymysten esittäminen olisi toteuttava mahdollisimman pian tällaisen epäilyn selvittämiseen liittyvän haastattelun jälkeen, jolloin lapsen kehitys ja kielelliset kyvyt on jo selvitetty.

<sup>120</sup> EIS 6 artiklassa puhutaan ”syytetyistä”, mutta esitutkinnan sijoittaminen sanotun artiklan soveltamisalan alle tarkoittanee sitä, että syytetty, epäilty ja vastaaja voidaan rinnastaa toisiinsa.

<sup>121</sup> Tapanila 2019, s. 237, kohta 6.3.2.

<sup>122</sup> Poliisihallituksen ohje 2013, s. 8. Ohjeessa mainitaan myös tallennettujen kuulustelujen purkamisesta auki sanasta sanaan paperiversioksi eli litteroinnista.

Esitutkinnassa tehty taltiointi lapsen kertomuksesta korvaa suullisen kuulemisen tuomioistuimessa. Kuulustelun tallentaminen turvaa epäillyn oikeuksia ja tasapainottaa niitä kavennuksia, joita todistajan poissaolo aiheuttaa hänen oikeuteensa kuulustella vastapuolen todistajia.

Asianosaisella on kontradiktorisuusperiaatteen nojalla oikeus saada tietoonsa esitutkintoimenpiteet niin pian, kuin siitä ei voi aiheutua haittaa rikoksen selvittämiseksi.<sup>123</sup> Poliisihallitus on linjannut, että epäillylle tulisi ensinnäkin esittää lapsen kertomus mahdollisimman pian kuulustelun jälkeen sekä toiseksi varata hänelle mahdollisuus esittää lapselle kysymyksiä.<sup>124</sup> Koska kysymysten esittäminen on epäillyn oikeus ja ajan kuluminen voi vähentää kuulustelun luotettavuutta sekä aiheuttaa lapselle lisäkärsimystä, on vastakuulustelu oikeus turvattava mahdollisimman pikaisesti.<sup>125</sup> Poliisihallitus on hieman ristiriitaisesti todennut kuitenkin, ettei epäillyn tulisi sallia esitutkinnan alkuvaiheessa seurata lapsen kuulustelua reaaliaikaisesti vaan vastakuulustelua varten tulisi toimittaa uusintakuulustelu. Uusintakuulustelun järjestäminen ei kuitenkaan aina ole absoluuttisesti mahdollista, esimerkiksi lapsen kehityksen ja terveyden turvaamiseksi<sup>126</sup> ja toisaalta ”esitutkinnan alkuvaiheella” voidaan tarkoittaa hyvinkin erilaisia esitutkinnan vaiheita. Jos uusintakuulustelu jää järjestämättä ja oikeudessa todetaan, että vastakuulustelumahdollisuutta ei ole ollut eikä lasta tai muuta todistajaa enää syystä tai toisesta voida kuulla, on mahdollista, että rikosvastuu jää toteutumatta ja aineellinen totuus selvittämättä sen vuoksi, että menettelyä rasittaa korjaamaton prosessuaalinen virhe.<sup>127</sup>

Toinen, mielestäni kyseenalainen seikka Poliisihallituksen ohjeessa on se, miten siinä annetaan poliisille oikeus tarvittaessa muokata syytetyn esittämiä kysymyksiä, jos ne ovat muodoltaan johdattelevia taikka muuten epärelevantteja.<sup>128</sup> Esitutkintalain 7 luvun 17 §:ssä ei säädetä tutkijan oikeudesta kysymysten muotoilemiseen vaan ainoastaan osapuolten oikeudesta esittää kysymyksiä, jotka tutkija voi tosin päättää esitettävän hänen kauttaan. Tämäkään ei mielestäni vielä tarkoita, että tutkijalla olisi oikeus muokata kysymyksiä. Vastakuulustelu oikeuden perimmäinen tarkoitus ei mainittuja ohjeita noudattaen toteudu, eikä syytetty välttämättä ole ollenkaan tietoinen oikeuksistaan,

---

<sup>123</sup> Poliisihallituksen ohje 2013, s. 9.

<sup>124</sup> Poliisihallituksen ohje 2013, s. 9.

<sup>125</sup> Poliisihallituksen ohje 2013, s. 9.

<sup>126</sup> Poliisihallituksen ohje 2013, s. 9. Ks. uusintakuulustelusta esim. *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 16. Käräjäoikeus totesi, ettei esitutkinnassa annettua kertomusta saa käyttää todisteena, jos vastaajalle ei ole tarjottu mahdollisuutta esittää todistajalle kysymyksiä. Lääkäri oli kuitenkin todennut, että alaikäisen asianomistajan kehitys ja terveys vaarantuisivat merkittäväällä tavalla, jos häntä kuulusteltaisiin uudelleen. Vrt. *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 56. EIT:n mukaan vähimmäistakeina oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumiseksi on muun ohessa se, että syytetty saa esittää kysymyksiä todistajalle joko ensimmäisessä kuulemisessa tai myöhemmin.

<sup>127</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 16. Käräjäoikeus totesi, että prosessia rasitti korjaamaton virhe, koska vastakuulustelumahdollisuutta ei ollut eikä alaikäistä uhria enää voitu kuulla. Vastaaja vapautettiin syytteistä. Vrt. KKO 2008:84, kohta 6. Välttämätöntä ei ole vastakuulustelumahdollisuuden järjestäminen asianomistajan varsinaisen kuulustelun yhteydessä.

<sup>128</sup> Poliisihallituksen ohje 2013, s. 9.



jos hänellä ei ole apunaan oikeudellista avustajaa.<sup>129</sup> Sanottujen kysymysten yksipuolinen muokkaaminen tulisi vähintäänkin olla epäillyn tai hänen avustajansa tarkastettavissa ja jos ilmenee, että kysymystä on muokattu liiaksi sen alkuperäiseen tarkoitukseen nähden, tulisi kysymys esittää uudelleen. Muodollinen vastakuulustelu oikeuden tarjoaminen esittämättä epäillyn kysymyksiä tekee tyhjäksi koko vastakuulustelumahdollisuuden ja vaarantaa siten koko oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden. Tuomioistuimella ei ole juurikaan mahdollisuuksia kontrolloida esitutkimintamenettelyn kulkua<sup>130</sup>, mutta koko rikosprosessin sujuvuutta palvelee kerralla huolellisesti suoritettu esitutkiminta, jossa syytetyn oikeudet on asianmukaisesti otettu huomioon. Kummankaan rikosprosessin osapuolen etua ei palvele tilanne, jossa epäilty ilman avustajaa ja parempaa tietoa luopuu esitutkiminnassa kysymysten esittämisestä asianomistajalle ja esittää tällaisen vaatimuksen vasta oikeudenkäynnissä.<sup>131</sup> Oikeudenkäyntiä joudutaan tällöin lykkäämään, asiassa joudutaan tekemään lisätutkiminta, jossa epäilty voi esittää kysymyksiä tai lasta saatetaan kuulla henkilökohtaisesti,<sup>132</sup> koska on mahdollista, että lapsi lykkäyksen aikana ehtii täyttää 15 -vuotta.<sup>133</sup> Syytetyn oikeuksista huolehtiminen<sup>134</sup> koituu näin lopulta myös asianomistajan hyväksi, kun prosessi voidaan saattaa joutuisasti loppuun.

### **2.3.3 Esitutkimintakertomus todisteena**

Jotta voidaan tarkastella esitutkimintakertomuksen käyttämistä todisteena ja mahdollisesti myös tuomion perusteena on ensin määriteltävä, mitkä kaikki ennen oikeuden istuntoa annetut kertomukset voidaan lukea esitutkiminnassa annetuiksi kertomuksiksi. Hallituksen esityksessä 190/2002 vp linjataan, että esitutkiminnassa annetulla kertomuksella tarkoitetaan sekä poliisin että lääkärin tai muun sosiaali- tai terveydenhuollon asiantuntijan suorittamaa kuulustelua ja sen myötä saatua kertomusta. Esimerkiksi, jos kysymyksessä on lapsen seksuaalisen hyväksikäytön tutkiminen, todisteena voidaan käyttää videotallennetta psykologin, psykiatrin taikka muun asiantuntijan ja lapsen välisestä keskustelusta.<sup>135</sup> Esitutkiminnassa annettava kertomusta on tulkittava laajasti siten, että se tarkoittaa niin poliisin kuin asianmukaisen viranomaisenkin suorittamaa kuulustelua ja siihen saatua kertomusta. Pääsääntöisesti tuomioistuimessa ei voida käyttää todisteena kirjallista kertomusta,

---

<sup>129</sup> He 190/2002 vp, s. 23. ROL (1998/197) 2:1 §. Tapauskohtaisesti syytetyn oikeuksien valvominen voi edellyttää puolustajan määräämistä.

<sup>130</sup> Väisänen 2013, s. 74.

<sup>131</sup> Oikeusministeriö 2018, s. 78.

<sup>132</sup> Oikeusministeriö 2018, s. 78

<sup>133</sup> Ks. KKO 2008:84.

<sup>134</sup> Ks. esim. *Kovač v. Kroatia* 2001, kohta 5. Valittajaa informoitiin hänen oikeudestaan oikeudelliseen avustajaa, mutta hän tietoisesti päätti olla käyttämättä sanottua oikeutta hyväkseen.

<sup>135</sup> HE 190/2002 vp, s. 23.

esitutkintapöytäkirjaa tai muulle asiakirjalle merkittyä tai tallennettua lausumaa. Kysymyksessä on oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 1 momentissa tarkoitettu kirjallisen kertomuksen käyttökielto ja todisteen hyödyntämiskiello. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24§:n 1 momentissa säädetään myös joistain *de facto* poikkeuksista kirjallisen todisteen hyödyntämiskieltoon.<sup>136</sup>

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 momentti puolestaan sallivat esitutkintapöytäkirjan tai muulla tavalla tallennetun lausuman käyttämisen todisteena. Edellytyksenä on, että laissa niin säädetään paitsi, jos lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta<sup>137</sup>, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää. Saman pykälän 3 momentin mukaan esitutkinnassa videotallenteeseen tai siihen rinnastettavaan muuhun kuva- ja äänitallenteeseen tallennettua kuulustelua voidaan kuitenkin käyttää todisteena, jos syytetylle on varattu asianmukainen mahdollisuus esittää kuultavalle kysymyksiä<sup>138</sup>. Lisäksi edellytetään, että henkilö on alle 15-vuotias tai henkisesti toiminnaltaan häiriintynyt, 15-17-vuotias ja erityisen suojelun tarpeessa eräiden seksuaalirikosten 15-17-vuotias asianomistaja, joka ei halua tulla oikeudenkäynnissä kuulluksi taikka eräiden seksuaalirikosten 18-vuotias asianomistaja ja kuuleminen aiheuttaisi vakavaa vaaraa hänen terveydelleen. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 ja 3 momentissa on kysymys lähinnä esitutkintakertomuksen- tai tallenteen ottamisesta mukaan oikeudenkäyntiaineistoon.

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 ja 3 momentin osalta on ehdottoman tärkeää ymmärtää, että kysymyksessä on kaksi erilaista perustilannetta. Ensimmäisenä kysymyksessä on tilanne, jossa todistajaa ei kertakaikkisesti voida kuulla henkilökohtaisesti, koska todistaja on kuollut tai erittäin vakavasti sairas.<sup>139</sup> Toinen tilanne tulee kysymykseen, kun todistajan henkilökohtainen kuuleminen olisi kyllä mahdollista järjestää, mutta lainsäätäjä on jostain erityisistä syistä katsonut, ettei näin voi menetellä.<sup>140</sup> Toisessa tilanteessa kysymys on siis oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 3 momentti ja tilanteet, joissa kuultava on alaikäinen, henkisesti toiminnaltaan häiriintynyt tai joidenkin vakavien rikoksen uhri. Pykälän 3 momentin osalta on aivan ratkaisevan tärkeää, että syytetylle on varattu asianmukainen mahdollisuus kysymysten esittämiseen. Momenttia voidaan soveltaa, vaikka syytetty

---

<sup>136</sup> *Frände-Rautio* 2016, s. 165. OK 17:24,1§:n soveltamisessa täysin ratkaisevaa on vaatimus siitä, että kertomus on yksityisluonteinen ja annettu vireillä olevan tai alkavan oikeudenkäynnin varalta.

<sup>137</sup> Ks. esim. *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohdat 139-140. Todistajien poissaolo oli hyväksyttävä, koska Saksan kansallisella tuomioistuimella ei ollut enää käytettävissään mitään keinoja asianomistajien velvoittamiseksi oikeuteen.

<sup>138</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohdat 16 ja 22. Käräjäoikeus katsoi, että prosessia rajoitti vastakuulustelun puuttuessa korjaamaton virhe. Hovioikeus totesi, että sanottua esitutkinnassa saatua kertomusta ei periaatteessa saa edes näyttää oikeudessa.

<sup>139</sup> *Frände-Rautio* 2016, s. 168.

<sup>140</sup> *Frände-Rautio* 2016, s. 168.

ei käyttäisi tilaisuutta hyväkseen ja olennaista on, että syytetylle varataan tilaisuus esittää kysymyksiä kaikista niistä uusistakin seikoista, joita pääkuulustelussa tulee esille.<sup>141</sup>

Esitutkintakertomuksen käyttäminen todisteena on kiinteästi yhteydessä lapsen suojeluun. Lapsen edun valvomiseen kuuluu se, että hänen esitutkintakertomuksensa voidaan ottaa todisteeksi oikeudessa sen sijaan, että lapsi esiintyisi oikeudessa henkilökohtaisesti. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (2012/29/EU) rikoksen uhrien oikeuksia, tukea ja suojelua koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä neuvoston puitepäätöksen (2001/220/YOS) korvaamisesta 24 artiklassa lapsiuhrien oikeudesta suojeluun 1 kohdassa edellytetään, että jos uhri on lapsi, jäsenvaltioiden tulee huolehtia siitä, että rikostutkinnassa kaikki lapsiuhrien kuulustelut voidaan tallentaa audiovisuaalisin välein ja kuulustelujen tallenteita voidaan käyttää todistusaineistona rikosoikeudenkäynnissä. Artiklassa tarkoitettujen audiovisuaalisten tallenteiden käyttöä ja menettelyjä koskevat määräykset on jätetty kansallisessa oikeudessa säädettäväksi.<sup>142</sup> Myös Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiveissä 2011/36/EU ja 2011/92/EU velvoitetaan jäsenvaltiot toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet, jotta lapsiuhrien kuulustelut voidaan videoida ja että näitä videoituja kuulusteluja voidaan käyttää todistusaineistona rikosoikeudenkäynnissä.<sup>143</sup> Vielä lapsitodistajan kuulustelun videoinnista ja sen käyttämisestä todistusaineistona säädetään Euroopan neuvoston yleissopimuksen lasten suojelemisesta seksuaalista riistoa ja seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan (SopS 87/2011) 35 artiklassa.<sup>144</sup> Lapsen turvaamisen lisäksi videolle tallennettu kuulustelu on omiaan turvaamaan syytetyn oikeuden vähintäänkin havainnoida kuulemismenettelyä ja lapsen käyttäytymistä hänen vastatessaan kysymyksiin kun muuten on selvää, ettei todistajaa tulla kuulemaan oikeudessa.

Poikkeamista lapsen henkilökohtaisesta kuulemisesta voitaneen perustella varsinaisen sääntelyn lisäksi sillä, että pienen lapsen kuuleminen oikeudenkäynnissä tuskin toisi ratkaisuun sellaista lisäarvoa, jota ei olisi esitutkinnassa ja siinä olleessa vastakuulustelumahdollisuudessa ollut saatavilla.<sup>145</sup> Liioin ei ole uskottavaa, että syyttäjällä tai vastaajan asiamiehellä olisi sellaista erityistä lapsen kuulustelutaitoa, jolla lapsen antamaa kertomusta voisi horjuttaa ilman johdattelevia kysymyksiä tai painostusta tehokkaammin, kuin mitä esitutkinnassa olisi ollut mahdollista.<sup>146</sup> Asiattomat keinot eivät lapsen kuulustelussa tai kuulemisessa ole sallittuja, vaikka laissa ei tästä

---

<sup>141</sup> *Frände-Rautio* 2016, s. 169-170

<sup>142</sup> Oikeusministeriö 2015, s. 44.

<sup>143</sup> Direktiivi 2011/36/EU 15 artikla sekä direktiivi 2011/92/EU 20 artikla.

<sup>144</sup> CETS 201, L 539/2011; SopS 87/2011.

<sup>145</sup> *Hirvelä* 1997, s. 1051.

<sup>146</sup> *Hirvelä* 1997, s. 1051.

täsmällistä määräystä olekaan. Lisäksi, koska lapsen muisti muuttuu ajan myötä, voi argumentoida, että pikaisesti tapahtuman jälkeen videoitu kuulustelu on luotettavampi kuin myöhemmin oikeudenkäynnissä annettu suullinen kertomus.<sup>147</sup> Esitutkintakertomuksen käyttäminen todisteena ei tarkoita sitä, etteikö syytetyn oikeuksista tulisi huolehtia myös tuomioharkinnassa. Esitutkintakertomuksen hyväksyminen ja aiempi vastakuulustelu-oikeuden tarjoaminen ei vielä tarkoita sitä, että tuomio voitaisiin perustaa ratkaisevasti esitutkintakertomukseen, jos oikeudenkäynti muuten osoittautuu liikaa syytetyn oikeuksia rajoittavaksi.

Eurooppalaisessa oikeuskäytännössä on esitutkintakertomuksen käyttämistä todisteena käsitelty useaan otteeseen EIS 6 artiklan valossa ja oikeuskäytännön perusteella on selvää, ettei vastakuulustelu-oikeuden tarjoaminenkaan välttämättä tee oikeudenkäynnistä oikeudenmukaista, jos tuomio perustetaan lähes yksinomaan poissaolevan todistajan esituskinnassa antamaan kertomukseen. Vaikka vastakuulustelu-oikeuden toteuttaminen oikeuden istunnossa ei ole ehdoton sääntö, on EIT kiinnittänyt huomiota vastakuulustelumahdollisuuden toteuttamisen tapaan ja sisältöön sekä muihin prosessuaalisiin keinoihin, joilla syytetyn oikeuksia on pyritty turvaamaan. Tällaisia keinoja voivat olla esimerkiksi kansallisen tuomioistuimen erittäin huolellinen todistusharkinta tai syytettyä esitutkintakertomuksen lisäksi tukeva erittäin vakuuttava välillinen näyttö. Vastakuulustelu-oikeuden tosiasiallinen tarjoaminen ei siis ole tae sille, että oikeudenkäynti kokonaisuudessaan olisi oikeudenmukainen.

### **3 Eurooppalainen oikeuskäytäntö**

#### **3.1 Vastakuulustelu-oikeus ja EIS 6 artikla, yleiset linjaukset**

Tutkimuskysymysteni kannalta on oleellista tarkastella eurooppalaisesta oikeuskäytännöstä sellaisia ratkaisuja, joissa lähtökohtana on todistajan vaikeneminen ja vastakuulustelu-oikeuden toteutuminen. Valitsemisani ratkaisuissa rikosprosessin asianomistajina on myös täysi-ikäisiä henkilöitä, sillä vaikka lapsen asianosaisasema aiheuttaa useimmiten vastakuulustelu-oikeuden kavennukset on sanottu mahdollista myös muissa tilanteissa. On mahdollista, että todistajaa ei kuulla hänen pelkonsa, kuolemansa tai terveydentilansa vuoksi. Aina ei siis kysymys ole oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 3 momentin tilanteista. EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtia ja siten oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta arvioidessaan EIT on linjannut useita yhteisiä periaatteita, jotka soveltuvat laajasti kaikkiin tapauksiin, joissa lähtökohtana on todistajan poissaolo ja vastakuulustelu-oikeus,

---

<sup>147</sup> *Beijer* ym. 2011, s. 92.

huolimatta tapausten erityispiirteistä. Yhteiset linjaukset ovat pysyneet melko yhtenäisinä huolimatta vuonna 2011 ja 2015 tehdyistä linjamuutoksista. Toiston välttämiseksi, olen katsonut asianmukaiseksi käydä sanotut yhteiset linjaukset läpi tässä kappaleessa, jotta ratkaisuja tarkastellessani voin keskittyä tapausten erityisiin piirteisiin.

EIT on ensinnäkin todennut yhteneväisesti, että EIS 6 artiklan 3 kohdan edellytykset ovat osa sitä oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, joka määritellään EIS 6 artiklan 1 kohdassa. Tämän vuoksi niitä tulee tulkita yhdessä.<sup>148</sup> Jos siis EIS 6 artiklan 3 d kohdan vastakuulustelu-oikeus ei toteudu, menettely rikkoo EIS 6 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä. Sanottu linjaus on eräänlainen johtava periaate siinä oikeudenmukaisuusharkinnassa, jota tutkielmassanikin käsittelen. On luonnollista, että EIS 6 artiklan alle kuuluva syytetyn oikeus vastakuulusteluun on osa sitä laajempaa oikeudenmukaisuutta, joka samassa artiklassa määritellään. EIT on painottanut, että oikeudenmukaisuutta tarkastellessa tulee keskittyä oikeudenkäyntiin kokonaisuudessaan, esitutkinta mukaan lukien, eikä ainoastaan yksittäisiin seikkoihin, jotka ilman kokonaisuuden tarkastelua voisivat alkuun vaikuttaa hyvinkin räikeiltä oikeudenmukaisuuden loukkauksilta. Näin ollen EIS 6 artiklan 3 d kohdan rikkominen ei vielä välttämättä tee koko oikeudenkäynnistä EIS 6 artiklan 1 kohdan vastaista, jos käsillä on muita syytetyn oikeuksia vahvasti tasapainottavia tekijöitä.

Toiseksi, jo vuonna 1986 *Unterpertinger v. Itävalta*<sup>149</sup> ratkaisun yhteydessä EIT linjasi, että yksin esitutkinnassa annettujen todistajankertomusten todisteeksi hyväksyminen ja ääneen lukeminen oikeudenkäynnissä ei riko EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja siten myös 1 kohtaa, mutta jos tällaisia kertomuksia aiotaan käyttää yksinomaisena tai ratkaisevana todisteena tuomioissa, tulee puolustuksen oikeudet ottaa huomioon.<sup>150</sup> Ratkaisevana tekijänä on siis todisteen mahdollinen painoarvo ”sole or decisive”-säännön nojalla langettavan tuomion perustana. Viimeksi mainitussa ratkaisussa valittajan entisen vaimon ja tytärpuolen kertomusten huomioon ottaminen todisteena ei yksinään rikkonut EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja siten 1 kohtaa, mutta puolustuksen oikeuksien riittävänä tasapainottamisena ei voitu pitää kertomusten ääneen lukemista oikeudessa. Kun syytetty sitten tuomittiin ratkaisevasti entisen vaimon ja tytärpuolen antamien kertomuksien perusteella katsottiin EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja siten myös 1 kohtaa katsottiin loukatun. Oikeudenmukaisuuden loukkaus tapahtui siis vasta siinä vaiheessa, kun kansallinen tuomioistuin antoi langettavan tuomion käyttäen todisteena pääosin sellaisia kertomuksia, joiden todenperäisyyttä syytetty ei millään tavalla voinut haastaa.

---

<sup>148</sup> *Unterpertinger v. Itävalta* 1986, kohta 29. Ks. myös *A.M. v. Italia* 1999, kohta 23: ”The court will examine the complaints under Article 6 §§ 1 and 3(d) taken together” ja *Vronchenko v. Viro* 2013. EIS:n 6 artiklan 1 ja 3 d kohtia tulkitaan yhdessä muista EIT:n vuonna 2011 Al-Khawaja-ratkaisun yhteydessä tekemistä linjauksista huolimatta.

<sup>149</sup> *Unterpertinger v. Itävalta* 24.11.1986.

<sup>150</sup> *Unterpertinger v. Itävalta* 1986, kohta 31.

Kolmantena EIT:n yleisesti käyttämänä perusteena on ollut tuomioistuimen näkökulma tehtävänjaon ja toimivallan osalta kansallisten tuomioistuinten kanssa. EIT on hyvin yksiselitteisesti ja toistuvasti tuonut esille sen, että sen toimivaltaan ei kuulu kansallisen lain arvioiminen sen osalta, onko todisteiden vastaanottaminen tai vielä tiettyjen todisteiden vastaanottaminen<sup>151</sup> kansallisella tasolla tapahtunut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellyttämällä tavalla.<sup>152</sup> Kansallisen lain sisällön arvioiminen ei kuulu EIT:n tehtäviin. Ainoastaan, jos kansallinen laki tai kansallisen lain mukaan läpikäyty rikosprosessi on rikkonut EIS:n turvaamia oikeuksia, on EIT:lla kompetenssia tarkastella kansallista lakia osana oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuustarkastelua kokonaisuudessaan.<sup>153</sup> EIS 6 artikla on yleisenä takeena<sup>154</sup> oikeudenmukaiselle kuulemiselle eikä se aseta minkäänlaisia tarkkoja edellytyksiä kansallisesti tapahtuvalle kuulemismenettelylle tai todisteiden vastaanottamistavalle.<sup>155</sup> Tämän vuoksi EIT ei voi EIS 6 artiklan nojalla tutkia kansallista lakia ja siellä noudatettua menettelyä vaan tämä kuuluu kansalliselle tuomioistuimelle. Toimivalta- ja tehtävänjakolinjaukseen on kuitenkin suhtauduttava kriittisesti. *A.S. v. Suomi*<sup>156</sup>-tapauksessa valittaja tuomittiin kansallisessa prosessissa seksuaalisesta hyväksikäytöstä alaikäistä poikaa A:ta kohtaan ratkaisevasti asianomistajan videoidun esitutkintahaastattelun perusteella. Arvioissaan EIT otti kantaa kansalliseen lainsäädäntöön ja sen sisältöön<sup>157</sup> todeten, ettei todisteiden vastaanottotapa tapauksessa ollut kansallisen lain mukaista eikä sellainen laajentava tulkinta, jossa vastaajan hyväksyessä esitutkintatallenteen katsomisen olisi tämä tarkoittanut myös sanotun tallenteen hyväksymistä todisteena, ollut kansallisen lain mukaan sallittua.<sup>158</sup>

Neljäntenä yleisenä periaatteena EIT on linjannut, että sana ”todistaja” on ymmärrettävä laajasti tarkoittamaan kaikkia todistajanlausumien antajia.<sup>159</sup> Sillä, onko lausuman antanut todistaja,

---

<sup>151</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 51.

<sup>152</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta 38. ”The Court recalls that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and that as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court’s task under the Convention is not to give a ruling on whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair.” EIT on linjannut asian myös ratkaisussa *Doorson v. Alankomaat* 26.3.1996, kohta 67.

<sup>153</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 50. Ks. myös *Kovač v. Kroatia* 2007, kohta 25. EIT on kuitenkin epäsuorasti arvioinut rikosprosessia ja todisteiden myös sisällöllisesti tarkastellessaan todisteen merkitystä ”sole or decisive” säännön nojalla.

<sup>154</sup> Ks. mm. *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 54. Yleiset linjaukset eivät ole muuttuneet vuonna 2011 annetun Al-Khawaja-ratkaisun myötä, jossa EIT linjasi uudelleen EIS 6 artiklan 1 ja 3 d kohtien tulkintaa.

<sup>155</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 50. Ks. myös *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 54.

<sup>156</sup> *A.S. v. Suomi* 28.9.2010.

<sup>157</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 49. EIT arvioi huolellisesti kansallista menettelyä sen osalta, miten esitutkintakertomus oli saatu ja miten se edelleen hyväksyttiin todisteeksi. EIT totesi menettelyn kansallisen lain vastaiseksi, koska oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 3 momentin edellyttämää vastakuulustelu-oikeutta ei kansallisesti oltu tarjottu. OK 17:24,3 §:n mukaan syytetyille on varattava asianmukainen mahdollisuus esittää kuulusteltavalle kysymyksiä, jos todisteena käytetään esimerkiksi videotallenteeseen tallennettua kuulustelua.

