

Lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämisen problematiikkaa rikosprosessissa

Itä-Suomen yliopisto

Oikeustieteiden laitos

Pro gradu -tutkielma

20.4.2021

Tekijä: Susanne Karlsson-

Elonheimo 284736

Ohjaaja: Mika Launiala

Tiivistelmä

ITÄ-SUOMEN YLIOPISTO

Tiedekunta Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta		Yksikkö Oikeustieteiden laitos	
Tekijä Susanne Karlsson-Elonheimo			
Työn nimi Lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämisen problematiikka rikosprosessissa			
Pääaine Rikos- ja prosessioikeus ja rikollisuuden tutkimus	Työn laji Pro gradu -tutkielma	Aika 20.4.2021	Sivuja XIV+71
<p>Tiivistelmä</p> <p>Suomalaisen oikeudenkäytön pääsääntönä on vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta. Tästä on kuitenkin joitakin poikkeuksia. 1.1.2016 voimaan tulleen oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevan 17 luvun uudistuksen yhteydessä säädettiin hyödyntämiskielloista laintasoinen säännös.</p> <p>Tutkielma käsittelee lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämiskieltoihin liittyvää problematiikkaa. Tutkielman tutkimusmetodi on pääsääntöisesti lainopillinen.</p> <p>Hyödyntämiskieltojen osalta lähtökohtana on todistamis- ja hyödyntämiskieltojen käsitteet, niiden funktiot ja rikosprossin funktiot. Tutkielmassa systematisoidaan todistamis- ja hyödyntämiskieltojen funktioita suhteessa rikosprosessin funktioihin. Tutkielma osoittaa, että hyödyntämiskielto edustavat sekä oikeusturva- ja oikeussuojafunktioita ja jossakin määrin ne edistävät aineellisen totuuden selvittämistä.</p> <p>Erityisenä tutkimuskohteena tutkielmassa on oikeudenkäymiskaaren 17:25.3:n mukainen yleissäännös lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämisestä ja siinä esitetyt harkintakriteerit hyödyntämiskielton asettamiselle. Harkintakriteereitä verrataan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja suomalaisen oikeuskäytäntöön.</p> <p>Yleissäännöksen mukaisista harkintakriteereistä ongelmallisimpia ovat todisteen luotettavuuteen ja merkitykseen liittyvät kriteerit, koska ne sekoittavat näyttöarvoharkinnan ja hyödyntämiskieltoharkinnan tasot keskenään. Myös kriteeriin, jonka mukaan hyödyntämistä puoltaa se, että todiste olisi joka tapauksessa saatu laillisesti tulisi tietyiltä osin suhtautua varautuneesti. Tämä koskee inevitable discovery – opin mukaisia tilanteita, jotka johtaisivat monimutkaisiin kausaaliyhteyspohdintoihin.</p>			
Avainsanat prosessioikeus, rikosoikeus, todistelu, hyödyntämiskielto, todistamiskielto, ihmisoikeudet, perusoikeudet			

SISÄLLYS

LÄHTEET.....	V
LYHENNELUETTELO.....	XII
KUVIOT JA TAULUKOT.....	XIII
1 JOHDANTO.....	1
1.1 Taustaa.....	1
1.2 Tutkielman kysymyksenasettelu.....	5
1.3 Metodologisista valinnoista.....	6
2 RIKOSLAIN LAKIPOSITIVISTINEN TRADITIO SEKÄ PERUS- JA IHMIOIKEUKSIEN ESIIN NOSTAMAT HAASTEET.....	8
2.1 Lakisidonnaisuus.....	8
2.2 Oikeuslähdeopista sekä perus- ja ihmisoikeuksien esiin nostamista haasteista.....	9
3 LAITTOASTI HANKITTU TODISTE.....	14
3.1 Todisteen hankkimisen lainvastaisuudesta.....	14
3.2 Poliisikulttuurista ja Dirty Harry -ongelmasta.....	15
4 FUNKTIOTARKASTELUSTA JA RIKOSPROSESSIN FUNKTIOISTA.....	18
4.1 Funktiotarkastelusta.....	18
4.2 Oikeusperiaatteista.....	20
4.3 Rikosprosessin funktiot.....	23
5 HYÖDYNTÄMISKIELLOT.....	27
5.1 Vapaa todistusteoria.....	27
5.2 Todistamiskiellot.....	28
5.3 Hyödyntämiskiellon käsite.....	29
5.4 Hyödyntämiskiellon funktiot.....	30
6 HYÖDYNTÄMISKIELTOHARKINTA.....	36
6.1 Perusteet.....	36
6.2 Hyödyntämiskiellon yleissäännös.....	39
6.3 Hyödyntämiskieltöharkinnan ja näyttöharkinnan tasojen sekoittumisen ongelma.....	47
7 HYÖDYNTÄMISKIELLOT ESITUTKINNASSA JA SYYTEHARKINNASSA.....	50

IV

7.1 Hyödyntämiskiellot esitutkinnassa ja syyteharkinnassa harkinnassa.....	50
7.2 Oikeus avustajaan.....	52
7.3 Ylimääräisen tiedon hyödyntäminen.....	56
8 HYÖDYNTÄMISKIELLON ETÄISVAIKUTUS.....	60
9 JOHTOPÄÄTÖKSET.....	67

LÄHTEET

- Aarnio Aulis, Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. Werner Söderström lakitieto Oy 1997.
- Aarnio Aulis, *Tulkinnan taito*. Talentum 2006.
- Aarnio Aulis, *Oikeutta etsimässä*. Talentum 2014.
- Brusiin Otto, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja nro 14. 1938.
- Dworking Ronald, *Law's Empire*. Harvard University Press 1986.
- Ervasti Kaius, *Lainkäytön funktiot*. *Lakimies* 1/2002 s. 47–72.
- Ervo Laura, *Ylimmät prosessiperiaatteet, oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät*. Lakimiesliiton kustannus 1996.
- Ervo Laura, *Pappi todistajana*. *Lakimies* 3/2001 s. 407–433.
- Ervo Laura, *Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus – käsikirja lainkäyttäjälle*. WSOY 2008.
- Fredman Markku, *Rikosasianajajan käsikirja*. Talentum 2013.
- Fredman Markku, *Puolustajan rooli. Rikoksesta epäillyn ja syytetyn avustajan roolin kehitys Suomessa 1980-luvulta nykypäivään*. Alma Talent 2018.
- Fredman Markku – Kanerva Janne – Tolvanen Matti – Viitanen Marko, *Esitutkinta ja pakkokeinot*. 6. uudistettu painos. Alma Talent 2020. (Fredman ym. 2020)
- Frände Dan, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*. Juridiska Föreningen i Finland publikationserie 1989.
- Frände Dan, *Yleinen rikosoikeus*. Suomentanut Markus Wahlberg. Edita 2005.
- Hakilanoja Arto, *Poliisin salainen tiedonhankinta*. Alma Talent 2014.
- Heiskala Juho, *Pakkokeinolain mukaisen ylimääräisen tiedon käytöstä teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Laura Kallioinen (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos- ja prosessioikeudesta III*. Helsingin hovioikeus 2020.
- Helminen Klaus – Fredman Markku – Kanerva Janne – Tolvanen Matti – Viitanen Marko, *Esitutkinta ja pakkokeinot*. 5. uudistettu painos. Alma Talent 2014. (Helminen ym. 2014)
- Herzog Tamar, *A Short History of European Law*. Harvard University Press 2018.
- Hirvelä Minna, *Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen rikosoikeudenkäynnissä*. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2003.

- Hirvonen Ari, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 2011.
- Hobbes Thomas, Leviathan. Suomentanut Tuomas Aho. Vastapaino 1999.
- Hormia Lauri, Todistamiskielloista rikosprosessissa I. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja 1978.
- Hormia Lauri, Todistamiskielloista rikosprosessissa II. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja 1979.
- Huovila Mika, Periaatteet ja perustelut. Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Suomalainen lakimiesyhdistys 2003.
- Husa Jaakko, Non liquet? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi – oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä. Suomalainen lakimiesyhdistys 2004.
- Hyttinen Tatu, Syyton vai syyllinen. Tutkimus syyllisyyskysymyksen ratkaisusta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015.
- Jokela Antti, Pääkäsittely, todistelu ja tuomio. Oikeudenkäynti III. Talentum 2015.
- Jokela Antti, Rikosprosessioikeus. Toinen painos. Alma Talent 2018.
- Jääskeläinen Petri, Syyttäjä tuomarina. Suomalainen lakimiesyhdistys 1997.
- Kangas Urpo, Det nationalsocialistiska rättstänkandet och de reaktioner som det uppväckte i Finland. Särtryck av Jurisprudentia XX 1987.
- Karhu Juha, Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 5/2003. s. 789–807.
- Karhu Juha, Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppia. Lakimies 7-8/2020. s. 1017–1034.
- Kavonius Petter, Oikeusperiaatekin velvoittaa! Suomalainen lakimiesyhdistys. 2001.
- Kivivuori Janne – Aaltonen Mikko – Näsi Matti – Suonpää Karoliina – Danielsson Petri, Kriminologia. Rikollisuus ja muuttuva kontrolli yhteiskunnassa. Toinen painos. Gaudeamus 2018. (Kivivuori ym. 2018)
- Klami Hannu Tapani, Oikeus ja moraali. Lakimies 8/2001 s. 1309–1313.
- Korander Timo, Poliisikulttuuri. Poliisiammatin ja -tutkimuksen väline. Oikeus 2004:1 s. 4–24.
- Lahti Raimo, Rikosoikeustiede ja rikosoikeuden yleiset opit. Kehityssuuntia 1960-luvulta 2010-luvulle. Teoksessa Raimo Lahti (toim.) Rikosoikeuden muutos 1960-luvulta 2010-luvulle. Pekka Koskisen muistojulkaisu. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2013.
- Lavapuro Juha, Kotimaiset tuomioistuimet. Teoksessa Timo Koivurova – Elina Pirjantanniemi (toim.) Ihmisoikeuksien käsikirja. Tietosanoma 2014.

- Launiala Mika, Esitutkinnasta tuomioon. Esitutkinta osana rikosprosessia ja rikosprosessin funktiot. Edilex 2010/3, 21.1.2010. (Launiala 2010a)
- Launiala Mika, Esitutinnan funktiot ja eriytetty funktioajattelu. Oikeus 2010/2. s.116–137. (Launiala 2010b)
- Launiala Mika, Syyttömättömysolettamasta erityisesti esitutinnan näkökulmasta. Edilex 2010/19, 24.8.2010.(Launiala 2010c)
- Launiala Mika, Itsekrinointisuoja. Esitutkinnassa rikoksesta epäillyn oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Edilex 2013/12, 3.5.2013.
- Launiala Mika, Esitutinnan funktiot ja esitutkintaperiaatteet. Itä-Suomen yliopisto 2013.
- Launiala Mika, Ennakkopäätösnormin konstruointi – paikallista, täsmennä, yleistä ja yhteensovita. Edilex 2018/33.
- Launiala Mika, Korkeimman oikeuden ennakkopäätösjärjestelmä. Almatalent 2020.
- Lundqvist Ulf, Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oentlig åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. Iustus Förlag 1998
- Lundqvist Ulf, Laga och rättevis rättegång.Om bevisförbud i rättpraxis. Bokbyrå HB 2015.
- Lundqvist Ulf, Laga och rättevis rättegång i praxis. Andra tryckningen. Bokbyrå HB 2018.
- Lundqvist Ulf, Om prövningstillstånd i Högsta domstolen vid godtycklig eller uppenbart oriktig bevisvärdering i brottmål. Bokbyrå HB 2019.
- Melander Sakari, Kriminalisointiteoria: rangaistavaksi säättämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalainen lakimiesyhdistys 2008.
- Melander Sakari, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma 2016.
- Metsäranta Tuomas, Poliisin salaiset tiedonhankintakeinot ja yksityiselämän suoja. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2015.
- Minkkinen, Panu, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7-8/2017. s. 908–923.
- Niemi-Kiesiläinen Johanna, Rikosprosessin malleista ja funktioista. Teoksessa Risto Haavisto (toim.), Matkalla Pohjoiseen. Professori Jyrki Virolaisen juhlakirja. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta 2003.
- Norrgård Magnus, Civilprocessens funktioner tolkiningshjälp eller läroboksutfyllnad. JFT 2001/2-3 s. 140–163.
- Pihlajamäki, Heikki, Scandinavian Law in the Early Modern Period. Teoksessa Heikki Pihlajamäki – Markus D. Dubber – Mark Godfrey (toim.), The Oxford

- Handbook of European Legal History. Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Pölönen Pasi, Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalainen lakimiesyhdistys 2003
- Pölönen Pasi – Tapanila Antti, Todistelu oikeudenkäynnissä. Tietosanomat 2015.
- Pöyhönen (nykyinen Karhu) Juha, Uusi varallisuus oikeus. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton kustannus 2000.
- Raitio Juha, Oikeusvaltion ääri viivat. Alma Talent 2017.
- Rautio Jaakko – Frände Dan, Oikeudenkäymiskaaren 17. luvun kommentaari. Edita Publishing 2016.
- Re Richard M, The Due Process Exclusionary Rule Harvard Law Review, vol 127, 2014, s. 1887–1966.
- Riekkinen Juhani, Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa teoksessa Oikeustiede XLVII. Suomalainen lakimiesyhdistys 2014.
- Riekkinen Juhani, Sähköiset todisteet rikosprosessissa. AlmaTalent 2019.
- Rikander Henri, Custos publicus gladium non fert. Itä-Suomen yliopisto 2019.
- Rikander Henri – Muukkonen Matti, Elokapinan jälkipyykkiä – poliisin toimivaltuuksien tarkastelua. Edilex 2020/46.
- Saraviita Kristiina, Zygmunt Bauman ja oikeus osana (post)modernia yhteiskuntaa. Teoksessa Toomas Kotkas – Susanna Lindroos-Hovinheimo (toim.), yhteiskuntateorioiden oikeus. Tutkijaliitto 2010.
- Siltala Raimo, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen lakimiesyhdistys 2003.
- Spring-Reiman Petra, Totuus vai oikeudenmukaisuus – milloin tuomioistuimen tulee jättää todistelu hyödyntämättä rikosprosessissa teoksessa Laura Ervo – Raimo Lahti – Jukka Siro (toim.), Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa. Helsingin hovioikeus 2012.
- Steinhoff Uwe, Torture, The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz. Journal of Applied Philosophy Vol 23, No 3, 2006.
- Tapanila Antti, Kontradiktorisuus syytetyn oikeutena. Tietosanoma 2019.
- Tapanila Antti, Itsekriminointisuoja. Tietosanoma 2019.
- Tolonen Hannu, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, moraalien ja politiikan suhteesta teoksessa Oikeustiede XXII. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1989.
- Tolonen Hannu, Oikeuslähdeoppi. WSOY 2003.
- Tolonen Juha, Thomas Hobbes, tämän päivän näkökulmasta teoksessa Jarkko Tontti – Kaisa Mäkelä – Heta Gylling Heta (toim.), Filosofien oikeus 1. Suomalaisen

lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja nro 2. 2001

Tolvanen Matti, Asianosaisten ja tuomioistuimen roolit todistelussa. *Lakimies* 7-8/2006 s. 1325-1343.

Tolvanen Matti: Kirja-arvostelu teoksesta Kiiski Kimmo Hallinnollinen sanktiointi. *Lakimies* 2012/1 s. 200–206.

Viitanen Marko, Poliisin rikokset. Poliisiammattikorkeakoulun tutkimuksia 2007.

Viljanen Pekka, Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasioissa. *Defensor Legis* N:o 6/2001 s. 1004–1025.

Virolainen Jyrki – Pölonen Pasi, Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. WSOY 2003.

Vuorenpää Mikko, Itsekriminointisuoja loukatun annettun esitutkintakertomuksen hyödyntämiskielto: KKO 2014:45. *Lakimies* 1/2013 s.138–146.

Vuorenpää Mikko, Valittuja kysymyksiä todistusoikeudesta. *Kauppakamari* 2020.

Wilhelmsson Thomas, Annetaan kaikkien oikeustieteellisten kukkia kukkia – yhdessä. *Oikeus* 2020/4 s. 503–508.

VIRALLISLÄHTEET

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

LaVM 19/2014 vp, Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 46/2014 vp) oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Oikeusministeriö, Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Mietintöjä ja lausuntoja 69/2012.

Oikeusministeriö, Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Lausuntokooste 30/2013.

The Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System. Recommendation Rec (2000)19. Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 6 October 2000.

INTERNET-LÄHTEET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin. Violations by article and by State [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf. (20.2.2021)]

Zyskowicz Ben, Eduskunnan täysistunnon puheenvuoro 149/2014 vp. 5.2.2015
kello16.01[<https://www.eduskunta.fi/FI/Vaski/sivut/trip.aspx?triptype=ValtiopaivaAsiakirjat&docid=PTK+149/2014+ke+p+1>]

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Irlanti v Yhdistyneet Kuningaskunnat, 5310/71, 18.1.1978.

Klaas v. Saksa 15473/89, 22.9.1993.

Teixeira de Castro v. Portugali, 44/1997/828/1034, 9.6.1998.

Jalloh v. Saksa, 54810/00, Suuri jaosto, 11.7.2006.

Söylemez v. Turkki, 46661/99, 21.9.2006.

V. v. Suomi, 40412/98, 24.7.2007.

Ramanauskas v. Liettua, 74420/01, 5.2. 2008.

Salduz v. Turkki, 36391/02, Suuri jaosto, 27.11.2008.

Bykov v. Venäjä, 4378/02, Suuri jaosto, 10.3.2009.

Plonka v. Puola, 20310/02, 31.3.2009.

Gäfken v. Saksa, 22978/05, Suuri jaosto, 1.6.2010.

El Shennawy v. Ranska, 51246/08, 20.1.2011.

Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta, 267667/05 ja 22228/06, Suuri jaosto, 5.12.2011.

Alony Kate v. Espanja, 5612/08, 17.1.2012.

Huhtamäki v. Suomi, 54468/09, 6.3.2012.

El Haski v. Belgia, 649/08, 25.9.2012.

Martyrosyan v. Armenia, 23341/06, 5.2.2013.

Dragojevic v. Kroatia, 68955/11, 15.1.2015.

Schatschaschwili v. Saksa, 9154/10, Suuri jaosto, 15.12.2015.

Ibrajīm ja muut v. Yhdistyneet kuningaskunnat, 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, Suuri jaosto, 13.9.2016.

Cafagna v. Italia, 26073/13, 12.10.2017.

Stulir v. Tšekin tasavalta, 36705/12, 12.1.2017.

Simeonovi v. Bulgaria, 21980/04, Suuri jaosto, 12.5.2017.

Kuchta v. Puola, 26073/13, 12.10.2017.

Beuze v. Belgia, 71409/10, Suuri jaosto, 9.11.2018.

Trocin v. Moldovan tasavalta, 23847/19, 16.3.2021.

Korkein oikeus

KKO 2011:91

KKO 2012:45

KKO 2013:25

KKO 2015:86

KKO 2016:17

KKO 2016:76

KKO 2016:96

KKO 2019:36

Hovioikeudet

Itä-Suomen hovioikeus 12.5.2010 t. 5

Helsingin hovioikeus 30.3.2012. t. 882

Turun hovioikeus 17.12.2018 t. 156 315

Itä-Suomen hovioikeus 1.11.2019 t. 613

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätökset

EAOK 12.6.2019 dnro 2782/2018: Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 12.6.2019
valitukseen kihlakunnansyyttäjän päätöksestä.

Supreme Court of the United States

Silverthorne Lumber Co v. United States, 251 U.S. 385 (1920)

Nardone v. United States, 308 U.S.338 (1939)

Elkins v. United States, 364 U.S 206 (1960)

Wong Sun v. United States, 371 U.S:471 (1963)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)

Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974)

Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)

United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984)

Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988)

United States v. Patane, 542 U.S. 630 (2004)

Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006)

Kansas v. Ventris, 556 U.S. 586 (2009)

LYHENNELUETTELO

EAOK	Eduskunnan oikeusasiamies
EIS	yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus SopS 18-19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
ETL	Esitutkintalaki 805/2011
HE	hallituksen esitys
HO	hovioikeus
Kidutusyleissopimus	kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus SopS 59/1989
KKO	korkein oikeus
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
OK	oikeudenkäymiskaari 4/1734
PKL	pakkokeinolaki 806/2011
PL	Suomen perustuslaki 731/1999
RL	rikoslaki 39/1889
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa 689/1997
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
VP	valtiopäivät

KUVIOT JA TAULUKOT

Kuvio 1. Lainkäytön funktiotasot.

Kuvio 2. Todistamis- ja hyödyntämiskiellot.

Kuvio 3. Rikosprosessin funktiot sekä hyödyntämiskieltojen funktioiden sisältämien periaatteiden väliset suhteet.

Taulukko 1. Sääntöjen ja periaatteiden väliset erot.

1. JOHDANTO

1.1 Taustaa

Suomalaisen oikeudenkäytön pääsääntönä on vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta. Tuomioistuin voi todistusharkinnassa vapaasti määritellä esitetyn näytön todistusvoiman. Vapaan todisteluteorian mukaisesti tuomioistuin voi myös vapaasti hyödyntää kaikilla mahdollisilla todistuskeinoilla tarjottua näyttöä.¹ Vapaasta todisteluteoriasta on kuitenkin poikkeuksia. 1.1.2016 voimaan tulleen oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevan 17 luvun uudistuksen yhteydessä säädettiin hyödyntämiskielloista laintasoinen säännös. Oikeudenkäymiskaaren (732/2015, OK) 17:25:n mukaan tuomioistuin ei saa hyödyntää todistetta, joka on saatu kiduttamalla, itsekriminointisuojan vastaisesti tai on vastoin hyödyntämiskiellon yleissäännöstä.

Ennen uudistusta lainvastaisesti hankitun todistusaineiston hyväksyttävyyttä arvioitiin pelkästään oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuudessa esitettyjen näkemysten perusteella. Perinteisesti todistamiskiellon rikkomisesta ei katsottu seuraavan hyödyntämiskieltoa, vaan sen asettamisen katsottiin edellyttävän erittäin törkeää menettelyä todisteen hankkimisessa, kuten kiduttamista tai muuta vakavaa ihmisarvon loukkaamista. Muuhun Eurooppaan verrattuna oikeustilanne oli harvinaisen säätelemätön.²

Muutoksen tilanteeseen toivat Suomen liittyminen Euroopan neuvoston jäseneksi ja sitä kautta Euroopan ihmisoikeussopimukseen (EIS) 1990 sekä perusoikeusuudistukset 1995 ja 2000.³ Tässä yhteydessä on kuitenkin syytä muistaa, että Suomi liittyi Euroopan neuvoston jäseneksi verraten myöhään. Kokonaisuudessaan sopeutumista ihmisoikeussopimukseen voi luonnehtia kivulloseksi. Vuosina 1990 - 2020 Suomi on saanut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimesta 191 tuomiota. Määrällisesti suurin osa näistä on koskenut oikeudenkäynnin kestoja (62) tai muita oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiä (37).⁴ On myös huomattava, että vuoteen 2000 asti oli vallalla lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskielto.

¹ HE 46/2014 vp, s. 45.

² Pölönen 2003, s. 209.

³ Oikeustieteessä perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla ei ollut ennen 1990-luvun loppua mainittavaa asemaa. Suomessa käytiin kuitenkin 1980-luvun lopun ja 1990-luvun alussa oikeusteoreettisissa väitöskirjoissa oikeusperiaatekeskustelua, joka loi tieteenteoreettista pohjaa perus- ja ihmisoikeusajattelun esiintulolle, ja perus- ja ihmisoikeudet alkoivat muodostua osaksi lainopillista ja oikeuspoliittista analyysiä. Lahti 2013, s. 33, 62–64. Perusoikeusnäkökulma sekä kriminaalipoliittisesti orientoitunut tutkimus ovat olleet keskeiset tutkimuskohteet viimeisten kahdenkymmenen vuoden aikana. Lahti 2013, s. 28; Tolvanen 2012, s. 200. Lisäksi lainsäädännöllisen pohjan muuttuminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittymisen, perusoikeusuudistuksen, perustuslain säätämisen ja Euroopan unionin jäsenyyden vuoksi vaikutti myös oikeuslähdeopilliseen keskusteluun. Ks. tutkielman luku 2.2.

⁴ Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, 2020.

Tuomioistuimilla ei ollut toimivaltaa tutkia lain perustuslainmukaisuutta. Käytännössä suomalaiset tuomioistuimet eivät soveltaneet vanhassa hallitusmuodossa turvattuja perusoikeuksia. Perusoikeusvalvonnan ongelmat heijastuivat myös kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa turvattuihin ihmisoikeussopimuksiin.⁵

Muutoksen myötä korkein oikeus (KKO) arvioi hyödyntämiskieltoja lähinnä ihmis- ja perusoikeusvelvoitteista lähtien ja pitkälti ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisukäytäntöjen mukaisesti.⁶ 2016 voimaan tulleen todistelu-uudistuksen tarkoituksena voidaan katsoa olleen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisen todistamis- ja hyödyntämiskieltoajattelun juurruttaminen Suomeen.⁷

Antti Tapanila on tarkastellut empiirisesti epäilyyn oikeuksia koskevia hovioikeustapauksia vuosilta 2012 - 2013 ja havainnut hovioikeuksien omaksuneen EIT:n oikeuskäytäntöä koskevat tulkintansa KKO:n ratkaisusta. Hovioikeudet eivät ole arvioineet EIT:n tapauksia kovinkaan itsenäisesti. Tämä edistää oikeuskäytännön yhtenäisyyttä, mutta siirtää samalla vastuun ihmisoikeussopimuksen noudattamisesta KKO:lle. Myös KKO:n mahdolliset virheelliset tulkinnat kertaantuvat tällöin alimmissa oikeusasteissa. Vuosien 2014 - 2018 hovioikeustapauksien osalta Tapanila havaitsi, että hyödyntämiskieltovaatimuksia on tarkasteltu yksinomaan uudistuneen lainsäädännön kautta. Tapanila pitää ongelmallisena sitä, että pelkästään kansalliseen lakiin ja sen sanamuotoihin tukeutuva lainkäyttö jättää lain yhdenmukaisuuden huomioon ottamisen ihmisoikeuksien kanssa vain lainsäätäjän varaan. Samalla jää huomioimatta EIT:n mahdollinen oikeuskäytännön muuttuminen.⁸

OK 17 luvun uudistuksen yhteydessä hyödyntämiskielloista esitettiin hyvinkin erimielisiä näkemyksiä. Tämä oli havaittavissa kuultaessa asiantuntijoita uudistuksen yhteydessä samoin kuin lakialoitteen eduskuntakäsittelyssä. Kriitikissä korostui aineellisen totuuden pyrkimisen korostaminen ja pelko siitä, ettei rikosvastuu toteudu, koska syyllinen voi vapautua pelkän muutoseikan perusteella. Äänekkäimpien kriitikoiden mukaan hyödyntämiskiellot amerikkalaistaisivat Suomen oikeusjärjestelmän ja rikolliset pääsisivät vapaiksi muutoseikkojen vuoksi juuri niin kuin yhdysvaltalaisissa televisiosarjoissa ja elokuvissa tapahtuu.⁹

⁵ Lavapuro 2014, s. 466–467.

⁶ Riekkinen 2014, s. 169.

⁷ Pölönen – Tapanila 2015, luku 1.1.

⁸ Tapanila 2019, s. 214–215.

⁹ Tässä yhteydessä on syytä huomioda, että ihmisen tarve sanktoida sääntöjen rikkojaa on syntynyt ihmisen lajinkehityksen myötä. Taipumuksemme on arvioida tapahtumia moraalisesti, ja moraalitunteisiin kuuluu mm. norminrikkomuksen aiheuttama suuttumus ja kostonhalu. Mieleemme on kehittynyt muistamaan ja

Esimerkiksi *Ben Zyskowitz* totesi eduskunnan täysistunnossa 5.2.2015 seuraavasti: ”Herra puhemies! Tämä muutos todellakin tarkoittaa sitä, kuten sanoin, että Suomessa saa hyödyntää lainvastaisesti hankittuja todisteita, ja tietysti pitääkin hyödyntää, koska tuomioistuimen pitää pyrkiä aineellisen totuuden selville saamiseen. Eli lausun täältä eduskunnan pöntöstä, että kuulkaa, te kaikki ihmisoikeusjuristit ja rikosasianajajat, kaikki markku fredmanit ja kari uotit: Suomessa saa hyödyntää lainvastaisesti hankittuja todisteita, eikä teidän kannata enää yrittää tällä perusteella saada tuomioistuinta johonkin muuhun ratkaisuun, kuin mihin aineellinen sisältö antaisi aihetta päätyä.”¹⁰

Professori *Pekka Viljanen* puolestaan otti lausunnossaan esille Clint Eastwoodin fiktiivisen poliisielokuva *Dirty Harry*n. Viljasen mukaan oikeusjärjestys epäonnistuu silloin kun kiistattomia todisteita ei hyödynnetä hankkimisessa tehtyjen menettelyvirheiden vuoksi ja selvä syyllinen vapautuu vastuusta. Tällainen oikeustajua loukkaava lopputulos voi hänen mukaansa johtaa *Dirty Harry*n tavoin omankädenoikeuteen, koska oikeusjärjestys ei tarjoa oikeusturvaa muille kuin rikoksentekeijöille.¹¹

OK 17:25:n kolmannen momentin yleissäännöksen sisältö muuttuikin eduskuntakäsittelyssä eduskunnan lakivaliokunnan näkemyksen mukaiseksi. Hallituksen esityksen mukaan tuomioistuimen olisi ollut jätettävä lainkohdassa tarkoitettu todiste hyödyntämättä siinä mainituin edellytyksin.¹² Lakivaliokunta korosti mietinnössään todisteiden vapaan harkinnan ensisijaisuutta ja hyödyntämiskiellon poikkeuksellisuutta. Valiokunnan mukaan tuomioistuimen tulee hyödyntämiskielloa harkitessaan tehdä aina kokonaisvaltainen arviointi. Arviointiin vaikuttaa asian selvittämisen intressi ja tapahtuneen perus- tai muun oikeudenloukkauksen vakavuus sekä oikeusturvanäkökohdat.¹³

Hyödyntämiskieltokeskustelussa onkin nähtävissä selkeät painotuserot rikosvastuun toteuttamisen ja epäillyn/syytetyn perus- ja ihmisoikeuksien välillä. Samalla on nähtävissä, kuinka perus- ja ihmisoikeuksien korostuminen on muovannut pyrkimystä aineelliseen totuuteen.

havaitsemaan hyväksikäyttävää tai väkivaltaista käyttäytymistä. Moraalisen suuttumuksen voimakkuuteen vaikuttaa teon luonne, tekijän asema ja oletettu, tuleva osallistuminen sosiaaliseen käyttäytymiseen. Valtion väkivallan monopoli ilmaisee sekä moraalitunteita että rajoittaa niiden ilmentymiä kuten kostoja ja koston kierrettä. Kivivuori ym. 2018, s. 260–261.

¹⁰ Zyskowitz Ben, Eduskunnan täysistunnon puheenvuoro 149/2014 vp.

¹¹ Oikeusministeriö 2013, s. 19.

¹² HE 46/2014 vp, s. 29.

¹³ LaVM 19/2014 vp, s. 7.

Aineellisen totuuden tavoitetta on korostettu erityisesti vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa. Esimerkiksi *Lauri Hormia* korostaa, että rikosprosessin voi katsoa saavuttaneensa päämääränsä vain, jos totuus saadaan selville.¹⁴ Hänen kommenttinsa tuolloisesta¹⁵ Saksan lakimiespiireissä vallitsevasta mielialasta kuvastaa hyvin aineellisen totuuden ja ihmis- ja perusoikeuksien välistä jännitettä. Hormia toteaa, että ”mieliala edustaa reaktiota lähimenneisyyden väärinkäytöksiä vastaan samalla tavalla kuin Yhdysvaltojen oikeutta leimaa reaktio poliisimielivaltaisuuksia kohtaan. Tämä johtaa personallisuusarvojen, ihmisoikeuksien ja perustuslain voimakkaaseen korostamiseen – ettei sanottaisi – palvontaan ja henkiseen valmiuteen tervehtiä mitä tahansa rikoksesta epäillyn hyväksi koituvia muutoksia edistysaskeleina.”¹⁶ Aineellisen totuuden periaatteen lisäksi kyse on kuitenkin myös prosessin muista periaatteista. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ajatus ei toteudu pelkästään sillä, että aineellinen totuus löytyy rikosprosessin lopputuloksena, vaan totuuden selvittämällä on rajansa. Totuuden etsimisen tulee tapahtua tietyissä puitteissa, hyväksyttävällä, oikeudenmukaisella ja ihmisarvoa kunnioittavalla tavalla.¹⁷

Aineellisen totuuden asemasta oikeuskirjallisuudessa puhutaan prosessuaalisesta totuudesta. *Matti Tolvasen* mukaan realistinen lähtökohta on, ettei rikosprosessissa saada selville aineellista totuutta.¹⁸ Kyse on lähinnä asianomistajan ja syylliseksi epäillyn perusoikeuksien välisestä punninnasta. Prosessissa todellinen tapahtumainkulku suodattuu ratkaisun pohjaksi

¹⁴ Hormia 1978, s. 1, 28. Näin myös esim. Viljanen 2001 s. 1004.

¹⁵ Hormian väitöskirja on vuodelta 1978 ja lähimenneisyyden väärinkäytöksillä hän viitanee kansallissosialismiin. Kansallissosialismissa tuomarin oli tehtävä sellainen ratkaisu, jonka Führer olisi asiassa antanut. Führer oli ylin tuomari ja tuomioistuimen tehtävänä oli toteuttaa hänen tahtoaan. ”Der Führer ist oberster Gerichtsherr des deutschen Volkes”. Kyse on ns. Führer -periaatteesta. Kangas 1987, s. 26. Ajattelun muutoksesta voidaan mainita esimerkkinä Gustav Radbruchin formula vuodelta 1946. Sen mukaan tuomari voi sivuuttaa sellaisen lain säännöksen, jonka hän katsoo olevan selkeästi sisällöltään vastoin oikeusjärjestyksen perustavia arvoja tai tietoisesti loukkaavan kansalaisten yhdenvertaisuutta suhteessa lakiin. Raitio 2017, s.43. Führer -periaatteen ongelmista ks. Lundqvist, joka toteaa, ”... Rättskipning ersattes med förvaltning, och rätten placeras då i sputspets ände.” Lundqvist 2019, s. 39.

¹⁶ Hormia 1978, s.186 alaviite 281.

¹⁷ Hirvelä 2003, s. 16, 18,19; Ervo 2001, s. 408; Lundqvist 2018, s. 537.

¹⁸ Markku Fredman toteaa oikeussaleja kiertämällä paljastuneen, ettei totuutta oikeasti ole olemassa. Esimerkkinä hän mainitsee pitkän ajan kuluessa tehdyt, useasta osateosta muodostuvat rikokset. Jos syyte koskee esimerkiksi huumausaineen käyttöä vuoden ajalta, ammattimaista pimeän viinan myyntiä, tai oikeus arvioi, mitä juopunut syytetty on pitänyt varsin todennäköisenä seurauksena hänen laukaistessaan aseensa, on kyse aina arviosta. Käytetyn huumausaineen ja myydyn viinan määrä sekä myynnin kestoaika tai humalaisen mielen liikkeet ovat aina oikeudelle esitetyn aineiston perusteella tehtyjä arvioita ja tahallisuuskysymyksen osalta ei mitään todistusaineistoa usein edes ole. Fredman 2018, s. 113. Vrt. yllä mainittu Hormia sekä Hormia 1978, s. 1-3 ja Ervo 2001, s. 407, jotka puhuvat rikosprosessia hallitsevasta ”oikeuden aatteesta.”

rikosoikeudellisen normiston kautta ja prosessuaalisten normien määrittelemällä tavalla. Totuus on systeemin omin kriteerein määritetty, systeemin sisäinen totuus.¹⁹

1.2 Tutkielman kysymyksenasettelu

Tutkielman aiheena on lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämiskieltoihin liittyvä problematiikka rikosprosessissa. Tutkielmassa ei käsitellä siviili- tai hallintoprosessiin liittyviä kysymyksiä.

Problematiikan teoreettisesta moninaisuudesta on osoituksena kysymyksen kietoutuneisuus perus- ja ihmisoikeuden oikeuslähdeopille aiheuttaneisiin haasteisiin sekä yhtymäkohdat oikeuden ja moraalien väliseen rajanvetoon. Luvussa kaksi pohjustankin tutkielman teoreettisia lähtökohtia käsittelemällä tiivistetysti rikosoikeuden lakipositivistista traditiota ja laillisuusperiaatetta sekä oikeuslähdeoppiin liittyviä kysymyksiä.

Luvussa kolme määrittelen laittoman todisteen sekä käsittelen lyhyesti seikkoja, jotka voivat johtaa poliisimiehen hankkimaan todisteita laittomasti. Kysymys yksityisten avulla laittomasti saaduista todisteista jää pääosiltaan tutkimuksen ulkopuolelle.

Hyödyntämiskieltojen osalta lähtökohtana on hyödyntämiskiellon käsite, sen funktiot ja rikosprossin funktiot. Tarkoituksena on systematisoida todistamis- ja hyödyntämiskieltojen suhdetta rikosprosessin funktioihin. Hyödynnän tutkielmassa ruotsalaisen *Ulf Lundqvistin* esittämiä hyödyntämiskieltojen funktioita sekä näiden funktioiden sisältämiä periaatteita.

Erityisenä tutkimuskohteena on OK 17:25.3:n mukainen yleissäännös lainvastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämisestä ja siinä esitetyt harkintakriteerit hyödyntämiskiellon asettamiselle. Niiden osalta annan tulkintasuosituksen. Sivuan tutkielmassa myös kiduttamalla saatuihin todisteisiin liittyvää problematiikkaa. Lisäksi käsittelen kysymystä oikeudesta avustajaan, joka lain esitöiden mukaan ratkaistaan OK 17:25.3:n mukaan, sekä käsittelen lyhyesti ylimääräisen tiedonhankintaan liittyviä kysymyksiä silta osin kuin ne liittyvät OK 17:25.3:n tulkintaan.

Luvuissa seitsemän ja kahdeksan käsittelen hyödyntämiskieltoja esitutkinnassa ja syyteharjinnassa sekä etäishyödyntämisen ongelmaa.

Varsinaiset tutkimuskysymykset ovat seuraavat:

¹⁹ Tolvanen 2006, s. 1328–1329.

1. Mitä hyödyntämiskiellolla tarkoitetaan ja mitkä ovat sen funktiot?
2. Mikä on hyödyntämiskiellon suhde rikosprosessin funktioihin?
3. Mistä hyödyntämiskieltoharkinnassa on kyse?
4. Mikä on hyödyntämiskiellon yleissäännöksen sisältö ja sen harkintakriteerit?
5. Miten hyödyntämiskiellot on otettava huomioon esitutkinnassa ja syyteharkinnassa?
6. Mitä etäishyödyntämisellä tarkoitetaan ja milloin hyödyntämiskiellon etäisvaikutus voisi tulla kysymykseen?

1.3 Metodologisista valinnoista

Lainopillinen eli oikeusdogmaattinen metodi voidaan *Raimo Siltalan* mukaan määritellä oikeudelliseksi argumentaatioksi, jossa oikeussääntöjen tulkinnan ja systematisoinnin lisäksi systematisoidaan vähintään heikosti systeemisesti jäsenytyneitä oikeusperiaatteita ja prejudiikaattinormeja sekä punnitaan oikeusperiaatteita ja muita oikeudellisia ratkaisustandardeja.²⁰

Oikeussääntöjen merkityssisällön selvittäminen eli tulkinta on perinteisesti määritelty käytännölliseksi lainopiksi ja systematisointi puolestaan teoreettiseksi lainopiksi. Systematisointi tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen keskinäisten suhteiden selvittämistä.²¹ Tulkitseminen ja systematisointi palvelee lähinnä tuomioistuinten ja käytännön lakimiesten tarpeita.²² Pelkistetysti todettuna lainopissa on kyse oikeudellisten tulkintakannanottojen antamisesta ja säännösten järjestämisestä johdonmukaiseksi, ristiriidattomaksi ja helpommin sovellettavaksi kokonaisuudeksi.

Lainopin ja muiden oikeustieteen alojen sekä yhteiskuntatieteiden välisestä suhteesta ja tieteiden välisestä tutkimuksesta on esitetty erilaisia näkemyksiä. Toisaalta on korostettu lainopin erityisasemaa, toisaalta taas sitä, että oikeuden tarkastelu kokonaisuudessaan edellyttää tieteiden välistä tutkimusta.²³ Tarvetta tieteidenvälisyyteen voi perustella sillä, ettei oikeus muodostu pelkästään oikeusnormeista, vaan normit ovat ajallisia, paikallisia,

²⁰ Siltala 2003, s. 328.

²¹ Aarnio 1997, s. 36–37; Siltala 2003, s. 328.

²² Vrt. Wilhelmsson, joka katsoo, että tämä tapa määritellä lainoppia on suppeudessaan ja yksipuolisuudessaan harhaanjohtava. Hänen mukaansa lainoppia kirjoitetaan sekä tiedeyhteisölle että oikeusyhteisölle. Wilhelmsson 2020, s. 503, 506.

²³ Ks. esim. Minkkinen 2017; Rikander 2019, s. 74; Wilhelmsson 2020.

yhteiskunnallisia ja taloudellisia. Näin ollen oikeutta on tarpeen tutkia myös muista kuin lainopillisesta näkökulmasta.²⁴

Tämän tutkielman metodi on pääsääntöisesti lainopillinen, mutta tutkielmassa hyödynnetään myös muitakin tarkastelunäkökulmia. Tutkielmassa on ensinnäkin vertailevaan oikeustieteen liittyviä piirteitä, koska argumentaation syventämiseksi käsittelem jonkin verran Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä. Lisäksi hyödynnän oikeussosiologiaa ja oikeushistoriaa. Oikeusteorian/filosofian osalta viittaa puolestaan *Ronald Dworkiniin*, joka on osuvasti todennut käytännöllisemmänkin juristin normatiivisen ajattelun olevan sidoksissa taustalla piileviin filosofisiin oppirakennelmiin.²⁵ Lisäksi viittaa *Sakari Melanderin* väitöskirjassaan mainitsemaan amerikkalaiseen oikeushistorioitsija *Harald J. Bermanin* esimerkkiin, joka kuvaa erinomaisesti ensinnäkin sitä, kuinka voimme oikeusteoreettisesti päätyä eri näkemyksiin. Toisaalta esimerkki kuvaa sitä, miten sidonnaisia näkemyksemme ovat aikaan ja yhteiskuntaan. Esimerkki kuuluu seuraavasti:

”The German social philosopher *Jürgen Habermas* was asked in October 1986, at meeting in Cambridge, Massachusetts, what he thought about capital punishment. He might have answered in natural-law terms: ”it violates the sanctity of life, it violates the Kantian categorical imperative”, or alternatively ”it is the just desert of the murderer or traitor.” He also might have answered in positivist terms: ”It should be retained because it is useful in deterring the murder and treason” or alternatively ”it should be abolished because it is not useful in deterring crimes to which it is not applicable.” Habermas did not give either sets of these answers. Instead he said. ”You must understand that after what Germany lived through under Nazism, it would have been impossible to restore capital punishment.”²⁶

Noudatan tutkielmassa oikeuslähteiden velvoittavuuteen perustuvaan *Aulis Aarnion* päivitettyä oikeuslähdeoppia.²⁷ Käsittelem aiheita tarkemmin luvussa 2.2.

²⁴ Hirvonen 2011, s. 55. Thomas Wilhelmsson toteaa, ettei lainopin ja muun oikeustutkimusten metodisten lähestymistapojen välillä ole selkeää rajaa, vaan raja on lähinnä keinotekoinen. Wilhelmsson 2020, s. 503.

²⁵ Dworkin 1986, s. 380.

²⁶ Melander 2008, s. 49.

²⁷ Muita oikeuslähdeoppeja ovat mm. Raimo Siltalan ja Hannu Tolosen oikeuslähdeopit. Siltala painottaa oikeuslähteiden institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää. Siltala 2003, s. 189–323. Hannu Tolosen toimintateoreettisessa oikeuslähdeopissa oikeus on jatkuva prosessi, jossa eri tahojen toiminta luo osaltaan perusteita muiden toimijoiden myöhemmälle toiminnalle. Tolonen 2003.

2 RIKOSLAIN LAKIPOSITIVISTINEN TRADITIO SEKÄ PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN ESIIN NOSTAMAT HAASTEET

2.1 Lakisidonnaisuus

Tutkielman kannalta yksi keskeisistä lähtökohdista on rikosoikeudellisen ratkaisutoiminnan lakisidonnaisuus. Oikeusteoreettisesti tarkasteltuna rikosoikeus on sidoksissa lakipositivistiseen traditioon, jonka tehtävänä on estää syyllisyyskysymyksen mielivaltainen ratkaiseminen. Lakipositivismia voidaan pohjimmiltaan pitää rikoslain soveltamisen välttämättömänä taustateorianana. Rikosoikeuden korostunutta lakipositivismia tukevat *Tatu Hyttisen* mukaan monet seikat: 1) Rikoslain tehtävänä on *Immanuel Kantin*, *Hans Kelsenin*, *Claus Roxinin* ja monen muun oikeusteoreetikon näkemyksen mukaan luoda ennustettavat puitteet yhteiskuntaelämälle 2) Lakisidonnaisuudella on olennainen yhteys yleisprevention mekanismiin, johon modernin mannermaisen rikosoikeuden legitimitetti pääasiallisesti perustuu, 3) *Montesquieulaisten* vallan kolmijako-opin mukaisesti lainsäädäntövalta²⁸ on parlamentilla ja lainkäyttövalta tuomioistuimilla. 4) Lakisidonnaisuus estää mielivaltaisuuden. Rikoslain soveltamisella tasapuolisesti ja ennalta sovitettujen pelisääntöjen mukaisesti varmistetaan, ettei tuomioistuinten legitimitettiä jatkuvasti kyseenalaisteta eikä luonnontilan²⁹ uhka toteudu.³⁰ Käytännön tasolla lakipositivisuus ilmenee rikosoikeudellisessa laillisuusperiaatteessa.³¹ Laillisuusperiaate koostuu neljästä alaperiaatteesta.³² Kirjoitetun lain vaatimuksen mukaan tuomari ei saa mennä lain ulkopuolelle (*praeter legem* -kielto). *Praeter legem* -kielto antaa rikosoikeudelle sen staattisen luonteen verrattuna esimerkiksi siviilioikeuteen, joka on

²⁸ Tässä yhteydessä on syytä huomata, ettei vallanjako aina käytännössä toteudu, vaan lainsäätäjät voi jättäytyä passiiviseksi yhteiskunnallisesta tarpeesta huolimatta. Tästä on esimerkkinä poikalasten kulttuuri- tai uskontosidonnaisista syistä tehtävä ympärileikkaus. Sen salliminen tai kieltäminen olisi ollut monipuolista arvopunintaa edellyttävä, lainsäätäjän ratkaisua vaativa kysymys, aivan kuten Ruotsissa tehtiin. Suomessa ei kuitenkaan saatu aikaiseksi omaa lakia, vaan sääntely on tehty antamalla ennakkopäätöksiä pahoinpitelyrikoksen tunnusmerkistön tulkinnasta. Launiala 2020, luku 3.4.3.