<sup>158</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohdat 48-49.

<sup>159</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta 41. Sanalla todistaja voidaan viitata niin todistajaan, kanssasyytettyyn kuin asianomistajaankin. Ks. myös *Isgrò v. Italia* 1991, kohta 33 ja *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 57.

asianomistaja vai kanssasyytetty ei siis ole merkitystä, koska EIS 6 artiklan 3 d kohdan valossa ”todistaja”-termiä on tulkittava yhdenmukaisesti tarkoittamaan kaikkia sellaisia henkilöitä, joiden tavalla tai toisella annettuja lausumia käytetään oikeudessa todisteena. Myöskään sillä, onko lausuman antanut oikeudessa vaikenewa lapsi ei ole merkitystä<sup>160</sup>, sillä asianomistajana olevaa lasta on pidettävä todistajana EIS 6 artiklan 3 d kohdan tarkoittamassa mielessä, vaikka häntä ei kuultaisi oikeudessa taikka edes esitutkinnassa.<sup>161</sup> Sanalle ”todistaja” on siis annettava yhteneväinen merkitys aina, kun kysymyksessä on asianosainen, jonka kertomusta käytetään oikeudessa.<sup>162</sup>

## 3.2 ”Sole or decisive” -sääntö

### 3.2.1 *Unterpertinger v. Itävalta 1986 ja Lucà v. Italia 2001*

Unterpertinger v. Itävalta-ratkaisu on tutkielmani kannalta yksi merkityksellisimmistä, koska sanotussa ratkaisussa, eli jo vuonna 1986, EIT määritteli ”sole” ja ”decisive”, eli yksinomaisen ja ratkaiseva-termien soveltamisen. Termit ovat mielestäni jonkinlainen alkusysäys myöhemmin, vuonna 2011 laaditulle kolmen kohdan testille, jossa sanotut termit ovat yksi tärkeä osa-alue. Termejä on käytetty oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusarviossa EIS 6 artiklan 3 d kohtaa tarkastellessa aina 2015 vuoden Scahtschaschwili-ratkaisuun asti, jolloin mainitsemaani kolmen kohdan testin tulkintaa pyrittiin selkeyttämään siinä kuitenkin täysin onnistumatta. Termeillä ”sole” ja ”decisive” tai suomeksi ”yksinomainen” ja ”ratkaiseva” tarkoitetaan poissaolevan todistajan antaman todisteen näyttöarvoa ja sen merkittävyyttä langettavan tuomion perusteena. Keskeisenä arvioitavana seikkana termien soveltamisessa on, onko sellaisen todistajan, jota ei kuulla oikeudessa, antama kertomus yksinomainen tai ratkaiseva langettavan tuomion kannalta eli olisiko tuomio langettava, jos sanottua todistetta ei olisi. Jos todisteella on sanottu painoarvo, on olemassa merkittävä riski siitä, että oikeudenkäynti rikkoo EIS 6 artiklan 1 ja 3 d kohtia, jos vastaajan oikeuksia ei riittävästi kompensoida ja turvata. Arvioidessa sitä, onko todiste yksinomainen tai ratkaiseva merkitystä ei ole sillä, onko todiste määrällisesti tai tosiasiallisesti ollut ainoa todiste. Tukevaa ja välillistä todistelua voidaan esittää ja ottaa vastaan, vaikka kuinka paljon, mutta merkityksellistä on vain se, kuinka paljon juuri se todistelu, jota vastaaja ei ole voinut kyseenalaistaa, on vaikuttanut langettavan tuomion antamiseen. Yksinomainen tai ratkaiseva ei siis tarkoita sitä, että todiste on lukumäärällisesti ainoa.

---

<sup>160</sup> *S.N. v. Ruotsi* 2002, kohta 46. Asianomistaja M ei kuultu oikeudessa, mutta EIT:n mukaan häntä tuli silti kohdella todistajana.

<sup>161</sup> KKO 2008:68, kohta 5. Ks. myös *F ja M v. Suomi* 17.7.2007.

<sup>162</sup> *S.N. v. Ruotsi* 2002, kohta 45. Ks. myös *Asch v. Itävalta* 26.4.1991, kohta 25. Vaikka henkilöä ei kuulla oikeudessa hänet tulee katsoa todistajaksi, sillä hänen lausumansa, jotka on litteroitu ja luettu oikeudessa, ovat de facto todisteena oikeudessa.

Todisteen painoarvo on liitoksissa myös siihen, millaista tasapainotusta edellytetään puolustuksen oikeuksille. Mitä tärkeämpi todiste on, sitä paremmin puolustuksen oikeuksista on huolehdittava.

Ennen *Al-Khawaja v. Iso-Britannia*<sup>163</sup>-ratkaisua, ”sole or decisive”-sääntöä käytettiin joustamattomasti ja tiukasti siten, että oikeudenkäynti ei lähtökohtaisesti ollut juuri koskaan oikeudenmukainen, jos puolustuksella ei ollut mahdollisuutta kyseenalaistaa langettavan tuomion perusteena käytettyä todistelua. Ratkaisussa *Doorson v. Alankomaat*<sup>164</sup> todettiin asiasta osuvasti, että tuomiota ei tule perustaa yksinomaan syyttäjän pääasialliseen todisteeseen, jos vastakuulustelua ei ole toteutettu siitäkään huolimatta, että riittäviä tasapainottavia tekijöitä olisi esitetty.<sup>165</sup> Puolustuksen oikeudet katsottiin aina liian rajatuiksi, jos vastakuulustelua ei toteutettu asianmukaisesti eikä merkitystä ollut sillä, kuinka paljon puolustuksen oikeuksia kompensoitiin. Vaikka siis prosessissa olisi ollut hyvinkin vahvoja puolustuksen oikeuksia turvaavia tekijöitä ei näillä ollut merkitystä oikeudenmukaisuuden kannalta. Linjaus oli siis selkeä – jos tuomio perustetaan yksinomaan tai ratkaiseviltä osin sellaiseen todisteluun, jota vastaaja ei ole voinut haastaa, ovat puolustuksen oikeudet niin rajatut, etteivät ne enää ole yhteensopivia EIS 6 artiklan vaatimusten kanssa ja näin menettely *rikkoo* EIS 6 artiklan 3 d kohtaa tulkittuna yhdessä 1 kohdan kanssa.<sup>166</sup>

Miellän ”sole or decisive”-säännön aloitusteemaksi oikeudenmukaisuusarvioinnissa. Tarkoitin ajatuksellani sitä, että jos poissaolevan todistajan todiste todetaan heti merkityksettömästi tai vähemmän merkitykselliseksi syytteen ja tuomion kannalta, ei oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta tarvitse muiltakaan osin niin tarkasti tutkia. Tällöin voidaan jo heti todeta, ettei oikeudenmukaisuus ja vastakuulustelu-oikeus tule todennäköisesti loukatuksi ainakaan EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja siten edelleen myös 1 kohdan nojalla. Päinvastoin, jos todiste, jonka poissaoleva todistaja on antanut, katsotaan tuomion kannalta ratkaisevaksi, välittömäksi ja jopa ainoaksi, on oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kokonaisuuteen kiinnitettävä jo täysin erilaista huomiota, jotta edellä mainittuja EIS 6 artiklan kohtia ei loukattaisi. Todisteen painoarvon vaikutus oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaiseksi toteamiseen on sidoksissa EIT:n linjauksiin, jotka ennen vuoden 2011 *Al-Khawaja*-ratkaisua olivat varsin tiukat ja jolloin ”sole or decisive” todiste johti aina

---

<sup>163</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia*, 15.12.2011.

<sup>164</sup> *Doorson v. Alankomaat*, 26.3.1996.

<sup>165</sup> *Doorson v. Alankomaat* 1996, kohta 76.

<sup>166</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta 40. ”Where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6.” Vrt. EIT *Al-Khawaja & Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 119: ”When a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence may be restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6.”



EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja edelleen 1 kohdan loukkaukseen. Myöhemmän, käyttökelpoisemmaksi väitetyn linjauksen myötä puolustuksen oikeuksien tasapainotuksen tarve kulkee linjassa todisteen painoarvon kanssa siten, että jos tarkasteltava poissaolevan todistajan antama todiste ei ole merkittävä, ei myöskään syytetyn oikeuksia tarvitse tasapainottaa samassa suhteessa.<sup>167</sup> Myöhemmässä oikeuskäytännössä pääpaino on oikeudenkäynnin kokonaisuuden tarkastelussa.

Unterpertinger-tapauksessa oli kyse pahoinpitelystä, jonka isäpuoli oli väitetysti kohdistanut alaikäiseen tytärpuoleensa sekä silloiseen vaimoonsa. Poliisi kuulusteli sekä vaimoa että tytärpuolta, joiden antamat kertomukset olivatkin ainoa välitön näyttö teosta ja joita ei perhesuhteiden vuoksi kuultu oikeudessa. Sanotut kertomukset luettiin ääneen oikeudessa, mutta muita valittajan oikeuksia tasapainottavia tekijöitä prosessissa ei ilmennyt. Tasapainottavilla tekijöillä tarkoitan ensinnäkin vastakuulustelun järjestämistä tavalla tai toisella tai toisekseen edes muun vakuuttavan ja syytettä tukevan todistelun vastaanottamista kuin sellaisen, jonka on antanut poissaoleva todistaja. Unterpertinger-tapauksessa muu esitetty todistelu oli välillistä ja siten vähemmän merkityksellistä<sup>168</sup>. Varsinaista syytettä tukevaa ja painoarvolla merkittävää todistelua ei siis esitetty. Langettava tuomio perustettiin yksinomaan sekä pääosin<sup>169</sup> ja kertomuksia kyseenalaistamatta valittajan tuolloin jo entisen vaimon ja tytärpuolen antamiin lausuntoihin, jotka olivat painoarvolla ainoat merkittävät syytteen puolesta puhuvat todisteet. EIT totesi kansallisen menettelyn rikkoneen EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja edelleen myös 1 kohtaa. Unterpertinger-ratkaisussa linjatun mukaisesti, olen tutkielmassani viitannut todisteen painoarvon arviointiin ”sole or decisive”-sääntönä.

Vuonna 2001 annetussa *Lucà v. Italia*<sup>170</sup>-ratkaisussa puolustuksen oikeuksia yritettiin jälleen turvata poissaolevan todistaja N:n yksinomaiseksi ja ratkaisevaksi sekä ainoaksi välittömäksi arvioidun kertomuksen ääneen lukemisella sekä kertomuksen toteamisella muutenkin uskottavaksi.<sup>171</sup> EIT:n

---

<sup>167</sup> Ks. mm. *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 52. Kun riski todisteen epäluotettavuudesta on hyvin pieni, vähentyy sitä tukevan todistelun tarve samassa suhteessa.

<sup>168</sup> *Unterpertinger v. Itävalta* 1986, kohta 33. Välillistä todistelua olivat poliisin raportit, lääkärintodistukset, kopio avioero-prosessista sekä valittajan sisarpuolen kertomus. Välitöntä todistelua olivat vaimon ja tytärpuolen kertomukset. Myöhemmin, vuonna 2001 annetussa *P.S. v. Saksa*-ratkaisussa (kohta 30) valittaja tuomittiin poissaolevan todistajan kertomuksen nojalla, joka oli myös ainoa välitön näyttö teosta. Välilliselle näytölle ei siis juuri ole annettu painoarvoa. Vrt. *Scheper v. Alankomaat* 2005, s. 8. Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ei katsottu loukatun, kun täysi-ikäisten raiskausten uhrien antamat lausumat johtivat uusiin vihjeisiin ja siten uuteen välilliseen todisteluun. Ratkaisua ei siten katsottu perustetun vain tai ratkaisevasti (”only or to a decisive extent”) uhrien lausumaan.

<sup>169</sup> *Unterpertinger v. Itävalta* 1986, kohta 28 ”The applicant claimed that he had been convicted exclusively on the basis of the statements...” ja kohta 33 ”...that the Court of Appeal based the applicant’s conviction mainly on the statements made by Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner to the police.” Sanottuja kertomuksia ei kohdeltu pelkästään informaationlähteinä vaan syytettä tukevinä faktatietoina.

<sup>170</sup> *Lucà v. Italia*, 27.5.2001.

<sup>171</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta, kohta 17. Kertomus arvioitiin uskottavaksi erityisesti sen spontaanisuuden ja yksityiskohtaisuuden vuoksi. Lisäksi todistaja N oli kertaalleen vierailut valittajan luona ja kykeni siten kertomaan hänen asuinpaikastaan ja ulkonäöstään. Valittajan tunnistaminen kuvasta ja täsmällinen kertomus siitä, missä valittaja asuu ja kuinka paljon huumeita hänellä oli hallussaan, oli omiaan tukemaan N:n kertomuksen uskottavuutta. Ks. myös

silloiseen tiukkaan linjaan kuului kuitenkin oikeudenkäynnin toteaminen epäoikeudenmukaiseksi, kun syytetty tuomittiin ratkaisevasti poissaolevan todistajan antaman kertomuksen perusteella. Samana vuonna *P.S. v. Saksa*<sup>172</sup>-ratkaisussa EIT totesi niin ikään, että kun tuomio perustettiin yksinomaan poissaolevan asianomistaja S:n lausumiin, puolustuksen oikeudet olivat liian rajatut ja että jos valittaja tuomitaan seksuaalirikoksesta sellaista alaikäistä kohtaan, jota valittaja ei koskaan ole saanut kohdata, menettely ei ole EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtien mukainen.<sup>173</sup> Näyttäisikin siltä, että yksinomaiseksi tai ratkaisevaksi arvioidun todisteen, jota vielä käytetään tuomion perustana, tulee olla silminnäkijän antama. Välillinen todistelu voidaan kyllä arvioida ratkaisevaksi<sup>174</sup>, mutta syytettyä ei sellaisen todistelun perusteella voisi tuomita. Yhteenvedona todettakoon, että ainakin vuoden 2011 Al-Khawaja-ratkaisuun asti<sup>175</sup> vastakuulustelumahdollisuuden järjestäminen on ollut ehdoton vaatimus poissaolevan silminnäkijätodistajan kertomusta käytettäessä ratkaisevasti tuomion perusteena ja vastaavasti jos asianmukaista vastakuulustelu-oikeutta ei ole järjestetty, eikä todistajaa kuulla oikeudessa, tuomiota ei voi rikkomatta EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja 1 kohtaa perustaa yksinomaan tai ratkaiseviltä osin tällaiseen todisteluun.

### 3.3 Todistajan poissaolon hyväksyttävyyys

#### 3.3.1 *P.S. v. Saksa 2001 ja perusteltu syy*

Jotta mainitsemani ”sole or decisive”-säännön soveltaminen olisi mahdollista, on tarkastelun kohteena olevan todistuslausunnon antajan oltava oikeudessa poissaoleva. Tällaista todistajaa ei siis kuulla oikeudessa henkilökohtaisesti eikä vastakuulustelu-oikeus toteudu suullisesti ja välittömästi. Todistaja ei mistä tahansa syystä voi kieltäytyä saapumasta oikeuteen, mutta niin kansallisessa lainsäädännössä<sup>176</sup> kuin EIT:n oikeuskäytännössäkin on sääntelyä ja suuntaviivoja siitä, milloin todistajan poissaolo voidaan katsoa hyväksyttäväksi. Todistajan poissaololle on aina oltava

---

*Unterpertinger v. Itävalta* 1986, kohta 28. Todistajien kertomukset luettiin ääneen, mutta lukeminen ei ollut riittävä puolustuksen oikeuksien turvaamistoimenpide.

<sup>172</sup> *P.S. v. Saksa*, 20.12.2001.

<sup>173</sup> *P.S. v. Saksa* 2991, kohta 24. Ks. myös *A.M. v. Italia* 1999, kohdat 26 ja 28.

<sup>174</sup> Ks. *W.S. v. Puola* 2007, kohdat 58-59. Välillisen todistajan, psykologi E.K:n lausuma asianomistajan käyttäytymisestä ja lausunnoista oli ratkaisevaa syylliseksi toteamisen kannalta.

<sup>175</sup> Huom. *Scheper v. Alankomaat* 2002. Täysi-ikäisiltä uhreilta saadut vihjeet tekijän ulkonäöstä ja autosta olivat tärkeitä välillisiä todisteita eikä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta loukattu, vaikka vastakuulustelumahdollisuutta ei ollut. Ks. myös *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 53. EIS 6 artiklan 1 kohta tulkittuna yhdessä 3 d kohdan kanssa edellyttää, että sopimusvaltiot ottavat positiivisia askelia (*”take positive steps”*) siihen suuntaan, että vastaajaa vastaan esiintyvää todistajaa voidaan kuulustella tai kuulusteluttaa.

<sup>176</sup> OK 17:27§. Ks. myös *A.L. v. Suomi* 2009, kohta 9. Hovioikeus vetosi, hylätessään valittajan pyynnön kuulla alle 15-vuotiasta uhria henkilökohtaisesti, muun muassa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 27 §:n, oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain 4 luvun 15 §:n sekä lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain (2019/190) 3 luvun 15 a §:n.

objektiivisesti<sup>177</sup> ja tuomioistuimen näkökulmasta katsottuna<sup>178</sup> hyvä syy, eikä todistajan subjektiivinen kokemus välttämättä täytä hyväksyttävyyden vaatimuksia. Perusteltu syy poissaoloon voi olla joko oikeudellinen tai tosiasiallinen este.<sup>179</sup> Useimmiten todistajan hyväksyty poissaolo johtuu todistajan nuoresta iästä, käsiteltävän rikoksen laadusta, sairaudesta tai siitä, että todistaja on kuollut<sup>180</sup>, kadonnut tai häntä kuullaan anonyymisti. Poissaolo voi olla kuitenkin hyväksyttävää myös muista syistä.

Esimerkkinä kansallisesta lainsäädännöstä, jossa todistajan poissaolo on hyväksytty todistajan ollessa täysi-ikäinen, on vuonna 2001 annettu *Lucà v. Italia*-ratkaisu. Tapauksessa ratkaisevan todistajankertomuksen antanut todistaja N ei saapunut henkilökohtaisesti kuultavaksi oikeuteen, koska hän oli itse syytettynä asiaan liittyvässä toisessa rikosprosessissa. Italian kansallisen lain mukaan syytetyllä on kaikissa prosessin vaiheissa oikeus puolustaa itseään ja myös vaieta, joten todistaja N päätti, ettei hän halua tulla kuulluksi valittajaa koskevassa rikosprosessissa.<sup>181</sup> N:n poissaolo ei siten johtunut hänen nuoresta iästään, henkisestä hyvinvoinnistaan tai rikoksen erityisestä laadusta vaan siitä, että hänet oli kutsuttu kansallisen lain mukaan todistamaan liitännäistä rikosta koskevana syytettynä<sup>182</sup> eli kansasyytettynä, jolloin kansallisen oikeuden mukaan todistaja voi vaieta.<sup>183</sup> Vaikka *Lucà*-tapauksessa EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtaa rikottiin, ei loukkaus tapahtunut vielä todistajan jäädessä oikeudesta pois. Oikeudenmukaisuuden loukkaus tapahtui siinä vaiheessa, kun valittaja tuomittiin yksinomaan todistaja N:n kuulustelemattoman kertomuksen perusteella<sup>184</sup>, vaikka hän oli hyvästä syystä kieltäytynyt todistamasta oikeudessa. *P.S. v. Saksa*-tapauksessa, jossa musiikinopettajan väitettiin syyllistyneen seksuaaliseen hyväksikäyttöön 8-vuotiasta oppilastaan

---

<sup>177</sup> EIS 8 artiklan oikeuksia tarkastellessa on mielestäni jokseenkin outoa, että *P.S. v. Saksa* 2001-ratkaisussa (kohta 9) alaikäisen asianomistajan äitiä ei kuultu kansallisessa tuomioistuimessa, koska hän kieltäytyi kuulemisesta omaan henkilökohtaiseen kärsimykseensä vedoten.

<sup>178</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 119.

<sup>179</sup> *Jämsä* 2016, s. 826. Oikeudellinen este on kyseessä, kun todistaja vetoaa vaikenemisoikeuteen tai -velvollisuuteen. Tosiasiallinen este taas tarkoittaa sitä, että henkilöä ei saada, esimerkiksi sairauden, ulkomailla oleskelun, kuoleman tai muun vastaavan syyn vuoksi oikeuteen. Ks. LaVM 9/1997 vp, s. 24. Mietinnössä viitataan todistajan poissaolon osalta myös henkilön oleskeluun ulkomailla. Ks. myös KKO 2007:101: EIT:n ratkaisukäytäntö edellyttää, että todistajan tavoittaminen ja oikeuteen saaminen on ollut mahdotonta.

<sup>180</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011. Asianomistaja ja todistaja S.T. teki itsemurhan ennen oikeuskäsittelyä.

<sup>181</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta 14.

<sup>182</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta 33. "... N was not a "witness" but a "person accused in connected proceedings", and was entitled to remain silent. EIT on käyttänyt asian yhteydessä myös "co-accused" eli kansasyytetty -termiä.

<sup>183</sup> Poissaolon syy oli *Lucà*- tapauksessa hyväksyttävää, mutta se ei poistanut tuomioistuimen velvollisuutta huolehtia syytetyin vastakuulustelu-oikeudesta. Ks. myös *Unterpertinger v. Itävalta* 1986, kohta 31. Poissaolevan todistajan kertomusten vastaanottaminen ja lukeminen oikeudessa ei yksin riko EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtia.

<sup>184</sup> Kansallinen prosessi todistajan poissaolon, todisteiden vastaanottamisen ja hyväksymisen sekä oikeudessa ääneen lukemisen osalta oli siis EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja siten myös 1 kohdan mukaan sallittua. EIT on yleisesti linjannut, ettei todisteiden vastaanottaminen ja hyväksyminen poissaolevalta todistajalta yksin riko EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtia. Ks. esim. *Lucà v. Italia* 2001, kohta 39 ja *Isgrò v. Italia* 19.2.1991, kohta 34. Oikeudenkäyntiä edeltävässä vaiheessa saatujen todisteiden käyttö ei itsessään riko EIS 6 artiklan 3 d ja 6 artiklan 1 kohtaa.

kohtaan<sup>185</sup>, oli alaikäisen asianomistaja S:n poissaolo luonnollisesti hyväksyttävää hänen ikänsä vuoksi. EIT linjasi ratkaisussaan laajasti muitakin tilanteita, joissa todistajan poissaolo voidaan katsoa hyväksyttäväksi ja sanotut suuntaviivat olivat mielestäni tärkeä tuki kansallisille tuomioistuimille niiden arvioidessa todistajan poissaolon hyväksyttävyyttä tilanteissa, joissa laki ei anna asiaan yksiselitteistä vastausta. Jos todistajan poissaolo on hyväksyttävää, on sallittua myös hyväksyä todisteeksi tämän todistajan antamat lausumat.<sup>186</sup> Todisteiden vastaanottaminen hyväksytysti poissa olevalta todistajalta ei vielä riko EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtia.<sup>187</sup> Mainittujen kohtien rikkominen tulee kyseeseen lähtökohtaisesti vasta siinä vaiheessa, kun todisteen näyttöarvoa punnitaan ja sen käyttämistä langettavan tuomion perusteena harkitaan.

Todistajan oikeuksista ja niiden suojaamisesta EIS 6 artiklassa ei itsessään ole määräyksiä. Artikla ei siten vaadi, että todistajien tai todistamaan kutsuttujen henkilöiden oikeudet otettaisiin mitenkään erityisesti huomioon.<sup>188</sup> Kuitenkin, jos sellaiset oikeushyvät, kuin kuultavien henki, vapaus, turvallisuus tai EIS 8<sup>189</sup> artiklassa turvattu yksityis- tai perhe-elämä ovat uhattuna, tulee sopimusvaltioiden järjestää rikosprosessi siten, että mainitut oikeudet turvataan ja vastaavasti vastaajan oikeuksia tasapainotetaan oikeassa suhteessa.<sup>190</sup> Todistajan pelko omasta turvallisuudestaan kuuluu edellä mainittujen perusteiden piiriin.<sup>191</sup> Tällaisissa tilanteissa on siis syytäkin käyttää todisteena oikeudenkäyntiä edeltävässä vaiheessa annettua lausumaa. Mainittujen intressien suojeleminen rikosprosessissa perustuu EIS I osassa mainittuihin oikeuksiin ja vapauksiin, jotka sopijapuolet ovat EIS 1 artiklan mukaan lainkäyttövaltaansa kuuluville sitoutuneet takaamaan. Todistajien ja todistamaan kutsuttujen uhrien suojaamisvelvoitetta ei siis voida johtaa EIS 6 artiklasta, vaan muista EIS:n takaamista oikeuksista, jotka sopijapuolet ovat velvollisia kaikille lainkäyttövaltaansa kuuluville turvaamaan. Esimerkkinä mainittakoon seksuaalirikosprosessien

---

<sup>185</sup> *P.S. v. Saksa* 2001, kohta, 9. Musiikinopettaja tuomittiin rangaistukseen asianomistaja S:n äidin kertomukseen, S:ää kuulustelleen poliisin lausumaan sekä S:n käyttäytymiseen perustuen.

<sup>186</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 119.

<sup>187</sup> Ks. esim. *Lucà v. Italia* 2001, kohta 39 ja *Isgrò v. Italia* 19.2.1991, kohta 34.

<sup>188</sup> *Doorson v. Alankomaat* 1996, kohta 70.

<sup>189</sup> EIS 8 artikla. ”Jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta. Viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi silloin kuin laki sen sallii ja se on demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen ja rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalien suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.”

<sup>190</sup> *Doorson v. Alankomaat* 1996, kohta 70.

<sup>191</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta 40. Pelko omasta turvallisuudesta on esillä usein, kun oikeudenkäynnin osapuolena on mafiatyyppinen organisaatio. EIT siis linjasi pelon ja oman turvallisuuden olevan hyväksyttäviä syitä kieltäytyä todistamasta. Jos todistaja pelkää oman turvallisuutensa vuoksi ja kieltäytyy siten toistamasta aiemmin lausumaansa julkisesti, on poissaolo katsottava hyväksyttäväksi. Ks. myös *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohdat 122 ja 124. Usein todistajan pelko johtuu enemmän todistamistilanteesta kuin mistään todellisesta vastapuolen aiheuttamasta vaarasta. Onkin erotettava sellainen pelko, joka johtuu vastaajan tai hänen edustajansa aiheuttamasta todellisesta uhasta sekä sellainen yleinen pelko, joka johtuu vain todistamisen mahdollisista seurauksista pelkoon vetoavalle.

erityinen luonne, joka on omiaan aiheuttamaan uhrille, joka ei halua kohdata loukkaajaansa ja joka vielä on alaikäinen, erityistä kärsimystä. Tilanteissa, joissa seksuaalirikoksen uhri pyrkii välttelemään suullisen kertomuksen antamisesta kärsimykseen ja yksityiselämän suojaansa vedoten, ovat suojelutoimenpiteet hyvinkin perusteltuja.<sup>192</sup> Kuitenkin, kuten sanottu, vaikka kuultava vetoaisi oikeushyviensä suojeluun poissaolonsa tueksi on tuomioistuimen arvioitava suojelun todellinen tarve eikä kuultavan henkilökohtaiset kokemukset ja tunteet välttämättä täytä todistajan hyväksyttävän poissaolon edellytyksiä.