²⁹ Hyttinen tarkoittanee tässä luonnontilaa Thomas Hobbesilaisessa mielessä. Hobbesin mukaan luonnontilassa vallitsee pysyvä epäluottamus ja jokainen pyrkii toteuttamaan omat, henkilökohtaiset halunsa ja tarpeensa. Tämä johtaa pahimmillaan kaikkien sotaan kaikkia vastaan. Järkiperaisina olentoina ihmiset kuitenkin ymmärtävät, että järjestys on välttämätön. Hobbes 1999, s. 121–125. Yhteiskunta ei ole siis ole luonnostaan harmoninen, vaan järjestys on luotava keinotekoisesti. Järjestys edellyttää aina suvereenia valtaa, joka määrittelee järjestyksen sisällön ja ylläpitää järjestystä. Tämä ajattelutapa on nähtävissä nykyisin oikeuspositivismissa. Oikeusjärjestys on valtajärjestys, joka sääntelee mm. poliittisten päätösten tekojärjestyksen, tuomiovallan käytön sekä kansalaisten oikeudet ja velvollisuudet. Tolonen 2001, s. 120; Aarnio 2006, s. 129. Tässä yhteydessä on syytä huomata ajatus valtajärjestyksen sopimuksellisuudesta, ns. yhteiskuntasopimuksesta. Se on tarjonnut sekä perusteet valtaapitävien vallalle että keinot kritisoida heitä. Ks. Herzog 2018, s. 71.

³⁰ Hyttinen 2015, s. 10–11.

³¹ Laillisuusperiaatteen tausta on valistusajassa ja Ranskan vallankumouksessa. Periaatteen kansainvälisesti tunnustetuksi tulemisessa oli ratkaiseva rooli Ranskan ihmisoikeuksien julistuksella 1789. Frände 2005, s. 32.

³² Periaate voidaan käsittää myös neljän oikeusnormin yhdistelmänä. Laillisuusperiaatteesta puhutaan myös legaliteettiperiaatteena.

perustaltaan avoin oikeuslähdeoppi ja jossa oikeusriidat ratkaistaan periaatepunninnan kautta.³³ Toiseksi lainsäätäjät ei saa säätää epätasällisiä rikossäännöksiä (epätasällisyyskielto). Kolmanneksi lainsäätäjät ei saa määrätä taannehtivasti rangaistavaksi tekoja, jotka eivät ennen lakia olleet kriminalisoituja (retroaktiivisyyskielto). Tuomari ei myöskään saa soveltaa taannehtivasti lakia sellaisen teon rankaisemiseksi, joka tekohetkellä ei ollut vielä rangaistava. Neljänneksi tuomari ei saa soveltaa lakia analogisesti syytetyn vahingoksi (analogiakielto).³⁴ Laillisuusperiaatteesta on säädetty perustuslain (731/1999, PL) 8 pykälässä ja rikoslain (515/2003, RL) 3:1:ssa. Laillisuusperiaate sisältyy myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklaan.³⁵

Laillisuusperiaatteen avulla Tatu Hyttisen edellä mainitut lakipositivisme korostavat perusteet voidaan määrittellä hieman toisin sanoin. Ensinnäkin laillisuusperiaate määrittelee rajat rikosoikeudellisen järjestelmän käytölle ja vahvistaa näin oikeusturvaa. Laillisuusperiaate vahvistaa rikoslainsäädännön legitimisyyttä ja legitimiiksi kokemista, koska rikosoikeudellinen lainsäädäntö syntyy demokraattisen päätöksenteon tuloksena. Laillisuusperiaate tukee myös yleispreventioon kuuluvaa normien sisäistävää vaikutusta, koska rikosoikeudellinen lainsäädäntö kootaan lakiin ja säännöksille on olemassa selkeysvaatimus. Laillisuusperiaatteen tausta-arvoja ovat oikeusturvan ja ennakoitavuuden takaaminen. Laillisuusperiaatteesta seuraa, että rikosoikeudellinen tulkinta keskittyy lakitekstiin.³⁶

Oikeushistoriallisesti tarkasteltuna on syytä muistaa, että pohjoismaisen oikeuden yksi keskeinen ominaispiirre on kirjoitetun lain vahva asema. Lait kirjattiin ylös varhaisessa vaiheessa.³⁷ Jo keskiajalla tuomareita kiellettiin harjoittamasta mielivaltaa.³⁸

2.2 Oikeuslähdeopista sekä perus- ja ihmisoikeuksien esiin nostamista haasteista

Oikeuslähdeoppia käsiteltäessä on syytä huomioida kaksi keskeistä asiaa. Ensinnäkin, oikeuslähdeoppi ilmentää ja ylläpitää juristin ammatillista identiteettiä. Juristi on juristi, koska hän on omaksunut oikeudellisen näkökulman ja käyttää harkinnassaan oikeudellisia argumentteja.³⁹

³³ Frände 2005, s. 35.

³⁴ Frände 2005, s. 35.

³⁵ Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä ks. esim. Martirosyan v. Armenia 5.2.2013 kohdat 56–57 ja Huhtamäki v. Suomi 6.3.2012 kohdat 41–52.

³⁶ Melander 2008, s. 19, 22.

³⁷ Pihlajamäki 2018, s. 1, 5.

³⁸ Brusiin 1938, s. 91.

³⁹ Karhu 2020, s. 1017.

Toiseksi, kuten on jo aikaisemmin todettu, oikeusjärjestys on valtajärjestys. Laki ja oikeus ovat yhteiskunnallisen vallankäytön välineitä ja oikeuslähdeoppi on näiden välineiden käytösääntö. Eli oikeuslähdeoppi kytkeytyy yhteiskunnallisen vallankäytön muotoihin ja tapoihin. Vaikka tuomioistuimet ovat riippumattomia tuomiovallan käyttäjiä, lainsäädännön ja tuomioistuinratkaisujen väliset suhteet oikeuslähdeopissa kuvastavat politiikan ja oikeuden rajanvetoa. Vallanjako-oppiin perustuvan poliittisen järjestelmän osana oikeuslähdeoppi toimii puolestaan esimerkiksi silloin, kun oikeuslähdeopin avulla varmistetaan, ettei tuomioistuinten riippumattomuus johda itsevaltaisiin tai mielivaltaisiin tuomioihin. Oikeuslähdeoppiin sisältyy myös käsitys lain ja oikeuden yhteydestä sekä suhteesta yhteiskunnan muihin normijärjestelmiin. Näiden väliset ongelmat näkyvät puolestaan keskusteluissa moraalien ja moraalisten arvojen asemasta oikeuslähteenä.⁴⁰ Viimeksi mainittu kysymys liittyy puolestaan läheisesti perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen korostumiseen.

Perus- ja ihmisoikeuksien keskeinen teoreettinen ongelmallisuus liittyy siihen, että ne edustavat sekä oikeutta että moraalialia.⁴¹ Duaalisina ne avaavat oikeuden moraalille argumentaatiolle. Kuten edellä todettiin, rikosoikeus on traditioltaan lakipositivinen oikeudenala, jolle olisi ominaisempaa erottaa oikeus ja moraalialia sekä pitämisen (sollen) ja olemisen (sein) maailma⁴² kuin liikkua niiden rajoilla tai ylittää se. Tiivistetysti kyse on siitä, painotammeko rikoslain lakipositivistista traditiota vaiko perus- ja ihmisoikeusargumentaatiota.⁴³ Valinta vaikuttaa oikeuslähdeoppiin, lainsoveltamismetodiikkaan ja tuomion perusteluihin. Jos perus- ja ihmisoikeudet mukautetaan rikosoikeudelliseen traditioon, huomioidaan perus- ja ihmisoikeusargumentaatio myönteisesti ja perustuslain mukaisesti. Jos taas rikosoikeus alistetaan perus- ja ihmisoikeuksille, ongelmaksi nousee laillisuusperiaatteen ja sen tausta-arvojen eli ennakoitavuuden ja oikeusturvan suhteuttaminen perus- ja ihmisoikeuksiin.⁴⁴

⁴⁰ Karhu 2020, s. 1017.

⁴¹ Esimerkkinä valtiosta, jossa oikeus ja moraalialia ovat kiinteästi sidottu toisiinsa, toimii kansallissosialistinen Saksa. Oikeusjärjestys oli avoimesti arvosidonnainen. Kansallissosialistisen oikeuden perustehtävänä oli suojella kansan perusarvoja, joita olivat valtio, rotu, maatalousväestö, työ, taloudellinen toiminta, kunnia, kulttuuriset arvot ja puolustusvoimat. Adolf Hitler korosti oikeuden ja moraalialian liittymistä toisiinsa toteamalla ”Recht gleich Moral.” Kangas 1987, s. 24.

⁴² Hans Kelsenin puhtaassa oikeusopissa oikeusjärjestys on puhdistettu kaikesta ei-oikeudellisesta aineksesta ja jäsenetty hierarkkisen normipyramidin muotoon sekä kantalaisittain erotettu tosiasioiden maailma (Sein) normien maailmasta (Sollen).

⁴³ Hyttinen 2015, s. 6, 11.

⁴⁴ Aarnio 2014, s. 326; Hyttinen 2015, s. 26. Rikosoikeudellisesta traditiosta puhuu myös Melander 2008. Käytännöllisin näkökulma lienee se, että perus- ja ihmisoikeusnormien vaikutus oikeuslähdeoppiin voi vaihdella oikeudenaloittain. Husa 2004, s. 261–262.

Vertailen seuraavaksi Aulis Aarnion oikeuslähdeoppia sekä *Juha Karhun* tilanneherkkä oikeuslähdeoppia, sillä tämä vertailu heijastaa juuri edellä mainittua, tutkielman kannalta kiintoisaa problematiikkaa.⁴⁵

Aulis Aarnion mukaan oikeuslähdeopin tarkoituksena on ohjata oikeudellista harkintaprosessia ja toimia ikään kuin karttana.⁴⁶ Oikeuslähdeoppi rajaa oikeuden ei-oikeudesta ja lainmukaisuuden mielivaltaisuudesta eli sen avulla tunnistetaan voimassa oleva oikeus.⁴⁷ Samalla se määrittelee eri normilähteiden välisen hierarkian. Hierarkian avulla pystymme soveltamis- ja tulkintatilanteissa määrittelemään normilähteiden keskinäisten suhteiden painoarvon. Oikeuslähteiden sivuuttaminen tulkinta- tai ratkaisuperusteena tekee tulkinnasta tai ratkaisusta lainvastaisen.⁴⁸ Lisäksi on huomattava, että kun oikeudellinen ratkaisu tehdään lainmukaisesti, eikä ei-oikeudellisin perustein, eivät erilaiset epäolennaiset ratkaisuperusteet muodostu merkittäviksi. Erityisesti kiperissä laintulkintatilanteissa ne voisivat olla ratkaisevia perusteita.⁴⁹

Aarnio jakaa oikeuslähteet vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin. Vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat Suomen perustuslaki ja siinä säädellyt perusoikeudet, lait ja lakien nojalla annetut alemman asteiset normit, systeemiperusteet, kansallisen oikeuden osaksi saatetut kansainväliset sopimukset, Euroopan unionin antamat, lainkäyttäjää sitovat normit sekä Euroopan unionin antamat sitovat oikeusohjeet. Heikosti velvoittavia oikeuslähteitä ovat lainsäätäjän tarkoitus ja ennakkoratkaisut. Sallittuja oikeuslähteitä ovat käytännölliset argumentit (taloudelliset, historialliset ja yhteiskunnalliset perusteet), eettiset ja moraaliset perusteet, yleiset oikeusperiaatteet, maantapa, oikeustiede (vallitseva mielipide) ja vertailevat argumentit. Kiellettyjä oikeuslähteitä ovat ainoastaan lain ja hyvän tavan vastaiset sekä avoimen puoluepoliittiset argumentit.⁵⁰

Juha Karhulle perus- ja ihmisoikeudet eivät ole pelkästään tavallista vahvempia lakeja muiden joukossa, vaan ensisijaisia arvoja ilmaisevia ”supernormistoja”, jotka saattavat

⁴⁵ Aarniolaisen oikeuslähdeopin kritiikin ja oikeuslähdeopillisen keskustelun taustalla on kokonaisuudessaan oikeuden pirstaloituminen yhä pluralistisemmaksi ja polysentrisemmäksi. Valtiolla ei ole enää monopolia oikeuden tuottamiseen, vaan kansallisen lainsäädännön lisäksi on kansainvälisten toimijoiden tuottamaa omaa, kansallisvaltioita sitovaa ja niiden toimivallan ylittävää normistoa. Nämä normistot kietoutuvat ja lomittuvat edelleen toisiinsa. Kyse on siis oikeudesta osana postmodernia yhteiskuntaa. Ks. esim. Saraviita 2010.

⁴⁶ Aarnio 2014, s. 21.

⁴⁷ Hyttinen 2015, s. 314.

⁴⁸ Aarnio 2014, s. 234.

⁴⁹ Hyttinen 2015, s. 151.

⁵⁰ Aarnio 2014, s. 230–231.

syryttää säädetyt lait.⁵¹ Karhu esittää tilanneherkkää oikeuslähdeoppia⁵², jossa tilanneherkkyys tarkoittaa oikeudellisen ratkaisijan kykyä tunnistaa ja havaita eri tilanteissa niille ominaisia, tyypillisiä piirteitä. Tilanne hahmotetaan ensin oikeudellisesti ja vasta sen jälkeen etsitään tilanteeseen soveltuvia oikeusnormeja. Juridisen ratkaisun harkintavaihe tapahtuu siis päinvastaisessa järjestyksessä kuin argumentaatioteoriassa. Jos asiassa on kyse ihmis- ja perusoikeuksista, on olennaista tunnistaa niiden ja muiden intressien muodostama, jännitteinen kenttä. Tämän kentän sääntelyssä asiaa koskeva lainsäädännös on vain yksi harkintaan vaikuttava normisto. Sen lopullinen asema ja merkitys varmistuu vasta, kun pohditaan sen soveltamisen vaikutuksia asiassa ilmeneviin ihmis- ja perusoikeuksiin.⁵³

Aarnio puolestaan toteaa Karhun oikeuslähdeopin johtavan äärimmäiseen tapauskohtaisuuteen ja ennustettavuuden katoamiseen. Ratkaisun perustana olisi tulkitsija eikä kirjoitettu laki, ja ratkaisu perustuisi arvoihin. Aarnion oikeuslähdeopissa arvoihin turvaudutaan vasta silloin kun ratkaisua ei saada edes heikosti sitovista oikeuslähde- ja laintulkintaopin säännöistä. Arvot toimivat viimeisenä valintakriteerinä silloin kun oikeusperiaatteet ja tavoitteet ovat erisuuntaisia, ja niiden kesken on tehtävä punnintoja ja valintoja.⁵⁴ Lisäksi arvoilla on oltava oikeusturvan ja sitä kautta oikeusvaltion kannalta välttämätön edellytys eli institutionaalinen tuki. Aarnion mukaan Karhun oikeuslähdeopin ongelmana on se, että perusarvoille ei ole olemassa objektiivista sisältöä eikä niistä välttämättä koskaan päästä yksimielisyyteen. Aarnio mainitsee esimerkkinä kysymyksen siitä, milloin elämän katsotaan alkavan.⁵⁵ Perus- ja ihmisoikeudet eivät siis edusta sellaista arvotodellisuutta, josta tilanneherkkyuden tarvitsema sisällöllisyys olisi neutraalisti löydettävissä. Perus- ja ihmisoikeudet ovat keskenään ristiriitaisia ja mahdollistavat erilaiset tulkinnat. Tilanneherkän oikeuslähdeopin vaarana on mielivalta ja se on ristiriidassa laillisuusperiaatteen kanssa.⁵⁶

⁵¹ Karhu 2003, s. 797.

⁵² Tässä yhteydessä on syytä todeta, että vaikka hyödynän tutkielmassa, perustelluista syistä, Aarnion oikeuslähdeoppia, katson, että Karhun tilanneherkässä oikeusajattelussa on tutkimusteoreettisena lähestymistapana erittäin kiinnostavia piirteitä, joihin tämän tutkielman puitteissa ei kuitenkaan ole mahdollisuutta perehtyä tarkemmin. Esimerkkinä voi mainita poliisin toimivaltuuksia koskevat, Karhun ajattelua hyödyntävät tutkimukset, kuten Rikander – Muukkonen 2020 ja Metsäranta 2015.

⁵³ Karhu 2003, s. 803–804; Pöyhönen 2000 s. 186–196. Karhu on kehittänyt ajatteluaan edelleen 2020-luvun oikeuslähdeopiksi Karhu 2020. Aarnio puolestaan katsoo, että normatiivinenkin oikeuslähdeoppi on avoin muutoksille ja uusiutuu jatkuvasti. Liikkuvien osien sallitut oikeuslähteet ja myös heikosti velvoittavat oikeuslähteet mahdollistavat yhteiskunnan edellyttämän vaihtuvuuden, myös arvomuutokset. Aarnion oikeuslähdeoppi on siis tilanneherkkää. Aarnio 2014, s. 216–217.

⁵⁴ Klami 2001, s. 1312.

⁵⁵ Tästä puolestaan toimii hyvänä esimerkkinä Yhdysvaltain korkeimman oikeuden päätös *Roe v. Wade* (1973) ja sitä seurannut kiistely naisten aborttioikeudesta.

⁵⁶ Aarnio 2014, s. 258; Hyttinen 2015, s. 97.

Aarnion oikeuslähdeopissa laki linjaa tulkinnat ja erimielisyys rajoittuu systeemin antamiin rajoihin. Laintulkinnassa on ensisijaisesti selvitettävä lain sisältö. Jos systeemi jättää tilanteen auki, ja esimerkiksi jäljellä on edelleen kaksi tai useampia mahdollisia tulkintoja, niin perusoikeudet tarjoavat valinnalle perusoikeusmyönteisen lisäargumentin.⁵⁷

Lisäksi on syytä muistaa, että tuomioiden ulkopuolinen ja kriittinen arviointi on mahdollista vain silloin, kun oikeudellisten ratkaisuperusteiden merkityksestä ja velvoittavuudesta on yhteinen ja yleispätevä käsitys.⁵⁸

⁵⁷ Aarnio 2014, s. 262.

⁵⁸ Hyttinen 2015, s. 314.

3 LAITTOMASTI HANKITTU TODISTE

3.1 Todisteen hankkimisen lainvastaisuudesta ⁵⁹

Todisteen hankkimisen lainvastaisuus voi olla rangaistavaksi säädettyä menettelyä tai lain-säädannössä kiellettyä sanktioitua tai sanktioimatonta menettelyä. Viranomaisten osalta kyse voi olla toimivaltuuksien ylittämisestä tai menettelytapavirheestä. Ensisijaisesti tällaisissa tilanteissa on tarkoitettu sovellettaviksi laissa säädettyjä todistamis- ja käyttökieltoja hyödyntämiskiellon asemesta. Lainvastaista on myös esimerkiksi poliisin toimivaltuuksien käyttöä määrittelevän hallinnollisen ohjeistuksen vastainen toiminta.⁶⁰ Todiste voi myös olla esimerkiksi varastettu vastapuolelta tai todiste voi olla olemassa, vaikka se olisi lain mukaan pitänyt hävittää. Tällaisesta voidaan esimerkkinä mainita pakkokeinolain (737/2015, PKL) 10:52:n mukaisen kuuntelukiellon vastaista puhelua koskeva, hävittämättä jäänyt muistiinpano. Todisteiden hyödyntämiskelpoisuuteen liittyvät ongelmat ovat usein liittyneet salaisiin tiedonhankintakeinoihin. Näistä tyyppitapauksia ovat kuuntelukiellot ja ylimääräisen tiedon hyödyntäminen.⁶¹ Todisteiden hyödyntämiskiellon tarkoitus ei ole olla viranomais-toiminnan virheisiin tai puutteisiin puuttuva kurinpitokeino. Sitä varten on omat, virkavastuuseen liittyvät ja rikosoikeudelliset keinot.⁶²

Lähtökohta on kuitenkin se, että viranomaistoiminta perustuu lakiin ja tällöin viranomaisilta voidaan edellyttää toimivaltuutensa tuntemista ja niiden puitteissa toimimista.⁶³ Asianosaisten oikeusavustajien osalta Jokela huomauttaa perustellusti, että heiltä on edellytettävä samantasoista laillisten menettelytapojen noudattamista todisteiden hankinnassa kuin viranomaisiltakin.⁶⁴ Viranomaisille ei ole myöskään hyväksyttävää käyttää yksityishenkilöitä välikappaleenaan lainvastaisen todisteen hankkimiseksi. Toisaalta lain perusteluissa pidetään todisteen hyödyntämistä jossain määrin puoltavana seikkana, jos todisteen hankinnassa lainvastaisesti on menetellyt yksityinen henkilö toimimatta viranomaisen lukuun.⁶⁵ Lakivaliokunta puolesta huomauttaa, ettei hyödyntämiskieltoa tule ainakaan pääsääntöisesti ulottaa

⁵⁹ Tässä yhteydessä on kokonaisuudessaan edelleen syytä muistaa, että rikosprosessi ilmentää yhteiskunnallista valtaa ja valtaan sisältyy aina riski sen väärinkäytöstä. Rikosprosessissa voidaan rikkoa tai kaventaa yksilöiden yhteiskunnallista asemaa ja siihen on mahdollista liittää poliittisia kytkeitä. Vallan väärinkäyttö ei myöskään aina edellytä väärinkäyttämisen motiivia, vaan hyväänkin tahtoon voi sisältyä väärinkäyttöä tai ylivaltaa. Tämän ongelman vuoksi lainkäytön muutoin välttämätöntä liikkuma- ja päätöksentekovapautta on rajoitettava. Ervo 1996, s. 171–172.

⁶⁰ HE 46/2014 vp, s. 92.

⁶¹ Heiskala 2020, s. 4.

⁶² LaVM 19/2014 vp, s. 7.

⁶³ HE 46/2014 vp, s. 94; LaVM 19/2014 vp, s. 21.

⁶⁴ Jokela 2015, s. 341.