EIT on useassa ratkaisussaan linjannut, etteivät EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohdat edellytä toteutuakseen sitä, että syytetty saa henkilökohtaisesti kuulustella todistajaa. Ratkaisevaa on se, onko syytetty jollain tavalla voinut esittää kysymyksiä poissaolevalle todistajalle. Edellisessä kappaleessa mainitut oikeushyvät ja niiden suojelu useimmiten kyllä johtavat todistajan poissaolon hyväksymiseen, mutta poissaolon ei tulisi tapahtua kevyin perustein, vaan vasta viimesijaisena vaihtoehtona. Lisäksi kansallisesti on pyrittävä tekemään asianmukaisia toimenpiteitä kuultavan saamiseksi oikeuteen. Tuomioistuin ei voi suoralta kädeltä hyväksyä todistajan poissaoloa. Jos todistaja vetoaa vaikkapa vain pelkoon poissaolonsa tueksi, olisi ennen poissaolon hyväksymistä tutkittava kaikkien muiden todistuskeinojen, kuten anonyymien todistelun mahdollisuus tai mahdollisuus tehdä erityisjärjestelyjä oikeuden istuntoon. Vasta, jos kaikki tällaiset vaihtoehtoiset keinot osoittautuvat mahdottomiksi ja epäkäytännölliseksi olisi todistajan poissaolo hyväksyttävä.<sup>193</sup> Todistajan poissaolo, joka aiheuttaa rankimmat kavennukset syytetyn oikeuksiin, on viimesijainen keino, jos todistajan kuuleminen oikeudessa ei millään muulla tavalla onnistu.

### **3.4 Puolustuksen oikeuksien tasapainostus**

#### **3.4.1 *S.N. v. Ruotsi 2002 ja syytetyn oma menettely***

Jotta todistajan poissaolon puolustuksen oikeuksiin aiheuttama kavennus ei johtaisi oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen, on puolustuksen oikeuksia kompensoitava asianmukaisesti ja sanotut kavennukset hyvitetävä jollain prosessuaalisilla keinoilla. Kompensointivaatimukset ovat kiinteästi sidoksissa poissaolevan todistajan antaman todisteen painoarvoon ”sole or decisive”-säännön nojalla. Prosessuaalisia kompensointikeinoja voivat olla muun ohella tuomioistuimen erityinen huolellisuus poissaolevan todistajan antamaa todistetta käytettäessä, kuulusteluvideon katselu oikeudessa, vahva välillinen syytettyä tukeva todistelu<sup>194</sup>, asianmukaisesti suoritettu esitutkinta tai syytetyn oma menettely oikeuksistaan huolehtimisessa tai niistä tietoisesti luopumisessa. Jos syytetyn

---

<sup>192</sup> Esim. *S.N. v. Ruotsi 2002*, kohta 47 ja *Scheper v. Alankomaat 2005*, s.7.

<sup>193</sup> *Al-Khawaja & Tahery v. Iso-Britannia 2011*, kohta 125.

<sup>194</sup> Ks. esim. *Schatschaschwili v. Saksa 2015*, kohdat 146-148.

vastakuulustelu-oikeuden rajoituksia ei millään tavalla kompensoida, oikeudenkäynnin osapuolten oikeuksien tasapaino vääristyy ja toinen osapuoli saa toisen osapuolen oikeuksien kustannuksilla sellaista hyötyä, jota ei ilman kompensoivia tekijöitä voida katsoa hyväksyttäväksi. Vaikka tuomioistuimen tulee prosessinjohtonsa puitteissa valvoa prosessin oikeudenmukaisuutta, voi syytetty omilla toimillaan joskus tarkoituksella tai joskus myös tahattomasti aiheuttaa oikeuksistaan luopumisen.

Asiassa *S.N. v. Ruotsi*<sup>195</sup> oli kysymys 10-vuotiaan pojan M:n hyväksikäyttötapauksesta. Rikosepäily tuli ilmi M:n opettajan sosiaalitoimelle tekemästä ilmoituksesta, jonka jälkeen asianomistajaa haastateltiin kaksi kertaa ja häntä kuulusteltiin näiden haastattelujen välissä kerran. Toisessa haastattelussa, joka nauhoitettiin äänitallenteeseen, valittaja tai hänen asiamiehensä ei ollut läsnä, mutta valittajan asiamies oli keskustellut haastattelun suorittavan poliisin kanssa niistä seikoista, joista M:ltä tuli kysyä ja joihin valittaja halusi tarkennusta.<sup>196</sup> Asiamies suostui M:n kuulemiseen hänen poissaolostaan huolimatta. Valittajan asiamies sai äänitallenteen sekä siitä tehdyn litteroinnin kuunneltavakseen ja luettavakseen eikä hänellä ollut haastatteluun kommentoitavaa. Ne seikat, joista puolustus halusi selvitystä, oli asiamiehen mukaan riittävällä tavalla käyty läpi eikä lisähaastatteluille siten ollut tarvetta.<sup>197</sup> Valittaja ei myöskään vaatinut asianomistajan henkilökohtaista kuulemistä ensimmäisessä tai toisessa oikeusinstanssissa ja korkeimmalle oikeudelle tekemässään valituksessa valittaja totesi vain, ettei hänen avustajalleen annettu mahdollisuutta kysymysten esittämiseen. Valittajan katsottiin jopa nimenomaisesti suostuneen muuten kiellettyyn menettelyyn, kun hän aktiivisesti oli luopunut oikeudestaan vaatia asianomistajan lisähaastattelua.<sup>198</sup> Valittajan passiivisuus tulkittiin virheellisesti aktiiviseksi oikeuksista luopumiseksi ja epäoikeudenmukaiseen prosessiin suostumiseksi.

Tuomioistuimen tulee lähtökohtaisesti viran puolesta huolehtia siitä, ettei sellaista todistetta, jota rasittaa vastakuulustelu-oikeuden puuttuminen, hyväksytä todisteeksi. Ainoastaan, jos syytetty nimenomaisesti suostuu todisteen hyödyntämiseen tai jos kyselymahdollisuuden puuttumisesta aiheutuva haitta voidaan jollain muulla prosessuaalisella keinolla hyvittää, voisi todisteen hyväksyminen ja hyödyntäminen olla sallittua.<sup>199</sup> Syytetyn suostumista arvioitaessa on vielä tarpeen

---

<sup>195</sup> *S.N. v. Ruotsi*, 2.10.2001.

<sup>196</sup> *S.N. v. Ruotsi* 2002, kohta 13.

<sup>197</sup> *S.N. v. Ruotsi* 2002, kohta 13.

<sup>198</sup> Vrt. *W.S. v. Puola* 19.6.2007, kohdat 59-60. Asianomistajaa ei kuullut missään vaiheessa poliisi, syyttäjä tai tuomioistuin. Psykologi haastatteli asianomistajaa useaan kertaan, mutta näitäkään haastatteluja ei videoitu. *S.N. v. Ruotsi*-tapauksessa poliisi kuulusteli asianomistajaa ja poliisin haastattelusta tehty videotallenne esitettiin oikeudessa. Viimeksi mainitussa syytetty luopui tietoisesti esittämästä lisäkysymyksiä, kun taas ensin mainitussa kysymysten esittämismahdollisuutta ei tarjottu eikä asianomistajaa kuultu oikeusviranomaisten toimesta.

<sup>199</sup> Ks. esim. KKO 2006:107 ”korkeimman oikeuden kannanotosta”.

kiinnittää huomiota siihen, että suostuminen esitutkintallenteen katsomiseen oikeudessa ei tarkoita suostumista todisteen käyttämiseen oikeudenkäynnissä. Kiellettyä on siis mainittu laajentava tulkinta.<sup>200</sup> Suostumus on saatava erikseen kutakin toimenpidettä ajatellen. Toisaalta, jos syytetyllä on lainopillinen avustaja, jonka voi olettaa olevan tietoinen syytetyn EIS 6 artiklan takaamista vähimmäisoikeuksista, on asetettava kyseenalaiseksi tuomioistuimen velvollisuus aktiivisesti johdattaa syytettyä vaatimaan kysymysten esittämistä.<sup>201</sup> Tuomioistuimen huolehtimisvelvollisuus korostuu nähdäkseni tilanteissa, joissa syytetty esiintyy ilman avustajaa eikä hänellä itsellään voi päätellä olevan riittävää tietoa oikeuksistaan. S.N.-tapauksessa valittajalla oli lainopillinen avustaja, jonka olisi tullut valvoa päämiehensä oikeuksia. Avustajan passiivisuudesta huolimatta tuomioistuin ei nähdäkseni olisi saanut tulkita valittajan vaikenemista aktiiviseksi oikeuksista luopumiseksi.

Vaikka EIT:n tehtävänä ei ole arvioida kansallista menettelyä ja siihen sovellettuja säännöksiä on tuomioistuin todennut, että valittajan ei ole riittävää kansallisessa prosessissa tai muussakaan prosessissa ainoastaan todeta, ettei hänelle ole annettu tilaisuutta esittää kysymyksiä todistajalle. Olennaista olisi selittää, miksi todistajaa on tärkeää kuulla henkilökohtaisesti ja millainen vaikutus todistajan antamalla kertomuksella on totuuden selvittämiseen.<sup>202</sup> EIT:n näkemys siis alleviivaa sitä ajatusta, että vaikka vastakuulustelu on EIS 6 artiklan 3 d kohdan takaama oikeus, olisi valittajan kyettävä jollain tapaa perustelemaan miksi olisi erityisen tärkeää kuulla todistajaa. Syytetyn ei pitäisi joutua erikseen vaatimaan oikeuttaan vastakuulusteluun, mutta jos hän katsoo sanottua oikeutta loukatun, olisi asiaa koskevaa huomautusta kyettävä perustelemaan. Toisaalta tässäkin asiassa tuomioistuin voi aktiivisella prosessinjohtolla informoida syytettyä perustelujen tärkeydestä<sup>203</sup> sen sijaan, että mahdollisesti ilman avustajaa olevan syytetyn oletettaisiin olevan tietoinen tällaisesta perustelovelvollisuudesta. Perustelemisselvollisuuden vastapainona on tosin se, että valittajan ei kovin helposti voida katsoa luopuvan oikeudestaan todistajan kuulemiseen eikä tuomioistuin saa tehdä minkäänlaisia laajentavia tulkintoja syytetyn käyttäytymisestä tai passiivisuudesta.

EIT selosti *Colozza v. Italia*<sup>204</sup>-ratkaisussa, että EIS 6 artiklan perimmäinen tarkoitus, kohtien 3 c-e valossa on turvata jokaisesta rikoksesta syytetylle oikeus puolustaa itseään, kuulustella ja

---

<sup>200</sup> Ks. myös KKO 2018:54, kohta 20. Korkein oikeus toteaa, että tuomioistuimen on sovellettava OK 17:24,2 § viran puolesta. Säännöksen sanamuodon mukaan asianosaisten suostumus ei muodosta perustetta esitutkintakertomuksen käyttämiselle todisteena.

<sup>201</sup> Ks. esim. KKO 2006:107. ”...eikä hän (syytetty) ole myöskään oikeudenkäynnin kestäessä kiinnittänyt kyselymahdollisuuden puuttumiseen huomiota ennen kuin vasta korkeimman oikeuden nimenomaisen lausumapyynnön jälkeen.”

<sup>202</sup> *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 67. Ks. myös *Scheper v. Alankomaat* 2005, s. 2. Kansallinen tuomioistuin lykkäsi valittajan pyyntöä kuulla asianomistajia A, B ja C, koska kuulemispyyntöä ei oltu riittävästi perusteltu.

<sup>203</sup> Ks. KKO 2006:107. Korkein oikeus pyysi välitoimenpiteenä valittajalta lausunnon siitä, miten kontradiktorisuus oli hänen käsityksensä mukaan toteutunut esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä.

<sup>204</sup> *Colozza v. Italia*, 12.2.1985.

kuulusteluttaa todistajat ja saada maksutta tulkin apua.<sup>205</sup> Tällaisista oikeuksista on lähes mahdotonta luopua, ainakaan henkilökohtaisesti oikeudessa paikalla olematta. Luopuminen on tehtävä yksiselitteisesti.<sup>206</sup> Oikeuksista luopumisena ei voida pitää esimerkiksi sitä, että vastaaja suostuu videoidun haastattelun katsomiseen oikeudessa eikä tällaisen suostumuksen voi katsoa myöskään merkitsevän sitä, että vastaaja suostuisi videoidun haastattelun käyttämiseen todisteena.<sup>207</sup> Osapuolen suostumista johonkin yksittäiseen seikkaan ei tule tulkita laajasti tarkoittamaan muitakin, kuin tätä yksittäistä tointa. Yhteenvedona kysymys lienee siitä, että vastakuulustelu-oikeus on EIS:n takaama oikeus eikä EIS:n turvaamista oikeuksista voida kovin helposti todeta jonkun luopuneen, ainakaan passiivisuudellaan. Kuitenkin, jos EIS:n takaaman oikeuden puuttumisesta valitetaan, oli kyse sitten vastakuulustelun toteuttamisesta tai jostain muusta sopimuksen takaamasta oikeudesta tai vapaudesta, olisi puuttumisen vaikutukset syytetyn oikeuksiin ja siten totuuteen kyettävä jollain tavalla selittämään. Vaikka EIS:n takaamiin oikeuksiin ei pitäisi joutua aktiivisesti vetoamaan lienee oikeudenkäynnin osapuolten etu olla aktiivinen omien oikeuksiensa valvomisessa.

EIT katsoi, että *S.N. v. Ruotsi*-tapauksessa valittajan asiamies oli ensinnäkin suostunut asianomistajan kuulemiseen hänen poissaolostaan huolimatta, toiseksi hyväksynyt kuulustelumenettelyn keskusteltuaan kuulustelevan poliisin kanssa ja kolmanneksi jättänyt käyttämättä mahdollisuuden vaatia kuulustelun lykkäystä tai sen videointia.<sup>208</sup> Valittajan asiamiehen katsottiin hyväksyneen asianomistajan kuulustelu, sillä hänen esittämänsä tarkentavat kysymykset oli käyty asianomistajan kanssa läpi ja asiamies pystyi vahvistamaan tämän kuunnellessaan haastattelusta tehdyn nauhoitteen sekä lukiessaan litteroinnin.<sup>209</sup> EIT totesi, että puolustukselle tapauksessa tarjotut mahdollisuudet vastakuulusteluun olivat riittäviä ja että hänelle oli annettu tosiasiallinen ja riittävä mahdollisuus asianomistajan kertomuksen haastamiseen. Ruotsin kansallinen tuomioistuin oli tapauksessa tarjonnut syytetylle asianmukaisen tavan ja mahdollisuuden esittää kysymyksiä<sup>210</sup> eikä oikeudenkäynti siten rikkonut oikeudenmukaisuuden vaatimuksia.

---

<sup>205</sup> Ks. mm. *Colozza v. Italia* 1985, kohta 28 ja *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 65.

<sup>206</sup> Ks. *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 66. Sitä, että valittaja oli todennut, ettei hänen tarvitse kuulla enää tiettyjä todistajia ei voitu katsoa valittajan luopumisesta neljän asianomistajan ja siten ratkaisevien todistajien kuulemiseen. Kansallinen korkein oikeus hyväksyi valituksen valittajan oikeuksien väitetystä luopumisesta, mutta totesi, että muutoksenhakutuomioistuin oli arvioinut asian oikein. EIT kuitenkin totesi, ettei valittaja näillä perusteilla ollut luopunut oikeudestaan kuulustella neljää asianomistajaa, jotka antoivat tuomion kannalta ratkaisevat todisteet. Ks. myös *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 16. Valittaja suostui asianomistajan videoidun esitutkintakertomuksen katsomiseen oikeudessa. Tämä ei ainakaan valittajan mukaan tarkoittanut sitä, että hän samalla luopuisi muista oikeuksistaan.

<sup>207</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 49. Kansallinen tuomioistuin katsoi, että valittajan suostuessa asianomistaja R:n videoidun haastattelun katsomiseen hän oli samalla hyväksynyt sanotun videon käyttämisen todisteena.

<sup>208</sup> *S.N. v. Ruotsi* 2002, kohta 49.

<sup>209</sup> *S.N. v. Ruotsi* 2002, kohta 50.

<sup>210</sup> Vrt. *W.S. v. Puola* 2007, kohta 63. EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtaa oli loukattu, kun kansallinen tuomioistuin ei ollut tehnyt mitään sen eteen, että asianomistajan psykologille antama kertomus olisi voitu haastaa.



### 3.4.2 *Bocos-Cuesta v. Alankomaat 2005 ja välillisen todistelun merkitys*

Välillinen näyttö on toisinaan saanut enemmän kuin vähäistä painoarvoa<sup>211</sup>, eikä EIT:n ratkaisukäytännössä ole noudatettu kovinkaan selkeää linjaa siitä, milloin välillinen todistelu voidaan katsoa sellaiseksi, että se tukee syytettä ja samalla kompensoi vastakuulustelu-oikeuden rajoittumista. Välillisellä todistelulla tarkoitetaan sellaista todistelua, joka antaa muu kuin tapahtumien silminnäkijä. Välitöntä on ainoastaan silminnäkijän, joka useissa tapauksissa on yksin uhri, todistelu.<sup>212</sup> KKO on ratkaisussaan 2008:68 viitannut välilliseen todisteluun myös kuulopuhetodisteluna. Kuulopuhetodistelu tarkoittaa sitä, että kuultava kertoo siitä, mitä joku toinen on hänelle sanonut ja todistaa erityisesti siitä, miten tämä toinen henkilö on havainnut asioita<sup>213</sup> ja miten hän näistä on todistajalle kertonut. Välillisen todistelun ei ole juuri koskaan<sup>214</sup> todettu olevan sellaista, että yksin sen perusteella vastaaja olisi tuomittu, joskin välillisen todistelun on ainakin *W.S. v. Puola*<sup>215</sup>-ratkaisussa todettu olevan painoarvoltaan merkittävää. Painoarvoltaan merkittäväksi luokittelu ei kuitenkaan vielä mahdollista syytetyn tuomitsemista merkittävän välillisen todistelun perusteella. Ongelmallista tällaisessa välillisessä todistelussa on se, että tuomioistuimien taikka vastaajien eivät kumpikaan voi tehdä itse havaintoja tapahtumien välittömästä todistajasta ja hänen kertomuksestaan, vaan arvioinnin tulee keskittyä kolmannen henkilön antaman kertomuksen uskottavuuteen siitä, mitä tämä välitön silminnäkijätodistaja on kokenut ja välilliselle todistajalle kertonut.

*Bocos-Cuesta v. Alankomaat*<sup>216</sup>-tapauksessa oli kysymys neljästä eri rikosilmoituksesta, joissa jokaisessa epäiltiin samaa tekijää neljän eri alaikäisen pojan seksuaalisesta hyväksikäytöstä. Uhri A oli tekoaikaan 10-vuotias, uhri B 6 -vuotias, uhri C 9 -vuotias ja uhri D 11 -vuotias. Kaikissa neljässä ilmoituksessa tekijäksi ilmoitettiin tuntematon mies. Uhrin antoivat kukin poliisille itsenäiset ja toisistaan erillään olevat täysin omat kertomuksensa ja kaikki uhrin osoittivat lasin takaa tehdyssä tunnistamisessa samaa tekijää. Uhrien kertomuksia ei äänitetty taikka tallennettu, mutta kertomukset olivat hyvin yhteneväiset. Neljän uhrin itsenäisesti ja erikseen antamat kertomukset koskivat siten

---

<sup>211</sup> Ks. esim. *W.S. v. Puola* 2007, kohta 58. Psykologi E.K:n todistelu oli asiassa ratkaisevaa.

<sup>212</sup> *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 70. "...must be regarded as having been of a *decisive* importance for the court's findings of the applicant's guilt." Kertomuksilla oli *ratkaiseva* valittajan syyllisyyttä osoittava merkitys. Vrt. esim. *P.S. v. Saksa* 2001-ratkaisu, jossa oikeudenkäynti katsottiin EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtien vastaiseksi, kun tuomio perustettiin määrällisesti vain yhteen ratkaisevaan todistuslausumaan.

<sup>213</sup> KKO 2008:68, kohdat 3 ja 4.

<sup>214</sup> Ks. kuitenkin *W.S. v. Puola* 2007, kohta 59. Välillisen todistaja E.K:n lausuma asianomistajan käyttäytymisestä ja lausunnoista oli ratkaiseva syylliseksi toteamisen kannalta.

<sup>215</sup> *W.S. v. Puola*, 19.6.2007.

<sup>216</sup> *Bocos-Cuesta v. Alankomaat*, 10.2.2006.

samaa epäiltyä ja samanlaisia tekoja,<sup>217</sup> joka oli omiaan vahvistamaan kertomusten uskottavuutta. Oikeudessa kuultiin todistajina myös muita kuin silminnäkijöitä<sup>218</sup>, mutta tällaiselle välilliselle uhrien käyttäytymisen muutoksia koskevalle todistelulle EIT ei antanut kovinkaan suurta painoarvoa. Poikkeuksellista tapauksessa on se, että prosessissa saatiin useampi toisiaan tukeva välitön kertomus, jotka kansallinen tuomioistuin arvioi huolellisesti ja joita osittain tuki myös suullisesti annettu muu näyttö. Asianomistajien nuori ikä sekä heidän kuulemisensa itsenäisesti tekivät mielestäni mahdottomaksi sen, että uhrin olisivat keskenään voineet sopia tietynlaisen kertomuksen antamisesta<sup>219</sup> tai että uhrin vanhemmat tai muut tahot olisivat kyenneet vaikuttamaan uhrin kertomuksiin niin merkittävästi, että neljältä hyvin nuorelta lapselta saataisiin samanlainen kertomus. Huolimatta tästä, koska valittaja ei saanut mahdollisuutta seurata asianomistajien kuulusteluita, hänelle ei tarjottu mahdollisuutta esittää asianomistajille kysymyksiä eikä asianomistajien lausumia tallennettu videolle,<sup>220</sup> EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja siten myös 1 kohtaa rikottiin.<sup>221</sup> Hyvin nuorten lasten suojeluintressi siten EIT:n linjauksen mukaan painaa enemmän kuin vastapuolen vaatimus<sup>222</sup> saada heidät kuultavaksi.

Suojeluintressiä on kuitenkin tarpeen tarkastella kriittisesti siltä osin, vaihteleeko se uhrin iän, rikoksen laadun tai muun toistaiseksi määrittelemättömän seikan vuoksi. Ajatukseni perustuu EIT:n, vuonna 2002 antamaan *Scheper v. Alankomaat*<sup>223</sup> -ratkaisuun, jossa valittajan väitettiin syyllistyneen kolmen täysi-ikäisen prostituoidun raiskaukseen ja josta hänet myös kansallisesti tuomittiin. Valittaja myönsi olleensa asianomistajien kanssa seksuaalisessa kanssakäymisessä, mutta raiskauksen hän

---

<sup>217</sup> *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 60.

<sup>218</sup> *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 70. Ainoat silminnäkijät teolle olivat uhrin. Välillistä todistelua antavat todistajat lausuvat muun ohella siitä, miten uhrin lausunnot oli saatu ja siitä, miten uhrin käyttäytyivät tekijää lasin takaa tunnistettaessa.

<sup>219</sup> Ks. KKO 2013:97, jossa välillisten, täysi-ikäisten todistajien kertomusten yhtenäisyyden katsottiin johtuvan osapuolten keskinäisestä keskustelusta sekä asianomistajan kohtaamisen mieleenpainuvuudesta. Vaikka todistajat olivat keskustelleet tapahtumista ennen oikeudenkäyntiä, heidän kertomustensa luotettavuus ei vaarantunut tapauksen ominaispiirteiden vuoksi. Vrt. Vaasan hovioikeus 10766, kohdat 1, 2, 3, 5, 77, 80 ja 82-83 sekä kohdat 101-102. B on kertonut A:n tehneen vuonna 2006 piirustuksia, joissa Jukka Lahdella oli veitsiä ja vasaroita päässään ja A:n kysyneen ”tapahtuuko se pian?” B kertoi, että A oli myös puhunut tuolloin ikkunasta tulevasta murhaajasta ja todennut tässä yhteydessä ääneen numerot 1-1-2. B on kertonut muun muassa kuulleensa veitsen ottamisen, nauhurin naksahduksia sekä äitinsä lapsiinsa kohdistamia uhkauksia, mikäli nämä kertoisivat tapahtumista jotenkin muuten, kuin viittaamalla ulkopuoliseen tekijään. C on surmayönä nukkunut samassa huoneessa B:n kanssa ja B:n tavoin kuullut muun muassa veitsen ottamisen pöydältä sekä erinäisiä liikkumisen ja kolinan ääniä. C on lisäksi kertonut A:n puhuneen joitakin kertoja ikkunasta tulevasta ”rosvosta” tai ”murhaajasta”, joka ”tykkää erityisesti aikuisista miehistä”, ja jolla on hallussaan puukko

<sup>220</sup> *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 71.

<sup>221</sup> Vrt. *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 156. Edesmenneen todistaja S.T:n lausunto toimi EIS 6 artiklan 1 ja 3 d kohtia rikkomatta ratkaisevana todisteena, koska sitä tuki toisen uhrin V.U:n antama kertomus samasta tekijästä ja samanlaisesta loukkauksesta.

<sup>222</sup> Ks. mm. *Scheper v. Alankomaat* 2002, s. 2 ja *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 67 ja

<sup>223</sup> *Scheper v. Alankomaat*, 5.4.2005.

kiisti yhteneväisesti. Tapauksessa yksinomaisena todisteena ei käytetty uhrien kertomuksia<sup>224</sup>, koska asiassa esitettiin muuta välillistä todistelua. Kansallista tuomiota ei perustettu yksinomaisesti uhrien poliisille antamiin kertomuksiin, vaan myös kertomusten perusteella saatuihin vihjeisiin ja niiden myötä tulleisiin lisätietoihin. Sanotut vihjeet koskivat valittajan auton ulkonäköä, merkkiä ja sen rekisterinumeroa sekä valittajan ulkonäköä.<sup>225</sup> Menettelyä ei pidetty EIS 6 artiklan vastaisena. Tapauksen välillisen todistelun merkitystä tarkastellessani ja verratessani sitä vaikkapa vuoden 2009 *A.L. v. Suomi*<sup>226</sup> tai vuoden 2001 *Lucà v. Italia*-ratkaisuun en voi todeta olevani vakuuttunut siitä, että EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtaa koskeva ratkaisukäytäntö olisi välillisen todistelun osalta yhteneväistä, ennalta-arvattavaa tai joidenkin ennalta määriteltyjen kriteerien mukaista. Mielestäni painoarvoa tulisi antaa useamman lapsitodistajan erikseen antamille yhteneväisille kertomuksille. Väitettäni tukee tutkimuksissa tehdyt toteamukset siitä, että valemuistojen luominen ja tarinoiden keksiminen on älyllisesti varsin haastavaa<sup>227</sup> ja että etenkin lasten kohdalla suoranainen valehtelu on hankalammin tunnistettavissa ja selitettävissä kuin aikuisten kohdalla.