⁶⁵ HE 46/2014 vp, s. 95; OM 69/2012 s. 123.

tapauksiin, joissa kolmas osapuoli on luovuttanut lainvastaisesti hankkimansa todisteen viranomaisille.⁶⁶

Pelkkä lainvastaisuus ei kuitenkaan ole peruste hyödyntämiskiellolle, vaan on arvioitava, tekeekö todisteen hyödyntäminen oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen. Tätä arviointia varten OK 17:25.3:ssa on lueteltu arviointikriteereitä. Luettelo ei ole tyhjentävä, vaan myös muut olosuhteet voivat olla merkityksellisiä.⁶⁷ Viranomaisten lainvastaisen menettelyn voi katsoa vaarantavan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen huomattavasti helpommin kuin yksityishenkilöiden lainvastainen toiminta.⁶⁸

3.2 Poliisikulttuurista ja Dirty Harry -ongelmasta

Koska kyse on laittomasti hankitusta todisteesta, on syytä tarkastella laittomuutta myös toisesta näkökulmasta, sillä poliisitoimintaa eivät ohjaa pelkästään lain säännökset, vaan myös käytännöt, tavat ja poliisikulttuuri.⁶⁹

Poliisin toiminnan laillisuutta ylläpitää ensinnäkin päivittäinen esimiestyö. Laillisuuteen liittyvien ongelmien taustalla on suureksi osaksi lähijohtamisen ja arkipäivän valvonnan puutteet. Lisäksi, esimerkiksi yhteydet rikollismaailman tiedottajiin ja muihin toimijoihin voivat hämärtää käsitystä laillisuuden ja laittomuuden rajasta. Tämä puolestaan voi johtaa joutamaan oikeusnormeista ja jopa jonkinasteisen rikollisuuden hyväksymiseen. Kolmanneksi, eri viranomaisilla ja eri yksiköissä saattaa olla toisistaan poikkeavia arvoja, asenteita, kulttuureja, ammattirooleja ja ideologioita, jotka vaikuttavat päätöksentekoon ja toiminnan suuntaamiseen. Poliisi joutuu usein toimimaan paineen alaisena vaikeissa olosuhteissa. Tällöin arvojen ja asenteiden merkitys korostuu. Arvoristiriita lainsäätäjän ja lainsoveltajan välillä saattaa tällöin johtaa normin rikkomiseen.⁷⁰

Poliisikulttuurille keskeisiä piirteitä ovat kutsumus, epäluuloisuus, solidaarisuus, eristäytyneisyys, konservatiivisuus, maskuliinisuus ja praktisuus. Suomalalaisen poliisikulttuurille ovat ominaisia ovat myös sitoutuneisuus ja legalismi. Poliisikulttuuri voi ilmetä sekä negatiivisena tai positiivisena piirteenä.⁷¹

⁶⁶ LaVM 19/2014 vp, s. 21.

⁶⁷ HE 46/2014 vp, s. 92.

⁶⁸ Vuorenpää 2020, s. 135.

⁶⁹ Viitanen 2007, s. 96.

⁷⁰ Viitanen 2007, s.101; Hankilanoja 2014, s. 34, 37, 38.

⁷¹ Korander 2004, s. 7–17; Viitanen 2007, s. 100–106; Hankilanoja 2014, s. 32–36.

Poliisikulttuurin keskeisimpänä piirteenä voi pitää kutsumusta, mission tunnetta. Työ ei ole pelkästään työtä, vaan elämäntapa, jolla on tavoittelemisen arvoinen päämäärä. Suuri osa poliisimiesten laittomuuksista selittyy hyvien päämäärien ja kyseenalaisten keinojen ristiriitoina. Kyse on ns. *Dirty Harry* -ongelmasta eli siitä, missä määrin hyvät päämäärät oikeutavat eettisesti, poliittisesti tai laillisesti kyseenalaiset keinot päämäärän saavuttamiseksi. *Dirty Harry* -ongelma tarkoittaa valintaa kahden vääryyden välillä, sillä ongelmatilanteessa *Harryn* päämäärä on moraalisesti hyväksyttävä, mutta keinot laillisesti kyseenalaiset. Liian innokas kutsumus ajaa poliisimiehen toimintaan, jossa tarkoitus pyhittää keinot. Kun taas rankaisemme poliisia kyseenalaisten keinojen käytöstä moraalisesti kunnolliseen päämäärään, luomme *Dirty Harry* -ongelman.⁷²

Poliisin on myös työssään etsittävä jatkuvasti merkkejä ongelmista, vaaroista, rikoksista ja heidän on oltava jatkuvasti varuillaan. Poliisin epäilevää asennetta pidetään välttämättömänä välineenä ja siihen kannustetaan jo koulutuksessa. Poliisin stereotypiat toimivat epäluuloisuuden työvälineinä. Kumpikaan niistä ei sinällään ole ongelma, vaan se, missä määrin ne perustuvat todellisuuteen ja toimivat toivotusti. Solidaarisuus toisia poliisimiehiä kohtaan ja eristäytyneisyys muista ihmisistä voivat saada poliisimiehet suojelemaan toisiaan silloin kun heidän toimiaan tutkitaan. Tämä aiheuttaa ongelmia erityisesti silloin kun osapuolina ovat poliisimiehet ja heidän toimintansa kyseenalaistava taho.⁷³ Poliisin asiakaskunta on puolestaan suurimmilta osin sosiaalisen järjestyksen alimmilta portailta. *Marko Viitanen* toteaa osuvasti, että ”poliisin asiakaskunta koostuu niistä, joita konsumerismin palatsit eivät porteillessa kaipaa tai niistä, jotka kyseenalaistavat toiminnallaan hyvänä pidetyn elämänmenon mielekkyyden tai järjestyksen.”⁷⁴ Tämä puolestaan korostaa poliisimiesten työn ulottuvuudesta johtuvaa taipumusta moraaliseen ja poliittiseen konservatiivisuuteen. Kääntöpuolena on rotuennakkoluulot ja erilaiset vähemmistöjen, toisinajattelijoiden, aktivistien ym. syrjintä.⁷⁵

Suomessa virkamieskunnalla on vahva legalistinen perinne. Tämä, korkea etiikka sekä näihin liittyvä ammattiylpeys selittävät suomalaisiin poliisimiehiin kohdistuneita vähäisiä korruptioepäilyjä ja virkarikkeitä. Legalismilla on kuitenkin kielteinen puolensa. Paikallisten

⁷² Viitanen 2007, s. 101; Hankilanoja 2014, s. 35.

⁷³ Korander 2004, s. 9.

⁷⁴ Viitanen 2007, s. 104.

⁷⁵ Korander 2004, s. 16; Viitanen 2007, s. 104.

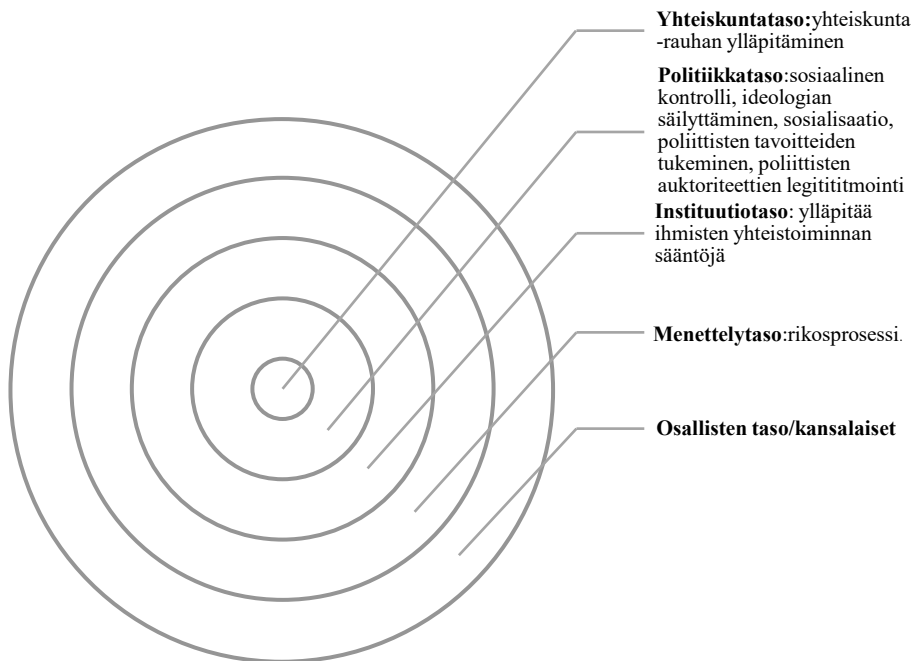
kansalaisten toivomukset ja oikeudet sekä oikeudenmukaisuus saattavat arvoina jäädä legaalisen lainkäytön varjoon.⁷⁶

⁷⁶ Korander 2004, s. 16–19.

4 FUNKTIOTARKASTELUSTA JA RIKOSPROSESSIN FUNKTIOISTA

4.1 Funktiotarkastelusta

Lainopissa funktioilla tarkoitetaan yleensä toivottuja ja tietoisesti pyrittäviä yhteiskunnallisia vaikutuksia tai niitä normatiivis-ideologisen mallin mukaisia tehtäviä, joita tuomioistuimen tulisi toteuttaa. Oikeussosiologisesti käsite kattaa lainkäytön erilaisten toivotuttujen seurausten lisäksi myös ei-toivotut seuraukset.⁷⁷ Funktiotarkastelun tarkoituksena on mm. toimia apuvälineenä lainkäytön analyttisessä ymmärtämisessä, auttaa näkemään lainkäytön funktioiden moninaisuus sekä helpottaa funktioiden keskinäisten suhteen jäsentämistä.⁷⁸



Kuvio 1. Lainkäytön funktiotasot.

Tuomioistuimien ratkaisutoiminnan ja oikeusjärjestyksen funktioista keskeisenä on pidetty yhteiskuntarauhan ylläpitämistä. Tämä tapahtuu sosiaalisen kontrollin kautta, johon taas pyritään kansalaisten käyttäytymistä ohjaamalla. Ohjaaminen voi tapahtua esimerkiksi oikeusriitoja ratkaisemalla. Sama funktio ilmenee siis eri muotoisena eri tasoilla. Ervasti on erotellut ilmenemistasot viiteen: yhteiskunnan, politiikan, oikeuden ja tuomioistuimen sekä kansalaisyhteiskunnan tasoihin. Eritasoiset funktiot puolestaan limittyvät toisiinsa verkostoksi,

⁷⁷ Ervasti, 2003, s. 50–51.

⁷⁸ Ervasti 2003, s. 52, 68–69.

jonka avulla lain- ja oikeudenkäyttöä voidaan ymmärtää. On kuitenkin huomattava, että funktiot voivat vaikuttaa samansuuntaisuuden lisäksi myös erisuuntaisesti ja olla keskenään jännitteisiä. Esimerkiksi lainkäytön seuraukset eri tilanteissa voivat heijastaa erilaisia keskenään kilpailevia ideologioita. Samoin eri tasot voivat mennä päällekkäin toistensa kanssa.⁷⁹ *Mika Launiala* on mallintanut eri ilmenemistasoja lainopillisesti sekä täsmentänyt terminologiaa, jotta malli olisi käyttökelpoisempi rikosprosessissa ja sen eriytyneen funktioajattelun mukaisessa tarkastelussa. Hän on jakanut tarkastelutasot yhteiskunnan ja politiikan tasoihin, menettelytasoon sekä osallisten tasoon.⁸⁰

Oikeustieteessä ei ole juurikaan käyty keskustelua rikosprosessin funktioista ylimpänä olevilla, yhteiskunnan ja politiikan tasoilla.⁸¹ Kuten edellä on jo todettu, oikeuden ja oikeusjärjestyksen perimmäisenä funktiona yhteiskuntatasolla voidaan pitää yhteiskuntarauhan ylläpitämistä. *Petter Kavonius* on tiivistänyt oikeuden perustaksi kaaoksen välttämisen.⁸² Näkemys vastaa aikaisemmin mainittua *Hobbesin* käsitystä vaarallisen luonnontilan välttämisestä. Poliitiikan tasolla funktiot liittyvät päätöksentekijöiden ja poliittisen vallan auktoriteettiaseman ja legitimitietin korostamiseen sekä heidän tavoitteidensa tukemiseen.⁸³

Oikeustieteen tehtävänä on konkretisoida yhteiskuntatason tavoitteita rikosprosessin tavoitteiksi. Luvussa 4.3 käsiteltävä rikosprosessioikeudellinen funktiokeskustelu keskittyy instituutiotasolle. Keskustelussa on kyse siitä, mihin yhteiskunta on tarvinnut ja edelleen tarvitsee rikosprosessikoneistoa. Keskeistä on myös huomata se, että yhteiskunnan muuttuessa myös rikosprosessi ja sen funktiot muuttuvat. Instituutiotason keskustelu sivuaa näin ollen historiaa, nykyhetkeä ja tulevaisuutta.⁸⁴

Menettelytaso koostuu rikosprosessissa neljästä eri vaiheesta eli esitutkinnasta, syyteharkinnasta, oikeudenkäynnistä ja rangaistuksen täytäntöönpanosta. Kustakin menettelystä vastaa oma viranomainen eli esitutkintaviranomainen, syyttäjä, tuomioistuin ja täytäntöönpanoviranomainen. Menettelytasolla on kyse siitä, mitä toimintoja viranomaiset menettelyssä tekevät ja mikä on näiden toimintojen tavoite. Rikosprosessin eri vaiheet ovat lakisääteisiä, eikä niihin voi kuulua toimintoja tai menettelyjä, joita ei ole kirjattu lakiin. Osallisten taso käsittää

⁷⁹ *Ervasti* 2003, s. 53–54.

⁸⁰ *Launiala* 2010a, s. 11–13; *Launiala* 2010b, s. 119.

⁸¹ *Launiala* 2010a, s. 11.

⁸² *Kavonius* 2001, s. 184.

⁸³ *Launiala* 2010a, s. 11.

⁸⁴ *Launiala* 2010a, s. 28.

puolestaan epäillyn/syytetyn/tuomitun, asianomistajan, todistajat ja tertiuksen eli henkilön, joka ei ole osallisena rikosprosessissa, mutta voi tulevaisuudessa joutua osalliseksi.⁸⁵

Lainkäytön funktioiden erittelyä voidaan hyödyntää sekä lainopillisten tulkintaongelmissa että tuomioistuinten toiminnan oikeuspoliittisen arvioinnin ja kehittämisen de lege ferenda - tutkimuksessa.⁸⁶ *Marcus Norrgårdin* mukaan prosessin funktioiden erittelyä voidaan hyödyntää erityisesti säännösten tulkinnassa. Hänen mukaansa oikeusnormien tulkinnan voidaan katsoa muodostavan hermeneuttisen kehän, jossa tulkitsijalla ennen tulkintaa olevat tiedot muodostavat esiymmärryksen, joka puolestaan vaikuttaa itse tulkintaan. Toisaalta funktiot voivat toimia oikeuslähdeargumenttina. Ensinnäkin voidaan käyttää teleologista tulkintametodia ja tulkita säännöksiä niin että prosessin yhteiskuntafunktioit täyttyvät. Toinen tapa käyttää funktioargumenttia on soveltaa eri funktioiden sisältämiä oikeusperiaatteita. Tällöin niitä voidaan punnita keskenään, eikä funktioiden etusijajärjestyksestä tarvitse sitovasti määrittellä.⁸⁷

4.2 Oikeusperiaatteista

Funktioita voidaan siis hyödyntää oikeusperiaatteiden avulla. Oikeusnormit voidaan jakaa kahteen ryhmään, sääntöihin ja periaatteisiin. Sääntöjä sovelletaan ”joko–tai”-tyyppisesti eli niitä joko sovelletaan tai ei sovelleta. Oikeusperiaatteita puolestaan sovelletaan eriasteisesti eli ne ovat ”enemmän tai vähemmän” tyyppisiä. Ne eivät suoraan määrää lopputulosta, vaan ohjaavat ratkaisun suuntaa.⁸⁸ *Mika Huovila* määrittelee säännöt ”pitää tehdä” – normeiksi ja periaatteet ”pitää olla” – normeiksi. Periaatteet liittyvät asioiden tilaan, jota voidaan arvioida ja punnita eettisesti tai moraalisesti tavoittelemisen arvoisen, tärkeän asiantilan suhteen.⁸⁹

Aulis Aarnion mukaan normin luonne on tapauskohtainen ja ennemminkin liukuva. Hän jakaa normit sääntöihin, säännön kaltaisiin periaatteisiin, periaatteen kaltaisiin sääntöihin ja periaatteisiin.⁹⁰

Mika Launiala on kokoavasti esittänyt sääntöjen ja periaatteiden erottamiselle seuraavat kriteerit:⁹¹

⁸⁵ Launiala 2010a, s. 12–13. Rikosprosessin osallisista tarkemmin Launiala 2010a, s. 15–25.

⁸⁶ Ervasti 2003, s. 50–51.

⁸⁷ Norrgård 2001, s. 141–142.

⁸⁸ Virolainen – Pölönen 2003, s. 159.

⁸⁹ Huovila 2003, s. 31.

⁹⁰ Aarnio 2006, s. 304.

⁹¹ Launiala 2013, s. 33.

	SÄÄNNÖT	PERIAATTEET
VOIMASSAOLO	Perustuu muodolliseen lainsäädäntöaktiin	Perustuu arvon yhteiskunnalliseen hyväksyttävyyteen
TUNNISTAMINEN	löytyvät laista	institutionaalinen tuki etsittävä erityyppisistä lähteistä
SOVELTAMINEN	sovelletaan tai ei sovelleta (joko/tai)	eriarosteisesti (enemmän/vähemmän)
PAINOARVO	yksiselitteinen ja ehdoton Riittää yksinään ratkaisun perustaksi	yleinen ja suuntaa-antava
NORMIKOLLISIOTILANNE	ottaa paikkansa tai syrjäytyy derogat -kriteerien perusteella	Tapauskohtainen arvopunninta, jossa useampi periaate voi olla validi samassa tilanteessa
SISÄLLÖN TUNNISTAMINEN	luetaan (tulkitaan) laista	sisältö hahmotetaan arvojen ja institutionaalisen tuen sille antaman sisällön perusteella

Taulukko 1. Sääntöjen ja periaatteiden väliset erot.

Periaatteet avaavat oikeusjärjestystä moraalien suuntaan ja mahdollistavat näin oikeudellisen toiminnan alan laajentamisen ilman että se tapahtuu mielivaltaisesti.⁹² On kuitenkin syytä muistaa, että oikeus ei ole sama asia kuin moraalit, eikä oikeusperiaate ole voimassa pelkästään lausujansa arvostuksen perusteella. Arvostuksenvaraisen voimassaolon lisäksi periaatteella on oltava institutionaalinen tuki. Oikeudellisiin periaatteisiin liittyvät arvostavat elementit ovat siis tiettyjen institutionaalisten ehtojen rajoittamia ja ohjaamia.⁹³ Tuki voi löytyä lainsäädännöstä, lain esitöistä, oikeuskäytännöstä tai oikeustieteistä.⁹⁴ Oikeusperiaatteet eivät siis kytke prosessiin järjestelmän ulkopuolisia arvoja, vaan ne kuvaavat lainsäädännön sisällä tai taustalla vaikuttavia arvoja.⁹⁵

Aarnio muistuttaa periaatteiden hankalasta kaksoisroolista systeemin rajojen osittajana. Oikeusperiaatteet osoittavat osaltaan systeemin rajoja, mutta se voi tapahtua vain silloin, kun tiedämme niiden olevan oikeusperiaatteita. Jos systeimirajat ylitetään, ratkaisu voi olla yhteiskunnallisesti ”hyvä ja oikea”, mutta se ei ole juridinen ratkaisu, koska itsenäisesti käytettynä periaate on moraaliperuste.⁹⁶ Tässä yhteydessä on syytä muistaa Juha Karhun tilannekohtainen lainsoveltaminen, jossa tuomari tunnistaa supernormistot ja soveltaa niitä sekä

⁹² Kavonius 2001, s. 38.

⁹³ Tolonen 1989, s. 351.

⁹⁴ Ervo 1996, s. 31; Kavonius 2001, s. 41; Launiala 2013, s. 28.

⁹⁵ Pölonen 2003, s. 36.

⁹⁶ Aarnio 2006, s. 36; Ks. Dirty Harry -ongelma tutkielman luvussa 3.2.

luovalla että kestäväällä tavalla. Ratkaisu voi tällöin olla oikeudenmukainen ja supernormistojen valossa hyväksyttävä, muttei välttämättä lainmukainen.⁹⁷

Oikeusperiaate on vahvasti velvoittava ilmetessään lainsäädännöstä. Heikosti velvoittava periaate voi olla yhteisöllisen hyväksynnän, lähinnä ennakkoratkaisun kautta. Tosin periaatteen asema oikeuslähteenä ei perustu juuri koskaan pelkästään yhteisölliseen hyväksyntään. Jos periaate ei ole kumpaakaan edellä mainituista, periaate on ainoastaan sallittu oikeuslähde.⁹⁸

Oikeusperiaatteita on luokiteltu eri tavoin. Vertikaalinen jaottelu perustuu arvosidonnaisuuteen eli siihen, minkä periaatteiden katsotaan olevan tärkeimpiä johtavia periaatteita. Horizontaalisesti tarkasteltuna jaotteluperusteena on periaatteiden kohdistuminen oikeusprosesseissa. Oikeusperiaatteita on jaoteltu myös arvo- ja tavoiteperiaatteisiin. Arvoperiaatteet palvelevat rikosprosessille asetettuja arvopäämääriä. Näitä ovat mm. yhdenmukaisuuden, oikeudenkäynnin julkisuuden ja kontradiktorisuuden⁹⁹ periaatteet. Ne juontuvat suoraan yhteiskunnassa vakiintuneesta arvosta, jolloin ne oikeuttavat ratkaisutoimintaa kytkemällä tehdyn ratkaisun oikeudenmukaisiksi miellettyihin arvoihin. Tavoitepäämäärät puolestaan ilmentävät jotakin tavoitetta, jotka ratkaisuiden tulee toteuttaa.¹⁰⁰ Tämän tutkielman kannalta olennaisin huomio on, että periaatteita suhteutetaan toisiinsa. Abstraktiotasoltaan yleisimmät periaatteet sijaitsevat lähimpänä rikosprosessin funktioita, kun taas periaate yleisenä normina on konkreettisimmillaan silloin kun lainsäätäjällä on muotoillut sen säännökseksi.¹⁰¹

Periaatteita sovelletaan punnitsemalla niitä keskenään. Oikeudellinen harkinta on tällöin eri näkökohtien välistä punnintaa, jossa arvioidaan periaatteiden keskinäistä painoarvoa ja etsitään optimaalista ratkaisua periaatteiden välillä.¹⁰²

⁹⁷ Aarnio 2014, s.257.

⁹⁸ Aarnio 2006, s. 305–306.

⁹⁹ Puhutaan myös *audiatur et altera pars* -säännöstä.

¹⁰⁰ Pölönen 2003, s. 38.

¹⁰¹ Launiala 2010c, s. 8.

¹⁰² Virolainen – Pölönen 2003, s. 162.

4.3. Rikosprosessin funktiot

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa rikosprosessille on esitetty useita erilaisia funktioita, eikä niistä ole päästy yksimielisyyteen. Mitään esitettyä funktiota ei kuitenkaan ole suljettu keskustelussa pois.