*Lucà*-ratkaisussa tekijän tunnistamisen lisäksi todistaja kykeni osoittamaan tämän asuinpaikan sekä kertomaan tekijän hallussa olleiden huumeiden määrän. Mainittu välillinen todistelu ei kuitenkaan ollut riittävää kompensoimaan vastakuulusteluoikeuden puuttumista tai toisaalta tukemaan syytettä riittävästi. *A.L.* -ratkaisussa todisteluna esitettiin tekoaikaan 14 -vuotiaan tytön äidin kertomus, kaksi uhrin videoitua lääkärihaastattelua sekä haastattelut suorittaneen lääkärin suullinen kertomus, kirjallinen lääkärin arvio uhrien kuulemisista, lääkärintodistus uhrin fyysisistä vammoista sekä kuntoutuslaitoksen lausunto, joista äidin kertomus arvioitiin keskinäisessä vertailussa luotettavammaksi, kuin valittajan kertomus.<sup>228</sup> Uhrin haastatteluista EIT totesi, ettei niiden todistusarvoa voi kiistää, mutta myöskään oikeudenkäynti ei ole oikeudenmukainen, kun mahdollisuutta kysymysten esittämiseen ei ollut. On varsin epäselvää, miten *Scheper*-tapauksessa saadut vihjeet valittajan ulkonäöstä ja autosta olivat huomattavasti merkittävämpiä, kuin *Lucà*-tapauksessa saadut samankaltaiset tiedot valittajan ulkonäöstä ja hänen asuinpaikastaan tai miten mainitut vihjeet lopulta painoivat todistusharkinnassa enemmän, kuin *A.L.*-tapauksessa saatu merkittävä määrä välillistä todistelua. Samalla tavalla kyseenalaistan sen, ettei *Bocos-Cuesta*-tapauksessa neljän samankaltaisen kertomuksen katsottu riittävästi osoittavan vastaajan syyllisyyttä

---

<sup>224</sup> *Scheper v. Alankomaat* 2002, s. 8. Ratkaisussa kuitenkin selostetaan hyvin pitkästi uhrien antamia kertomuksia ja niihin viitataan useasti. Tästä voisi saada käsityksen kertomuksille annetusta merkittävästäkin painoarvosta.

<sup>225</sup> Vrt. *Lucà v. Italia* 2001, kohta, kohta 17. Ratkaisussa kansallinen prosessi loukkasi EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtaa. Poissaoleva todistaja tunnisti valittajan, koska hän oli vierailnut tämän luona, osoitti reitin valittajan luo ja kertoi, kuinka paljon huumeita valittajalla on hallussaan.

<sup>226</sup> *A.L. v. Suomi*, 27.1.2009.

<sup>227</sup> Vaasan hovioikeus 10766, kohta 57.

<sup>228</sup> *A.L. v. Suomi* 2009, kohta 7.

huolimatta vastakuulustelu oikeuden puuttumisesta. Vertailuun ottamissani ratkaisussa välillinen todistelu ei ole mielestäni ollut vähemmän merkittävää, kuin Scheper-tapauksessa.

Scheper-ratkaisu on mielenkiintoinen poikkeus tarkastelemini ratkaisuihin ajalta ennen Al-Khawaja-ratkaisua. Al-Khawaja-ratkaisussa vastakuulustelu oikeuden puuttumisen ei heti yksiselitteisesti linjattu rikkovan EIS 6 artiklan 3 d kohtaa yhdessä 1 kohdan kanssa, jos poissaolevan todistajan kertomus katsottiin yksinomaiseksi tai ratkaisevaksi ja käsitykseni mukaan EIT:n joustamaton linja muuttui vasta tämän viimeksi mainitun ratkaisun myötä. Jos Scheper-ratkaisussa olisi noudatettu Al-Khawaja-ratkaisua edeltävää yleistä tiukkaa tulkintalinjaa, olisi käsitykseni mukaan tuomion todettu perustuneen yksin uhrien kertomuksiin, jolloin EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtia olisi loukattu. Vielä kun tarkasteluun otetaan vuonna 2005 annettu Bocos-Cuesta-tapaus, jossa neljän lapsiuhrin itsenäisesti antamat toisiaan tukevat kertomukset katsottiin, välillisestä todistelusta huolimatta<sup>229</sup>, yksinomaisiksi ja menettely siten epäoikeudenmukaiseksi sekä vuonna 2009 annettu A.L.-tapaus, jossa välillistä erittäin merkittävää<sup>230</sup> todistelua oli saatavilla ja jossa menettely jälleen oli epäoikeudenmukaista, on mielestäni hyvin haastavaa tehdä johtopäätöksiä siitä, milloin välillinen todistelu on sellaista, että poissaolevan todistajan kertomus ei olisi enää yksinomainen. Sellaista linjausta ei mielestäni voi tehdä, että lapsen antama kertomus vaatisi automaattisesti enemmän sitä tukevaa välillistä todistelua, kuin aikuisen antama kertomus. Perustan näkemykseni muun muassa siihen, että tieteellistä näyttöä siitä, että varhaislapsuuden traumaattiset kokemukset tietoisesti suljettaisiin pois tai että ne jotenkin sivuuttaisivat varhaislapsuuden muistamattomuuden ei ole.<sup>231</sup> Ulvilan surma -tapauksessa lapsitodistajista nuorin, tapahtuma-aikaan 2-vuotias D oli neljästä lapsesta ensimmäinen, joka kertoi sijaisvanhemmilleen Jukka Lahden surmasta ja tieteellisesti on todettu, että noin kolmivuotiaana, riippuen hyvin yksilöllisestä kehitystasosta, lapsi alkaa muistamaan asioita.

Lopuksi otan esille *A.S. v. Suomi*<sup>232</sup>-tapauksen, jota EIT:kin käsitteli vuonna 2010. Sanotussa ratkaisussa käräjäoikeus totesi, että vastakuulustelu oikeuden puuttumisen vuoksi esitutkintakertomuksesta tehtyä videointia ei saisi käyttää todisteena ja hovioikeus vahvisti, ettei tallennetta toisaalta saisi edes näyttää oikeudessa.<sup>233</sup> Hovioikeus ratkaisi asian siten, että koska valittaja oli kertaalleen pyytänyt tallennetta todisteeksi ja koska asianomistajan esitutkinnassa antama kertomus voitaisiin välillisesti saada pääpiirteittäin hänen äidiltään sekä lastenpsykiatrin

---

<sup>229</sup> Kaikki neljä uhria osoittivat lasin takaa tehdyssä tunnistamisessa samaa tekijää.

<sup>230</sup> *A.L. v. Suomi* 2009, kohta 7. Käräjäoikeus arvioi uhrin äidin kertomuksen luotettavammaksi kuin valittajan kertomuksen. Tästä syystä olen arvioinut tapauksessa saadun välillisen todistelun hyvinkin merkittäväksi.

<sup>231</sup> *Korkman* 2015, s. 200. Ks. myös *Beijer* ym. 2011, s. 93. Pääsääntöisesti tällaiset lojaalisuus kysymykset tulevat esille huoltoriidoissa

<sup>232</sup> *A.S. v. Suomi*, 28.9.2010.

<sup>233</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohdat 16 ja 22.

lausunnoista, esitutkinnassa annettua kertomusta voitaisiin käyttää todisteena.<sup>234</sup> Vastakuulustelu oikeuden puutteessa hylätty todiste siis hyväksyttiin todisteeksi välillisen todistelun sekä valittajan aiemmassa prosessissa antaman suostumuksen perusteella, joka annettiin osittain eri olosuhteissa. Sanottu on linjassa EIT:n vuonna 2010 antaman *Chudy-Sternik v. Puola ja Espanja*<sup>235</sup>-ratkaisun kanssa, jossa EIT totesi kansallisen prosessin oikeudenmukaiseksi, kun tuomiota ei perustettu yksinomaan oikeudessa luettuihin uhrin antamiin lausumiin.<sup>236</sup> Välillisen todistelun olemassaolo teki prosessista hyväksyttävän. Kuten huomata saattaa, EIT:n ratkaisukäytännöstä välillisen todistelun osalta ei ole löydettävissä yleispäteviä linjauksia. Välillisen todistelun painoarvo on tarkastelemisani ratkaisuisa vaihdellut jopa mitättömästi aina siihen, että syyte on voitu todeta toteennäytetyksi tällaisen välillisen todistelun nojalla. Vertailemieni välillisten todisteiden näyttöarvoista en voi tehdä minkäänlaisia johtopäätöksiä siitä, millaista välillistä todistelua syytteen tueksi tulisi esittää, jotta puolustuksen oikeudet olisivat riittävästi kompensoituja.

### 3.4.3 *Kovač v. Kroatia 2007 ja esitutkinnan huolellisuus*

Luotettavan kertomuksen saamisen edellytyksenä on laadukkaasti, johdattelematta ja painostamatta<sup>237</sup> toteutettu kuulustelu, jossa otetaan huomioon kuultavan henkilökohtaiset ominaisuudet, ikä ja kehitystaso. Jos esitutkintakuulustelussa kuultavaa on johdateltu tai hän on kokenut muunlaista painostusta ei saatu kertomus todennäköisesti ole tosiasioita vastaava eikä se siten täytä ”sole or decisive”-säännön tarkoitusta.<sup>238</sup> Tällaista kertomusta ei voida asettaa tuomion perusteeksi, koska syytetyn tuomitsemisen edellytyksenä on, ettei hänen syyllisyydestään jää varteenotettavaa epäilyä. Jos kuulustelu on tehty huolella, on saadulla kertomuksella hyvinkin suurta painoarvoa ja se voi olla jopa ainoa todiste teosta, jota oikeudessa käsitellään. Jos on todennäköistä, että lasta tai muuta todistajaa ei kuulla oikeudessa henkilökohtaisesti on esitutkinnassa annetun kertomuksen videointi tärkeää, jotta tuomioistuimella ja syytetyllä on myöhemmin mahdollisuus arvioida todistajan käyttäytymistä ja kuulustelumenettelyä. Aina esitutkintakertomuksia ei kuitenkaan syystä tai toisesta videoida, jolloin kertomuksen litteroinnin tarkkuus on erityisen

<sup>234</sup> *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 22.

<sup>235</sup> *Chudy-Sternik v. Puola ja Espanja*, 15.1.2013.

<sup>236</sup> *Chudy-Sternik v. Puola ja Espanja* 2010, s. 9.

<sup>237</sup> *Bejler* ym. 2011, s. 101. Ks. myös *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 52. Menettelyä, jolla esitutkintakertomus on saatu, tulla arvioimaan oikeudessa ja sanotulla menettelyllä voi olla merkittävä vaikutus siihen, epäilläkö kertomuksen luotettavuutta ja täsmällisyyttä.

<sup>238</sup> Ulvilan surmana tunnetussa tapauksessa kuullun Anneli Auerin lapsen A:n kertomuksen luotettavuuteen vaikutti merkittävästi se, että Anneli Auer oli samana aamuna 1.12.2006 tavannut A:n sairaalassa ja kertonut ulkopuolisesta tekijästä. Ennen Anneli Auerin tapaamista A oli vakuuttunut siitä, ettei talossa ollut surmayönä muita.

tärkeässä roolissa.<sup>239</sup> EIT on vuonna 2015 Schatschaschwili-ratkaisussa<sup>240</sup> linjannut esitutinnan osaksi EIS 6 artiklan alaista oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin tarkastelua, mutta nähdäkseni erityisestä linjauksesta huolimatta on ollut selvää, että esitutkimamenettely ja konteksti, jossa esitutkimuskertomus on saatu vaikuttaa merkittävästi todisteen myöhempään näyttöarvon harkintaan.

*Kovač v. Kroatia*<sup>241</sup>-ratkaisussa 12-vuotiaan asianomistaja M.V:n kertomusta ei videoitu, mutta siitä tehtiin litterointi, jonka valittaja sai tiedokseen. Valittaja ei halunnut itselleen oikeudellista avustajaa, vaikka häntä tästä mahdollisuudesta informoitiin. Valittaja siis tietoisena oikeudestaan luopui avustajan käyttämisestä. Asianomistaja M.V:n arvioitiin olevan kehitystasoltaan 5-vuotiaan lapsen tasolla, eikä hän osannut lukea tai kirjoittaa. Kuitenkin litterointi, joka asianomistajan haastattelusta oli tehty, oli kirjoitettu varsin formaalisti eikä se voinut mitenkään vastata sanatarkasti sitä, mitä asianomistaja oli kertonut.<sup>242</sup> Asianomistajan kehitystaso huomioiden oli mahdotonta, että asianomistaja olisi kyennyt tuottamaan litteroinnissa esiintyviä lauseita ja sanoja. Litterointi olisi ollut huomattavasti uskottavampi ja vakuuttavampi, jos se olisi kirjoitettu asianomistajan omin sanoin<sup>243</sup> käyttäen hänelle tyypillisiä sanoja ja sanontoja. EIT ei ottanut Kovač-tapausta tutkittavakseen, mutta tapauksen erityispiirteet ja niiden arviointi ovat mielestäni silti tärkeitä tiedostettavia sekä tarkasteltavia seikkoja.

Johdonmukainen, yksityiskohtainen ja todistajan ikäkaudelle tyypillistä kieltä ilmentävän lausunnon<sup>244</sup> näyttöarvo on huomattavasti korkeampi kuin sellaisen litteroinnin, josta on jo yleisen elämäkokemuksen perusteella pääteltävissä, ettei se voi olla antajansa sanoin kirjoitettu. Toinen mielenkiintoinen seikka Kovač- menettelyssä on se, että asianomistaja esiintyi henkilökohtaisesti oikeudessa ja vahvisti edellä mainitun litteroinnin pitävän paikkansa<sup>245</sup> ja jota edelleen kuultiin

---

<sup>239</sup> Ks. esim. KKO 2013:92, kohta 34. ”A on kirjoittanut kertomuksensa esitutkimusta varten vapaaehtoisesti, joskin koulukuraattorin kehotuksesta. Kertomus on johdonmukainen, paikoin yksityiskohtainen ja sisältää nuorelle ominaista kieltä, mikä on omiaan vahvistamaan käsitystä sen totuudenmukaisuudesta.”

<sup>240</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 104.

<sup>241</sup> *Kovač v. Kroatia*, 12.7.2007.

<sup>242</sup> Ks. esitutkimamenettelyn vaikutuksesta esim. *A.S. v. Suomi* 2010, kohta 13. Valittaja pyysi saada esittää asianomistajan videoitun esitutkimuskertomuksen omana todisteenaan. Valittaja katsoi, että kertomus sisälsi absurdeja seikkoja ja että asianomistaja vaikutti lähinnä toistavan aiemmin harjoittelemiensa lauseita.

<sup>243</sup> *Kovač v. Kroatia* 2007, kohta 12.

<sup>244</sup> Ks. esim. KKO 2013:97, kohta 34 ja KKO 2006:107. Käräjäoikeus piti ongelmallisena, että kehitykseltään viivästyneen 9-vuotiaan asianomistajan kertomus oli saatu aikaan ”vähän auttaen” ja että häntä oli johdateltu. Auttaminen oli kuitenkin ymmärrettävää, koska asiasta puhuminen oli lapselle vaikeaa ja tämä näkyi myös videotallenteelta. Tällainen auttaminen ja johdattelu erityistapauksissa voisi siis jossain määrin olla yleisestikin hyväksyttävää.

<sup>245</sup> *Kovač v. Kroatia* 2007, kohta 8. Asianomistajan antaman vahvistuksen jälkeen syyttäjä pyysi kuulla asianomistajaa valittajan poissa ollessa. Valittaja poistettiin salista ja asianomistajan lausunto luettiin hänelle ääneen myöhemmin. Valittajalla ei ollut mahdollisuutta valmistella kysymyksiä etukäteen tätä yllättäen tullutta kuulemistajattellen. Valittajan poissa ollessa asianomistaja kertoi valittajan häneen kohdistamista uhkauksista, joista viimeisin tapahtui oikeudenkäyntiaamuna.

syöttäjän pyynnöstä niin, että valittaja poistettiin ilman ennakkotietoa salista.<sup>246</sup> On mielestäni varsin erikoista, että kehitystasoltaan hyvin nuorta lasta kuullaan henkilökohtaisesti siten, että hän vahvistaa sellaisen litteroinnin pitävän paikkansa, joka ei mitenkään voi olla hänen kertomaansa.

Rikosvastuun toteuttamisen kannalta on hyvinkin huolimatonta, ettei todistajan antamaa kertomusta kirjata täsmällisesti, jos sitä ei jostain syystä tallenneta videolle. Täsmällisyyden vaatimusta toki lieventää se, että yhden seikan totuudenvastaisuus tai väärin kirjaaminen ei välttämättä tee koko kertomuksesta epäluotettavaa<sup>247</sup>, mutta niin räikeät muokkaukset asianomistajan käyttämiin ilmaisuihin, kuin mitä Kovač-tapauksessa kävi ilmi, ovat mielestäni ensinnäkin prosessin oikeudenmukaisuutta rasittavia virheitä ja toiseksi asianomistajan kertomuksen näyttöarvon vältettävissä olevaa alentamista. Kovač -tapauksen kaltaista litteroitua todistetta tuskin tulisi hyväksyä todisteeksi ja asiassa tulisi nähdäkseni järjestää uusi kuulustelu. On selvää, että todistajan henkilökohtaisia ominaisuuksia ja niiden suhdetta annettuun todistuslausumaan tullaan arvioimaan joko välittömästi oikeudessa, videoitujen haastattelujen taikka asiantuntijoiden antamien lausuntojen kautta ja esitutkinnassa tehdyt vakavat virheet voivat tehdä oikeudenkäynnistä peruuttamattomasti epäoikeudenmukaisen.

## 4 Kolmen kohdan testi

### 4.1 Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia 2011

Al-Khawaja-tapaus lienee EIT:n ratkaisukäytäntöä EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtien tulkinnassa eniten muokannut tapaus. Aiemmin hyvinkin joustamaton linja oikeudenmukaisuusarvioinnissa oli oikeuskäytännössä osoittautunut liian haasteelliseksi ja yhteensopimattomaksi erilaisia oikeusjärjestelmiä ja tapausten erityispiirteitä ajatellen. Oikeudenkäynnit olivat johtaneet kummallisiin lopputuloksiin, kun poissaolevan todistajan antama todiste arvioitiin merkittäväksi ja oikeudenkäynti siten epäoikeudenmukaiseksi, ennen kuin tapausta oli kokonaisuudessaan edes tutkittu. Al-Khawaja ja Tahery-tapauksessa oli kysymys kahdesta yhdistetystä tapauksesta ja niiden arvioinnista. Tutkielmassani olen käsitellyt vain Al-Khawaja-tapausta, koska katson, että tutkimuskysymyksiäni kannalta ja toisaalta toiston välttämiseksi Tahery-tapaus ei tuo niin merkittävää

---

<sup>246</sup> *Kovač v. Kroatia* 2007, kohta 8. Näin nuoren lapsen kuuleminen oikeudessa on jokseenkin poikkeuksellista. Kroatian kansallinen laki asian kuitenkin tietyin edellytyksin sallii. Kansallisen lain (Code of Criminal Procedure) 346 artiklassa todetaan, että jos lasta kuullaan henkilökohtaisesti, se voidaan tehdä vain istunnon presidentin läsnä ollessa. Mielestäni sanottu yksinään on osoitus siitä, että alaikäisiä voidaan kuulla henkilökohtaisesti.

<sup>247</sup> Ks. esim. KKO 2013:97, kohta 36. Mielentilan vaihtelut, ajan kulumisen tai tahattomat virheet voivat vaikuttaa kertomukseen. Kertomusta kuitenkin tulee arvioida kokonaisuutena ja jos se yksittäisestä seikasta huolimatta ei mitenkään voi olla antajansa tuotos, on kertomusta arvioitava erittäin harkiten.

lisäarvoa tutkimukseeni, kuin mitä vastaavasti Al-Khawaja tarjoaa. Olen tästä syystä viitannut tapaukseen vain Al-Khawaja-tapauksena, vaikka ratkaisussa käsiteltiin myös Taheryn asia. Al-Khawaja-ratkaisu lienee tutkielmani kannalta merkittävin EIT:n ratkaisu, koska siinä EIT loi kansallisten tuomioistuimien avuksi oikeudenmukaisuuden arvioinnissa kolmeosaisen testirungon.

Al-Khawaja-tapauksessa oli kyse kahteen naiseen, S.T:n ja V.U:n väitetysti kohdistuneesta hyväksikäytöstä heidän ollessaan hypnoosissa lääkärin vastaanotolla. Naisista toinen, S.T., oli tehnyt itsemurhan ennen oikeudenkäyntiä. Myöhemmin selvisi, että S.T. oli ennen itsemurhaansa antanut poliisille lausunnon hyväksikäytöstään sekä kertonut tapahtuneesta kahdelle ystävälleen, B.F:lle ja S.H:lle. S.T:n kuolema aiheutti välttämättä sen, että häntä ei kuulla oikeudessa ja että hänen ainoa todisteensa tuli ottaa vastaan.<sup>248</sup> Poissaolevan todistajan antaman todisteen vastaanottaminen on jo Unterpertinger-ratkaisussa linjattu EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja 1 kohdan mukaiseksi.<sup>249</sup> Mikäli todistetta ei olisi otettu vastaan, olisi syyte todennäköisesti hylätty<sup>250</sup> ja rikosvastuu jäänyt toteutumatta. Todisteen vastaanottaminen ja hyväksyminen ei tarkoita sitä, että tuomio perustettaisiin ratkaisevasti tuohon kyseiseen todisteeseen. Oikeudenmukaisuuden loukkaus tulee arvioitavaksi vasta syytettyä tuomitessa rangaistukseen poissaolevan todistajan antaman kertomuksen perusteella.

Suuren jaoston arvioitavana oli, voitiinko S.T:n lausumaa käyttää ratkaisevana, jos minkäänlaisena todisteena oikeudenkäynnissä, jossa vastakuulustelumahdollisuutta ei luonnollisestikaan ollut ja jossa puolustuksen oikeudet olivat jo lähtökohtaisesti rajatut todistajan poissaolon vuoksi. Lähtökohtana EIT:n tarkastelussa oli oikeuskäytännössä ilmenneet tarpeet ja aiempi linjaus siitä, että poissaolevan todistajan esitutkinnassa antaman kertomuksen käyttäminen todisteena ei yksin riko EIS 6 artiklaa, kunhan puolustuksen oikeuksia on kunnioitettu.<sup>251</sup> Tämän vastapainona on se linjaus, että jos langettava tuomio perustetaan yksinomaan tai ratkaisevilta määrin sellaiseen todisteluun, jonka antajaa vastaajalla ei ole ollut mahdollisuutta kuulustella tai kuulusteluttaa joko esitutkinnan tai oikeudenkäynnin aikana *ovat puolustuksen oikeudet siten rajatut*, että menettely rikkoo EIS 6 artiklaa.<sup>252</sup> S.T:n hyväksytysti vastaanotettu todiste arvioitiin ratkaisevaksi langettavan tuomion kannalta. Aiemman linjauksen mukaan prosessi olisi, syytettyä tuomitessa mainitun todisteen perusteella, todettu EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja siten myös 1 kohdan vastaiseksi. Nyt suuren jaoston käsitys oli kuitenkin se, että lausunnon hyväksyminen todisteeksi ja sen käyttäminen tuomiossa on

---

<sup>248</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 153.

<sup>249</sup> *Unterpertinger v. Itävalta* 1986, kohta 31.

<sup>250</sup> *Tapanila* 2019, s. 304.

<sup>251</sup> *Lucà v. Italia* 2001, kohta 40.

<sup>252</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 90. Ks. myös *Lucà v. Italia* 2001, kohta 40.



vain yksi merkittävä seikka osana oikeudenkäyntiä kokonaisuudessaan, joka tulee tasapainoharkinnassa asettaa puolustuksen oikeuksia kaventavaksi tekijäksi.

Al-Khawaja-ratkaisu lievensi kontradiktorisuuden tarkastelua<sup>253</sup> edellä kuvatuissa tilanteissa. Jos aiemmin vastakuulustelemattoman todisteen käyttäminen ratkaisevasti langettavan tuomion perusteena aiheutti varsin absoluuttisesti koko rikosprosessin epäoikeudenmukaisuuden, totesi suuri jaosto nyt, että jos tuomio on perustettu yksinomaan tai ratkaiseviltä osin sellaisiin todistajanlausuntoihin, joiden antajaa syytetty ei ole voinut kuulustella esitutkinnassa tai prosessin myöhemmässä vaiheessa, *saattavat puolustuksen oikeudet olla niin rajatut*, että menettely rikkoo EIS 6 artiklaa.<sup>254</sup> Vastakuulustelemattoman todisteen käyttäminen ratkaisevasti langettavan tuomion perusteena nyt siis vain saattoi mahdollisesti aiheuttaa koko rikosprosessin epäoikeudenmukaisuuden. Ratkaisu on oikeuskäytännön kannalta merkittävä siitä syystä, että EIT hyväksyi ensimmäistä kertaa ratkaisevaksi näytöksi todisteen, jonka osalta vastakuulustelu-oikeus puuttui. Samassa EIT tuli tehneeksi linjauksen siitä, että vastakuulustelematon todiste syytetyn tuomitsemisessa ei aina johda EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja siten myös 1 kohdan vastaiseen prosessiin.

#### **4.1.1 Kolmen kohdan testin muodostuminen**

Lähtökohdat ”sole or decisive”-säännölle luotiin jo vuoden 1986 Unterpertinger -ratkaisussa. Tapauksessa todisteella oli sellainen yksinomainen tai ratkaiseva näyttöarvo, että ilman kyseistä todistetta vastaajaa ei todennäköisesti olisi tuomittu. Al-Khawajaa edeltänyt oikeuskäytäntö oli omiaan aiheuttamaan sen, että todiste arvioidaan heti yksinomaiseksi tai ratkaisevaksi, jolloin sitä ei saa käyttää todisteena, vaikka tasapainottavia tekijöitä olisikin käsillä.<sup>255</sup> Tällainen ”sole or decisive”-säännön joustamaton tulkinta havaittiin ristiriitaiseksi sellaisen perinteisen kokonaisuusarvioinnin kanssa, jolla EIT aiemmin on oikeudenmukaisuutta lähestynyt.<sup>256</sup> Liian tiukka tulkintatapa tekee lopulta tyhjäksi ”sole or decisive”-säännön tarkoituksen eikä se muutenkaan ole sopusoinnussa sen tavan kanssa, jolla EIT kokonaisuutena tulkitsee oikeudenmukaisuutta. Suuren jaoston arvioitavana olikin uudelleen ”sole or decisive”-sääntö siltä osin, kun sen tulkittiin aina ja automaattisesti johtavan EIS 6 artiklan rikkomiseen. Uuteen tulkintalinjaan kuului nyt vain mahdollisuus EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohdan rikkomiseen, jos tuomio perustettiin ratkaisevasti sellaisen todistajan antamaan kertomukseen, jota syytetty ei tavalla tai toisella ole voinut vastakuulustella.

---

<sup>253</sup> Tapanila 2019, s. 301.

<sup>254</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 119. Kysymyksessä on ”sole or decisive”-sääntö.

<sup>255</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 37.

<sup>256</sup> Ks. *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 106.

Täsmenlääksään ”sole or decisive”-säännön termejä suuri jaosto totesi, että termi ”sole” eli ”yksinomainen” kuvastaa todisteen yksinomaisuutta nimenomaan syytteen puolesta puhuvana todisteena. Termillä viitataan todisteen painoarvoon langettavan tuomion kannalta, ei todisteiden lukumäärään. ”Yksinomainen” on terminä sinänsä helpostikin tulkittava, kun taas ”decisive” eli ”ratkaiseva” vaatinee enemmän tarkennuksia. Suppean tulkinnan mukaan todistelu on määräävää tai ratkaisevaa, jos jutun lopputulos todennäköisesti määräytyy tällaisen todistelun perusteella.<sup>257</sup> Toisaalta asiaa voi tarkastella myös niin, että mitä enemmän jokin todiste saa tuekseen muuta todistelua, sitä vähemmän tätä kyseistä todistetta pidetään merkittävänä tai tärkeänä jutun lopputuloksen kannalta.<sup>258</sup> Todisteen ollessa ”ratkaiseva” kysymys lienee olevan siis todisteen määräävästä asemasta tuomiossa sen olematta kuitenkaan yksinomainen. ”Sole or decisive” on sääntönä vaihtoehtoja tarjoava, joten jos jokin todiste on painoarvoltaan vaikeasti arvioitava ja kuitenkin merkittävä, täyttää se todennäköisesti termin tarkoituksen. Jos on epäilyksenalaista se, onko todiste yksinomainen, se todennäköisesti on vähintäänkin ratkaiseva ja siten myös säännön soveltamisalaan kuuluva.

Ainoastaan arvioimalla todisteen näyttöarvoa ”sole or decisive”-säännön nojalla ei kuitenkaan kyetä toteamaan, onko oikeudenkäynti ollut kokonaisuudessaan oikeudenmukainen. Aivan ensimmäiseksi tuleekin tarkastella sitä, onko sen todistajan, joka todisteen on antanut, poissaololle ollut hyväksyttävä syy.<sup>259</sup> Vastakuulustelu-oikeutta kun ei voi rajoittaa mielivaltaisesti vaan ainoastaan ehdottoman välttämättömissä tilanteissa. Tarve arvioida todistajan poissaolon syitä aivan ensimmäiseksi perustuu oikeuskäytännössä tapahtuneisiin oikeudenmukaisuuden loukkauksiin, joissa todistelu ei ole ollut yksinomaista tai ratkaisevaa tuomion kannalta, mutta jossa todistajan poissaololle ei ole ollut hyväksyttävää syytä.<sup>260</sup> Tällöin muuten hyväksyttävä todiste joudutaan hylkäämään siksi, että myöhemmin selviää, ettei todistajalla ollut hyvää syytä olla saapumatta henkilökohtaisesti tuomioistuimeen. Tarkoituksenmukaisempaa onkin siis kronologisesti selvittää ensin todistajan poissaolon syy<sup>261</sup>, ettei myöhemmin, kun hänen antamaansa todistelua ei todeta yksinomaiseksi tai ratkaisevaksi, tule kysymykseen EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtien rikkominen ja vasta toiseksi selvittää mikä hänen todistajankertomuksensa näyttöarvo on. Arvioidessa poissaolon perusteita ei merkitystä anneta tässä vaiheessa vielä siis lainkaan sille, onko todistajan antama kertomus mahdollisesti

---

<sup>257</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 131. Ks. myös *Kemppinen* 2017, s. 391-392.

<sup>258</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 131.

<sup>259</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 119.

<sup>260</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 120. Ks. esim. ratkaisut *Lüdi v. Sveitsi* 1992 ja *Mild & Virtanen v. Suomi* 2005.

<sup>261</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 120. Hyväksyttävä syy voi olla esimerkiksi pelko, mutta syyn hyväksyttävyyden edellytyksenä on, että syyistä esitetään todistelua ja että riittäviä toimenpiteitä on tehty kuuluttavan saamiseksi paikalle.

yksinomainen tai ratkaiseva tai miten puolustuksen oikeuksia tullaan tasapainottamaan. Todistajan poissaolon arviointi on kolmen kohdan testin ensimmäisenä selvitettävä kysymys ja vasta toisena tarkasteltavana kysymyksenä on todistajan antaman kertomuksen näyttöarvo ”sole or decisive”-testin valossa.

Hyväksyttävä syy todistajan poissaololle on itsestään selvästi todistajan kuolema,<sup>262</sup> myönnetty anonymiteetti, lapsen ikä ja rikosprosessin erityinen luonne. Pelko on myös hyväksyttävä syy poissaololle, joskin pelon tulee olla objektiivisesti ja nimenomaan tuomioistuimen näkökulmasta arvioiden todellista. Tällaista konkreettista pelkoa voi olla esimerkiksi vastaajan tai hänen puolestaan toimivien henkilöiden aiheuttama uhka, kun taas yleinen pelko vaikkapa siitä, mitä tapahtuu, jos todistajankertomus annetaan, ei ole sellaista todellista pelkoa, jonka vuoksi todistaja voisi jättää oikeuteen saapumatta.<sup>263</sup> Todistajan poissaolo on vasta viimesijainen keino, jos henkilökohtaisesta kuulemisesta aiheutuvia haittoja ei voida lieventää muilla prosessuaalisilla keinoilla, kuten esimerkiksi kuulemisella näköesteiden takaa tai kuulemisella anonyymisti. Todistajan poissaolo muissa, kuin laissa täsmällisesti säädettyissä tilanteissa tai hyvin selvissä vakavaa haittaa aiheuttamissa tilanteissa on viimesijaisin keino, jota tulisi käyttää vasta, kun mikään muu kuulemistapa ei ole asianmukainen. Tuomioistuimen velvollisuuksiin kuuluu selvittää mahdollisuudet kuulla todistajaa henkilökohtaisesti sekä tarjota vaihtoehtoisia ratkaisuja ja erityisjärjestelyitä todistajan kuulemiselle. Vasta tällaisten keinojen osoittautuessa käyttökeltottomiksi voidaan todistajan poissaoloa harkita.

Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kokonaisuusarviointiin kuuluu viimeisenä selvitettävänä seikkana se, onko oikeudenkäynti kokonaisuudessaan oikeudenmukainen. Jos todistaja on hyväksytysti pois ja syytetty ollaan tuomitsemassa rangaistukseen ratkaisevasti tämän poissaolevan todistajan antaman kertomuksen perusteella, on lopuksi tarkasteltava sitä, miten todistajan poissaolon syytetyn oikeuksiin aiheuttamat kavennukset on otettu huomioon ja miten niitä on pyritty kompensoimaan. Jos kolmen kohdan testin viimeisessä osiossa, eli tasapainoharkinnassa<sup>264</sup> ilmenee, ettei puolustuksen oikeuksia ole millään tavalla tasapainotettu ei oikeudenkäynti lopulta ole EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja edelleen 1 kohdan mukainen. Näin ollen mikään kolmen kohdan testin yksittäisestä seikasta ei automaattisesti johda oikeudenmukaisuuden loukkaukseen vaan tämä harkinta tehdään vasta aivan viimeiseksi, kun toiselle puolelle asetetaan poissaolevan todistajan

---

<sup>262</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 121. Ks. myös *Doorson v. Alankomaat* 1996. Yleinen etu saattaa vaatia todisteen käyttämistä oikeudenkäynnissä, jos todisteen antaja on ollut tapahtuman ainoa todistaja ja hän on ennen oikeudenkäyntiä kuollut.

<sup>263</sup> *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 122.

<sup>264</sup> *Jämsä* 2016, s. 826.

perusteltu poissaolo ja toiselle puolelle syytetyn kavennettu vastakuulustelu-oikeus ja siihen tehdyt tasapainotukset. Jos tasapainotuksia on kokonaisuuteen nähden riittävästi ei syytetyn tuomitseminen ratkaisevasti poissaolevan todistajan antaman ja vielä vastakuulustelemattoman kertomuksen perusteella riko EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja siten myös 1 kohtaa, eli oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta.

Testin osa-alueet ovat olleet havaittavissa jo aiemmassa ratkaisukäytännössä. EIT:n ratkaisut eivät ole kuitenkaan järjestelmällisesti noudattaneet kolmen kohdan testiä eikä ratkaisuja välttämättä ole tehty nojautuen testiin sellaisessa muodossa, miksi se Al-Khawajassa syntyi. Vasta Al-Khawajan myötä testin kohdat linjattiin ja tunnistettiin ja arviointirunkoa alettiin kutsua kolmen kohdan testiksi. Testin osa-alueiksi linjattiin kolmiportaisesti olemaan ”perustellun syyn edellytys”, ”näyttöosuuspunninta” ja ”kompensointiedellytykset”.<sup>265</sup> Sanotut kolme osa-aluetta muodostavat kolmen kohdan testin. Kolmen kohdan testi on ensimmäinen EIT:n laatima tulkintarunko kansallisten tuomioistuimien avuksi EIS 6 artiklaa tulkitessa ja testi on tarkoitettu käytettäväksi kaikissa oikeusjärjestelmissä. Testiin kuuluu kolme kohtaa, jotka on arvioitava edellä mainitussa järjestyksessä ja jonka viimeiseen osaan kuuluu kokonaisuusharkinta. Mikään yksittäinen seikka ei enää absoluuttisesti tee oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaista.

#### **4.1.2 Aigner 2012 ja Vronchenko 2013 sekä kolmen kohdan testi käytännössä**

Ratkaisussa *Aigner v. Itävalta*<sup>266</sup> oli kyse täysi-ikäiseen naiseen, K:n, kohdistuneesta väitetystä väkivaltaisesta raiskauksen yrityksestä<sup>267</sup>. K oli tavannut valittajan ravintolassa ja mennyt lopulta miehen vuokraamaan huoneeseen, jossa väitetty loukkaus tapahtui. Asiaa kansallisesti tutkiva tuomari kuulusteli asianomistaja K:n valittajan, hänen asiamiehensä, psykiatrian asiantuntija H:n sekä oikeuden pikakirjoittajan läsnä ollessa.<sup>268</sup> Valittajalla ja hänen asiamiehellään oli tuolloin mahdollisuus esittää kysymyksiä asianomistajalle. Kuulustelu videoitiin. Asianomistajaa pyydettiin kahteen otteeseen kuultavaksi oikeuteen, mutta hän käytti kansallisessa oikeudessa säädettyä mahdollisuutta olla saapumatta henkilökohtaisesti kuultavaksi.<sup>269</sup> *Vronchenko v. Viro*<sup>270</sup>-tapauksessa oli puolestaan kysymys valittajan syyllistymisestä 9-vuotiaan tytärpuolensa seksuaaliseen hyväksikäyttöön. E:n videoitu kuulustelu näytettiin oikeudessa, jolloin asianomistajan kuulustelun

---

<sup>265</sup> *Jämsä* 2016, s. 825-826. Kriteereitä kuvataan alkuperäisessä ratkaisussa seuraavasti: ”a good reason for the non-attendance of a witness”, ”the sole or decisive rule” ja ”sufficient counterbalancing factors”.

<sup>266</sup> *Aigner v. Itävalta*, 10.8.2012.

<sup>267</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 16. ”Attempted rape with violence”.

<sup>268</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 8.

<sup>269</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 32.

<sup>270</sup> *Vronchenko v. Viro*, 18.10.2013.

suorittamista ja sen luotettavuutta kyettiin arvioimaan<sup>271</sup>, joskaan kysymyksiä asianomistajalle ei voitu esittää. Molemmissa ratkaisuisa EIT noudatti oikeudenmukaisuusarvioinnissaan vuonna 2011 Al-Khawaja-ratkaisun yhteydessä laadittua kolmen kohdan testiä.

Al-Khawaja-ratkaisussa linjattiin, että ensimmäinen tarkasteltava kysymys on se, onko todistaja hyväksytysti pois oikeudesta.<sup>272</sup> Koska EIS 6 artikla ei itsessään takaa sitä, että todistajaa voitaisiin aina kuulustella henkilökohtaisesti oikeudessa ja koska seksuaalirikokset ovat usein luonteensa puolesta sellaisia, ettei uhrin läsnäoloa edellytetä hänen yksityisyytensä suojaamiseksi<sup>273</sup> ja vielä, koska uhrin uudelleen uhritumista sekä toistuvaa samojen tai samankaltaisten kysymysten esittämistä on vältettävä,<sup>274</sup> oli molemmissa tapauksissa asianomistajan poissaolo hyväksyttävää. Molemmissa tapauksissa kysymys oli seksuaalirikosten erityisestä luonteesta ja siitä erityisestä kärsimyksestä, mitä tekijän kohtaaminen uhrille saattaa aiheuttaa etenkin, jos asianomistajana on pieni lapsi. Kun kolmen kohdan testin ensimmäiseen kohtaan on saatu myöntävä vastaus, ei esitutkinnassa annetun kertomuksen käyttäminen todisteena myöskään riko EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja 1 kohtaa.<sup>275</sup> Todisteen vastaanottaminen hyväksytysti ei vielä automaattisesti kuitenkaan tarkoita sitä, että tuomio voitaisiin ratkaisevasti perustaa tällaiseen todisteeseen.

Kolmen kohdan testin toisen osion, ”sole or decisive”-säännön osalta molemmissa tapauksissa asianomistajien kertomukset olivat ratkaisevia tuomion kannalta. Aigner-tapauksessa puolustuksella oli mahdollisuus kuulustella asianomistaja K:ta hänen antamastaan esitutkintakertomuksesta, mutta vasta oikeudessa vastaanotetusta, K:n luotettavuutta koskevasta todistelusta, puolustus ei voinut asianomistajalta kysyä.<sup>276</sup> Sanotussa todistelussa oi kysymys todistaja P:n oikeudessa antamasta lausumasta siitä, miten asianomistaja K:lla on tapana keksiä tarinoita välttääkseen tulemasta miehensä pahoinpitelemäksi.<sup>277</sup> Valittaja katsoi, että asianomistajan esitutkintatallenteen katsominen oikeudessa olisi ollut omiaan tukemaan todistaja P:n lausumaa sekä mahdollistamaan havaintojen tekemisen asianomistajan lausuntojen ristiriidoista ja epäselvyydestä<sup>278</sup> sekä mahdollisesta

---

<sup>271</sup> *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 65.

<sup>272</sup> Ks. esim. *Aigner v. Itävalta* 2012, 38. Al-Khawajassa tehty linjaus todistajan poissaolon syiden selvittämisestä esikysymyksenä oli käytössä. Tapauksessa EIT totesi, että ”...there must be a good reason for the non-attendance of a witness and that this requirement for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive.”

<sup>273</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 37.

<sup>274</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 32. Uhrin suojelun kannalta on pyrittävä välttämään toistuvien kysymysten aiheuttamaa taakkaa ja ainakin on pyrittävä minimoimaan tällainen kysymysten aiheuttama henkinen kuormitus.

<sup>275</sup> Ks. esim. *Lucà v. Italia*, kohta 40 ja *Isgrò v. Italia* 19.2.1991, kohta 34. Oikeudenkäyntiä edeltävässä vaiheessa saatujen todisteiden käyttö ei itsessään riko EIS 6 artiklan 3 d ja 6 artiklan 1 kohtaa.

<sup>276</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 30.

<sup>277</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 30.

<sup>278</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 30.

epäluotettavuudesta. Valittajan mukaan todistaja P:n lausuma sekä se tosiseikka, että asianomistaja oli entinen alkoholisti, prostituoitu ja tietävästi epäluotettava aiheuttivat sen, ettei hänen kertomuksiaan voisi käyttää todisteena. K:n lausunnot olivat ainoa välitön todiste teosta, mutta hänen luotettavuutensa ei ollut tullut millään tavalla testatuksi<sup>279</sup> ja vastaavasti hänen epäluotettavuutensa puolesta puhuvaa henkilötodistelua oli saatavilla. Vronchenko-tapauksessa taas asianomistaja E:n kertomus oli teosta ainoa välitön ja siten myös ratkaiseva todiste ja kansalliset tuomioistuimet tuomitsivatkin valittajan sanotun kertomuksen perusteella.<sup>280</sup>

Kolmen kohdan testin kolmas ja viimeinen osa-alue koskee tasapainoharkintaa asianomistajan ja puolustuksen oikeuksien välillä, joista jälkimmäiseen on ilman muuta tehty kavennuksia, kun testin ensimmäiseen ja toiseen kohtaan on vastattu myöntävästi. EIT:n arvioitavana oli molemmissa tapauksissa ensinnäkin se, onko syytetyn EIS 6 artiklan takaamat oikeudet riittävästi turvattu ja toiseksi, oliko prosessissa sellaisia tasapainottavia tekijöitä, jotka mahdollistaisivat sen, ettei puolustuksen oikeuksia ollut liiallisesti rajattu. Aigner-tapauksessa EIT katsoi, että puolustuksen olisi tullut olla tietoinen siitä, ettei seksuaalirikoksen uhrin tule vasten tahtoaan todistaa oikeudessa ja että kansallisen tuomioistuimen olisi ollut suotavaa tutustua esitutkintakuulustelusta tehtyyn videoon etukäteen.<sup>281</sup> Todistajan poissaolo ei siten tullut syytetylle yllätyksenä ja ennalta arvaamatta. Puolustuksen oikeuksia ei rajoitettu liiallisesti siitäkään huolimatta, että puolustus ei saanut mahdollisuutta kuulustella asianomistajaa tämän epäluotettavuutta koskevasta, todistaja P:n antamasta, lausumasta.<sup>282</sup> EIT painotti asianomistajan ensimmäisen kuulustelun merkitystä sekä edelleen sitä, että vastaajalle tässä vaiheessa tarjotaan mahdollisuus kysymysten esittämiseen. Hieman kyseenalaista mielestäni kuitenkin on, että asianomistajan lausunnon luotettavuus oli ratkaisevan merkityksellinen syytetyn tuomitsemisessa ja että asianomistajan yleisestä epäluotettavuudesta esitettiin suullista todistelua. Tasapainoharkintaa ajatellen kohtuutonta ei olisi ollut tarjota syytetyille mahdollisuus hyödyntää P:n antamaa todistelua ja sen myötä haastaa asianomistajan kertomus. Al-Khawaja-linjauksen myötä oikeudenkäynti ei kuitenkaan rikkonut EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtaa. Puolustuksella oli riittävät tosiasialliset mahdollisuudet haastaa asianomistajan kertomus ja siten puolustuksen oikeuksia oli tasapainotettu riittävästi.

---

<sup>279</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 40. Muut henkilötodistajat todistivat vain käsityksistään tapahtumista ennen loukkausta ja loukkauksen jälkeen.

<sup>280</sup> *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 59.

<sup>281</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 42.

<sup>282</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohta 43.

Vronchenko-tapauksen osalta EIT piti raskauttavana seikkana sitä, että esitutkintaviranomaisilla jo prosessin alkuvaiheessa tieto siitä, että E:tä ei tulla kuulemaan oikeudessa<sup>283</sup> mutta saadusta tiedosta huolimatta mitään ei tehty sen eteen, että syytetylle olisi esitutkinnassa tarjottu mahdollisuus esittää asianomistajalle kysymyksiä.<sup>284</sup> On totta, että esitutkintaviranomaisten päätettävissä on tutkinnassa tehtävät toimenpiteet ja E:lle kuulemisesta aiheutuvista haitoista oli runsaasti asiantuntijatodistelua. EIT, ottaessaan kantaa kansallisen prosessin sisältöön totesi, että tietoisena siitä, ettei asianomistajaa kuulla oikeudessa olisi ollut välttämätöntä mahdollistaa syytetylle kysymysten esittäminen edes välillisesti.<sup>285</sup> Sallimalla vastaajan esittää asianomistajalle kysymyksiä kontrolloidussa ympäristössä esitutkinnassa, ei todennäköisesti olisi aiheutettu asianomistajalle sen suurempaa vahinkoa, kuin mitä esitutkinnassa muuten oli samankaltaisista kysymyksistä aiheutunut.<sup>286</sup> Esitutkintaviranomaisten laiminlyöntien myötä oikeudenkäynti rikkoi tasapainoharkinnan myötä EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja siten myös 1 kohtaa.

## 4.2 Schatschaschwili v. Saksa 2015

EIS 6 artiklan 1 ja 3 d kohtien arviointiin sovellettavat periaatteet koottiin ja linjattiin Al-Khawajaratkaisun yhteydessä. Al-Khawajan myötä niin kansalliset tuomioistuimet kuin EIT:n on soveltanut kolmen kohdan testiä EIS 6 artiklan 3 d kohtaa ja edelleen myös 1 kohtaa tulkitessaan. Oikeuskäytännöstä on kuitenkin noussut esiin tarve arvioida uudelleen testin kolmen kriteerin keskinäistä suhdetta, niiden tarkastelujärjestystä ja kriteerien sisältöä.<sup>287</sup> Kysymyksiä on noussut esiin erityisesti siitä, tuleeko kaikkia kriteereitä tarkastella aina ja kaikissa tapauksissa, missä järjestyksessä kriteereitä tulee arvioida<sup>288</sup> ja voiko oikeudenkäynti rikkoa EIS 6 artiklan 1 ja 3 d kohtia vain yhden kriteerin nojalla. Kysymyksessä on siis nyt kolmen kohdan testin mahdollinen joustava soveltaminen, testin kohtien itsenäisyys ja kohtien arvioimisen järjestys. Al-Khawajassa pyrittiin pois ”sole or decisive”-säännön joustamattomasta käytöstä, mutta kolmen kohdan testin noudattamista missä järjestyksessä tahansa ja joidenkin kohtien huomiotta jättämisistä suuri jaosto ei tietääkseni tarkoittanut vielä vuonna 2011. Ennen Al-Khawajaa oikeuskäytännön ongelmat nousivat esiin silloin, kun kuulustelemattoman ja poissaolevan todistajan antaman todisteen painoarvon merkittävyys johti välittömästi EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja 1 kohdan loukkaukseen, kun taas nyt haasteet koskivat

---

<sup>283</sup> *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 61.

<sup>284</sup> *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 61.

<sup>285</sup> *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 63.

<sup>286</sup> *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 65.

<sup>287</sup> *Kemppinen* 2017, s. 390.

<sup>288</sup> *Kemppinen* 2017, s. 393. Ks. myös *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohdat 111-118.

lähinnä testin kohtien itsenäisyyttä ja testin suorittamisen järjestystä. ”Sole or decisive”-säännön joustavammasta tulkintamahdollisuudesta huolimatta kansallisissa rikosprosesseissa ongelmallista oli edelleen yhden testin kohdan määräävä asema. Jos määräävä asema oli ennen todisteen ”sole or decisive”-näyttöarvolla oli se nyt siirtynyt todistajan poissaolon syiden arviointiin.

Schatschaschwili-tapauksessa oli kysymys kahdesta ryöstöstä, joihin valittajan väitettiin syyllistyneen. Ensimmäisen ryöstön uhrin L ja I olivat liettualaisia, ja toisen ryöstön uhrin O ja P latvialaisia prostituoituja. O ja P kertoivat ryöstöä seuranneena aamuna tapahtumista naapurilleen ja lähtivät asunnostaan asuakseen väliaikaisesti ystävänsä ja ensimmäisen ryöstön uhrin L:n luona.<sup>289</sup> Sekä poliisi, että tutkintatuomari kuulivat O:ta ja P:tä tapahtumista, jonka jälkeen asianomistajat O ja P palasivat kotimaahansa Latviaan. Valittaja ei ollut kuulemisissa läsnä eikä hän voinut esittää itse tai avustajansa välityksellä kysymyksiä asianomistajille. Saksan tuomioistuin yritti elokuun 2007 ja helmikuun 2008 välisenä aikana saada O:ta ja P:tä kuultavaksi Saksaan ja tässä epäonnistuttuaan päätti, että asianomistajien kertomukset luetaan ääneen oikeudessa.<sup>290</sup> Asianomistajien O:n ja P:n poissaolo oli hyväksyttävä, koska kansallisella tuomioistuimella oli niin merkittäviä ja ylitsepääsemättömiä haasteita, että sen voidaan katsoa tehneen kaikkensa saadakseen asianomistajat kuultaviksi Saksaan.<sup>291</sup> Asianomistajien poissaolo oli hyväksyttävä, koska kansallisella tuomioistuimella ei ollut voimassa olevan oikeuden mukaan enää käytettävissään mitään toimenpiteitä O:n ja P:n saamiseksi oikeudenkäyntiin.<sup>292</sup> Suomessa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 momentti edellyttää myös sitä, että todistajan tavoittamiseksi on tehty asianmukaisia toimenpiteitä ja vasta näiden toimenpiteiden jälkeen on sallittua käyttää todisteena esitutkimusraporttia tai muulla tavalla tallennettua lausumaa.

Testin toisen kohdan osalta voidaan todeta, että O:n ja P:n esitutkinnassa antamat kertomukset olivat ainoa välitön todiste teosta.<sup>293</sup> Suuri jaosto kuvaili asianomistajien kertomuksia ratkaiseviksi ja kansallinen tuomioistuin kuvaili niitä merkittäviksi tai tärkeiksi.<sup>294</sup> Yhteneväisesti asianomistajien antamien kertomusten todettiin täyttävän ”sole or decisive”-säännön tarkoituksen, joka tarkoittaa

---

<sup>289</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohdat 12, 14 ja 18.

<sup>290</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohdat 23-28. Tuomioistuin oli tehnyt kaiken mahdollisen saadakseen O:n ja P:n kuultavaksi Saksaan ja kun tässä ei onnistuttu ei ollut enää perusteltua lykätä oikeudenkäyntiä.

<sup>291</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohdat 135-138. Kansallinen tuomioistuin ei ollut hyväksynyt asianomistajien lääkärintausuntoja riittäviksi oikeuttamaan asianomistajien poissaolon. Kansallinen tuomioistuin oli ehdottanut kummallekin asianomistajalle vaihtoehtoisia keinoja kuulemiseen sekä pyytänyt oikeusapua Latvian viranomaisilta. Ks. myös KKO 2007:101. Todistajan tavoittamisen mahdottomuus sallii tällaisen todistajan esitutkinnassa antaman kertomuksen käyttämisen todisteena.

<sup>292</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohdat 139-140. Ks. myös OK 17:24,2 §. Esitutkimusraportin todisteena käyttämisen yksi edellytys on, että todistaja on asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamattomiin.

<sup>293</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 144.

<sup>294</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 143.



muun ohella sitä, että ilman kysymyksessä olevia todisteita ei syytettyä todennäköisesti voisi tuomita. Testin kolmannen kohdan, eli oikeuksien tasapainottamisen osalta, suuri jaosto kyllä hyväksyi sen, että kansallinen tuomioistuin oli tehnyt kaiken tehtävissä olevan asianomistajien saamiseksi oikeuteen ja oli muutenkin ollut prosessissa tasapuolinen ja huolellinen, mutta tästä huolimatta avaintodistajien kuulustelumahdollisuuden puuttuminen aiheutti oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuden ja EIS 6 artiklan 3 d sekä 1 kohdan rikkomisen. Vaikka asianomistajat olivat palanneet kotimaahansa ja kansallinen tuomioistuin oli tehnyt kaikkensa heidän saamiseen kuultavaksi, oli merkittävin rike se, ettei valittaja ollut läsnä asianomistajia Saksassa kuultaessa. Todistajien poissaolo oli hyväksyttävää, mutta jo asian esitutkimamenettely vaaransi prosessin oikeudenmukaisuuden. Suuri jaosto painotti, samoin kuin *Aigner v. Itävalta*<sup>295</sup>-ratkaisussa esitutkimamenettelyn ja asianomistajan ensimmäisen tai ensimmäisten kuulemisten tärkeyttä ja edelleen sen ehdottomuutta, että esitutkinnassa tarjotaan mahdollisuus vastakuulusteluun, jos on todennäköistä, että todistajaa ei kuulla oikeudessa.

Suuri jaosto tekikin *Schatschaschwili*-ratkaisun yhteydessä laajentavan tulkinnan siitä, miten esitutkinta on osa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja oikeudenmukaisuusharkintaa. Vaikka EIS 6 artikla koskee sananmukaisesti vain oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta, on selvää, että esitutkimamenettely vaikuttaa prosessin kokonaisuuteen ja kuuluu siten EIS 6 artiklan alaisuuteen. Esitutkintavaiheessa saadut todisteet määrittelevät sen kehyksen, jossa tekoa tullaan syytteessä ja edelleen oikeudessa käsittelemään.<sup>296</sup> Esitutkinnan oikeudenmukaisuus, erityisesti syytetyn vähimmäisoikeuksien osalta, tulee tarkasteltavaksi lähes poikkeuksetta silloin, kuin jo esitutkintavaiheessa on tiedossa, ettei todistajaa tulla kuulemaan oikeudessa.<sup>297</sup> Olisikin varsin kummallista, jos näin olennainen osa oikeudenkäyntiä rajattaisiin EIS 6 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle etenkin, kun EIT on painottanut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden harkitsemista kokonaisuutena. Mielestäni edes yleiseen oikeustajuun istuisi rajaus siitä, ettei esitutkimamenettely kuulu oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusharkintaan.