Rikoslainkäytön ainoana tarkoituksena pidettiin aikaisemmin oikeussuojan antamista. Toisin kuin siviiliprosessissa, jossa oikeussuojaa annetaan yksityisoikeudellisten intressien hyväksi, rikosprosessissa on esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, kenen oikeutettuja intressejä ja etuja valvotaan. Oikeussuojan on usein katsottu tulevan lähinnä julkisoikeudellisten etujen hyväksi näitä kuitenkin sen tarkemmin määrittelemättä.¹⁰³ Joka tapauksessa, on oleellista huomata, että rikosprosessin yhdeksi funktioksi voidaan lukea myös kansalaisten oikeussuojan takaaminen rikosprosessissa toimivia viranomaisia vastaan.¹⁰⁴

Oikeussuojafunktion asemasta on myöhemmin korostettu rikosvastuun toteuttamista,¹⁰⁵ sillä rikosprosessin tarkoituksena on tutkia syyllisyys, toteuttaa rangaistusvastuu ja määrätä seuraamukset. Rikosprosessilla voidaan myös ohjata ihmisten toimintaa aineellisoikeudellisten normien mukaiseksi (prosessin ohjausfunktio). Tarkoitus on tällöin vaikuttaa ennalta ihmisten käyttäytymiseen niin, ettei rikoksia tehtäisi. Esimerkiksi valvonnalla, kiinnijäämisriskillä ja rikosten seuraamuksilla vaikutetaan ihmisten käyttäytymiseen joko pelotevaikutuksella tai luomalla ja ylläpitämällä yhteiskuntamoraalia. Sanktion uhka voi saada henkilön pidättämään rikoksen tekemisestä. Moraalia luova tai vahvistava vaikutus syntyy taas ajan myötä normin sisäistämisen kautta.¹⁰⁶

Oikeusturvafunktion mukaan rikosvastuuta ei voi selvittää millä tahansa keinoin, vaan rikosprosessissa on huolehdittava yksilön oikeusturvasta. Esimerkiksi epäillyn perusoikeuksiin ei saa tarpeettomasti puuttua eikä muillekaan osallisille saa aiheuttaa kohtuutonta kärsimystä tai haittaa. Erityisen tärkeää on, ettei syytöntä tuomita.¹⁰⁷

¹⁰³ Huovila 2003s, 56; Virolainen–Pölönen 2003, s. 141. Termeistä oikeussuoja ja oikeusturva on esitetty erilaisia määritelmiä, mikä voi aiheuttaa käsitteellisiä sekaannuksia. Oikeusturvalla on yleensä tarkoitettu oikeusjärjestelmän tarjoamaa suojaa yksilöille valtiovallan taholta tulevia oikeudenloukkauksia vastaan. Mutta esimerkiksi Ervo käsittää oikeusturvalla yksilön suojan kaikenlaisilta oikeudenloukkauksilta Ervo 1996, s. 38. Toisaalta myös oikeussuojan on katsottu käsittävän suojan sekä valtiovallan että kanssaihminen loukkauksilta. Ruotsissa käytetään molemmissa tapauksissa termiä rättskydd. Pölönen 2003, s.20; Launiala 2010, alaviite 113.

¹⁰⁴ Launiala 2012, s. 17.

¹⁰⁵ Jokela käyttää tässä yhteydessä terminä rikostentorjuntafunktio. Hänen käyttämänsä käsitteen ongelmallisuudesta Launiala 2010, alaviite 22.

¹⁰⁶ Virolainen – Pölönen 2003, s.146–149.

¹⁰⁷ Virolainen – Pölönen 2003, s. 141–142; Ervo 2008, s. 109. Ervo korostaa rikosvastuun oikeinkohdentamista. Tämä pitää sisällään sekä rikosvastuun toteuttamisen että syytetyn oikeusturvasta huolehtimisen.

Dan Frände katsoo, että rikosprosessin ensisijaisena tehtävänä on toteuttaa rikosvastuuta (förverkligande princip). Tätä rajoittavat kuitenkin suoraan ihmisoikeudet. Tätä Frände kutsuu suojaperiaatteeksi (skyddprincipen).¹⁰⁸

Jyrki Virolainen puhuu puolestaan rikosprosessin kaksoisfunktiosta, sillä hänen mukaansa prosessi sekä toteuttaa rikosvastuuta että ohjaa ihmisten käyttäytymistä yleispreventiivisesti. Rikosprosessin avulla toteutetaan siis yksittäistapausten lisäksi myös kriminaalipoliittisia tavoitteita.¹⁰⁹ Syyttömän suojaamisen tai yksilön oikeusturvasta huolehtimisen Virolainen katsoo olevan rikosprosessin laatuvaatimus, ei funktio.¹¹⁰

Antti Jokelan mukaan rikosprosessin tavoitteena on päästä aineellisesti oikeaan lopputulokseen tavalla, joka on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin mukainen ja eettisesti hyväksyttävä.¹¹¹

Ulf Lundqvistin määritelmä tiivistää edellä mainittuja näkökulmia. Hän määrittelee rikosprosessin tehtäväksi yhteiskuntarauhan ja -vakauden takaamisen, yksittäisten ja yleisten arvojen suojelemisen sekä konfliktien ratkaisemisen ilman väkivaltaa. Lundqvist painottaa erityisesti oikeutta lain- ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin sekä perustavanlaatuisista vapauksista ja oikeuksista huolehtimista.¹¹²

Pasi Pölönen puolestaan tarkastelee rikosprosessin tehtäviä sen toimijoiden roolinäkökulmasta. Pölösen mukaan selvittämis- ja oikeusturvaintressin painoarvo vaihtelee rikosprosessin eri vaiheissa toimijoiden roolien mukaisesti. Oikeudenkäynnissä rikosoikeuden tavoitteiden toteutumisesta huolehtii ensisijaisesti syyttäjä ja oikeusturvatakeista tuomari. Tuomioistuimen kannalta lainkäytön tehtävänä on pitkälti turvata oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus ja taata oikeusturva.¹¹³

Rikosprosessiketjuun yhdistettyä ajattelua on viety eteenpäin eriytyneessä tai ns. analyytisessä funktioajattelussa.¹¹⁴ Analyytisen funktioajattelun mukaan rikosprosessilla ei ole yhtä

¹⁰⁸ Frände toteaa seuraavaa: ”Straffprocessens syfte är inte att skydda individens mänskliga rättigheter; dessa gäller oberoende av om det existerar en straffprocess eller inte.” Frände 1999, 8–9.

¹⁰⁹ Petri Jääskeläisen mukaan rikosprosessissa on pohjimmiltaan kysymys rangaistusteoreettisten tausta-ajattusten ja kriminaalipolitiikan arvojen toteuttamisesta. Jääskeläinen 1997.

¹¹⁰ Virolainen – Pölönen 2003, s. 142.

¹¹¹ Jokela 2018, s. 9.

¹¹² Lundqvist 2015, s.17; Lundqvist 2018, s. 91.

¹¹³ Pölönen 2003, s. 18–19.

¹¹⁴ Jokela 2018, s. 10–12.

yksittäistä funktiota, vaan funktiot määritellään osaprosessien kautta. Rikosprosessin toimijoita ovat poliisi, syyttäjä, tuomari ja syytetyn puolustaja. Poliisin tehtävänä on selvittää rikos, syyttäjä toteuttaa rikosvastuun ja tuomarin tavoitteena on oikeudenmukaisuus. Syytetyn puolustajan tehtävänä on syytetyn etu. Poliisin tehtävää rajoittaa lakisidonnaisuus, syyttäjän objektiviteettiperiaate, tuomarin näyttökynnys ja syytetyn asianajajaa rehellisyysvaatimus. Kun tehtävät jaotellaan rikosprosessin eri vaiheiden mukaan, määritellään rikosprosessin funktiot sen osaprosessien kautta seuraavasti:¹¹⁵

Esitutkinta – rikoksen selvittäminen, rikosvastuu.

Syyteharkinta – rikosvastuun toteuttaminen.

Oikeudenkäynti – totuuden selvittäminen, oikeusturva.

Tuomitseminen (päättösharkinta) – tuomitsemiskynnys.

Mika Launiala on määritellyt analyttisen funktioajattelun kautta eri osaprosessien funktioita. Esitutinnan¹¹⁶ ensisijaisena tehtävänä on rikosoikeudellisen vastuun toteuttaminen. Tämän lisäksi kyse on aineellisen totuuden selvittämisestä. Esitutkinnalla on myös oikeussuojafunktio, jonka tarkoituksena on meneillään olevan tai odotettavissa olevan oikeudenloukkauksen estäminen. Tehtävänä voi olla myös konfliktinratkaisu, koska poliisilla on mahdollisuus edistää sopua epäillyn ja asianomistajan välillä. Myös syyttäjän toiminnan ensisijaisena tavoitteena on rikosvastuun toteuttaminen ja aineellisen totuuden selvittäminen. Oikeusturvaintressin merkitys korostuu, kun päätetään syytteen nostamisesta. Oikeudenkäynnin pääkäsittelyssä korostuu aineellinen totuus ja muina tehtävinä ovat oikeusturva ja rikosvastuun toteuttaminen. Päättösharkinnassa aineellisen totuuden merkitys väistyy sivummalle ja oikeusturvan merkitys korostuu.¹¹⁷

Rikosprosessin funktiot voidaan siis määritellä sen osaprosessien mukaan seuraavasti:

Esitutkinta – rikosvastuu, aineellinen totuus, oikeussuoja tekijää ja viranomaista vastaan, konfliktinratkaisu, menettelyllinen oikeusturva.

Syyttäjä – rikosvastuu, aineellinen totuus.

¹¹⁵ Niemi 2003, s. 345–347.

¹¹⁶ Tässä yhteydessä on syytä pitää mielessä, että esitutinnan olemassaolon oikeutus on olla osa rikosprosessiketjua. Sillä ei siis ole itsenäistä, muista rikosprosessin osa-alueista riippumatonta funktiota. Launiala 2010b, s. 134.

¹¹⁷ Launiala 2013, s. 37–39.

Pääkäsitely – aineellinen totuus, oikeusturva, rikosvastuun toteuttaminen.

Päätösharkinta – oikeusturva, aineellinen totuus.

5 HYÖDYNTÄMISKIELLOT

5.1 Vapaa todistusteoria

Suomalaisen oikeudenkäytön pääsääntönä on vapaa todistelu ja vapaa todistusharkinta. Kyse on ns. vapaasta todistusteoriasta, josta on säädetty oikeudenkäymiskaaren 17 luvussa vuoden 1949 alusta lukien (571/1948, OK). Periaate säilytettiin vuoden 2015 todistelu-uudistuksessa (732/2015, OK).

Aikaisemman vuoden 1734 lain todistelusäännökset rakentuivat legaalille eli lakisääntöiselle todistusteorialle. Laki määritteli sitovasti eri todisteille annettavan näyttöarvon. Täysi näyttö edellytti kahden esteettömän henkilön yhtäpitävää kertomusta tai yhden todistajan kertomusta ja sitä tukevaa indisionäyttöä. Yhden todistajan kertomus kävi puolesta näytöstä. Se ei yleensä riittänyt rangaistuksen tuomitsemiseen mutta siitä saattoi aiheutua muita seuraamuksia, kuten "kovanpuoleinen" tunnustamisvankeus.¹¹⁸

OK 17:1.1:n mukaan asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö asian tutkivalle tuomioistuimelle sekä lausua jokaisesta tuomioistuimessa esitetystä todisteesta, jollei laissa toisin säädetä. Momentti turvaa myös todistelun kontradiktorisuutta.¹¹⁹ Kontradiktorisuutta voidaan luonnehtia prosessiperiaatteeksi, jota ei ole tyhjentävästi prosessilainsäädännössä säännelty, mutta joka saa tukea¹²⁰ ylemmän tason säännöksistä, ja myös prosessilain yksittäisistä normeista.

OK 17.1.2:n mukaan tuomioistuimen on esitettävä todisteita ja muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja harkittuaan päätettävä, mitä asiassa on näytetty tai jäänyt näyttämättä. Tuomioistuimen on perehdyttävä kuhunkin todisteeseen erikseen sekä arvioitava niiden merkitys myös kokonaisuutena ilman että osapuolia suositaan tai todisteen näyttöarvosta olisi enakkokanta.¹²¹

¹¹⁸ Jokela 2015, s. 192–193.

¹¹⁹ Fredman ym. 2019, s. 490.

¹²⁰ Perustuslain 21 §:ssä mainitaan oikeus tulla kuulluksi, jolla viitataan nimenomaisesti kontradiktorisuuteen. EIS 6 artiklan 1 kohdassa edellytetään oikeudenkäynniltä oikeudenmukaisuutta, joka viittaa myös kontradiktorisuuteen, vaikka oikeutta tulla kuulluksi ei erityisesti mainita. EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan mukaan ”syyteyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan, ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samoissa olosuhteissa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat.”

¹²¹ HE 46/2014 vp, s. 45.

Vapaata todistelua rajoittavat erilaiset menettelysäännökset ja todistamiskiellot. Myöskään vapaa todistusharkinta ei ole vapaata, vaan siihen liittyy vaatimus rationaalisuudesta ja objektiivisuudesta. Tuomio on perustettava syihin, jotka muutkin ihmiset voivat hyväksyä. Oikeudenkäymiskaaren (165/1998, OK) 24:4:n sekä oikeudenkäynnistä rikosasioista annetun lain (733/2015, ROL) mukaan tuomio on perusteltava. Tuomarin toiminta on vapaata vain oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja prosessiin tavoitteiden puitteissa.¹²²

Lauri Hormia on todennut, että täydellisen hyödyntämismvapauden puoltajana vapaa todistusteoria on arvoton, koska se avaisi ovia mielivallalle ja laittomuudelle.¹²³ *Pasi Pölösen* mukaan PL 22 §:n mukainen perusoikeuksien turvaamisvelvoite velvoittaa perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen tarkastelutapaan myös hyödyntämiskieltoesityksissä. Tästä syystä vapaan todistelun periaatetta ei enää voida pitää yhtä aukottomasti voimassa olevana kuin nykyistä perustuslakia edeltävällä ajalla.¹²⁴ Myös *Ulf Lundqvist* toteaa, ettei vapaan todistelun periaatteesta voida johtaa ohjetta lainvastaisesti hankitun todistelun hyödyntämiseksi.¹²⁵

5.2 Todistamiskiellot

Todistamiskielloille ei ole olemassa lainsäädännöllistä määritelmää. Käsite on muotoutunut oikeustieteellisen keskustelun kautta.¹²⁶ Todistamiskiellot rajoittavat todisteiden hankkimiskeinoja (hankkimiskielto) tai niillä kielletään tiettyjen todisteiden esittäminen tuomioistuimissa (esittämiskielto). Kieltojen tarkoituksena on suojella yhtä tai useampaa todella tärkeiksi katsottua oikeushyvää, joiden loukkaaminen voisi olla oikeusjärjestykselle paljon haitallisempaa kuin prosessin kohteena olevan alkuperäisen oikeushyvän loukkaus. Tällaisia oikeushyviä ovat esimerkiksi valtion etu ja turvallisuus sekä liike- ja ammattisalaisuudet.¹²⁷

Useimmat oikeudenkäymiskaaren todistamiskieltoesitysäännökset ovat 17 luvun 10–23:ssä otsikon ”velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta” alla. Säännökset koskevat ensi sijassa todistajaa, mutta todistuskeinoneutraalisuuden periaatteen mukaisesti tietystä kielletystä teemmasta ei kuitenkaan saa todistaa muillakaan todistuskeinoilla, kuten esimerkiksi asiakirjato-disteella.¹²⁸

¹²² Hormia 1978, s. 42; Pölönen 2003, s. 145–146, 212.

¹²³ Hormia 1978, s. 42.

¹²⁴ Pölönen 2003, s. 213.

¹²⁵ Lundqvist 1998, s. 225–226.

¹²⁶ Todistamiskielto -käsitettä käytetään myös laajasti oikeudenkäymiskaaren uudistuksen esitöissä, esim. HE 46/2014 vp, s. 11–12, 26–27 ja oikeusministeriö 2012, s. 25–26, 45–46.

¹²⁷ Hirvelä 2003, s. 22–23.

¹²⁸ HE 46/2014 vp, s. 25–26.

Todistamiskiellot voidaan jakaa 1) todistusteemakieltoihin 2) todistuskeinokieltoihin ja 3) todistusmetodikieltoihin. Todistusteemakieollot estävät tiettyä teemaa koskevan todistelun kokonaan (sen, mitä ei saa todistaa tai joista todistaja voi kieltäytyä kertomasta). Todistuskeinokieollot estävät käyttämästä tiettyä todistuskeinoa määrätyissä tilanteissa (sen, millä keinoilla todistelua ei saa hankkia tai esittää). Samasta teemasta voidaan kuitenkin esittää todistelua muilla keinoilla. Kolmas todistuskieollon perusjaottelun mukainen tilanne on todistusmetodikielto (se, millä tavoin todisteita ei saa hankkia tai esittää). Tätä koskeva säännös on OK 17:48:ssä, jossa kielletään tietynlaisten kysymysten esittäminen.¹²⁹ Todistamiskiellot voidaan jakaa myös absoluuttisiin ja relatiivisiin kieltoihin. Absoluuttisesta todistamiskieollosta seuraa samalla todisteen hyödyntämiskielto. Relatiivisissä todistamiskieolloissa todisteen hyödynnettävyydestä päättää tuomioistuin.¹³⁰

5.3 Hyödyntämiskieollon käsite

Suppeasti määriteltynä hyödyntämiskieolloissa on kyse siitä, voidaanko oikeudenkäyntiaineistoon hyväksyä kieollonvastaisesti hankittu todiste tai todistelu, joka johtaisi perusoikeuksien rajoittamiseen.¹³¹ Suppea määritelmä kytkee hyödyntämiskieollon todistus- ja tuomioistuinarkintaan. Hyödyntämiskielto voi kuitenkin tulla sovellettavaksi myös esitutkintavaiheessa tai syyteharkinnassa ja johtaa muunkin kuin alkuperäisen kieollon kohteena olevan todisteen hyödyntämiskelvottomuteen. Hyödyntämiskielto voidaankin määritellä saksalaisen *Klaus Rogallin* tapaan, jolloin hyödyntämiskielto käsitetään oikeudelliseksi kieollonormiksi, joka kieltää asettamasta todistelutulosta jatkoprosessin perustaksi.¹³²

Hyödyntämiskieollot jaetaan itsenäisiin ja epäitsenäisiin hyödyntämiskieolltoihin. Jos todistamiskieolltoa on rikottu ja todiste asetetaan hyödyntämiskieolltoon, puhutaan epäitsenäisestä hyödyntämiskieolllost. Hyödyntämiskielto on tällöin sanktio todistamiskieollon rikkomisesta. Itsenäinen hyödyntämiskielto ei edellytä todistamiskieollon rikkomista, vaan kyse on hyödyntämisen aiheuttamista tulevista seurauksista. Itsenäisten hyödyntämiskieollot perustuvat niihin perus- tai ihmisoikeusloukkauksiin, jotka aiheutuisivat todisteen hyödyntämisestä.¹³³

¹²⁹ Hirvelä 2003, s. 27–28; Riekkinen 2014 s. 125; Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.1.

¹³⁰ Riekkinen 2014, s. 26; Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.1.

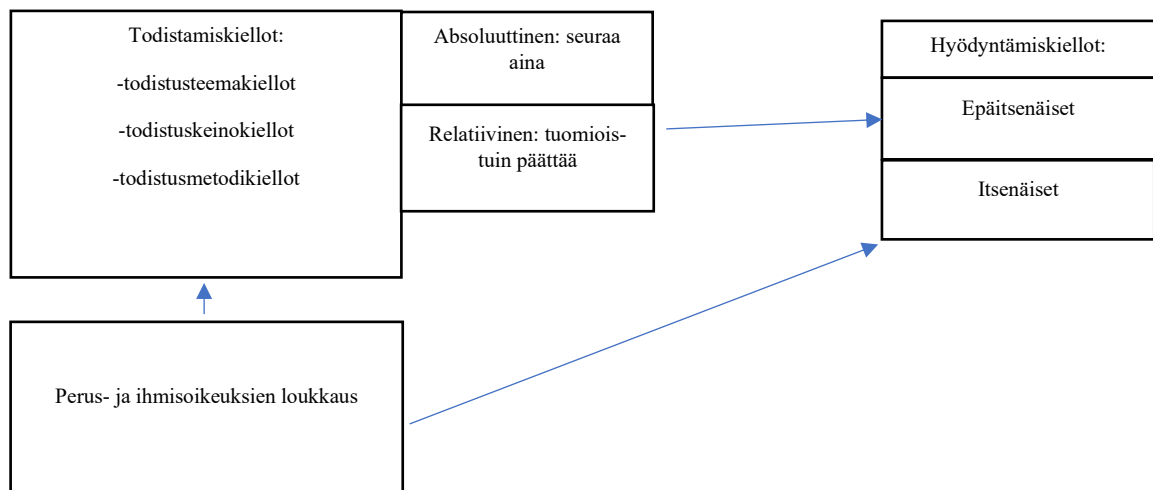
¹³¹ Pölönen 2003, s. 205.

¹³² Riekkinen 2014, s. 123, 127–128.

¹³³ Pölönen 2003, s. 206–207.

Esimerkkinä tästä voidaan mainita tilanne, jossa poliisi ylittää pakkokeinovaltuutensa tai väärinkäyttää niitä.¹³⁴

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä hyödyntämiskiellot on perinteisesti käsitetty epäitsenäisiksi. Tämän lisäksi on katsottu, ettei todistamiskielto automaattisesti johda hyödyntämiskieltoon, vaan se tapahtuu vain niissä tapauksissa, joista on nimenomaisesti säädetty.¹³⁵



Kuvio 2. Todistamis- ja hyödyntämiskiellot.

5.4 Hyödyntämiskieltojen funktiot

Hyödyntämiskieltoja koskevaa kotimaista funktiokeskustelua voi luonnehtia osallistujamäärältään niukaksi ja kokonaisuudessaan epäselväksi, sillä keskustelussa epäitsenäiset ja itsenäiset hyödyntämiskiellot saattavat sekaantua tai lomittua keskenään. Osasyynä tähän on se, että hyödyntämiskiellot on perinteisesti käsitetty epäitsenäiseksi. Lisäksi keskustelussa käytetyt käsitteet eivät aina ole sisällöllisesti yhdenmukaisia. Myöskin oikeussuoja ja oikeusturva ovat sisällöllisesti usein ymmärretty eri tavoilla. Keskustelun ongelmana voi myös pitää sitä, ettei se enää ole tarjonnut mitään lisäarvoa. Tästä syystä tarkastelen luvussa myös ruotsalaisen *Ulf Lundqvistin* esittämiä hyödyntämiskieltojen funktioita.

Kotimaisessa keskustelussa todistamis- ja hyödyntämiskieltojen moninaisilla funktioilla on katsottu voitavan edistää lähes kaikkia rikosprosessin funktioita. Niiden keskeiseksi

¹³⁴ Hirvelä 2003, s. 28.