#### **4.2.1 Kolmen kohdan testin selkeyttäminen**

*Al-Khawaja*-ratkaisun jälkeisessä oikeuskäytännössä on sanotusti noussut esiin tarve tehdä kolmen kohdan testistä joustavampi sekä käyttökelpoisempi erilaisia oikeusjärjestelmiä ajatellen.<sup>298</sup> Täysin

---

<sup>295</sup> *Aigner v. Itävalta* 2012, kohdat 42-46.

<sup>296</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 104.

<sup>297</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 104. Ks. myös KKO 2013:97, kohta 7. ”Kertomuksen syntytavalla voi olla keskeinen merkitys kertomuksen näyttöarvon kannalta.”

<sup>298</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 108. Esimerkiksi common law-maat edellyttävät, että tulkinnassa apuna käytettävä arviointimalli on joustava sekä sallii erilaiset lähestymistavat oikeudenmukaisuusarviointiin.

joustamaton tulkinta ei ole sopusoinnussa kokonaisuusarvioinnin ja kokonaisuuden huomioon ottamisen kanssa ja on selvää, että ajan kulumisen ja käsiteltävien asioiden uusien erityispiirteiden ilmeneminen aiheuttavat tarvetta muokata niin tulkintalinjoja, kuin jopa lain säännöksiäkin. Schatschaschwili-ratkaisussa kolmen kohdan testin kohtien arviointijärjestyksen ehdottomuudesta luovuttiin sekä testin osa-alueiden keskinäistä suhdetta tarkasteltiin uudelleen. Tavoitteena oli testin käyttökelpoisuuden ja käyttömahdollisuuksien lisääminen eri jäsenvaltioissa ja erilaisissa tapauksissa sekä parantaa kansallisten tuomioistuimien mahdollisuuksia käyttää kolmen kohdan testiä tulkinta-apuna. Vuoden 2015 tarkennuksissa ja uudelleenlinjauksissa oli tarkoituksena täsmentää erityisesti sitä, tuleeko testin kohdat tutkia aina samassa järjestyksessä vai voisiko järjestyksestä poiketa sekä tuleeko testin muut osa-alueet tutkia, vaikka ensimmäiseen kysymykseen, eli todistajan poissaolon hyväksyttävyyteen saataisiin negatiivinen vastaus. Vielä suuren jaoston tarkennettavana oli, voiko testiä dominoida yksi kohta, vaikkapa todistajan huomattavan perustelematon poissaolo, aiheuttaa sen, ettei oikeudenkäynnistä enää voida mitenkään saada oikeudenmukaista.

Al-Khawaja-ratkaisussa linjattiin, että ensimmäinen tutkittava kysymys on todistajan poissaolon hyväksyttävyyden. Sanottu seikka tuli käsitellä esikysymyksenä ja arvioida se, ennen kuin minkäänlaista painoarvoa annetaan todisteen ”sole or decisive”-näyttöarvolle.<sup>299</sup> Todistajan poissaolon arviointi esikysymyksenä ja sen myötä testin muut kohdat on mahdollista asettaa aikajanelle, jossa testin kolme kohtaa seuraavat toisiaan kronologisesti ja myös vaikuttavat toisiinsa. Tarkoitin ajatuksellani sitä, että tuomioistuimen tulee ensin päättää, onko todistajan poissaolo hyväksyttävää ja tämän seurauksena edelleen päättää otetaanko tällaisen todistajan antama todiste vastaan.<sup>300</sup> Vasta, jos todiste on asianmukaisesti otettu vastaan tuomioistuimella on mahdollisuus päätöksessään arvioida poissaolevan todistajan antaman kertomuksen merkittävyyttä ja sen ”yksinomaista” tai ”ratkaisevaa” painoarvoa.<sup>301</sup> Jos taas todistajan poissaoloa ei hyväksytä ei hänen antamaansa todistettakaan voida ottaa vastaan, eikä myöhemmin arvioida yksinomaiseksi tai ratkaisevaksi. Todisteen painoarvo taas vaikuttaa testin kolmanteen kohtaan eli siihen, millaisia tasapainottavia tekijöitä puolustuksen oikeuksien turvaamiseksi edellytetään, jotta oikeudenkäynti olisi kokonaisuudessaan oikeudenmukainen. Schatschaschwili-ratkaisussa suuren jaoston tarkennuksen kohteena oli nyt erityisesti se, tuleeko testin kaikki kohdat tutkia yhtä suurella huolellisuudella, jos jo alkuun voidaan antaa testin ensimmäiseen tai toiseen kohtaan negatiivinen

---

<sup>299</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 117.

<sup>300</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 117. ””Preliminary”, in that context, may be understood in a temporal sense: the trial court must first decide whether there is a good reason for the absence of the witness and whether, as a consequence, the evidence of the absent witness may be admitted.”

<sup>301</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 117.

vastaus sekä tuleeko testin osa-alueita aina ja kaikissa tapauksissa tarkastella samassa järjestyksessä.<sup>302</sup>

Edellä mainittua taustaa vasten suuri jaosto edellytti, että kaikki kolmen kohdan testit osa-alueet tulee arvioida eikä yhtäkään kohtaa voi täysin sivuuttaa. Kaikki testin kohdat vaikuttavat toisiinsa, eikä oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointi voi toteutua, jos yhtä testin kohtaa ei arvioida ollenkaan. Testin osa-alueet ovat kyllä itsenäisiä, mutta vain yhdessä arvioituna ne palvelevat oikeudenmukaisuuden tarkastelua kokonaisuutena.<sup>303</sup> Testin osa-alueiden keskinäisestä jatkumosta huolimatta, voi niiden itsenäisen luonteen takia tietyissä tapauksissa kuitenkin olla soveliasta suorittaa tarkastelu erilaisessa järjestyksessä.<sup>304</sup> *Mitkus v. Latvia*<sup>305</sup>-ratkaisussa todisteen näyttöarvo arvioitiin ennen todistajan poissaolon tarkastelua ja vaikka ratkaisu annettiin ennen Schatschaschwili-ratkaisua, ei testin kohtien tarkastelujärjestyksestä poikkeamisen katsottu aiheuttavan oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuutta. EIT totesi *Mitkus*-ratkaisussa, että jos suulliseen kuulemisen pääsäännöstä poiketaan, seuraa siitä kaksi pääperiaatetta. Pääperiaatteista ensimmäinen on todisteen näyttöarvon punninta ”sole or decisive”-säännön valossa ja joka *Al-Khawaja*-ratkaisun linjauksia seuraten saattaa aiheuttaa EIS 6 artiklan 3 d ja siten myös 1 kohdan rikkomisen.<sup>306</sup> Vasta toiseksi tarkasteltavaksi pääperiaatteeksi *Mitkus*-ratkaisussa todettiin todistajan poissaolon syiden tutkiminen, joiden ollessa perustelemattomia on mahdollista, että menettely rikkoo oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia.<sup>307</sup> *Mitkus*-tapauksen erityispiirteet, eli toisin sanoen oikeuskäytännöstä ilmenevät tarpeet ja siellä valmiiksi tehdyt poikkeukset, edellyttivät testin kohtien tarkastelua erilaisessa järjestyksessä, jonka vuoksi myös EIT katsoi menettelyn hyväksyttäväksi.

*Mitkus*-ratkaisussa tehdystä poikkeuksesta huolimatta *Al-Khawaja*-ratkaisussa linjattiin todistajan poissaolon syiden tarkastelu aivan ensimmäiseksi käsiteltäväksi asiaksi. Taustalla vaikutti ajatus siitä, että jos todistajan poissaolon syy ei ole perusteltu, aiheuttaa tämä auttamatta koko oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuden. Kavennukset täysimääräiseen vastakuulustelu-oikeuteen ovat sallittuja vain aivan välttämättömissä tilanteissa, eikä todistajan perustelematon poissaolo voisi tällaista välttämättömyyden käsillä oloa aiheuttaa. Todistajan poissaolon arvioiminen ensimmäisenä todettiin

---

<sup>302</sup> Järjestyksellä viitataan *Al-Khawaja*-ratkaisussa vuonna 2011 linjattuun järjestykseen kolmen kohdan testin osa-alueiden tarkastelusta. Ensimmäisenä tulee tutkia, onko todistajan poissaololle riittävän hyvä syy, toiseksi se, onko poissaolevan todistajan antama kertomus yksinomainen tai ratkaiseva ”sole or decisive”-säännön nojalla ja kolmanneksi se, onko puolustuksen oikeuksia tasapainotettu riittävästi.

<sup>303</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 118.

<sup>304</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 118.

<sup>305</sup> *Mitkus v. Latvia*, 2.10.2012.

<sup>306</sup> *Mitkus v. Latvia* 2012, kohta 101.

<sup>307</sup> *Mitkus v. Latvia* 2012, kohta 101.

kuitenkin linjauksena harkitsemattomaksi, eikä se palvellut kokonaisuusarviointia tai oikeuskäytännöstä ilmeneviä tarpeita. Kokonaisuusarvion kannalta tarkoituksenmukaista ei ole, että todistajan poissaolo ja sen mahdollinen hyväksyttävyyys yksin ratkaisee oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden, kuten ei ole sekään, että yksin todisteen painoarvo määrittelee oikeudenmukaisuuden. Tällaiset linjaukset johtavat siihen, että oikeudenkäynti on, yhden seikan vuoksi epäoikeudenmukainen,<sup>308</sup> eikä testin muita kohtia edes tarvitse arvioida. En kuitenkaan allekirjoita sellaista linjausta, että todistajan poissaolosta johtuva kavennus täysimääräiseen vastakuulustelu-oikeuteen olisi yhtä vakava, oli kyseessä sitten todistajan sallittu tai perustelematon poissaolo. Mielestäni vastakuulustelu-oikeuden rajoittamisen tärkeimpiin edellytyksiin kuuluu se, että rajoittaminen tehdään perustellusta syystä.

Jos todistajan poissaolo ei ole perusteltua, tulee se asettaa vain yhdeksi<sup>309</sup>, toisaalta kylläkin toiseksi puolustuksen oikeuksia rajoittavaksi seikaksi tasapainoharkinnassa. Todistajan poissaolo aiheuttaa yhden kavennuksen puolustuksen oikeuksiin ja toinen kavennus syntyy siitä, jos todistaja on täysin perustelemattomasti poissa oikeuden istunnosta. Todistajan poissaolosta aiheutuvaa rajoitusta vastakuulustelu-oikeuteen ei tule laajentaa koskemaan myös todistajan luvatonta poissaoloa. Perustelematonta poissaoloa voisi olla esimerkiksi se, että todistaja tahallisesti katoaa tavoittamattomiin eikä asian ratkaisua ole enää soveliasta viivyttää. Jos todistaja on poissaoleva ja jos hänellä ei ole poissaoloonsa hyväksyttävää syytä on tällaisen poissaolon painettava vaakakupissa enemmän kuin sellainen tilanne, jossa todistaja täysin hyväksytysti jää pois suullisesta käsittelystä ja syytetyn oikeuksia rajoittaa yksin viimeksi mainittu seikka. Vastakuulustelu-oikeuden kaventamisen välttämättömyyedellytyksen kanssa ei ole linjassa menettely, jossa vastakuulustelu-oikeus kaventuu yhtä paljon, oli kyseessä sitten perusteltu syy tai perustelematon syy.

”Sole or decisive”- säännön, eli kolmen kohdan testin toisen kysymyksen osalta suuren jaoston tarkasteltavana oli, tuleeko tasapainoharkinta asianomistajan ja syytetyn oikeuksien välillä tehdä, vaikka poissaolevan todistajan antama kertomus ei olisi tuomion kannalta yksinomaisen tai ratkaiseva. Keskeinen kysymys oli siis se, onko tasapainoharkinnan tekeminen välttämätöntä, jos todisteen näyttöarvo ei täytä ”decisive”-termin tarkoitusta, eli se ei ole siinä määrin ratkaiseva, etteikö syytettyä voisi tuomita sanotusta todisteesta huolimatta. Suuri jaosto ei varsinaisesti vastannut edellä mainittuun kysymykseen vaan sen sijaan totesi, että tasapainoharkinta on suoritettava myös sellaisissa tilanteissa, joissa todisteella on ”merkittävää painoarvoa”<sup>310</sup>, eli toisin sanoen todisteella on tuomion

---

<sup>308</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 111.

<sup>309</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 113.

<sup>310</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta, kohta 116. ”Sole or decisive” ja ”significant weight”.

kannalta ”*significant weight*”- merkitys. Suuri jaosto tuli siis lisänneeksi ”sole or decisive”-testiin lisätermin ”*significant weight*”. Termi viittaa sellaiseen todisteeseen, joka ei välttämättä täytä yksinomaisen tai ratkaisevan todisteen tarkoitusta, mutta joka on kuitenkin langettavan tuomion kannalta merkittävä.

Testin kolmannen osa-alueen osalta suuri jaosto katsoi, että tasapainottavista tekijöistä jopa tärkein saattaa olla kansallisen tuomioistuimen varovaisuus ja huolellisuus. Kansallisen tuomioistuimen aktiivinen rooli syytetyn oikeuksien valvomisessa sekä tietoisuus todisteen laadusta, perustelut sen luotettavuuden puolesta, muun todistelun asianmukainen huomioon ottaminen sekä huomion kiinnittäminen esitutkintamenettelyyn<sup>311</sup> ovat tärkeitä takeita puolustuksen oikeuksien turvaamiseksi.<sup>312</sup> Kansallinen tuomioistuin voi lisäturvan antamiseksi näyttää oikeudessa asianosaisille todistajan videoidun esitutkintakuulustelun tai muun haastattelun, jolloin osapuolet voivat tehdä havaintojaan kuulustelutilanteesta.<sup>313</sup> Muiden todisteiden osalta henkilötodistelu, jonka antaa kolmas osapuoli oikeudessa siitä, mitä poissaoleva todistaja on tapahtumista välittömästi niiden jälkeen kertonut<sup>314</sup>, erilaiset lääkärin- ja muiden asiantuntijoiden lausunnot sekä mahdollisten muiden uhrien samankaltaiset kertomukset ovat omiaan tukemaan poissaolevan todistajan kertomusta ja siten tasapainottamaan puolustuksen oikeuksien kavennuksia. Välillisen todistelun osalta onkin mielenkiintoista seurata, linjaako EIT tietyt välilliset todisteet merkittäviksi ja tietyt taas ei, kun aiemman oikeuskäytännön mukaan välillisen todistelun merkittävyys ei ole juurikaan ollut ennalta-arvattavaa. Schatschaschwili-ratkaisu ei myöskään antanut kysymykseen täsmennystä.

#### **4.2.2 Kolmen kohdan testin käyttökelpoisuus**

EIS 6 artikla on perinteisesti hyvin vaikeasti tulkittava ja sen arviointi onkin jäänyt pitkälti oikeuskäytännön varaan. Moni seikka hakee tulkinnan osalta edelleen muotoaan<sup>315</sup> eikä kolmen kohdan testi vuoden 2015 jälkeen nähdäkseni saanut sellaisia tarkennuksia, jonka myötä sen avulla oikeudenkäynti voitaisiin aina todeta oikeudenmukaiseksi tai epäoikeudenmukaiseksi. EU-oikeuden tulkintavaikutuksista johtuen jäsenvaltioiden kansallisten tuomioistuinten on ratkaisuisaan otettava huomioon EIT:n oikeuskäytäntö, jonka vuoksi olisi suotavaa, että niillä olisi selkeät suuntaviivat siitä, millainen prosessi on EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja siten myös 1 kohdan mukainen. Koska EIT ei ole

---

<sup>311</sup> Ks. esim. *Vronchenko v. Viro* 2013, kohta 61. Vaikka esitutkinnassa kävi ilmi, ettei asianomistajaa tulla kuulemaan oikeudessa, mitään ei tehty vastakuulustelu-oikeuden turvaamiseksi esitutkintavaiheessa.

<sup>312</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 126.

<sup>313</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 127.

<sup>314</sup> Ks. esim. *Al-Khawaja ja Tahery v. Iso-Britannia* 2011, kohta 156.

<sup>315</sup> *Jämsä* 2016, s 823. Erityisesti poissaolevan todistajan antaman kertomuksen käyttäminen langettavan tuomion perusteena.

neljäs valitusaste, joka tutkisi rikosasian sekä oikeudelliselta perusteeltaan, että näytöllisesti<sup>316</sup> olisi tärkeää, että kansallinen tuomioistuin, joka pääsääntöisesti toimii kolmessa asteessa, kykenisi itse ratkaisemaan perus- ja ihmisoikeuksiin kytkeytyvät jutut siten, että ne olisivat linjassa EIT:n ratkaisukäytännön kanssa.

Jos ennen Al-Khawajaa kolmen kohdan testi oli useassa tilanteessa käyttökelvoton tai ainakin kummallisiin tuloksiin johtava, oli se sitä osittain myös Al-Khawajan jälkeenkin. Jos testi aiemmin oli käyttökelvoton sen vuoksi, että yksi seikka saattoi aiheuttaa koko oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuden riippumatta siitä, mitä muita seikkoja osapuolilla olisi esitettävissä tai mitä muita takeita tuomioistuin voisi tarjota puolustuksen oikeuksien turvaamiseksi oli oikeuskäytäntö nyt vailla minkäänlaista absoluuttista edellytystä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle. Jos vastakuulustelu-oikeuden kaventaminen voi olla sallittua vain perustellusta syystä<sup>317</sup> en ymmärrä, miksi perustellun syyn edellytys ei ole mukana oikeudenmukaisuusarvioinnissa. EIS 6 artiklan 3 d kohdassa on nimenomaan kysymys vastakuulustelu-oikeudesta ja on varsin kummallista, että sanotusta oikeudesta voitaisiin poiketa perustelemattomastakin syystä, kunhan oikeuksien tasapainotuksesta huolehditaan. EIT:n ajatuksena ei kuitenkaan ollut asettaa kolmen kohdan testin myötä arvioitavalle oikeudenkäynnille ja sen oikeudenmukaisuudella minkäänlaisia ehdottomia edellytyksiä, jonka vuoksi Schatschaschwili-ratkaisussa luovuttiin kaikista tällaisista ehdottomista oikeudenmukaisuuden edellytyksistä. Schatschaschwili-ratkaisu jättää kuitenkin avoimeksi sen, miten oikeudenkäynti voi olla oikeudenmukainen, jos vastakuulustelua voi kaventaa ilman perusteltua syytä.<sup>318</sup> On haastavaa ajatella mikä voisi olla sellainen tasapainottava tekijä, jonka myötä jopa mielivaltainen todistajan poissaolo ja sen aiheuttamat ongelmat vastakuulusteluun voitaisiin kompensoida.

Toinen seikka, joka Schatschaschwili-ratkaisun myötä jäi epäselväksi tai toisaalta tuli jopa enemmän kyseenalaiseksi, on ”sole or decisive”-säännön nojalla suoritettava näyttöosuuspunninta. Jos mainittujen termien sisältöä on pyritty täsmentämään ennen vuotta 2015, lisättiin Schatschaschwili-ratkaisun myötä sääntöön kolmas termi, ”merkittävän painoarvo”<sup>319</sup>. Termin ”sole” sisältö on hyvinkin selkeä ja ”decisive”-termillekin saatiin käyttökelpoisia tarkennuksia vuoden 2011 Al-Khawaja-ratkaisussa. Pyrkinessään muokkaamaan kolmen kohdan testistä mahdollisimman joustavan suuri jaosto laajensi ”sole or decisive”-säännön koskemaan myös niitä tilanteita, joissa poissaolevan

---

<sup>316</sup> Tapanila 2019, s. 288.

<sup>317</sup> Jämsä 2016, s. 828.

<sup>318</sup> Jämsä 2016, s. 829.

<sup>319</sup> Schatschaschwili v. Saksa 2015, kohta 116.

todistajan todistelulla arvioidaan olevan *merkittävää painoarvoa*<sup>320</sup>. Nähtäväksi jää, onko EIT:n tarkoituksena ollut uuden kategorian lisääminen ”yksinomaisen tai ratkaisevan” rinnalle<sup>321</sup> ja jos näin on, onko kolmen kohdan testiä edellä mainitun osalta jälleen tarkennettava. Uskaltanen jopa väittää, että täysin uuden termin lisääminen arviointikategorioihin aiheuttaa enemmänkin hämmennystä<sup>322</sup>, kuin tarkennusta kolmen kohdan testiin. Esittämästäni kritiikistä huolimatta totean sen, että jos EIT:n tarkoitus oli tehdä testistä joustava, on se uusien linjausten myötä hyvinkin joustava.

Yhteenvedona todettakoon, että kun *Lucà* -ratkaisussa vuonna 2001 linjattiin, että sellaisen todistajankertomuksen, jota puolustus ei ole voinut haastaa, käyttäminen yksinomaan tai ratkaisevasti tuomion perustana *rajaa puolustuksen oikeuksia niin paljon, että menettely rikkoo* vastaajan EIS 6 artiklan 3 d kohdan vastakuulustelu-oikeutta ja siten EIS 6 artiklan 1 kohdan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, katsoi suuri jaosto vuonna 2011 *Al-Khawaja* -ratkaisussa, että edellä mainittu menettely *saattaa rajata puolustuksen oikeuksia niin paljon, että menettely rikkoo* vastakuulustelu-oikeutta ja siten myös oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Linjamuutoksen perusteena oli hylätä *Lucà* -ratkaisun umpimähkäiset<sup>323</sup> ja absoluuttisen tiukat linjaukset. Sanotun vastapainona suuri jaosto totesi, että ennen todisteen näyttöarvon arviointia on ehdottomasti arvioitava se, onko todistaja hyväksytysti pois oikeudesta. Kysymyksessä oli jälleen umpimähkäinen ja joustamaton linjaus.<sup>324</sup> Kun *Schatschaschwili* vuonna 2015 sitten todettiin, että testin mikään kohta ei yksin voi aiheuttaa oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuutta ja että aika ajoin testin kohtia voi arvioida jopa sekalaisessa järjestyksessä<sup>325</sup> lisättiin ”sole or decisive”-sääntöön uusi termi, ”significant weight”, joka jätti täysin avoimeksi sen, onko mikään todiste enää lopulta sellainen, jota ei voi asettaa ”sole or decisive” tai ”significant weight”-kategorioiden alle. Kolmen kohdan testi oli siirtynyt joustamattomasta jopa liian joustavaan ja liikaa harkintavaltaa mahdollistavaan arviointimalliin. Kolmen kohdan testi ei tarjoa enää mitään kiinnekohtaa ja ehdotonta perusedellytystä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle.

## 5 Kansallinen prosessi

---

<sup>320</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 116. ”...whether the evidence in question was the sole or decisive basis but is nevertheless satisfied that it carried significant weight...”

<sup>321</sup> *Kemppinen* 2017, s. 398.

<sup>322</sup> *Tapanila* 2019, s. 312.

<sup>323</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 112.

<sup>324</sup> *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 112.

<sup>325</sup> *Kemppinen* 2017, s. 394. Erityisesti tällainen tilanne on käsillä, kun testin tietty kohta on oikeudenmukaisuuden kannalta erityisen merkittävä. Ks. *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohta 118. Kokonaisarviointia ei palvele se, että testin yksi kriteeri osoittaisi hyvin vahvasti prosessin olevan oikeudenmukainen tai epäoikeudenmukainen.

Ensimmäinen Euroopan ihmisoikeussopimukseen nojautunut ratkaisu Suomessa on vuodelta 1990 koskien maksutonta oikeudenkäyntiä.<sup>326</sup> Vasta 2000-luvulla oikeuslaitos näyttää omaksuneen EIS:n osaksi velvoittavaa sisäistä oikeutta ja ”arkipäiväistä oikeudenkäyttöä”.<sup>327</sup> Lopullinen hyväksyminen lienee tapahtuneen vasta vuoden 2009 ”ne bis in idem”-päätösten kautta.<sup>328</sup> On siis selvää, että kansallisen tuomioistuimen tulee ratkaisussaan ottaa huomioon EIT:n linjaukset sekä muut vaatimukset, joita EIT on EIS:a tulkittessaan asettanut. Esimerkkinä todettakoon, että EIS vaatii tiettyä kattavuutta tuomioistuimen perustelussa, vaikkakaan kaikkiin vastaajan vaatimuksiin ei tarvitse ottaa kantaa. Perustelujen kattavuusvaatimukseen sekä perustelupakkoon on suhtauduttava ”järkevästi”.<sup>329</sup> Kansallinen tuomioistuin on vailla kompetenssia poiketa EIT:n tulkinnoista tulkittessaan tai soveltaessaan EIS:n määräyksiä.<sup>330</sup> Kansallisessa prosessissa tuomioistuimen tulee viran puolesta<sup>331</sup> ottaa huomioon käsittelemänsä jutun mahdolliset kytkökset perus- ja ihmisoikeuksiin ja siten myös EIT:n soveltuvaan ratkaisukäytäntöön. Tuomioistuimen on otettava jutun perusoikeuslottuvuus huomioon, vaikka kukaan ei oikeudessa perus- ja ihmisoikeuksiin edes vetoaisi.

Schatshchashchwili -ratkaisussa vuonna 2015 kolmen kohdan testi kävi läpi viimeisimmän perusteellisen muutoksensa. Kolmen kohdan testin osa-alueet ovat muutoksista huolimatta säilyttäneet jonkinlaiset ydinalueensa. Suomessa kansallinen tuomioistuin on kyllä ottanut EIT:n linjaukset huomioon, joskaan yhtä selkeää kolmen kohdan testin kautta tapahtuvaa tarkastelua ei ainakaan perusteluista ole havaittavissa. Toisaalta, koska tuomioistuin ottaa tai ainakin sen pitäisi ottaa EIT:n ratkaisukäytäntö huomioon ei merkitystä ole sillä, onko kansallisesti ratkaistu asia perusteltu miten tarkasti niin, että kolmen kohdan testi ja sen osa-alueet erityisesti mainitaan ja otetaan huomioon. Tarkastelen kansallista oikeuskäytäntöä kuitenkin tässä tutkielmassa noudattaen kolmen kohdan testin perinteistä tarkastelujärjestystä. Tarkoitukseni on selvittää, onko kansallisesti olemassa selkeitä linjauksia siitä, miten kutakin testin kohtaa sovelletaan.

## **5.1 Esitutkintakertomus ja vastakuulustelu eräissä KKO:n ratkaisuissa**

### **5.1.1 Todistajan poissaolo**

---

<sup>326</sup> Sundström 2011, s. 172. Kysymys on ratkaisusta KKO 1990:12 koskien tiekuljetusta ja oikeudenkäyntimenettelyä määräaikaikoinen.

<sup>327</sup> Sundström 2011, s. 172.

<sup>328</sup> Sundström 2011, s. 172.

<sup>329</sup> Sundström 2011, s. 168.

<sup>330</sup> Sundström 2011, s. 165.

<sup>331</sup> Sundström 2011, s. 166.



Todistajan poissaolon hyväksyttävyydestä sekä esitutkintakertomuksen käyttämisestä todisteena henkilökohtaisen kuulemisen sijaan säädetään oikeudenkäymiskaassa. Esitutkintatallennetta voi lähtökohtaisesti käyttää todisteena suullisen kuulemisen sijaan, jos asianosainen on alle 15-vuotias, mieleltään järkkynyt tai eräisen seksuaalirikosten uhri.<sup>332</sup> Lisäksi alle 15-vuotiasta asianomistajaa voidaan kuulla oikeudessa vain, jos tuomioistuin harkitsee sen soveliaaksi, kuulemisella on keskeistä merkitystä eikä kuuleminen todennäköisesti aiheuta kuultavalle vakavaa haittaa.<sup>333</sup> Kirjallisen kertomuksen käyttökiellosta poikkeaminen puolestaan edellyttää, että sen antajaa ei voida kuulla pääkäsittelyssä tai sen ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta eikä asian ratkaisua tulisi viivyttää.<sup>334</sup> Viimeksi mainittu poikkeusperuste tulisi sovellettavaksi lähinnä silloin, kun poissaolevan todistajan esitutkintakertomus on saatavilla ja todistajaa on yritetty aktiivisesti tavoittaa.<sup>335</sup> Taustalla on pyrkimys saada oikeudenkäynnistä joutuisampi<sup>336</sup> siten, että todistajan tulokseton tavoittelemisen verrattuna hänen antamansa esitutkinnan merkittävyyteen tai sen luotettavuuteen aiheuttaisi vain enemmän haittaa oikeudenkäynnille ja sen osapuolille. Oikeudenkäymiskaari ja kansallinen lainsäädäntö sallii todistajan poissaolon henkilöön ja rikoksen laatuun liittyvistä syistä sekä myös tosiasiallisista esteistä ja vaikeuksista johtuen.