¹³⁵ Hormia 1978, s. 32; Hirvelä 2003, s. 28.

tehtäväksi on kuitenkin nähty oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja yksilön oikeussuojan toteuttaminen. Hyödyntämis- ja todistamiskieltojen on katsottu kytkeytyvän vankasti rikosprosessin järjestelmään, koska ne tukevat rikosprosessin toista pääfunktiota, oikeusturvaa.¹³⁶ *Juhana Riekkinen* lisää funktioihin myös epäluotettavan todistelun poissulkemiskieltofunktion, koska edellä mainitut funktiot eivät edistä totuuden selvittämisen intressiä. Hän tosin myöntää, että se voidaan katsoa myös osaksi syytetyn oikeusturvaa toteuttavaa funktiota.¹³⁷

Koska epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta on kyse todistamiskieltojen rikkomiseen liittyvästä prosessuaalisesta seurauksesta, voisi katsoa, että niiden funktiotkin ovat samat kuin todistamiskieltojen funktiot.¹³⁸ Ongelmalliseksi asian kuitenkin tekee kysymys siitä seuraako todistamiskieltoa aina hyödyntämiskielto vai onko todisteen hyödyntäminen mahdollista tietyissä tilanteissa.¹³⁹ Lain esitöiden mukaan OK 17 luvun todistamiskielto säännösten rikkomisesta seuraa automaattisesti hyödyntämiskielto. Mutta, tapauksia, joissa vaitiolovelvollisuus tai -oikeus on murrettavissa ja jossa siten ei ole perustetta todistamiskieltoille tai vaitiolo-oikeudelle, arvioidaan hyödyntämiskielto OK 17:25.3:n mukaisesti.¹⁴⁰ Jälkimmäisessä ei ole siis kyseessä enää epäitsenäinen hyödyntämiskielto, vaan itsenäinen hyödyntämiskielto. Riekkinen katsookin, että laissa tulisi selvästi ilmaista, minkä kaikkien todistamiskieltojen rikkomisesta on aina seurauksena hyödyntämiskielto.¹⁴¹

Itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta Pölönen on nostanut esille saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa mainitut perusteet, joita ovat 1) oikeudenloukkauksen vakavuus, 2) prosessuaalisten sääntöjen loukkaus 3) oikeuspiiriteoria 4) normien suojelutarkoitus -teoria ja 5) punnintateoria. Pölösen punnintateoria perustuukin viimeksi mainittuun teoriaan, jonka mukaan hyödyntämiskielto kysymyksissä on punnittava vastakkain rikoksen selvittämisen intressiä ja epäillyn oikeuksien turvaamista. Pölönen katsoo, että punnintamalli on johdonmukainen epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen oikeussuojafunktion¹⁴² kanssa.¹⁴³ Pölösen mainitsemisissa perusteissa ei kuitenkaan välttämättä ole kyse hyödyntämiskieltojen varsinaisista funktioista, vaan osa oikeustieteilijöistä pitää niitä pelkästään pohjamateriaalina sille harkinnalle,

¹³⁶ Pölönen – Tapanila 2015, luvut 6.3.1 ja 6.3.2, Riekkinen 2014, s. 141.

¹³⁷ Riekkinen 2014, s.140, alaviite 55.

¹³⁸ Riekkinen 2014, s. 139; Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.3.1.

¹³⁹ Pölönen 2003, s. 323–328, Riekkinen 2014, s. 140–141.

¹⁴⁰ HE 46/2014 vp, s. 92; LaVM 18/2014 vp, s. 8; Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.7.3.; Rautio – Frände 2016, s. 187–188.

¹⁴¹ Riekkinen 2014, s. 190.

¹⁴² On huomattava, että myöhemmässä kirjallisuudessa Pölönen korostaa sitä, että hyödyntämiskieltoissa on kyse oikeusturvan takaamisesta. Ks. Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.3.2.

¹⁴³ Pölönen 2003, s. 217.

pitäisikö hyödyntämiskielto asettaa vai ei.¹⁴⁴ Tätä näkemystä edustaa esimerkiksi Ulf Lundqvist, ja asiaa käsitellään tutkielman luvussa kuusi.

Riekkinen korostaa itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisen ja suojaamisen turvaamista ja erityisesti yksityiselämän suojaa, yksilön intymiteettiä (Perustuslaki 731/1999, PL) 10 § ja EIS 8 artikla), prosessuaalisia perusoikeuksia (PL 21 § ja EIS 6 artikla) sekä ihmisarvoa (PL 1.2 §).¹⁴⁵

Ulf Lundqvistin mukaan hyödyntämiskielloilla on kaksi keskeistä funktiota, suojafunktio (skyddsfunktion) ja oikeusjärjestelmän normivakautta edistävän funktio. Lisäksi hän korostaa valtion velvollisuutta kunnioittaa lainsäädännön ja kansainvälisten sopimusten suojaamia oikeuksia ja arvoja.¹⁴⁶

Suojafunktiosta on kyse silloin kun laittomasti hankittuja todisteita ei hyödynnetä oikeuksien tai arvojen suojelemiseksi. Epäillyn tai syytetyn¹⁴⁷ osalta Lundqvist jakaa oikeudet aktiivisiin ja passiivisiin. Passiiviset oikeudet perustuvat syytetyn subjektiasemaan tutkinnassa ja ilmentävät siten perustavia rikosprosessuaalisia arvoja. Syytetty ei saa olla vain tutkinnan kohteena. Passiivisia oikeuksia ovat syytetyn oikeus olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen¹⁴⁸ tai itsensä tuomitsemiseen, oikeus tulla kohdelluksi syyttömänä prosessin aikana sekä ihmisarvon mukainen kohtelu.¹⁴⁹

Syyttömyysolettama on epäillyn oikeusturvan yksi keskeisimmistä normeista ja sitä ilmentää EIS 6 (2) artikla sekä esitutkintalain (805/2011, ETL) 4:2. Syyttömyysolettamasta johdettavia periaatteita on useita, kuten objektiivisuusperiaate, syyttäjän todistustaakka (OK 17:3), in dubio pro reo, hienotunteisuusperiaate (ETL 4:6) ja vähemmän haitan periaate (ETL 4:5).¹⁵⁰

Itsekriminointisuoja toteuttaa prosessuaalista tasapuolisuusperiaatetta (equality of arms) ja sen avulla huolehditaan epäillyn menettelyllisen oikeusturvan toteutumisesta ja annetaan välineet puolustautua niin, että väärän syyksi lukevan tuomion mahdollisuus olisi mahdollisimman pieni. Periaatteella ehkäistään myös oikeuden väärinkäyttöä viranomaisten puolelta.¹⁵¹ Ihmissoikeussopimus ei sisällä nimenomaista määräystä itsekriminointisuojusta,

¹⁴⁴ Riekkinen 2014, s. 140.

¹⁴⁵ Riekkinen 2014, s. 141.

¹⁴⁶ Lundqvist 2018, s. 538.

¹⁴⁷ Tässä yhteydessä on huomattava, että en käsittele tutkielmassa rikoksen uhriksi joutuneen asianomistajan oikeuksia.

¹⁴⁸ Myötävaikuttamattomuusperiaate eli itsekriminointisuoja.

¹⁴⁹ Lundqvist, 2015, s. 240–241; Lundqvist 2018, s. 536–538.

¹⁵⁰ Launiala 2010c, s. 8–10.

¹⁵¹ Tapanila 2019, s. 29.

mutta periaate sisältyy 6 artiklan suojaamiin oikeuksiin. Itsekriminointisuojausta säädetään OK 17:25.2:ssa ja ETL 4:3:ssa.

Itsekriminointisuojaalla on merkitystä myös aineellisen totuuden kannalta. Koska pakottamalla annettu lausuma on laadultaan huono, ei itsekriminointisuojaan kuuluva vaitiolo-oikeus vaikuta haitallisesti aineellisen totuuden saavuttamiseen. Itsekriminointisuojaan liittyvä oikeus olla luovuttamatta reaalityodisteita vaikuttaa taas päinvastaisesti.¹⁵²

Ihmisarvon mukaisen kohtelun Lundqvist liittää mm. ihmisten yhdenvertaisuuteen (PL 6) sekä esimerkiksi kuolemanrangaistuksen, ruumiinrangaistuksen ja kidutuksen kieltoon. (PL 7 ja EIS 3 artikla¹⁵³, OK 25:17.1, ETL 7:5) Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on käytännössään todennut ihmisarvon kunnioittamisen kuuluvan ihmisoikeussopimuksen turvaaman suojan ydinalueeseen.¹⁵⁴ Perustuslain 1.2 §:n mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukaamattomuuden. Ihmisarvon oikeudellinen merkityksen taustalla on ajatus ihmisyksilöistä autonomisina toimijoina. Oikeuksia luovana periaatteena se pyrkii turvaamaan yksilöille tietyn vapauspiirin, jossa itsemääräämisoikeus on turvattu.¹⁵⁵

Aktiiviset oikeudet perustuvat syytetyn asianosainasemaan ja niiden tarkoitus on auttaa aineellisesti oikeaan lopputulokseen päätymistä. Syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan puhuvia todistajia kontradiktorisen eli kuulemisperiaatteen mukaisesti sekä oikeus esittää myös omaa todistelua syyttömyytensä puolesta. Molemmat osapuolet saavat myös asiassa hankitun aineiston.¹⁵⁶ Kuulemisperiaate on todettu EIS 6 artiklassa, PL 21 §:ssa sekä OK17.1.1:ssa.

Oikeusjärjestelmän normivakautta edistävä funktio varmistaa, että ne arvot ja oikeudet, joita oikeusjärjestelmä suojaa tulevat tehokkaasti ja käytännössä sovellettaviksi. Se huolehtii myös siitä, että ennustettavuus ja oikeusvarmuus toteutuvat. Ihmiset voivat luottaa oikeuslaitokseen ja siihen että oikeuslaitos on puolueeton suhteessa lainsäätäjään ja toimeenpaneviin viranomaisiin. Funktio käsittää myös toiminnan ennen varsinaista oikeudenkäyntiä eli esitutkinnan ja syyteharkinnan. Hyödyntämiskielto ilmentää siis laillisuusperiaatetta vähemmistön suojana itsevaltaista ja mielivaltaista valtiovaltaa, viranomaisia, oikeuslaitosta ja

¹⁵² Launiala 2013, s. 6.

¹⁵³ Esim. Bouyid v. Belgia 28.9.2015 kohta 81: "Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies... Indeed the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment is a value of civilisation closely bound up with respect for human dignity."

¹⁵⁴ Esim. Svinarenko ja Slyadev v. Venäjä (2014) kohta 118: "Respect for human dignity forms part of the very essence of the Convention."

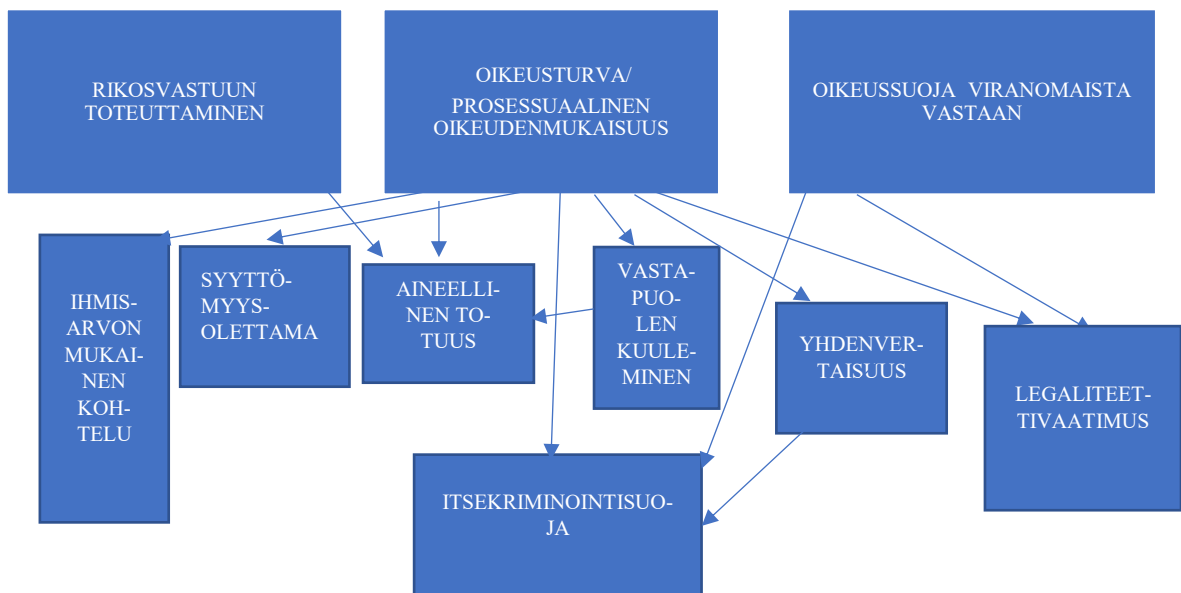
¹⁵⁵ Melander 2016, s. 23.

¹⁵⁶ Lundqvist 2015, s. 65–68, 158–160.

heidän edustajiaan vastaan.¹⁵⁷ Laillisuusperiaate vahvistaa oikeusturvaa määrittelemällä rajat rikosoikeudellisen järjestelmän käytölle. Pasi Pölönen puhuu tässä yhteydessä rikosoikeudellisen tai rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimuksesta, joka tarkoittaa sitä, että viranomaiset tarvitsevat nimenomaisen lakitasoisen toimivaltuusnormin kaikkiin sellaisiin toimenpiteisiin, joilla puututaan ihmisten perus- ja ihmisoikeuksiin. Näiden toimenpiteiden ja menettelyiden suhteen pätee sääntö: kaikki mikä ei ole sallittua on kiellettyä. Tämä vaatimus edellyttää myös PL 2.3 §:n mukaista lain ja perustuslain tarkkaa noudattamista.¹⁵⁸

Normivakautta edistävä funktio ja suojafunktio eivät saa olla konfliktissa keskenään ja periaatteessa molempien funktioiden tulisi olla riippumattomia toisistaan.

Kun tarkastelemme rikosprosessin funktioista oikeusturvaa, oikeussuojaa ja rikosvastuun toteuttamista suhteessa hyödyntämiskiellon funktioiden sisältämiin edellä mainittujen periaatteisiin, voidaan niiden väliset suhteet esittää visuaalisesti seuraavasti:



Kuvio 3. Rikosprosessin funktiot sekä hyödyntämiskiellojen funktioiden sisältämien periaatteiden väliset suhteet.

Kuten on jo todettu, hyödyntämiskiellojen keskeiseksi tehtäväksi on nähty oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja yksilön oikeussuojan toteuttaminen. Hyödyntämis- ja todistamiskiellojen on katsottu kytkeytyvän vankasti rikosprosessin järjestelmään, koska ne tukevat

¹⁵⁷ Lundqvist 2018, s. 538.

¹⁵⁸ Pölönen 2003, s. 232.

oikeusturvaa. Kuten kuviosta on nähtävissä, hyödyntämiskieltojen tehtävät liittyvät oikeusturvan lisäksi oikeussuojan tukemiseen. Lisäksi vastapuolen kuuleminen edistää myös aineellisen totuuden selvittämistä.

6 HYÖDYNTÄMISKIELTOHARKINTA

6.1 Perusteet

Ulf Lundqvistin mukaan hyödyntämiskieltoharkinnan lähtökohdaksi voidaan esittää seuraavat vaihtoehdot: 1) rikkomisesta seuraa aina hyödyntämiskielto tai hyödyntämiskieltoa ei aseteta koskaan 2) arvioidaan oikeuden loukkauksen vakavuutta 3) arvioidaan, kuinka vakavasti henkilön suojattua oikeuspiiriä on loukattu 4) tarkastellaan sivuutetun normin suojelutarkoitusta tai 5) hyödynnetään punnintamallia.¹⁵⁹

Ensinnäkin lähtökohtana voi olla se, että todistetta voidaan aina hyödyntää tai vaihtoehtoisesti sitä ei saa hyödyntää koskaan. Todisteen täydellisen hyödyntämiskiellon Lundqvist rajaa vain tiettyihin erityistilanteisiin, kuten kidutukseen tai muihin erittäin vakaviin oikeudenloukkauksiin. Kokonaisuudessaan arvoituna ”aina tai ei koskaan”-kiellot johtaisivat Lundqvistin mukaan kohtuuttomiin lopputuloksiin, eivätkä ne kuvasta voimassa olevaa lainsäädäntöä, oikeuskäytäntöä tai kansainvälisiä sopimuksia.¹⁶⁰

Loukkauksen vakavuusasteessa todisteen hyödyntämiskielto riippuu säännön tai arvon loukkaamisen vakavuudesta. Vakavat oikeudenloukkaukset johtaisivat tällöin hyödyntämiskieltoon. Menetelmän vaikeutena on sen soveltamiseen liittyvät ongelmat, sillä loukkauksen vakavuutta ei ole helppo arvioida. Lundqvistin mukaan menetelmää voi kuitenkin käyttää lopullisen hyödyntämiskieltoratkaisun tukena.¹⁶¹

Henkilön oikeuspiirin loukkauksessa hyödyntämiskielto asetetaan silloin kun todisteiden hankinnassa rikottu oikeuslause oli tarkoitettu suojaamaan syytetyn tai tämän lähiomaisten oikeuspiiriä, kuten menettelyn objektiivisuutta. Vaikeutena on puolestaan epäselvyys siinä, kuinka rajanvedon tulisi tapahtua esimerkiksi epäillyn oikeuksien ja oikeudenkäytön välillä. Teoriaa voi Lundqvistin mukaan käyttää sellaisena relevanssikriteerinä, joka määrittelee ne oikeudelliset raamit, joiden sisällä hyödyntämiskielto voidaan löytää.¹⁶²

Normin suojelutarkoitukseen perustuva hyödyntämiskielto johdetaan sivuutetun normin suojelutarkoituksesta. Ongelmana on tällöin, miten määritellään normin luonne tai tarkoitus.

¹⁵⁹ Lundqvist 2018, s. 542–548.

¹⁶⁰ Lundqvist 2018, s. 542–543.

¹⁶¹ Lundqvist 2018, s. 542; Pölonen 2003, s. 217–218.

¹⁶² Lundqvist 2018, s. 453.

Malli voisi johtaa myös siihen, että joissakin tapauksissa pienet virheet voisivat johtaa hyödyntämiskieltoon, samalla kun todisteen käyttö sallittaisiin vakavammassa rikoksessa.¹⁶³

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa hyödyntämiskieltojen asettamiseen liittyvää problematiikkaa on pyritty ratkaisemaan tapauskohtaisella punninnalla. Myös OK 17:25.3:n yleissäännös perustuu tapauskohtaiselle punninnalle.

Hormian esittämän harkintamallin lähtökohtana on loukkauksen kohteena olleen säännöksen ratio eli loukatun oikeushyvän merkitys. Jos todistamiskieltoa rikotaan, niin kysymys on siitä menettääkö se täydellisesti suojelutarkoituksensa jo ennen kuin hyödyntämiskysymystä on käsitelty, vai tapahtuuko loukkaus vasta silloin kun todistetta hyödynnetään oikeudessa. Jos todistamiskiellon loukkaus ei ole aiheuttanut peruuttamatonta vahinkoa, lähtökohtana on todisteen hyödyntämiskelvottomuus. Päinvastaisessa tapauksessa on punnittava hyödyntämisen puolesta ja vastaan puhuvia seikkoja.¹⁶⁴

Pölösen perusoikeusmyönteinen punnintamalli pohjautuu perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen laintulkintaan. Malli edellyttää aina yksittäistapauksellista harkintaa.¹⁶⁵ Toinen keskeinen lähtökohta on, ettei todistamis- ja hyödyntämiskieltojen tarkoituksena pidetä aineellisen tuuden edistämistä tai yksinomaan todistelun luotettavuuden edistämistä. Todistamiskieltojen sivuuttamisella loukattuja intressejä ei siksi myöskään voida aina kompensoida vapaassa todistusharkinnassa pelkästään todisteen näyttöarvon vähentämisellä.¹⁶⁶

Pölösen mukaan hyödyntämiskielto on asetettava tilanteessa, jossa todisteen hyödyttäminen johtaisi oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen, perus- tai ihmisoikeusloukkauksen tai muuhun perus- tai ihmisoikeuksien rajoitukseen, joka olisi suhteettoman vakava rikoksen selvittämistä nähdessä. Harkinnassa huomioon otettavia punnintakriteereitä ovat mm. rikoksen selvittämistä nähdessä, oikeudenloukkauksen laatu- ja laajuus, oikeudenloukkauksen korjaamiskelpoisuus, esitutkintaviranomaisen menettelyn tahallisuus tai tuottamus sekä rajoitetussa määrin syytetyn mielipide todisteen hyödynnettävyydestä.

¹⁶³ Lundqvist 2018, s. 454; Pölönen 2003 s. 218.

¹⁶⁴ Hormia 1978, s. 275–276.

¹⁶⁵ Pölönen 2003, s. 238.

¹⁶⁶ Lundqvist 1998, s. 175–176; Pölönen 2003, s. 238.

Hyödyntämiskieltoa ei pidä myöskään asettaa todisteelle, joka voisi todistaa syyttömän syyttömyyden puolesta.¹⁶⁷

Oikeuskäytännössä Pölösen mallin mukaista punnintaa on ollut esimerkiksi KKO:n ratkaisussa 2011:91, joka koski lääkärien ja hoitajien salassapitovelvollisuutta. Todisteiden hyödyntämistä vastaan puhui se, että hoitohenkilökunta oli oma-aloitteisesti ilmoittanut poliisille siitä, että A oli kertonut hoidossa ollessaan sytyttäneensä aiemmin tulipalon turkisliik-
keessä. Tämä loukkasi A:n oikeutta luottaa lääkäri-potilassuhteen luottamuksellisuuteen. Todisteiden hyödyntämistä puolsi rikoksen vakavuus, sillä A:tä epäiltiin ja syytettiin törke-
ästä tuhotyöstä, josta seurauksena olisi kahdesta kymmeneen vuotta vankeutta.

Itsenäisten hyödyntämiskieltojen asettamisen perusteena on korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä ollut kuitenkin useimmiten Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö.¹⁶⁸

Kun verrataan Pölösen perusoikeusmyönteistä punnintamallia OK 17.25.3 §:n yleissäännöksen punnintakriteereihin havaitaan tiettyjä eroja. Pölösen mukainen punninta tehdään rikoksen selvittämistressin (tutkittavana olevan rikoksen vakavuus) ja ihmisen yksilöllisten oikeuksien (perus- ja ihmisoikeudet sekä oikeusturvanäkökohdat) välillä. Punninta on tasapainoista, eikä siinä oteta heti kantaa hyödyntämiskiellon puolesta tai vastaan. Perus- ja ihmisoikeusmyönteinen laintulkinta velvoittaa tuomioistuimen kuitenkin asettamaan hyödyntämiskiellon, jos todisteen hyödyntäminen vaarantaisi nämä oikeudet. Yleissäännöksessä pun-
tarin vaakakuppi on etukäteen kallistunut todisteiden vapaan harkinnan puolelle, ja hyödyntämiskiellon poikkeuksellisuus korostuu. Merkille pantavaa on, ettei Pölösen mallissa myöskään ole mainittu harkintaperusteena yleissäännöksen mukaisia todisteen luotettavuuteen ja merkitykseen liittyviä seikkoja.

Lundqvist näkee punnintamallin ongelmina mm. subjektiivisuuden ja mielivallan vaaran. Malli voi kuitenkin kehittyä kansallisen ja kansainvälisen oikeuskäytännön muotoutumisen myötä. Toisena ongelmana hän pitää sitä, että malli sallii vastakkainasettelun loukatun oikeuden tai arvon ja muiden argumenttien ja arvojen välillä. Tällöin hyväksytään epäsuorasti oikeussuojan loukkaus jo ennen kuin hyödyntämiskieltoa on edes oikeudellisesti harkittu.

¹⁶⁷ Pölönen 2003, s. 238–244.

¹⁶⁸ Riekkinen 2014, s. 170.