Henkilöön liittyvistä syistä hankalampia lienee tilanteet, joissa todistaja on oikeudenkäynnin alkaessa lähellä 15 ikävuotta tai että hän oikeusprosessin aikana täyttää 15-vuotta. Korkein oikeus käsitteli asiaa ratkaisussa KKO 2008:84, jossa toinen lapsen seksuaalisen hyväksikäytön asianomistajista täytti 15-vuotta suullista todistelua vastaanottaessa. Korkein oikeus linjasi, että ikärajan osalta ratkaisevaa on se, onko todistaja täyttänyt 15 vuotta silloin, kun suullista henkilötodistelua otetaan oikeudessa vastaan.<sup>337</sup> Jos todistaja on suullisen todistelun vastaanottamisen hetkellä 15-vuotias, on lain mukaan arvioitava sekä hänen henkilökohtainen kuulemisensa että hänen esitutkintakertomuksensa käyttäminen todisteena. Jos todistaja on suullista todistelua vastaanottaessa ehtinyt täyttää 15 vuotta, ei hänen kuulemisensa todistajana ole enää oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 27 §:n 1 momentin mukaan tuomioistuimen harkinnassa, eikä esitutkintakertomuksen käyttäminen todisteena ole enää mahdollista kaikissa rikosprosesseissa<sup>338</sup>.

---

<sup>332</sup> OK 17:24 §.

<sup>333</sup> OK 17:27§.

<sup>334</sup> OK 17:24,2 §. Kysymyksessä on 1.1.2016 voimaan tulleen oikeudenkäymiskaaren muutos, jossa esitutkintakertomuksen hyödyntämismahdollisuus laajennettiin koskemaan myös tilanteita, joissa lausuman antajaa ei tavoiteta eikä asian ratkaisua tulisi enää viivyttää.

<sup>335</sup> KKO 2018:54, kohta 15. Ks. myös HE 46/2014 vp, s. 53.

<sup>336</sup> HE 46/2014 vp, s. 83-84.

<sup>337</sup> KKO 2008:84, kohta 2.

<sup>338</sup> KKO 2008:84, kohdat 7 ja 13. Asia palautettiin käräjäoikeuteen, koska syytteen ratkaiseminen olisi edellyttänyt suullisen todistelun vastaanottohetkellä 15-vuotiaan B:n henkilökohtaista kuulemistä. Riippumatta siis siitä, minkä

Mikä korkeimman oikeuden arviosta tekee hämmentävää se, että oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 3 momentin 3) kohdan mukaan rikoslain 20 luvun 6 §:ssä tarkoitetun seksuaalirikoksen asianomistaja, joka ei halua tulla kuulluksi on peruste käyttää todisteena hänen esitutkinnassa antamaansa kertomusta edellyttäen, että vastakuulustelu-oikeus on turvattu.

Korkein oikeus ei ratkaisussa KKO 2008:84 hyväksynyt 15-vuotta täyttäneet asianomistaja B:n esitutkintakertomusta todisteeksi ja katsoi, että asianomistajaa tuli kuulla oikeudessa ja että hänen poissaolonsa ei ollut hyväksyttävää. Ratkaisun perusteluista ilmenee, että B ei ollut hovioikeuden pääkäsittelyssä kieltäytynyt lausumasta asiasta, joka aiheutti sen, että häntä oli voitu kuulustella oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 momentin tarkoittamalla tavalla, joka taas johti siihen, että kirjallisen kertomuksen käyttökiellosta ei voitu poiketa. Jos asianomistaja B olisi välittömästi täytettyään 15-vuotta kieltäytynyt todistamasta oikeudessa vedoten oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 3 momentin 2) tai 3) kohtaan olisi arvioitavaksi tullut edelleen se, että esitutkintakertomuksen käyttäminen sanotuissa tilanteissa todisteena edellyttää oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 3 momentin mukaan sitä, että syytetylle on varattu mahdollisuus esittää kuultavalle kysymyksiä. Syytetylle oli kuitenkin tarjottu mahdollisuus kysymysten esittämiseen esitutkinnassa, jolloin asianomistaja B oli 13-vuotias eikä lain tarkoittamalla tavalla 15–17-vuotias. Korkein oikeus totesi, että arvioinnissa merkitystä ei ole sillä, että syytetty on voinut esitutkinnassa esittää kysymyksiä alle 15-vuotiaalle B:lle.<sup>339</sup> Korkein oikeus ratkaisi asian täsmällisesti lain kirjaimen mukaan eikä se tehnyt minkäänlaista tapauskohtaista harkintaa. Perusteluiden monimutkaisuudesta huolimatta on vaikea todeta, etteikö korkein oikeus olisi ratkaissut asiaa oikein, kun se noudatti tarkasti sitä, mitä laki asiasta määrää. Tapauskohtainen harkinta kuitenkin vaikuttaisi olevan perusteltua tietyissä erityistapauksissa.

Lain säännösten lisäksi todistajan poissaolo voi olla sallittua tosiasiallisista esteistä johtuen. Tavallisimpia tosiasiallisia esteitä ovat todistajan kuolema, katoaminen tavoittamattomiin, vakava sairaus tai myönnetty anonymiteetti. Useimmiten sanotut tosiasialliset esteet koskevat täysi-ikäisiä todistajia ja asianomistajia, koska alle 15-vuotiaat voivat verrattain helposti vedota lain säännöksiin poissaolonsa tueksi sen sijaan, että vedottaisiin pelkästään tosiasiallisiin esteisiin. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 momentissa turvataan esitutkintakertomuksen käyttämisen mahdollisuus todisteena, jos todistajaa ei ole kuultu pääkäsittelyssä tai sen ulkopuolella, häntä ei ole mahdollista tavoittaa eikä asian ratkaisua ei tulisi enää viivyttää. Erityisesti ratkaisun viivyttämiseen

---

ikäinen todistaja on esitutkintakertomusta antaessaan ollut, tulee hänen todistaa oikeudessa välittömästi ja suullisesti, jos hän sinä hetkenä, kun tällainen todistelu otetaan vastaan, on täyttänyt 15 vuotta.

<sup>339</sup> KKO 2008:84, kohta 7.

vetoaminen on perusteltua tilanteissa, joissa on riski siitä, että asianomistaja ehtii prosessin viivästyessä täyttää 15-vuotta, jolloin on todennäköistä, että häntä tullaan kuulemaan. Samalla tavalla uhrin suojeleminen ja uudelleen uhriutumisen estäminen eivät ole linjassa sellaisen menettelyn kanssa, jossa tarkoituksettoman pitkään tehdään toimenpiteitä tietyn todistajan saamiseksi oikeuteen, jos hänen esitutkintakertomuksensa olisi kuitenkin saatavilla. En kuitenkaan väitä, etteikö todistajan tavoittamiseksi tulisi aktiivisesti tehdä kaikkia tarkoituksenmukaisia ja kokonaisuutta palvelevia toimenpiteitä<sup>340</sup>, mutta täysin mahdottomia suorituksia ei todistajan tavoittamiseksi voi edellyttää. Uhrin oikeuksia todistajan ollessa tavoittamattomissa turvaa kuitenkin lopulta oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n harkintavalta, joka tuomioistuimelle on annettu siinä tapauksessa, että asianosainen ilman hyväksyttävää syytä jättää saapumatta oikeuteen tai noudattaa muita kehotuksia.<sup>341</sup>

### **5.1.2 ”Yksinomainen”, ”ratkaiseva” vai ”merkittävä”**

EIS 6 artikla, kuten ei myöskään oikeudenkäymiskaari, ehdottomasti kiellä esitutkintakertomuksen käyttämistä todisteena eikä se myöskään takaa mahdollisuutta kuulustella todistajaa henkilökohtaisesti. Esitutkintakertomuksen käyttökiellon poissulkemisen edellytyksenä on muun ohella se, että syytetyille on annettu mahdollisuus esittää kysymyksiä asianomistajalle joko henkilökohtaisesti tai välillisesti, esimerkiksi avustajansa tai kuulustelijan välityksellä. Ratkaisussaan 2007:101 korkein oikeus on todennut, Vaasan hovioikeuden 13.2.2007 antamaan tuomioon viitaten, että keskeistä sanotussa tilanteessa on se, mikä on todisteen asema jutun näytön ja ratkaisun kannalta<sup>342</sup> sekä, että syytetyillä on ehdoton oikeus kuulustella kirjallisen todistajankertomuksen antanutta todistajaa, jonka kertomus muodostaa asiassa ainoan tai ratkaisevan näytön.<sup>343</sup> Kysymys on siis todisteen ”sole or decisive” – sekä vuoden 2015 Schatschaschwili-ratkaisun jälkeen myös ”significant weight”, mukaisesta painoarvosta. Jos todisteen arvioidaan soveltuvan sanottujen termien alle, on vastakuulustelu-oikeus ehdoton edellytys oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille. Todistajan vastakuulustelun osalta merkittävää on se, että kysymysten esittämiseen on ollut tosiasiallinen mahdollisuus.

Todisteen painoarvon tarkastelussa korkein oikeus on arvioinut todisteen merkitystä siitä lähtökohdasta, mikä kertomuksesta tekee uskottavan ja perustellut kertomuksien arviointia todistajanpsykologisilla näkökulmilla. Vaikka EIT:n tehtävä ei ole arvioida kansallista menettelyä

---

<sup>340</sup> KKO 2007:101, kohta 4. Ks. myös *Schatschaschwili v. Saksa* 2015, kohdat 23-28.

<sup>341</sup> OK 17:6 §. Tuomioistuin saa käyttää harkintaansa asianosaisen vahingoksi vain siinä määrin, kun harkinta ei loukkaa hänen oikeuttaan olla myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen.

<sup>342</sup> KKO 2007:101, ”Vaasan hovioikeuden tuomiosta.”

<sup>343</sup> KKO 2007:101.

taikka todistelumenettelyä on sen mielestäni haasteellista todeta oikeudenkäynnin rikkovan EIS 6 artiklan 3 d ja 1 kohtia, jos se ei tarkastele todisteen sisältöä ”sole or decisive”-säännön, lisättyä ”significant weight”-termillä, nojalla. Tästä syystä kansallisen tuomioistuimen huolellinen näyttöarvon punninta on tärkeää oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta sekä mahdollisesti myöhempää EIT:n tarkastelua ajatellen. EIT:n tehtävä ei ole tarkastella kansallista todisteiden vastaanottamista, mutta jos kansallinen tuomioistuin ei ole suorittanut huolellista harkintaa poissaolevan todistajan antaman todisteen osalta, ei myöskään EIT voi, ainakaan vaikeuksitta, todeta oikeudenkäynnin olevan joko EIS 6 artiklan 3 d kohdan ja siten myös 1 vastainen taikka sanottujen kohtien mukainen. Sanottu vaatii välttämättä todisteen painoarvon ja sisällön tarkastelua sekä siten sen tehtävistä poikkeamista eli kansallisen lain sisällön ja kansallisen menettelyn tarkastelua.

Todistajankertomuksen luotettavuuden arviointi liittyy yleisesti todistusharkintaan ja todisteiden arviointiin.<sup>344</sup> Todistusharkinnassa tuomari arvioi, mikä hänen käsityksensä mukaan on totta ja onko esitetty näyttö riittävää.<sup>345</sup> Jotta esitutkintakertomusta voitaisiin käyttää tuomion perustana, on sen oltava sekä sisällöllisesti uskottavaa että muutoinkin riittävää. Arvioidessa todistajan kertomusta luotettavuudella viitataan kertomuksen tarkkuuteen ja kertomuksen uskottavuudella taas todistajalausunnon havaittuun uskottavuuteen.<sup>346</sup> Kun laista ei ole löydettävissä täsmällistä määritelmää uskottavuudelle perustuu sen arviointi lähinnä oikeuskäytännön esimerkkeihin. Oikeuskäytännön esimerkeistä on huomattavissa, että kertomuksen luotettavuutta lisää se, että huomioon otetaan todisteen antajan suuret yksilölliset vaihtelut sekä lasten osalta ikäkaudelle ominaiset piirteet.<sup>347</sup> Uskottavan kertomuksesta tekee todistajan ikään sopivien termien ja jopa spontaanien yksittäisten seikkojen kertominen<sup>348</sup>, koska tällaiset ikään sopimattomat sanat voivat antaa viitteitä siitä, että todistajan kertoma on totta.<sup>349</sup> Todisteen näyttöarvo kasvaa, kun kertomus on

---

<sup>344</sup> Jokela 2018, s. 658. Todisteiden arviointi voidaan jakaa todisteiden näyttöarvon punnintaa koskevaan todistusharkintaan sekä näytön riittävyttä ja todistustaakan jakautumista koskevaan päätöksentekoon

<sup>345</sup> Jokela 2018, s. 658.

<sup>346</sup> Väisänen 2013, s. 74.

<sup>347</sup> KKO 2013:97, kohta 7. Esimerkiksi seksuaalirikoksen uhriksi joutuminen on usein niin traumaattinen kokemus, että se muistetaan varsin hyvin, vaikka muistot ajan myötä heikkenisivät ja muuttuisivatkin. Ks. myös KKO 2013:97, kohdat 35-36. Kertomuksen ajoittaisesta muuttumisesta huolimatta yksityiskohtainen ja uskottava kertomus voitiin selittää esimerkiksi mielentilan vaihteluilla, kertomuksen tarkoituksella taikka ajan kulumisen vaikutuksella muistiin. Teini-ikäisten kohdalla kertomuksen ongelmat eivät liity niinkään muistamiseen tai hahmottamiseen vaan pikemminkin sen traumaattisuuteen.

<sup>348</sup> KKO 2014:48, kohta 49: ”Syönyt isän pippeliä”, ”isä oli koskenut peppuun ja työntänyt kakan pois”, ”pippeli oli herkkua, ihana”.

<sup>349</sup> KKO 2014:48, kohdat 49-50. ja käypä hoito -suositus 2013, s. 5. Lapsen käyttämät termit olivat osittain tarkkoja kuvauksia käytetyistä ruumiinosista sekä lapsen omista tuntemuksista. Vaikka yksittäisten sanojen käyttö ei sinänsä anna aiheita epäillä seksuaalista hyväksikäyttöä, on lapsen ikään sopimaton seksuaalinen tieto peruste epäillä, että seksuaalista hyväksikäyttöä on tapahtunut. Asianomistaja B on kertonut asioista omalle ikätasolleen ominaisella tavalla lyhyesti eikä yksinomaan kertomuksen pituus tai kertomistapa osoita kertomuksen epäluotettavuutta

sopiva sen antajan iälle ja kehitystasolle<sup>350</sup> ja vastaavasti laskee, jos todisteesta on pääteltävissä, että kertomus on opeteltu tai se sisältää muuten sen antajalle epätyypillisiä sanoja tai lauseita.<sup>351</sup> Edellä kerrotun lisäksi on huomioitava vielä se, että vaikutelma siitä, että todistajan kertomus on itsekoettu ja siten todenmukainen ei ole yhteydessä siihen, pohjautuuko kertomus tositahtumiin.<sup>352</sup> Mahdollista on esimerkiksi se, että todistajalle syntyy valemuisia<sup>353</sup> tapahtumista.

Vastoin ehkä yleistä ymmärrystä, oikeuspsykologisen tiedon valossa vaikuttaa siltä, että vaikka kertomus vaikuttaisi itsekoetulta tai itse-tehdyltä ja siten myös todenmukaiselta, on se usein virheellinen.<sup>354</sup> Vallitsevan oikeuspsykologisen käsityksen mukaan henkilötodistelun luotettavuutta ei voida juurikaan perustaa henkilön puhetavasta, ilmeistä ja eleistä taikka tunnereaktiosta oikeudenkäynnissä tehtävien havaintojen ja vaikutelmien varaan<sup>355</sup> vaan suurempi merkitys on kertomuksella itsessään, kuten sen johdonmukaisuudella, realistisuudella ja muuttumattomuudella sekä yksityiskohtaisuudella<sup>356</sup> ja sijoittumisella aikaan ja paikkaan.<sup>357</sup> Kertomuksen luotettavuutta lisääväksi tekijäksi on todettu myös itselle epäedullisten seikkojen kertominen.<sup>358</sup> Itseäni yllätti tutkimusten tulos siitä, ettei itsekoetulta vaikuttava kertomus tai kertojan tunnereaktiot ole juurikaan yhteydessä siihen, kuinka luotettavana kertomusta voidaan pitää.<sup>359</sup> Yleisen elämäkokemuksen perusteella voisi ajatella, että ihmisen kertoessa järkyttävistä tapahtumista hänen reaktionsa ilmentävä

---

<sup>350</sup> *Davies* ym. 2011, s. 104. Iän myötä lasten kielellinen ilmaisu luonnollisesti kehittyy, samoin kuin ymmärrys erilaisista tapahtumista sekä kyky vastata kysymyksiin ja taito tunnistaa johdattelua. On kuitenkin otettava huomioon eri ikäisten lasten kertomuksia arvioitaessa, että lapset kehittyvät eri tahtiin eivätkä lapsen ikä ja kehitys kulje kronologisesti yhdessä. Ks. myös *Korkman* 2015, s. 200 ja 201. Kolmevuotiaana lapsen elämään kuuluu kuitenkin olennaisena osana leikki ja fantasia, jotka voivat joskus sekoittaa todellisuuteen. Kuitenkin 2-3 -vuotiaalla lapsella alkaa esiintyä spontaania tarinoiden kertomista ja hänelle kehittyy kyky muodostaa pysyviä mielikuvia ympäristön asioista ja tapahtumista. Varhaislapsuuden tapahtumista, eli asioista, jotka ovat tapahtuneet ennen puhumaan oppimista, ei uutta tietoa voi kuitenkaan saada lapselta johdattelevallakaan kuulustelulla

<sup>351</sup> *Kovač v. Kroatia* 2007, kohta 12. Kehitystasoltaan 5-vuotiaan asianomistajan kertomuksen litterointi oli kieleltään sellaista, ettei se mitenkään voinut olla asianomistajan omaa kerrontaa.

<sup>352</sup> KKO 2013:97, kohta 43.

<sup>353</sup> Ulvilan surma -nimisessä tapauksessa pidettiin mahdollisena, että lapsitodistaja A:lle oli Anneli Auerin johdattelun kautta syntynyt valemuiso ulkopuolisesta tekijästä. Psykologian tohtori KF on esittänyt näkemyksensä sen, ettei Auerilla olisi ollut mahdollisuutta hätäkeskuspuhelun aikana luoda valemuisoa A:lle ja että A on puhunut tekijästä varsin todellisena olentona. KF ei todistaessaan ollut tietoinen, että A oli ennen ensimmäistä kuulemistä tavannut Auerin sairaalassa. Oikeus- ja kriminaalipsykologian dosentti JH on esittänyt käsityksensä, että A:n havainto ulkopuolisesta tekijästä on valemuiso, sillä huomio traumaattisessa kokemuksessa kiinnittyy uhkaavampiin tekijöihin, kuten ulkopuoliseen tekijään. JH ei pidä uskottavana sitä, ettei A olisi nähnyt ulkopuolista tekijää takahuoneessa ennen tämän poistumista. Ks. esim. *Niskakangas* ym. 2017, s. 877. Valemuisot ovat esimerkiksi johdattelun kautta syntyviä vääriä muistikuvia tapahtumista, jolloin todelliset tapahtumat ja kuvitelmat sekoittuvat.

<sup>354</sup> KKO 2019:54 kohta 39.

<sup>355</sup> KKO 2013:96, kohta 8.

<sup>356</sup> KKO 2013:96, kohta 8. Vrt. Käypä hoito -suositus 2013, s. 12. Lasten osalta on jopa todettu, että pitkiä, yksityiskohtaisia kertomuksia kertovat lapset saattavat sisällyttää kertomukseensa enemmän vääriä yksityiskohtia kuin sellaiset lapset, jotka kertovat asioista niukemmin

<sup>357</sup> *Hirvelä* 2006, s. 504.

<sup>358</sup> *Hirvelä* 2006, s. 504.

<sup>359</sup> Käypä hoito -suositus 2013, s. 6.

tapahtumien traumaattisuutta ja vastaavasti, jos kysymys on iloisesta asiasta ei kertojan eleistä tai ilmeistä ole havaittavissa negatiivisia tunteita.

Vastoin omaa ajatustani on kuitenkin tutkimusten valossa täysin mahdollista, etteivät kertojan tunteet ja eleet anna ollenkaan viitteitä siitä, onko kertomus itsekoettu tai vastaavasti kertojan elehdintä voi olla täysin päinvastaista, kuin mitä normaalisti voisi olettaa. Näkemystä siitä, etteivät tunteet aina vastaa sitä, mitä voisi olettaa olevan totta, tukee Vaasan hovioikeuden Ulvilan surma<sup>360</sup> -tapauksessa toteama siitä, että Auerin puhe ja käytös hätäkeskuspuhelun aikana sekä sairaalassa 1.12.2006 on voinut vaikuttaa siihen, millä tavalla 9-vuotias A on itsenäisesti ja omien havaintojensa perusteella kyennyt muodostamaan käsityksensä niistä tapahtumista, joiden seurauksena Jukka Lahti on maannut verissään lattialla sekä arvioimaan kyseisessä tilanteessa, kuka Lahteen on kohdistanut väkivaltaa ja onko talossa ollut ulkopuolisia henkilöitä.<sup>361</sup> Esimerkillä tarkoitan sitä, että Anneli Auer on mahdollisesti vaikuttanut A:n mielikuviin niin, että hän ei ole enää kyennyt erottamaan sitä, mitä hän aluksi tapahtumista muisti. Näin ollen toisen henkilön vahva vaikutus ja toisen osapuolen alttius vaikutuksille voivat aiheuttaa sen, että osapuolen alkuperäinen kertomus ja autenttiset tunteet muuttuvat sellaisiksi, mitä tämä vahvempi osapuoli on hänelle kertonut tai ilmaissut. Jos A ei olisi ennen ensimmäistä kuulusteluaan tavannut äitiään Anneli Aueria on mahdollista, että A olisi kertonut asioista täysin eri tavalla.

Käsitykseni on ollut se, että mitä yksityiskohtaisempi kertomus on, sitä luotettavampana kertomusta voidaan pitää ja on vaikea uskoa, että etenkin lasten kohdalla tunnereaktiot olisivat niin harhaanjohtavia todellisuuteen verrattuna, että kertomuksen luotettavuus kärsisi ja sen painoarvo laskisi. Anneli Auerin tapauksessa lapsitodistaja B on, ollessaan jo sijoitettuna, tuonut sijaisvanhemmilleen ilmi käsityksensä siitä, että Auer ja todistaja A olisivat yhdessä surmanneet Jukka Lahden ja muutenkin kertonut tapahtuneesta vapautuneemmin ja tarkemmin,<sup>362</sup> kuin mitä välittömästi tapahtumien jälkeen. Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin lasten ja nuorten

---

<sup>360</sup> Koko Suomelle tutuksi tullessa Anneli Auerin tapauksessa, joka toisaalta tunnetaan myös nimellä Ulvilan murhamysteeri, oli kyse siitä, oliko Anneli Auer murhannut aviomiehensä Jukka Lahden vai oliko taloon tunkeutunut ulkopuolinen tekijä. Usean oikeudenkäynnin ja vuosien prosessoinnin jälkeen Vaasan hovioikeus totesi helmikuussa 2015, että Auerin syyllisyydestä jää vähintäänkin varteenotettava epäily ja näin hovioikeus hylkäsi syytteen murhasta tai taposta. Teknisen näytön lisäksi prosessissa kuultiin Auerin ja Lahden neljän lapsen, tekoaikaan 9-vuotiaan A:n, 7-vuotiaan B:n, 4-vuotiaan C:n ja 2-vuotiaan D:n kertomukset.

<sup>361</sup> Vaasan hovioikeus 10766, kohta 50. Ks. myös Käypä hoito -suositus 2013, s.11. A:n kertomusta arvioitaessa on huomioitava vakava riski siitä, että häneen on joko tarkoituksella tai vahingossa vaikutettu.

<sup>362</sup> Vaasan hovioikeus 10766, kohdat 77, 80 ja 82. B on kertonut muun muassa kuululleensa veitsen ottamisen, nauhurin naksahduksia sekä äitinsä lapsiinsa kohdistamia uhkauksia, mikäli nämä kertoisivat tapahtumista jotenkin muuten, kuin viittaamalla ulkopuoliseen tekijään. Ks. myös Vaasan hovioikeus 10766, kohdat 83:1, 2, 3, 5 ja 6. B on lisäksi kertonut A:n tehneen vuonna 2006 piirustuksia, joissa Jukka Lahdella oli veitsiä ja vasaroita päässään ja A:n kysyneen ”tapahtuuko se pian?”. B kertoi, että A oli myös puhunut tuolloin ikkunasta tulevasta murhaajasta ja todennut tässä yhteydessä ääneen numerot 1-1-2. Vielä B:n mukaan Auer ja A olivat harjoitelleet Lahden murhaa ja Auer oli kieltänyt lapsia ennen Lahden kuolemaa kertomaan kenellekään mahdollisista oudoista äänistä yöllä.

oikeuspsykiatrian tutkimusyksikön 19.11.2011 antaman lausunnon mukaan B kertomukset voidaan kuitenkin selittää kolmella hypoteesilla. Ensimmäisen hypoteesin mukaan B:n kertomukset ovat todella liittyneet hänen aitoihin muistikuviiinsa yön tapahtumista. Toisen vaihtoehdon mukaan B on pyrkinyt selittämään isänsä kuolemaa itselleen ja että tähän selitykseen ovat vaikuttaneet hänen mahdollisesti mediasta saamansa tieto tai hänen sijaisvanhempiensa tahaton tai tahallinen painostaminen. Kolmannen hypoteesin mukaan B on keksinyt koko tarinan välttääkseen joutumasta asumaan takaisin äitinsä luokse.<sup>363</sup> Kaksi viimeistä hypoteesia eivät tue ajatusta siitä, että yksityiskohtaisella kertomuksella olisi aina merkittävä painoarvo. Oikeuskäytännön muut esimerkit tukevat ainakin välillisesti sitä, ettei liian yksityiskohtainen kertomus todennäköisesti ole kovinkaan luotettava. Tapauksissa, joissa videotaltioinnilla oleva todistelu on johtanut syytteen hylkäämiseen, on kertomus ollut ylimalkaista ja taustalta on havaittu muiden henkilöiden, kuten lapsen äidin, vaikutus kertomukseen.<sup>364</sup> Ristiriitaista on kuitenkin sellainen tulkinta, jossa ensin todetaan, että keskeinen luotettavuuden kriteeri todistajankertomuksessa on kertomuksen yksityiskohtaisuus sekä yksityiskohtien laatu<sup>365</sup> ja jossa toisaalta katsotaan, ettei automaattisesti voi todeta epäjohdonmukaisen ja ylimalkaisen kertomuksen olevan valheellinen.<sup>366</sup> Erityisesti lapsen antaman kertomuksen todenperäisyyttä arvioidessa on kiinnitettävää vakavaa huomiota niihin psykologisiin tekijöihin<sup>367</sup> „, jotka kertomukseen vaikuttavat sekä siihen kontekstiin<sup>368</sup> , jossa kertomus on saatu.

Jos ”sole or decisive”-testin kannalta luotettavan kertomuksesta tekee se, että se sisältää sen antajalle ominaisia sanontoja ja lauseita, jotka saadaan aikaiseksi spontaanisti ja ilman johdattelua on erityisesti lapsen puheiden läpikäynti useaan kertaan, lapsen äidin aktiivinen kysely sekä oikeuspsykologisen haastattelun johdatteleva ja jopa painostava kyselytekniikka<sup>369</sup> omiaan heikentämään kertomuksen uskottavuutta. On selvää, että lapsen iän ja ikään luonnostaan liittyvän

---

<sup>363</sup> Vaasan hovioikeus 10766, kohta 85.

<sup>364</sup> Hirvelä 2006, s. 504.

<sup>365</sup> Hirvelä 2006, s. 165.

<sup>366</sup> Huomioon on otettava kertojan traumat ja psykologiset tekijät sekä menettely, jossa kertomus on saatu. Ks. Häkkänen-Nyholm ym. 2019, s. 823 ja käypä hoito -suositus 2013, s. 12. Oletettavasti esimerkiksi ahdistuneisuus ja esiintymispelko voivat merkittävästi vaikuttaa kuultavan käyttäytymiseen ja kertomuksen sisältöön

<sup>367</sup> Psykologian tasolla lapsen kertomukseen voi vaikuttaa myös tietynlainen avuttomuus ja uhan tunne joko todistelun seurauksista itsessään taikka läheisten menettämistä läheisiä vastaan todistamalla. Ks. Weiss ym. 2014, s. 32. Lapset ovat riippuvaisia siitä huolenpidon ja turvallisuuden tunteesta, jonka huoltajat ja läheiset heille luovat. Kaikenlainen uhka huolenpidon menettämistä on omiaan vaikuttamaan lapsen kertomukseen, sillä lapsella on luonnollinen tarve pitää kiinni turvallisuuden tunteesta. Hirvelä 2006, s. 513. Kertomuksen on oltava riittävä sekä sisällöltään, että laadultaan. Ks. myös Väisänen 2013, s. 75. Viime kädessä on tuomarin tehtävä itsenäisesti arvioida, onko lapsen kertomus luotettava ja mikä näyttöarvo mikä sillä on. Ks. vielä Hirvelä 1997, s. 1047. Todistajanpsykologia on tärkeäksi tunnustettu menetelmä kertomuksen virhelähteitä, johdattelevuuden vaikutusta ja lapsen alttiustasoa suggestiolle arvioitaessa

<sup>368</sup> Hirvelä 1997, s. 1055. Lapsen antamaa kertomusta ei kuitenkaan voi arvioida vain lopputuloksen kannalta, irrallaan siitä kontekstista ja menettelystä, jossa se on syntynyt, vaan arvioinnissa on otettava huomioon tutkinnan asianmukaisuus, kertomuksen virhelähteet sekä kertomuksen sisältö ja johdonmukaisuus suhteessa asiassa saatuun muuhun näyttöön.

<sup>369</sup> KKO 2014:48, kohta 51.

heikon kielellisen ilmaisukyvyn vuoksi täysin avoimilla kysymyksillä voi olla lähes mahdotonta saada selkoa tapahtumista, joskin avoimen kertomuksen puuttuminen on omiaan aiheuttamaan vakavia epäilyjä lapsen kertomuksen totuudenperäisyydestä ja painoarvosta syytetä tukevana todisteena.<sup>370</sup> Jos kertomus on syntynyt johdattelun tuloksena, on myöhemmässä vaiheessa alkuperäistä kertomusta lähes mahdotonta hankkia.<sup>371</sup> Ratkaisussa KKO 2008:68 korkein oikeus hylkäsi syytteen lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä, kun ratkaiseva todiste teosta oli lapsen psykologille antamat haastattelut ja psykologin antama suullinen todistelu näiden haastattelujen sisällöstä.<sup>372</sup> Lapsen antaman kertomuksen omaperäisyyttä ja kontekstia ei pystytty arvioimaan. Korkeimman oikeuden toteamus siitä, että todistajan oireilu, oma-aloitteiset ja jopa yllättävät puheet sekä yhdensuuntaisten kertomusten antaminen<sup>373</sup> mahdollisimman pian tapahtumien jälkeen<sup>374</sup> tukevat todistajan antaman kertomuksen totuudenmukaisuutta enemmän, kuin puhuvat sitä vastaan voisi toimia jonkinlaisena ohjenuorana todistajankertomuksen arvioinnissa.

### 5.1.3 Tasapainoharkinta

Tapauksessa KKO 2006:107 vastaajalle ei aktiivisesti tarjottu mahdollisuutta kysymysten esittämiseen 9-vuotiaalle seksuaalisen hyväksikäytön asianomistajalle hänen antamastaan esitutkintatallenteesta. Tuomioistuin kyllä tunnisti vastakuulustelu-oikeuden puuttumisen, mutta toisaalta katsoi valittajan hyväksyneen todisteen käyttämisen ainakin konkludenttisesti. Tuomioistuimen rooli todisteen hyödyntämiskiellon huomioon ottamisen ja toisaalta myös vastaajan oikeuksien valvomisen osalta onkin siten mielenkiintoinen kysymys. Kolmen kohdan testin viimeisen kohdan, eli tasapainoharkinnan osalta kyseeseen tulee väistämättä tuomioistuimen rooli oikeudenmukaisuuden valvonnassa. Tämä valvonta voidaan toisaalta palauttaa aina ensimmäiseen oikeusinstanssiin asti, jossa todiste ensimmäistä kertaa vastaanotetaan ja jossa sen hyväksymisestä ja painoarvosta ”sole or decisive”-testin mukaisesti päätetään. Tuomioistuimen olisi kyettävä osoittamaan, että todistajan kertomuksen luotettavuutta on ainakin pyritty testaamaan.<sup>375</sup> Olennaista on kysymysten esittämismahdollisuuden tarjoaminen käyttäjä syytetty oikeutta hyväkseen tai ei.<sup>376</sup>

S.N. v. Ruotsi-tapauksessa valittaja totesi avustajansa välityksellä, että asianomistajaa ei tarvitse kuulustella uudelleen ja että kaikkiin tarpeellisiin kysymyksiin oli saatu vastaus.<sup>377</sup> Valittaja luopui

---

<sup>370</sup> KKO 2014:48, kohdat 51-53. Rikosasian vastaajan oikeusturva edellyttää tällaisten epäilyjen huomioon ottamista.

<sup>371</sup> Hirvelä 1997, s. 1047.

<sup>372</sup> KKO 2008:68, kohta 11.

<sup>373</sup> KKO 2014:48, kohdat 54 ja 65.

<sup>374</sup> KKO 2014:48, kohta 54. Oikeuspsykologinen haastattelu tehtiin noin kuukauden kuluessa rikosepäilyn ilmitulosta.

<sup>375</sup> W.S. v. Puola 2007, kohta 61.

<sup>376</sup> Ks. tästä KKO 2007:101, kohta 6.

<sup>377</sup> S.N. v. Ruotsi 2.7.2002, kohdat 13, 15, 17



näin tietoisesti ja jopa nimenomaisesti oikeudesta lisäkysymysten esittämiseen. Tuomioistuin teki menettelystä vielä kyseenalaisen laajentavan tulkinnan ja totesi, että valittaja tuli samalla myös hyväksyneeksi asianomistajan lausunnon todisteeksi, sellaisena kuin se kysymyksistä luopumisen hetkellä oli. Korkeimman oikeuden ratkaisussa 2006:107 taas valittaja, sen paremmin kuin hänen puolustajansakaan ei erikseen vaatinut esitutkintatallenteen hylkäämistä todisteena eikä myöskään lausunut mitään siitä, että asianomistajalle tulisi esittää lisäkysymyksiä. Käräjäoikeus totesi, ettei kontradiktorisuuden puutteen rasittaessa todistusmenettelyä, syyksilukemista voisi perustaa yksinomaan kyseiseen esitutkintatallenteeseen.<sup>378</sup> Myös korkein oikeus kiinnitti alempien oikeusasteiden menettelyyn huomiota todeten, että näiden olisi tullut oma-aloitteisesti kiinnittää huomiota siihen, ettei videotallennetta olisi tullut hyväksyä todisteeksi ja että se olisi voitu hyväksyä todisteeksi vain, jos vastaaja olisi siihen nimenomaisesti suostunut taikka jos vastakuulusteluun aiheutunut rajausta olisi jollain muulla tavalla voitu kompensoida.<sup>379</sup> Korkein oikeus on mielestäni aivan oikein asettanut vastuuta oikeudenmukaisuuden valvomisesta tuomioistuimille joskin EIT on painottanut, että valitettaessa vastakuulustelu-oikeuden puuttumisesta ei ole riittävää vain todeta näin tapahtuneen vaan lisäksi olisi kyettävä esittämään perusteluita siitä, miksi vastakuulustelu-oikeus olisi erityisen tärkeää.<sup>380</sup>

Vastaajan oikeuksiin kuuluu asianomistajan kertomuksen oikeellisuuden horjuttaminen omilla kertomuksillaan ja väitteillään. Vastakuulustelussa ei edellytetä vastaajan voivan tarjota vaihtoehtoisia selityksiä tapahtumiin taikka vastanäyttöä syyttäjän todistelulle. Syyttäjän tehtävä on näyttää syyte toteen ja vastakuulustelussa syytetyn pyrkimyksenä on lähinnä osoittaa syytteen taustalla oleva kertomus ja väitteet epätodeksi. Vastaajan kertomusta on arvioitava sen kannalta, onko vaihtoehtoinen tapahtumienkulku olennaisilta osiltaan mahdollinen ja siinä määrin todennäköinen, ettei sen olemassaoloa voida riittävällä varmuudella poissulkea.<sup>381</sup> Lopulta arvioitavana on, ylittääkö näytön todistusarvo tuomitsemiskynnyksen. Vastaajan kertomuksen arvioinnin huolellisuus korostuu, kun todistajaa ei kuulla oikeudessa. Erityisesti korkein oikeus on alleviivannut, ettei vastakuulustelu-oikeuden toteutuminen oikeudenkäyntiä edeltävässä vaiheessa tee tyhjäksi tarvetta arvioida todistetta erityisen huolellisesti myös oikeudenkäynnissä. Esitutkinnassa annetusta vastakuulustelumahdollisuudesta huolimatta siinä oikeudenkäynnissä, jossa kertomuksen

---

<sup>378</sup> KKO 2006:107 ”riidattomista tapahtumaseikoista”.

<sup>379</sup> KKO 2006:107 ”korkeimman oikeuden kannanotosta”. Jos syytteessä tarkoitetuista tapahtumista on kulunut huomattavasti aikaa, ei kyselymahdollisuuden puuttumista voida enää korjata kuulemalla silloin aiemmin poissaollutta todistajaa.

<sup>380</sup> *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, kohta 67. Ks. myös *Scheper v. Alankomaat* 2005, s. 2. Kansallinen tuomioistuin lykkäsi valittajan pyyntöä kuulla asianomistajia A, B ja C, koska kuulemispyyntöä ei oltu riittävästi perusteltu.

<sup>381</sup> KKO 2013:96, kohta 9.

luotettavuus arvioidaan ja näyttöratkaisu tehdään, on todistajan poissaolo omiaan heikentämään syytetyn puolustautumismahdollisuuksia.<sup>382</sup> Syytetyn oikeuksien turvaaminen ei pääty sillä hetkellä, kun vastakuulustelumahdollisuus on esitutkinnassa tarjottu.

## 6 Johtopäätökset

Seksuaalirikokset ovat yksi vaativimmista asiaryhmistä näytön arvioinnissa. Todistajia ei useinkaan ole läsnä ja vaikka sukupuoliyhteys kyettäisiin näyttämään teknisellä näytöllä jää avoimeksi kysymykset tekijän tahallisuudesta, asianomistajan suostumuksen puutteesta ja tätä koskevasta syytetyn tietoisuudesta.<sup>383</sup> Lapsiin kohdistuneet seksuaalirikokset poikkeavat olennaisesti aikuisten välillä tapahtuneista seksuaalisista kanssakäymisistä. Asianomistaja ei välttämättä ikänsä puolesta ymmärrä, että hän on joutunut rikoksen kohteeksi ja vaikka hän pyrkisi kertomaan itselleen eriskummallisesta tapahtumasta ei hän kykene sanoittamaan tekoa samalla tavalla, kuin asian käsitteistöä ymmärtävä aikuinen.<sup>384</sup> Lapsen asianosaisasema tekee rikosprosessista jo itsessään haastavan ja vaikeusastetta lisää syytetyn oikeuksien asianmukainen huomioiminen. Sanottu asianosaisasetelma on muutenkin mielenkiintoinen, koska siinä vastakkain ovat kaksi heikkoa ryhmää: uhriksi joutunut asianomistaja ja rikosprosessijärjestelmään nähden heikko vastaaja,<sup>385</sup> jonka oikeudet rajoittavat lapsen suojaamisen keinoja ja jonka oikeuksia ei voi loputtomasti rajoittaa lapsen edun nimissä. Vielä ristiriitaa syntyy asianomistajan oikeus vaieta, vastakuulustelu-oikeuden tarkoitus horjuttaa asianomistajan kertomusta sekä selvittää rikos ja toteuttaa rikosvastuu. Lapsella on kuitenkin oikeus tulla kuulluksi ja kuunnelluksi<sup>386</sup> ja lapsen antama kertomus on asianmukaisesti otettava huomioon.<sup>387</sup>

EIT on luonut kolmen kohdan testin oikeudenmukaisuuden arvioinnin tueksi tilanteisiin, joissa todistajan poissaolo vaikuttaa syytetyn täysimääräisen vastakuulustelu-oikeuden toteutumiseen ja jossa tällaisen todistajan antama todiste on ratkaiseva syytteen kannalta. Testi on kehittämisspyrkimyksistä huolimatta jäänyt epätäsmälliseksi ja sen uusin termi ”merkittävä painoarvo” on edelleen vailla tarkennusta. EIT:n tehtäväkentän ydinaluetta on oikeudenkäynnin

---

<sup>382</sup> KKO 2013:96, kohta 11.

<sup>383</sup> Tapanila 2015, 573.

<sup>384</sup> Tapanila 2015, s. 573.

<sup>385</sup> Hirvelä 2006, s. 27.

<sup>386</sup> Beijer ym. 2011, s. 76, 105-106. Lapsen kuulemisen tallentaminen videolle näyttää olevan yleiseurooppalainen trendi. Mielestäni kyseessä on varsin suotava trendi ja linjaus.

<sup>387</sup> Davies ym. 2011, s. 235. Vaihtoehtoisten tapahtumankulkujen arviointi on tärkeää, sillä lapsi on vaikutuksille altis ja esimerkiksi vanhempien riitaisuudet tai lapsen manipulointi saattavat vaikuttaa lapsen kertomukseen. Kuulustelijalla ei usein ole mahdollisuutta arvioida lapsen ja vanhemman suhdetta ja dynamiikkaa muulloin kuin lasta tuotaessa kuulusteluun.

oikeudenmukaisuuden kokonaisuusarviointi ja sen tarkasteleminen, onko EIS artikloita rikottu. Tämä tehtäväkenttä ei ulotu kansallisen lain sisällön arviointiin, jonka vuoksi kansallisen tuomioistuimen pitäisi oma-aloitteisesti olla selvillä eurooppalaisen oikeuskäytännön linjauksista. Kolmen kohdan testi ei uusine linjauksineen tarjoa erityisen tehokasta keinoa arvioinnin tueksi, joten kansallisen tuomioistuimen on aktiivisesti tunnistettava prosessin mahdolliset perus- ja ihmisoikeuskytkökset. Oikeudenkäynnin tavoitteen tai asianosaisten edun mukaista ei ole se, että aineellinen totuus saadaan selvitettyä, mutta myöhemmin todetaan, että prosessia rasittaa vakava menettelyvirhe.

Kolmen kohdan testiä kohtaan esittämäni kritiikki johtuu pääosin testin nykyisestä ja jopa liian joustavasta luonteesta. Jos aiemmin testin osa-alueet tuli arvioida tietyssä järjestyksessä ja jo yksi kohta voi aiheuttaa oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuden on nykyinen linja sellainen, että mikä tahansa todiste, jopa välillinen todistelu, voidaan katsoa painoarvoltaan merkittäväksi ja jossa on täysin epäselvää, millaiset todisteet sitten eivät sovellu ”sole, decisive or significant weight”-säännön alaisuuteen. Schatschaschwili-ratkaisussa tehdyt linjavedot siitä, että testin kohtia voidaan arvioida vaihtelevassa järjestyksessä ja jos todisteella vain on minkäänlaista merkittävää painoarvoa langettavassa tuomiossa, on tarkasteltava todistajan poissaolon syitä, jotka nekin voivat mitä ilmeisimmin olla myös perustelemattomia ja jossa vielä on tehtävä jonkinlainen tasapainoharkinta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta kokonaisuudessaan. Tietty joustavuus on testin soveltamisessa tärkeää, joskin olisin kuitenkin otaksunut, että EIT olisi linjannut jonkin testin osa-alueen sillä tavalla ehdottomaksi, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus sellaista seikkaa edellyttää.

Mitä tulee oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen vastakuulustelun rajoittuessa en sano, että puolustuksen oikeuksien tasapainotus ainakaan kovin helposti tai kevyin perustein onnistuisi. Jos poliisi toimivaltansa nojalla muokkaa syytetyn esittämiä kysymyksiä tai jos todistajan kertomus litteroidaan täysin eri tavalla, kuin mitä todistaja on kertonut taikka jos arvellaan oikeudenmukaisuuden tulevan turvatuksi vain videotallenteen näyttämällä oikeudessa, ei liikuta EIT:n linjaamalla polulla. Vaikka kolmen kohdan testi on varsin joustava, eikä EIS edellytä vastakuulustelu-oikeuden tosiasiallista toteutumista ei oikeuskäytännöstä tai vaihtelevista tulkintalinjoista tulisi tehdä sellaisia johtopäätöksiä, että vastakuulustelu-oikeus olisi jotenkin sellainen oikeus, jonka toteutuminen voi riippua tapauksen erityispiirteistä, todistajan poissaolon syistä tai todistajan antaman kertomuksen painoarvosta. Mahdollisuus kysymysten esittämiseen on aina ja aivan ehdottomasti tarjottava syytetyille, jotta oikeudenkäyntiprosessi olisi lainmukainen.

Oikeudenmukaisuuden toteutumisen kannalta tuomioistuimen aktiivinen rooli perus- ja ihmisoikeuksien valvonnassa sekä syytetyn vähimmäisoikeuksista huolehtiminen jo esitutkinnassa

ovat keinoja oikeudenmukaisuuden turvaamiseen. Tuomioistuimen on oltava tietoinen todisteena käytettävän lausuman luonteesta sekä menettelystä, jolla esitutkinta on suoritettu. Oikeudenmukaisuusharkinnassa kolmen kohdan testi on käyttökelpoinen vain suuntaa antavana. Mielestäni testin tärkein anti kansallisille tuomioistuimille on ajatus siitä, että mitä merkittävämpi poissaolevan todistajan antama kertomus on, sitä huolellisemmin syytetyn oikeuksia tulee turvata. Kolmen kohdan testi on sen perinteisessä muodossa ymmärrettävä kronologinen jatkumo, jossa todistajan poissaolo on hyväksyttävää ja jossa hänen todistuslausumansa sitten otetaan vastaan ja jota käytetään tuomion perustana ja jossa lopulta arvioidaan koko prosessin oikeudenmukaisuutta ja tarkastellaan sitä, onko syytetyn oikeudet otettu riittävästi huomioon.

Todisteen uskottavuuden ”sole or decisive” ja ”significant weight”-säännön valossa todettakoon, että painoarvoharkinnassa on otettava huomioon todistajan poissaolon syyn hyväksyttävyyys tai syyn perustelemattomuus, todisteen näyttöarvo sekä muut tapauksen erityispiirteet. Kun sitten arvioidaan todisteen näyttöarvoa langettavan tuomion kannalta, on arvioinnissa huolellisesti tutkittava kertomuksen antamisen lähtökohdat, todistajan jo esitutkinnassa kokema mahdollinen johdattelu sekä kuultavan ikä, kehitystaso ja muut kognitiiviset taidot. Lapsi välttämättä ymmärrä, että häntä on edes loukattu,<sup>388</sup> lapsen muistitoiminnot ovat kiinteästi sidoksissa lapsen muuhun kehitykseen<sup>389</sup> ja vasta noin kolmevuotiaana lapsi alkaa muistamaan asioita ja kykenee niistä kertomaan. Vaikka todistuslausuman antaja olisi hyvin nuori lapsi ei kertomusta voi iän puolesta siten todeta epäluotettavaksi. Kritiikkini perustuu erityisesti ratkaistuun *Bocos-Cuesta v. Alankomaat*-tapaukseen, jossa neljän nuoren asianomistajan yhteneväisesti antamat kertomukset eivät olleet riittäviä kompensoimaan vastakuulustelun puutteesta aiheutuvaa mahdollittomuutta haastaja sanottuja kertomuksia. EIS ei kuitenkaan edellytä, että syytetty edes käyttää mahdollisuutta kysymysten esittämiseen hyväkseen ja onkin varsin kummallista, että neljä hyvin samankaltaista ja luotettavaksi todettua kertomusta eivät olleet riittäviä tasapainottamaan kysymysten esittämisen puutteesta aiheutuvia kavennuksia. Kolmen kohdan testin viimeisen kohdan, tasapainotuksen osalta voisi ajatella, että erittäin vahva ja luotettava vastakuulustelematon kertomus voisi jopa itsessään toimia riittävänä kompensoivana tekijänä.

---

<sup>388</sup> *Korkman* 2015, s. 200-201. Ks. myös KKO 2014:48, kohta 15 ja KKO 2014:48, kohdat 16 ja 17 sekä KKO 2013:97, kohta 7: ”Huomioon tulee ottaa myös lapsen ikäkaudelle ominaiset kehityspiirteet sekä suuret yksilölliset vaihtelut” sekä ”lapsen ikään sopimaton seksuaalinen tieto voi antaa viitteitä hyväksikäytöstä.”

<sup>389</sup> KKO 2014:48, kohta 13. Kysymyksessä on niin sanottu varhaislapsuuden muistamattomuus. Kts. myös tuomion kohta 14: ”Varhaislapsuuden muistamattomuus merkitsee esimerkiksi sitä, ettei uutta tietoa saada lasta haastatellamallakaan niistä hyväksikäyttöepäilyyn liittyvistä tapahtumista, jotka hän on väitetysti kokenut ennen aikaa, jolloin hän on oppinut puhumaan”.

Uskallan argumentoida, että lienee epätodennäköistä, että vastaajan oikeuksia voitaisiin koskaan tasapainottaa niin pitkälle, että välittömästi tapahtuvan vastakuulustelun puuttumisen aiheuttamat rajoitukset puolustuksen oikeuksiin voitaisiin täysimääräisesti kompensoida. Vaihtoehtoisilla tavoilla esittää kysymyksiä ei mielestäni koskaan voida korvata osapuolten henkilökohtaista esiintymistä oikeudessa. Eri asia on kuitenkin, millaista kompensointia voidaan pitää hyväksyttävänä, jos täysimääräiseen tasapainotukseen ei ole mahdollista päästä. Hyväksyttävyyden osa-alueiksi katson sen, että syytetty saa esittää juuri ne kysymykset, joihin hän haluaa vastauksen ja jos tällaisia kysymyksiä muunnetaan, tulee muutokset olla syytetyn kontrolloitavissa ja tarkistettavissa. Lisäksi syytetyn oikeuksien rajoittamisen kompensoimiseksi tulisi vähintäänkin varmistaa se, että syytetyllä on avustaja ja että syytetyn ei itse tarvitse osata vaatia oikeuksiaan. Ajattelen, että tuomioistuimien tai esitutkintaviranomaisen omalta osaltaan voisi huolehtia myös syytetyn oikeuksien turvaamisesta. Tasapainotuksen osalta oikeuskäytäntö vaatii täsmennyksiä siitä, millainen välillinen todistelu voisi olla sellaista, että se tukee riittävästi poissaolevan todistajan antamaa kertomusta tai että se on omiaan heikentämään tätä kertomusta ja jättämään varteenotettavan epäilyn vastaajan syyllisyydestä. EIT:n oikeuskäytäntö ei tällä hetkellä tarjoa asiaan käyttökelpoisia työkaluja, ja ratkaisukäytäntö on enemmänkin hämmentävää sen osalta, milloin asianomistajan tai asianomistajien kertomukset ovat uskottavia ja milloin taas välillisen todistelun tukea edellytetään.<sup>390</sup>

Jatkoa ajatellen mielenkiintoinen tutkimuslinja on kolmen kohdan testin kehittyminen ja sen toimivuus EIT:n vuoden 2015 jälkeisessä oikeuskäytännössä. Hypoteettisesti voisi olla arvokasta pohtia myös sitä, miten ideaalissa tilanteessa todistajan poissaolosta johtuvat rajoitukset täysimääräiseen vastakuulustelu-oikeuteen voitaisiin kompensoida. Vaikka EIT on linjannut joitain yleisiä periaatteita oikeudenmukaisuusharkinnalle ovat tapausten erityispiirteistä johtuvat seikat tehneet oikeuskäytännöstä jokseenkin sekavan. Mitään yhtä tiettyä ja absoluuttista edellytystä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle EIS 6 artiklan 3 d kohdan, tulkittuna yhdessä 1 kohdan kanssa, ei enää ole. Jos mainitsemani absoluuttinen edellytys aiemmin oli todisteen merkittävyys ”sole or decisive”-testin valossa, tämän jälkeen todistajan poissaolon syyn hyväksyttävyys, voi nykyään melkein mikä tahansa syy joko aiheuttaa epäoikeudenmukaisuuden tai vastaavasti melkein mikä tahansa seikka voidaan hyväksyä osaksi rikosprosessia oikeudenmukaisuutta silti rikkomatta.

Vastakuulustelu-oikeuden tärkeys huomioiden edes yksi keskeinen edellytys oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille olisi paikallaan linjata. Mielestäni vastakuulustelu-oikeutta kaventaessa ja

---

<sup>390</sup> Viitataan tässä erityisesti *Lucà v. Italia* 2001, *Bocos-Cuesta v. Alankomaat* 2005, *Scheper v. Alankomaat* 2005 ja Ulvilan surmana tunnettuihin tapauksiin, joissa kaikissa asianomistajat ja todistajat antoivat vaihtelevasti vakuuttavia ja hyvinkin yksityiskohtaisia kertomuksia ja joissa jokaisessa lähes yhtä vaihtelevasti vaadittiin syytetyn tuomitsemiseksi välillistä todistelua ja jossa todettiin välillä täysin ristiriitaisesti tietyn kertomuksen olevan uskottava ja tietyn taas ei.

oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta arvioitaessa käyttökelpoinen ja jopa perustelluin linja vaikuttaisi olevan perustellun syyn edellytys. Jos sanottu seikka olisi ehdoton edellytys oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille voitaisiin todeta edes se, että vastakuulustelua ei voi perusteettomasti rajoittaa ja jos näin tehdään, oikeudenkäynti ei voi olla oikeudenmukainen. On ymmärrettävää, että mainitun linjauksen myötä oltaisiin jälleen tilanteessa, jossa yksi seikka määrittää koko oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden, mutta sellainen EIS tulkintatapa, joka sallii oikeastaan minkä tahansa seikan osaksi prosessia ja joka siten aiheuttaa kummallisia tulkintoja. Tarkoitin äsken mainitulla nimenomaan sitä, että vastakuulustelua tulisi voida olla mahdollista kaventaa tai rajoittaa ainoastaan hyvin perustellusta syystä.