Erittäin vakavat oikeuden loukkaukset eivät puolestaan saa olla riippuvaisia vastakkaisten arvojen punnitsemisesta, erityisesti silloin kun perustavanlaatuisia oikeuksia tai ydinarvoja on rikottu. Punnintamallin teoria-arvoa heikentää myös se, ettei tarjoa mitään yleisratkaisua.¹⁶⁹

Punnintamallin ongelmallisuuteen on kiinnittänyt huomiota myös Tapanila. Hän toteaa OK 17:25.3:n mukaisen mallin esittävän havainnollisella tavalla harkinnassa huomioon otettavat seikat, mutta tapauskohtainen harkinta johtaa vaikeasti ennakoitavaan oikeuskäytäntöön. Tämä vaikeuttaa myös esitutkintaviranomaisen ja syyttäjän mahdollisuuksia ennakoida, miten esitutkinnassa saatuihin todisteisiin tullaan suhtautumaan oikeudenkäynnissä.¹⁷⁰

6.2 Hyödyntämiskieltojen yleissäännös

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

Pelkkä lainvastaisuus ei kuitenkaan ole peruste hyödyntämiskieltoille, vaan on arvioitava, tekeekö todisteen hyödyntäminen oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen. Tätä arviointia varten pykälässä on arviointikriteereitä. Luettelo ei ole tyhjentävä, vaan myös muut olosuhteet voivat olla merkityksellisiä.¹⁷¹

Eduskunnan lakivaliokunnan mukaan oikeudenmukaisuutta arvioidaan ensisijaisesti sillä, loukkaako lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen perustuslain 21 §:n tai ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan mukaista oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.¹⁷² Viimeksi mainitussa tapauksessa suomalainen tuomioistuin joutuu harkitsemaan asiaa ihmisoikeustuomioistuimen näkökulmasta. Ongelmaksi voi tällöin muodostua se, että EIT:n ratkaisut ovat yksittäisiä tapauksia, eivätkä yleisiä normeja. Yleissäännöksen alan mukaisista hyödyntämiskielloista ei myöskään ole tehty paljon ratkaisuja.¹⁷³

¹⁶⁹ Lundqvist 2018, s. 546–547.

¹⁷⁰ Tapanila 2019, s. 225–226.

¹⁷¹ HE 46/2014 vp, s. 92.

¹⁷² LaVM 19/2014 vp, s. 6.

¹⁷³ Rautio – Frände 2016, s. 186.

Seuraavassa käyn lävitse yleissäännöksen kriteereitä ja käsittelen asiaan liittyvää oikeuskäytäntöä.

EIT on kiinnittänyt huomiota seuraaviin seikkoihin harkitessaan todisteen hankkimistavan lainvastaisuutta suhteessa oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin: 1) lainvastaisuuden laatu sekä, jos ihmisoikeussopimusta on rikottu, loukkauksen laatu, 2) todisteen laatu ja sen hankkimisolosuhteiden merkitys todisteen luotettavuudelle, 3) onko todiste ainoa tai ratkaiseva, vai onko asiassa esitetty muita laillisesti hankittuja todisteita, 4) puolustuksen oikeuksien toteutuminen rikosasiassa ja onko syytetyllä ollut avustaja, 5) onko todisteen aitous ja hyödyntäminen voitu riitauttaa kontradiktorisessa menettelyssä ja 6) onko riitautuksen hylkääminen perusteltu asianmukaisesti tuomiossa.¹⁷⁴

Ensimmäinen OK 17:25.3:n mukainen harkintaperuste on asian laatu. Hallituksen esityksen mukaan todisteen hyödynnettävyyden arviointiin vaikuttaa rikoksen selvittämistarve, ja sen painoarvo kasvaa, mitä vakavampi rikos on kyseessä. Eduskunnan lakivaliokunta piti tätä lähtökohtaa hyväksyttävänä, mutta korosti selvittämistarpeen olevan tärkeä kaikissa rikoksissa. Valiokunnan mukaan rikoksen vakavuus on suhteellista, eikä sen korostamisesta tule tehdä vastakkaisia johtopäätelmiä. Esimerkiksi törkeissä talousrikoksissa hyödyntämiskielon kynnyksen on oltava korkealla.¹⁷⁵

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa asian laadun ei ole katsottu olevan nimenomainen harkintaperuste. EIT edellyttää jokaiselta oikeudenkäynniltä oikeudenmukaisuutta eikä tästä vaatimuksesta voi poiketa. Laadulla on merkitystä punnittaessa yksittäisen tapauksen olosuhteita.¹⁷⁶ Esimerkiksi *Jalloh -tapauksessa*¹⁷⁷ vähäisen huumausaineen katukaupasta epäilty nieli pienen muovipussin¹⁷⁸ kokaiinia, pyrkimyksenään peittää laittomat toimensa. Hänelle annettiin oksetusainetta nenä-mahaletkun kautta neljän poliisin pitäessä hänestä kiinni. EIT katsoi, että epäinhimillisellä ja halventavalla tavalla saatua todistetta käytettiin suhteellisen lievässä rikoksessa. Todisteen hyödyntämiselle ei ollut painavaa julkista intressiä, joten hyödyntäminen teki oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Rautio – Frände 2016, s. 181.

¹⁷⁵ HE 46/2014 vp, s. 93; LaVM 19/2014 vp, s. 21.

¹⁷⁶ Rautio – Frände 2016, s.182.

¹⁷⁷ *Jalloh v. Saksa* (2006).

¹⁷⁸ Kaikkien toimien jälkeen saatiin selville, että kokaiinia oli nieltä 0,2182 grammaa. *Jalloh v. Saksa* (2006) kohta 13.

¹⁷⁹ *Jalloh v. Saksa* (2006).

Toinen OK 17:25.3:n mukainen harkintaperuste on todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus. Tällöin on kyse siitä, mitä oikeutta todistetta hankittaessa on loukattu ja kuinka vakavasti. Vakavuuteen vaikuttaa myös lainvastaisen menettelyn tahallisuus. Hallituksen esityksen mukaan hyödyntämiskiellolle on perusteet esimerkiksi silloin, kun tehdään kotietsintä ja tiedetään, ettei sille ole laissa säädettyjä perusteita. Muotoseikkojen ohittaminen, merkityksettömät virheet tai puutteet eivät puolestaan lähtökohtaisesti johda hyödyntämiskieltoon. Tahallista toimivallan ylittämistä on taas esimerkiksi tilanne, jossa esitutkintatoimivaltuuksien rajoituksia kierretään teettämällä kielletty toimi yksityisen henkilön avulla.¹⁸⁰

Rikostunnusmerkistön täyttävällä tavalla hankittua todistusaineistoa voidaan pitää pelkkää lainvastaisuutta vakavampana oikeudenloukkauksena. Lisäksi oikeudenloukkauksen vakavuuden voidaan katsoa kasvavan lainvastaiselle menettelylle määrätyn rikosoikeudellisen seuraamuksen ankaroituessa.¹⁸¹

Arvioinnissa voidaan ottaa huomioon myös loukattu oikeushyvä. Esimerkiksi yksityiselämän suojan ydinalueen loukkaamisesta voi seurata todisteen hyödyntämiskielto, vaikka mitään erityistä todistamiskielto­säännöstä ei olisi edes rikottu. Vakavuutta lisää myös lainvastaisen näytön hankinnan suunnitelmallisuus ja tahallisuus.¹⁸² Oikeudenloukkauksen vakavuudesta hallituksen esityksessä mainitaan esimerkkeinä myös henkilönkatsastus, jossa puututaan henkilökohtaiseen koskemattomuuteen enemmän kuin henkilöntarkastuksessa sekä salakatselu, joka on yksityisyyden suojan kannalta suurempi oikeudenloukkaus kuin sala­kuuntelu.¹⁸³

Oikeuskäytännöstä on esimerkkinä Itä-Suomen hovioikeuden 12.5.2010 antama tuomio, jossa seksuaalirikoksen todisteena oli yksityishenkilön ottamia valokuvia syytteen alaisesta teosta. Kuvaaminen täytti salakatselun tunnusmerkistön, koska todistaja oli kuvannut vaki­tuksen asunnon sisälle ulkoapäin ikkunasta. Hovioikeus punnitsi salakatselun aikaansaaman yksityiselämän kunnioituksen loukkausta rikoksen selvittämisen­intressiin ja totesi, että syytteenalainen teko oli vakava, mutta yksityiselämän suojan loukkaus oli punninnassa vielä

¹⁸⁰ HE 46/2014 vp, s. 93.

¹⁸¹ Vuorenpää 2020, s. 124.

¹⁸² Vuorenpää 2020, s. 125.

¹⁸³ HE 46/2014 vp, s. 93. Tässä yhteydessä on syytä panna merkille, että EIT on antanut useita ratkaisuja laittomasti hankituista äänitallenteista. Niissä on päädytty siihen, ettei yksityisyyden suojaa loukkaamalla hankitun todisteen käyttäminen tee oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaista. Ks. esim. *Alony Kate v. Espanja* (2012) ja *Dragojevic v. Kroatia* (2015).

vakavampi suhteessa rikokseen. Hovioikeus toimi todistuskeinoneutraalisti ja kielsi todistaa myöskään kertomasta suullisesti kuvaamisen aikaisista havainnoistaan.¹⁸⁴

Hallituksen esityksen mukaan hyödyntämiskielloille on painavat perusteet silloin, mitä lähempänä epäinhimillinen tai halventava kohtelu on kidutusta¹⁸⁵, varsinkin jos siihen liittyy muu oikeudenloukkaus. Myös kidutusta lievemällä kaltoin kohtelulla saadun todisteen käyttäminen on tehnyt oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen, tästä esimerkkinä mainitaan tapaukset *Söylemez* ja *Jalloh*.¹⁸⁶

Tässä on kyse siitä, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 3 artikla kieltää huonon kohtelun ja jakaa sen kolmeen vakavuusasteeseen:¹⁸⁷ kidutus, epäinhimillinen kohtelu ja halventava kohtelu. EIT:n oikeuskäytäntö on vaihdellut siinä, johtaako mikä tahansa 3. artiklan mukainen keino todisteen saamiseksi hyödyntämiskieltoon. Esimerkiksi *Söylemez* -tapauksessa¹⁸⁸ oikeus katsoi, että lausunto, joka on saatu 3 artiklaa rikkomalla, on jo itsessään täysin vailla luotettavuutta ja 3 artiklaa rikkovan teon tavoite on useimmiten tuon todisteen

¹⁸⁴ Itä-Suomen HO 12.5.2010 t. 5.

¹⁸⁵ Kidutuksestakin löytyy eriäviä näkemyksiä. Oikeusministeriölle antamassaan lausunnossaan Pekka Viljanen katsoi, ettei kidutuksen suhteen pitäisi olla ehdotonta hyödyntämiskieltoa. Samalla hän totesi, ettei kidutamalla saatu todiste ole aina lähtökohtaisesti hyvin epäluotettava. Esimerkkinä hän mainitsi tapauksen, jossa panttivangin ottamisesta epäilty henkilö on saatu kiinni, mutta hän ei suostu kertomaan minne panttivanki on piilotettu. Panttivanki on välittömässä hengenvaarassa ja tarvitsee nopeasti apua. Epäiltyä painostetaan voimakkaasti, hän paljastaa piilopaikan ja uhri pelastetaan. Kielletyllä menetelmällä on näin saatu täysin luotettava näyttö selvitetävänä olleesta asiasta, ja ihmishenki on pelastettu loukkaamalla epäillyn oikeuksia. Viljanen kysyy, että ”pitäisikö painostuksella, joka ehkä olisi katsottavissa jopa kidutukseksi, saatu näyttö jättää hyödyntämättä ja hylätä syyte, koska muuta näyttöä ei ollut riittävästi ja koska epäilty ennen painostamista kiisti syyllisyytensä?” Viljanen vetoaa myös siihen, että esimerkkitapauksessa painostuksen käyttäjän kohdalla tulisi pohdittavaksi mahdollinen pakkotilasäännösten soveltaminen. Viljanen painottaa myös, etteivät viranomaiset maassamme harjoita kidutusta eivätkä tarjoa näytöksi kiduttamalla saatuja todisteita. Kidutusta tapahtuu hänen mukaansa lähes yksinomaan rikollisjengien piirissä. Oikeusministeriö 2013, s. 193–194. Viljasen näkemykset muistuttavat 2000-luvun alun kansainvälistä keskustelua kidutuksen sallittavuudesta. Sallittavuutta perusteltiin yleisellä turvallisuudella ja utilitaristisilla näkökulmilla. Esimerkiksi Harvardin professori Alan Dershowitzin mukaan, jos ainoa keino viattomien ihmishenkien pelastamiseksi on kiduttaa epäiltyä terroristia, näin saa, tai ainakin pitäisi saada tehdä. Kidutuksen absoluuttisen kiellon puoltajat taas katsovat, että vaikka kidutuksen voi katsoa olevan tietyissä tilanteissa moraalisesti oikeutettua, sen legitimoiminen tietyissä tilanteissa johtaisi lopulta sallittujen poikkeusten lisääntymiseen ja mieltämään kidutuksen normaalina toimintamenetelmänä. Steinhoff 2006, s. 351.

¹⁸⁶ HE 46/2014 vp, s. 93–94.

¹⁸⁷ On syytä panna merkille, että kahdessa lievemässäkin asteessa on kysymys vakavista teoista. Epäinhimillistä kohtelua on esimerkiksi väkivallan käyttö, ks. esim. Irlanti v. Yhdistyneet Kuningaskunnat (1978) kohta 168. Fyysisen pakon käyttö pidätystilanteessa on sallittua, mutta on osoitettava, että sen käyttö oli välttämättömyyttä ja oikeassa suhteessa. Ks. esim. Klaas v. Saksa (1993). Halventavaa kohtelua on esimerkiksi seksuaalinen nöyryyttäminen. Ks. esim. El Shennawy v. Ranska (2011). 3 artiklaa koskevaa uudempaa oikeuskäytäntöä ks. esim. Trocin v. Moldovan tasavalta (2021).

¹⁸⁸ *Söylemez* v. Turkki (2006) kohta 122 ”Une déclaration faite en méconnaissance de l'article 3 est intrinsèquement dépourvue de fiabilité. De plus, l'utilisation d'une preuve obtenue en violation de l'article 3 constitue souvent la raison pour laquelle les actes de mauvais traitements sont initialement utilisés. La prise en compte d'une telle preuve pour établir la culpabilité d'une personne est incompatible avec les garanties de l'article 6 de la Convention.”; Näin myös *El Haski* v. Belgia (2012) kohta 85.

saaminen. Oikeus totesi, että syyllisyyden perustaminen tällaisille todisteille on vastoin 6 artiklaa. Jalloh-tapauksessa¹⁸⁹ oikeus jätti avoimeksi kysymyksen siitä, pitäisikö todisteet, jotka on saatu epäinhimillisellä ja halventavalla tavalla katsoa aina artikla 6 vastaiseksi. Pölönen ja Tapanila kuitenkin katsovat *Gäfke-tapaukseen* viitaten, että kaikki 3 artiklan vastaiset toimet voivat mahdollisesti olla peruste hyödyntämiskielolle.¹⁹⁰ Tätä näkemystä voidaan pitää perusteltuna myös muiden EIT:n ratkaisujen perusteella.¹⁹¹

Hallituksen esityksessä rikosprovokaatio katsotaan perusteeksi hyödyntämiskielolle, mutta samalla viitataan ihmisoikeustuomioistuimen esiin tuomiin muihin vaihtoehtoihin ja, siihen että asia on lähtökohtaisesti päätettävä kansallisella tasolla.¹⁹² *Frände* ja *Rautio* suhtautuvat kansallisen tason päättämiseen kuitenkin torjuvasti. Heidän mukaansa EIT:n esittämät muut keinot, syytteen hylkääminen oikeuden väärinkäytön vuoksi tai rikosprovokaation katsominen materiaalisesti puolustukseksi eivät sovi Suomen oikeuteen ja vaihtoehtona on tällöin ainoastaan hyödyntämiskielto.¹⁹³ Myös *Pölönen* ja *Tapanila* katsovat rikosprovokaatiotilanteiden olevan sen verran vakavia, ettei hyödyntämiskielloille välttämättä ole vaihtoehtoja. Tämä koskee erityisesti tilanteita, joissa rikosprovokaation kautta saadun näytön hyödyntäminen tekisi koko oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen.¹⁹⁴

Kysymys ei myöskään ole aina välttämättä siitä, millä tavalla näyttö on hankittu, vaan myös siitä millä tavoin syytetty on voinut riitauttaa sen oikeudenkäynnin aikana.¹⁹⁵ Tästä on esimerkkinä *tapaus V*¹⁹⁶, jossa oli kysymys oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta. Valeosto oli salattu puolustukselta, syyttäjältä ja käräjäoikeudelta ja se tuli tietoon sattumalta hovioikeuden käsittelyssä. EIT katsoi, että asianosaisen oikeus saada oikeudenkäyntiaineisto kokonaisuutena käyttöönsä on yksi menettelyn oikeudenmukaisuuteen vaikuttavista seikoista. *Bykov -tapauksessa*¹⁹⁷ EIT katsoi EIS 8 artiklaa loukatun, koska kuuntelulaitteen

¹⁸⁹ Jalloh v. Saksa (2006). Yksimielisyyttä asiasta ei kuitenkaan ollut. Eriävän mielipiteen jättänyt tuomari Nicolas Braza katsoi, että 3. artiklan loukkauksella saadun todisteen käyttö loukkaa korjaamattomasti oikeusprosessin oikeudenmukaisuutta. ”However, not only is the borderline between the various forms of ill-treatment neither immutable nor capable of precise definition, as the Court has previously recognised, but the fairness of the judicial process is in my view irreparably damaged in any case where evidence is admitted which has been obtained by the authorities of the State concerned in violation of the prohibition in Article 3.” Jalloh v. Saksa kohta Concurring opinion of Judge Bratza.

¹⁹⁰ Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.7.1.

¹⁹¹ Ks. tutkielman alaviitteet 187 ja 189.

¹⁹² He 46/2014 vp, s. 94.

¹⁹³ Rautio – Frände 2016, s. 186–187.

¹⁹⁴ Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.5.2.

¹⁹⁵ Ervo 2008, s. 317; Myös Ervo katsoo, että rikosprovokaatiosta seuraa hyödyntämiskielto. Ervo 2008, s. 312–316.

¹⁹⁶ V. v. Suomi (2007).

¹⁹⁷ Bykov v. Venäjä (2009).

käytölle ei ollut kansallisen lain tukea. Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä todisteen käyttö tuomioistuimessa ei kuitenkaan loukannut, koska valittajalla oli tuomioistuimessa mahdollisuus riitauttaa peiteoperaation laillisuus ja sillä saadun näytön käyttö todisteena kontradiktorisessa menettelyssä kahdessa oikeusasteessa ja kansalliset tuomioistuimet ottivat väitteisiin nimenomaisesti kantaa perustelluissa tuomioissa. Tallenne ei myöskään ollut ratkaiseva todiste.

Kolmas peruste hallituksen esityksen mukaan on todisteen hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle. Tämä koskee lähinnä tilanteita, joissa arvioidaan asianosaisen ja todistajan kertomuksen luotettavuutta. Kyseessä voi olla painostus, sinnikäs taivuttelu tai utelminen, joka saa henkilön¹⁹⁸ kertomaan sen, mitä halutaan kuulla. Lainvastaisesti hankittu esinetodiste ei puolestaan välttämättä menetä luotettavuuttaan, ellei hankkimistapa anna aihetta epäillä esinetodisteen aitoutta tai muuttamattomuutta.¹⁹⁹

Neljäs harkintaperuste on todisteen merkitys asian ratkaisemiselle. Todisteen hyödynnettävyyttä voi puoltaa sen ratkaiseva merkitys vakavassa rikoksessa. Hyödyntämiskielto voi olla perusteltua myös esimerkiksi silloin, kun todiste on näyttöarvoltaan heikkoa kuulopuhetodistelua ja asiassa on muuta ja parempaa näyttöä eli todisteen vähäinen merkitys voi puoltaa hyödyntämiskieltoa.²⁰⁰

Kolmanteen ja neljänteen harkintaperusteeseen liittyy ongelmia, joita käsitelen tarkemmin luvussa 6.3.

Todisteen vähäinen merkitys ei vastaa ihmisoikeustuomioistuimen kriteereitä. EIT on hyväksynyt lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämisen, jos asiassa on ollut muuta näyttöä tai hankittu todiste on ollut näyttöarvoltaan vähäisempää ja samalla on ollut muuta samansuuntaista laillista todistelua.²⁰¹ Hyödyntämiskieltoon on päädytty silloin, kun lainvastaisesti hankittu todiste on ollut ainoa tai ratkaiseva. Yksi erittäin vahva ja luotettava, lainvastaisesti hankittu todiste voi kuitenkin olla olosuhteista riippuen ainoa näyttö silloin kun todisteen aitous ja sen käyttäminen on voitu riitauttaa kontradiktorisessa menettelyssä.²⁰²

¹⁹⁸ Henkilö voi olla esimerkiksi lapsi tai päihtynyt. Tapauksessa *Plonka v. Puola* (2009) oli kyse henkilöstä, joka kärsi alkoholismista.

¹⁹⁹ HE 46/2014 vp, s. 94.

²⁰⁰ HE 46/2014 vp, s. 94.

²⁰¹ Esimerkiksi edellä mainittu *Bykov v. Venäjä* (2009).

²⁰² Suomessa korkein oikeus teki kuusi viikkoa ennen EIT:n ratkaisun antamista EIT:n aikaisempaan oikeuskäytäntöön perustuvan ratkaisun KKO 2011:91. KKO totesi, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ratkaisukäytännössään katsonut, ettei tuomiota voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa laittomasti hankitulle

EIT on muuttanut ja kehittänyt linjauksiaan oikeudellisesti virheellisen tai puutteellisen näytön hyödynnettävyyden osalta.²⁰³ *Al-Khawaja* ja *Tahery* -tapauksissa²⁰⁴ EIT lievensi kontradiktorisuuden vaatimusta. Syytetty voidaan tuomita myös sellaisen ratkaisevan näytön perusteella, jossa vastakuulustelu-oikeus ei ole toteutunut, jos todistelu on sen merkitykseen nähden luotettavaa ja vastakuulustelu-oikeuden puuttumiselle on pätevä ja hyväksyttävä syy.²⁰⁵

Seuraavassa on kaksi esimerkkiä EIT uudemmasta oikeuskäytännöstä.

*Stulir-tapauksessa*²⁰⁶ oli kyse laittomasta uhkauksesta. Asianomistajaa oli kuultu esitutkinnassa tuomarin läsnä ollessa. Asianomistaja asui ulkomailla, eikä saapunut oikeudenkäyntiin, joten todisteeksi hyväksyttiin hänen kirjallinen kertomuksensa. Kansalliset tuomioistuimet eivät tehneet oikeusapupyynnöä asianomistajan kuulemiseksi. Oikeudenkäynnissä esitettiin syytetyn syyllisyydestä muuta näyttöä. EIT katsoi asianomistajan kertomuksen merkittäväksi näyttöksi. Tasapainottavina tekijöinä otettiin huomioon tuomarin johdolla tehty kuulustelu esitutkinnassa, tuomioistuimen kattava ja tarkka näytönarviointi sekä mahdollisuus riitauttaa asianomistajan uskottavuus, sillä syytetty oli tuntenut tämän pitkältä ajalta. EIT katsoi äänin 5-2, että 6 artiklan kohtia 1 ja 3 ei ollut loukattu.²⁰⁷

*Kuchta-tapauksessa*²⁰⁸ päädyttiin päinvastaiseen ratkaisuun. Kyseessä oli epäilty petos. Yksi epäillyistä, PN, oli esitutkinnassa tunnustanut teon ja kertonut myös muiden osallisuudesta rikokseen. Kuchta kiisti oikeudessa rikoksen ja väitti PN:n kertoneen tapahtumista saadakseen lievemmän rangaistuksen. Kuchta oli vedonnut siihen, ettei hän ollut saanut kuulustella PN:ää, vaikka tämän kertomus oli ainoa näyttö hänen osallisuudestaan. EIT totesi, että kyse oli ratkaisevasta asiasta ja ainoastaan poliisit olivat kuulustelleet PN:ää, ilman että läsnä olisi ollut syyttäjä tai että PN:ää olisi kuultu tutkintatuomarin luona. Syytetyllä ei ollut tilaisuutta seurata kuulustelua eikä arvioida todisteen luotettavuutta.

todistusaineistolle. KKO:n tulkinta oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä on siis tiukempi kuin EIT on myöhemmin katsonut; PL 21 §:n tulkinta siitä, voidaanko saavutettua perusoikeuksien tasoa laskea voi rajoittaa EIT:n sallivamman linjan seuraamista. Fredman 2018, s. 80; KKO:n ja eduskunnan lakivaliokunnan mietinnön oikeuslähteiden välisestä suhteesta ks. Fredman 2018, s. 80–81.

²⁰³ Aiheesta tarkemmin ks. Tapanila 2019, s. 147–154.

²⁰⁴ *Al-Khawaja* ja *Tahery* v. Yhdistyneet Kuningaskunnat (2011).

²⁰⁵ Tapanila 2019, s. 147–148. *Al-Khawaja* ja *Tahery*-tapausta seuranneita ratkaisuja on kuvailtu yllättäviksi ja vaikeasti ennakoitaviksi Ks. Tapanila 2019, s. 150, 152; Ks. esim. tapaukset *Schatschaschwili* v. Saksa (2015) ja *Cafagna* v. Italia (2017).

²⁰⁶ *Stulir* v. Tšekien tasavalta (2017) kohdat 61–74.

²⁰⁷ Tapanila pitää ratkaisua yllättävänä, sillä kirjallisen todistajankertomusten sallimiselle ei ollut perusteita, koska todistajia olisi voinut kuulla ilman ylivoimaisia vaikeuksia. Tapanila 2019, s. 152.

²⁰⁸ *Kuchta* v. Puola (2017).

EIT:n käytäntö siitä, että laittomasti hankittua todistetta ei saa käyttää ainoana tai ratkaisevana näyttönä on ongelmallinen hyödyntämiskiello- ja näyttöharkinnan tasojen erottamisen vuoksi. Tähän kysymykseen palaan luvussa 6.3.

Viidentenä perusteena hallituksen esityksessä on muut olosuhteet. Näitä ovat esimerkiksi todisteen esittämisestä aiheutuvat seuraukset. Tällöin on kyse siitä, syventääkö todisteen käyttäminen oikeudenloukkausta vai onko vahinko jo tapahtunut, jolloin hyödyntämiskielolla ei olisi enää merkitystä. Hyödyntämistä puoltaisi myös se, että todiste olisi joka tapauksessa saatu laillisestikin.²⁰⁹ Viimeksi mainitussa on kyseessä ns. inevitable discovery -tilanne. Inevitably discovery -opin perustana on yhdysvaltalainen tapaus *Nix v. Williams*. Tapauksessa uhrin ruumis löytyi laittomasti saadun tiedon avulla. Koska etsintäpartio suoritti etsintöjä samalla alueella, tuomari katsoi, että ruumis olisi todennäköisesti löytynyt myös ilman epäiltyyn kohdistettua oikeudenloukkausta.²¹⁰ *Hormia* suhtautuu tämänkaltaiseen arviointiin hyvin kriittisesti. *Hormia* toteaa, että ruumiiden löytyminen enemmän tai myöhemmin on kokemusperäinen tosiasia ja tämänkaltaisissa tilanteissa löytömahdollisuuksien arviointi riippuu niin monista epävarmoista tekijöistä, ettei arviointiin edes kannata ryhtyä.²¹¹

Inevitably discovery -opin ongelmana on se, että se korostaa kausaaliyhteyksiä ja pohdinnat kausaalisesta yhteydestä oikeudenloukkauksen ja todisteen löytymisen välillä voivat johtaa lopputuloksiin, joiden lainsäätäjä ei ole välttämättä ole edes ole tarkoittanut olevan merkityksellisiä hyödyntämiskiellon asettamisen kannalta. Kiellon asettamiseen voisi esimerkiksi vaikuttaa se, kuinka tehokasta rikostutkinta on kussakin tapauksessa tai kuinka taitavasti jälkensä peittävän rikollisen tekoa ollaan selvittämässä.²¹² *Richard Re* katsookin perustellusti, ettei sillä olisiko poliisi joka tapauksessa, todennäköisesti tai mahdollisesti tullut tietoiseksi todisteesta ilman lainvastaista menettelyä tulisi olla merkitystä. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kannalta on merkityksellisempää se, että poliisilla on lain mukaiset valtuudet tutkintatoimenpiteisiin.²¹³

Hallituksen esityksen mukaan hyödyntämiskielloharkinnassa on merkitystä myös sen asianosaisen suhtautumisella, jota vastaan todiste on tarkoitus esittää. Esityksessä painotetaan kuitenkin varovaisuutta, sillä jälkepäin tehty lainvastaisen menettelyn hyväksyminen ei

²⁰⁹ HE 46/2014 vp, s. 94.

²¹⁰ *Nix v. Williams* (1984).

²¹¹ *Hormia* 1978, s. 300.

²¹² Re 2014, s. 1387.

²¹³ Re 2014, s. 1957.

poista oikeudenloukkausta, eikä useimpia oikeudenloukkauksia voi hyväksyä etukäteen edes loukkauksen kohde.²¹⁴ Lakivaliokunta ei pitänyt tätä ajatusta perusteltuna, vaan katsoi ettei syytetyn kielteiselle suhtautumiselle häntä vastaan esitettyyn näyttöön voida antaa merkitystä.²¹⁵

EIT:n oikeuskäytännön mukaan hyödyntämiskieltoa harkittaessa voidaan suostumus ottaa huomioon silloin kun suostumus puoltaa todisteen hyödyntämistä. Vastustamisella ei ole merkitystä.²¹⁶ *Jokelan* mukaan asianosaisten mielipiteet on otettava huomioon ja niihin on annettava perusteltu vastaus. Näin on erityisesti silloin, kun todiste tukee syytetyn syyttömyyttä. Muutenkin syytetyn mielipiteelle on annettava merkitystä.²¹⁷

6.3 Hyödyntämiskieltoharkinnan ja näyttöharkinnan tasojen sekoittumisen ongelma

Kuten aikaisemmin on jo todettu, todistamis- ja hyödyntämiskieltojen yhtenä tärkeänä funktiona pidetään oikeusturvaa. Hyödyntämiskieltojen päätarkoituksena ei ole aineellisen totuuden edistäminen tai pelkkä todistelun luotettavuuden edistäminen. Tästä syystä pelkkää todisteen näyttöarvon alentamista vapaassa todistusharkinnassa ei aina pidetä riittävänä hyvityksenä niistä perus- ja ihmisoikeusloukkauksista, joita todistamis- tai hyödyntämiskielton sivuuttamisella loukataan.²¹⁸

Näyttöarvon alentamista parempana ratkaisuna pidetään todisteen hyödyntämiskielto- ja todisteen näyttöarvokysymysten pitämistä erillään. Kun tuomioistuin asettaa todisteen hyödyntämiskieltoon, niin todiste rajataan kokonaisuudessaan oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle. Hyödyntämiskieltoyksymykset eivät siten liity lainkaan vapaan todisteteorian mukaiseen todisteen näyttöarvon arviointiin, eikä näyttöä arvioida niiden osalta ollenkaan.²¹⁹

²¹⁴ HE 46/2014 vp, s. 94.

²¹⁵ LaVM 19/2014 vp, s. 22.

²¹⁶ Rautio–Frände 2016, s. 184.

²¹⁷ Jokela 2015, s. 342.

²¹⁸ Lundqvist 1998, s. 175–176; Pölönen 2003, s. 238.

²¹⁹ Esimerkkinä KKO 2012:45 kohta 46: ”Silloin kun esitutkintakertomus on hankittu loukatun epäillyn oikeutta avustajaan, kysymys sen käytettävyydestä oikeudenkäynnissä ei siis ensisijaisesti liity epäillyn tai hänen lausumiensa uskottavuuden arviointiin vaan epäillyn puolustautumisoikeuksiin. Jos epäillyn itsekriminointisuoja on näissä tilanteissa loukattu, epäillyn asemaa ei voida korjata noudattamalla kohdassa 39 selostettua vapaan todisteiden harkinnan periaatetta, jonka mukaan asianosaisten oikeuksia loukatun hankitun todisteen esittäminen sallitaan, mutta sen näyttöarvoa alennetaan tapauksen olosuhteiden mukaan. Epäillyn oikeuksien loukkaaminen voidaan tällöin välttää vain, jos hänen syyllisyyttä tukevia lausumiaan ei hyödynnetä oikeudenkäynnissä.”

Vapaan todistusharkinnan mukainen todisteen näyttöarvo arvioidaan silloin kun hyödyntämiskieltoa ei aseteta.²²⁰

Ongelmalliseksi on muodostunut EIT:n aikaisemman oikeuskäytännön mukainen ”ainoa tai ratkaiseva näyttö” eli tapaukset, joissa lainvastaisesti hankittua todistetta ei saa käyttää ainoana tai ratkaisevana näyttönä syytetyn syyllisyydestä. Tämänkaltaisessa tilanteessa suomalaisella tuomioistuimella on ollut kaksi mahdollisuutta, joko todisteen näyttöarvon alentaminen tai hyödyntämiskiellon asettaminen. Koska asiasta ei ole ollut aikaisempaa lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntö on ollut hajanaista, kotimaisessa oikeuskäytännössä on useasti päädytty näyttöarvon alentamiseen.²²¹ Kotimaiseen oikeuskäytäntöön²²² on pesiytynyt EIT:n käytännöstä lainattuja ilmaisuja ”ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa”, ”yksin tai pääasiassa”, ”ainoa tai ratkaiseva näyttö” ja ”keskeinen tai pääasiallinen näyttö.” *Riekkinen* katsoo näiden ilmaisujen ongelmana olevan se, että ne eivät kerro mitään todisteen käytännön arvosta ja todellisuudessa ne ovat olleet hyödyntämiskiellon korvike. Tämä puolestaan on johtanut hyödyntämiskieltoharkinnan ja näyttöharkinnan tasojen sekoittumiseen keskenään.²²³

Perustetta sille käsitykselle, että EIT:n oikeuskäytäntö ohjaisi myös hyödyntämiskielto- ja näyttöharkintaa, ei ole. EIT tarkastelee täyttääkö oikeudenkäynti kyseessä olevassa yksittäistapauksessa kokonaisuudessaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset. Hyödyntämiskielto- ja näyttöarviointiin liittyvät kysymykset voidaan ratkaista kansallisella tasolla.²²⁴

Pölönen ja *Tapanila* eivät täysin yhdy Riekkisen kritiikkiin, vaan katsovat, että ”ainoa tai ratkaiseva näyttö” -tapauksissa hyödyntämiskielto- ja näyttöarvokysymykset väistämättä sekoittuvat. He myöntävät, että kontradiktorisuusvirheistä puhuttaessa hyödyntämiskiellon käsite ei ole paras mahdollinen vaan asiaa voitaisiin hahmottaa uuden tai erillisen

²²⁰ Pölönen 2003, s. 205; Riekkinen 2014, s.70; Pölönen – Tapanila luku 6.2.

²²¹ Fredman 2013, s. 630; Esimerkkinä KKO 2015:86 kohta 22: ”ensisijaisena seurauksena on todisteen näyttöarvon alentaminen sen mukaan, miten virheellisyys vaikuttaa todisteen luotettavuuteen.”

²²² Esimerkiksi KKO 2013:25 kohta 22. ”Korkein oikeus katsoo, että A:n esitutkinnassa antamat, sittemmin oikeudessa peruuttamat tunnustamislauseumat ovat asiassa pääasiallinen näyttö A:n syyllisyydestä yhteensä 30 gramman amfetamiinierän myymiseen. Syyksi lukemista ei voida perustaa yksin tämän kaltaiseen näyttöön. Syyttäjän asiassa esittämä muu selvitys ei ole asiassa esitettyä näyttöä kokonaisuutena arvioiden teon syyksi lukemiselle riittävä. Tämän vuoksi suullisen käsittelyn toimittaminen asiassa ei ole tarpeen.”

²²³ Riekkinen 2014, s. 170.

²²⁴ Riekkinen 2014, s. 170–171.

hyödyntämisrajoituksen käsitteen kautta.²²⁵ Yleensä todisteen lainvastaisuus on tiedossa jo silloin kun todiste esitetään tuomioistuimelle ja joku asianosainen kiinnittää tuomioistuimen huomion lainvastaisuuteen tai tuomioistuin tulee lainvastaisuudesta muutoin tietoiseksi. Kuitenkin kontradiktorisuuden osalta todisteen merkitys kokonaisnäytön kannalta selviää yleensä vasta pääkäsittelyn lopussa, kun todistelu on kokonaisuudessaan otettu vastaan. Tämä on tarpeen siksi, että tiedetään, onko kyseinen todiste ratkaiseva. Jos syytteen tueksi on esitetty muuta todistelua siinä määrin, että kontradiktorisuutta loukkaavan todisteen merkitys ei ole ratkaiseva, ei hyödyntämiskiellon asettamiselle ole perustetta. Todisteen ollessa merkitykseltään ratkaiseva tuomioistuimen on asetettava hyödyntämiskielto, jolloin todiste rajataan näytön arvioinnin ulkopuolelle.²²⁶

Hyödyntämiskieltoharkinnan ja näyttöharkinnan tasojen sekoittuminen on nähtävissä myös eduskunnan lakivaliokunnan mietinnössä, jossa todetaan seuraavaa: ”Mikäli todiste on hankittu lainvastaisella tavalla taikka muutoin virheellisellä menettelyllä, tämä voi heikentää todisteen näyttöarvoa. Tuomioistuimen on otettava tämä huomioon näytön arvioinnissa, mutta lainvastaisuuden merkitys todisteen uskottavuuden ja luotettavuuden kannalta on myös osa sitä harkintaa, sallitaanko todisteen hyödyntäminen.”²²⁷ Myöhemmin lakivaliokunnan mietinnössä todetaan kohdassa ”todisteen hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle”, ettei epäluotettavia todisteita tule hyödyntää.²²⁸

Todisteen luotettavuusarviointi on syytä tehdä vapaassa todistusharkinnassa. Siihen, että todiste suljetaan pois oikeudenkäyntiaineistosta sen epäluotettavuuden takia, tulee suhtautua hyvin pidättyväisesti. Todistelun luotettavuuden arviointi voi hyödyntämiskieltoharkinnassa kuitenkin tulla kyseeseen silloin, kun kyse on siitä, onko kontradiktorisuusvirhettä riittävästi kompensoitu.²²⁹

²²⁵ Tässä yhteydessä on syytä vielä korostaa, että muissa kuin kontradiktorisuus -tapauksissa Pölönen ja Tapanila katsovat, että hyödyntämiskielloista tehdään selkeä ratkaisu eikä sen asemasta päädytä alentamaan todisteen näyttöarvoa. Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.2.

²²⁶ Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.5.4.

²²⁷ La 19/2014 vp, s. 6–7.

²²⁸ La 19/2014 vp, s. 22.

²²⁹ Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.7.3; Ks. myös Al-Khawaja ja Tahery (2011), kohta 147: ”The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case.”

7 HYÖDYNTÄMISKIELLOT ESITUTKINNASSA JA SYYTEHARKINNASSA

7.1 Hyödyntämiskielloista esitutkinnassa ja syyteharkinnassa

Kun hyödyntämiskielto tulee harkittavaksi myös esitutkintavaiheessa tai syyteharkinnassa, puhutaan ennakoivista hyödyntämiskielloista.²³⁰ Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun esitöiden mukaan selvästi hyödyntämiskiellon alaisia todisteita ei tule hankkia, käyttää syyteharkinnassa tai nimetä oikeudenkäynnissä käytettäviksi todisteiksi.²³¹ Hyödyntäminen on kuitenkin sallittu syyttömyyttä tukevana selvityksenä. Todisteiden hyödyntämiskelpoisuuden arviointi esitutkintavaiheessa kuuluu esitutkintaviranomaisen ja syyttäjän väliseen yhteistyövelvoitteeseen (Esitutkintalaki 805/2011, ETL 5:3). Tapauskohtainen hyödyntämiskieltoharkinta vaikeuttaa oikeuskäytännön ennakoitavuutta. Niinpä myös esitutkintaviranomaisella ja syyttäjällä voi olla vaikeuksia ennakoida, miten esitutkinnassa saatuihin todisteisiin tullaan suhtautumaan oikeudenkäynnissä.²³²

Syyttäjän pitäisi pyrkiä varmistamaan todisteiden hankkimismenettelyn lainmukaisuus ennakkollisin keinoin. Jos lainvastaisesti hankittu aineisto on jo poliisin hallussa, on turvauduttava jälkikäteiskontrolliin. Tämä tapahtuu ensisijaisesti esitutkinnan asianmukaiseen toimitamiseen ohjaavalla lisätutkintapyynnöllä. Tämä tulee kysymykseen esimerkiksi silloin, jos esitutkintakuulustelussa ei ole noudatettu esitutkintalain säännöksiä kuulusteltavan asianmukaisesta kohtelusta tai kuulusteltavalle ennen kuulustelua annettavista ilmoituksista. Kaikissa tapauksissa lisätutkintapyynnöillä ei kuitenkaan voida korjata aiemmassa tutkinnassa tapahtuneita virheitä ja ainoa vaihtoehto on hyödyntämiskielto.²³³

Lopullinen vastuu hyödyntämiskieltoratkaisuista on tuomioistuimella. Lähtökohtaisesti voidaan katsoa, että niin kauan kuin todisteiden hyödyntämiskiellosta ei ole olemassa vakiintunutta oikeuskäytäntöä, syyttäjä voi vedota kaikkeen esitutkinnassa saatuun näyttöön ja jättää hyödyntämiskieltokysymykset tuomioistuimen ratkaistavaksi. Toisaalta, jos todisteiden hankinnassa tapahtunut oikeudenloukkaus on riittävän vakava, syyttäjä voi pelkästään OK 17:25:n nojalla asettaa ennakkollisen hyödyntämiskiellon, vaikka vakiintunutta tuomioistuin-käytäntöä ei olisikaan. Tätä näkemystä voidaan perustella sillä, että syyttäjän on kyettävä

²³⁰ Nimitys kuvaa rikosprosessin ajallista kulkua ja sitä, että viime kädessä hyödyntämiskiellosta päättää aina tuomioistuin. Helminen ym. 2014, s. 533.

²³¹ HE 46/2014 vp, s. 85–86.

²³² Tapanila 2019, s. 225–226.

²³³ Vuorenperä 2020, s. 137.

puolustamaan esitutkinta-aineiston objektiivisuutta ja virheettömyyttä, eikä syyttäjä näin ollen saa vedota muunlaiseen aineistoon syytteensä tueksi.²³⁴ Euroopan neuvoston antaman suosituksen mukaan virallisten syyttäjien ei pidä esittää henkilöitä vastaan sellaisia todisteita, jotka he tietävät tai kohtuudella voivat epäillä saaduiksi lainvastaisin menetelmin.²³⁵ Myös oikeuskirjallisuuden katsotaan, että ainakin selvissä tapauksissa syyttäjän on asetettava ennakoiva hyödyntämiskielto. Esimerkiksi silloin kun kuultavaa on kidutettu tai tutkinnassa on muutoin laittomasti ja vakavasti loukattu jotain tärkeää oikeushyvä.²³⁶

Voidaan myös kiinnittää huomiota siihen, perustuuko syyte yksinomaan tai pääosin laittomasti hankitulle näytölle. Pääsääntöisesti muissa kuin syytetyn haitaksi tehtävissä ratkaisuissa laittomasti hankittua todistetta voidaan käyttää. Näin on myös silloin kun ratkaisu syytetyn haitaksi perustetaan pääosin muuhun näyttöön.²³⁷

Seuraavassa luvussa esiteltävässä Ibrahim -tapauksessa esitetään lisää hyödyntämiskieltoharkinnassa hyödynnettäviä kriteereitä.

Jos syyttäjä päättää viedä aineiston tuomioistuinkäsittelyyn, pitää hänen kiinnittää tuomioistuimen huomio esitutkintamenettelyssä havaitsemiinsa mahdollisiin epäselvyyksiin. Epäselvyyksistä on kerrottava myös puolustukselle.²³⁸

Eduskunnan oikeusasiamies on käsitellyt vuoden 2019 ratkaisussaan kysymystä hyödyntämiskiellosta. Tapauksessa B oli epäiltynä seksuaalirikoksesta. Esitutkinnassa ilmeni, että B:n nimiin rekisteröity auto oli ylittänyt Suomen ja Ruotsin välisen rajan ja palannut takaisin vajaan tunnin päästä. Ylitykset olivat tallentuneet kuvana tullin ns. liprejärjestelmään. Kuvaa ei liitetty esitutkintamateriaaliin, koska sen katsottiin olevan tullilain perusteella salassa pidettävä. Kuvaa ei liitetty aineistoon myöskään B:n avustajan pyynnöstä. Kuva poistettiin myöhemmin tullin järjestelmästä voimassa olleen lain mukaisesti, eikä B voinut käyttää kuvaa oikeudenkäynnissä eikä vedota siihen. Oikeusasiamies katsoi, että jos kuva olisi ollut salassa pidettävä, se olisi voitu varustaa asianmukaisin merkinnöin ennen esitutkinta-aineistoon liittämistä. Jos kuvan

²³⁴ Vuorenperä 2020, s. 138–139.

²³⁵ The Role of Public Prosecution in Criminal Justice System, kohta 28.

²³⁶ Lundqvist 1998, s. 255; Pölonen 2003, s. 249.

²³⁷ Fredman ym. 2019, s. 516.

²³⁸ Vuorenperä 2020, s. 138.

käyttämisestä todisteena oli epäselvyyttä tai sen kohdalla olisi vedottu hyödyntämiskieltoon, asia olisi tullut saattaa oikeudenkäynnin yhteydessä tuomioistuimen ratkaistavaksi.²³⁹

Hyödyntämiskiellon alaista tietoa voidaan esitutkinnassa käyttää viranomaisten toimenpiteiden suuntaamisessa, kuten tutkintataktiikan valinnassa, tutkintatoimenpiteiden ajoittamisessa, asianosaisten määrittämisessä, pakkokeinojen perusteiden arvioinnissa, kuulustelutaktiikan laatimisessa, tiedonhankintatoimenpiteiden suuntaamisessa, voimavarojen painottamisessa jne. Laki ei sääntele hyödyntämistä tutkinnan suuntaamisen osalta muutoin kuin ylimääräisen tiedon suhteen.²⁴⁰

7.2 Oikeus avustajaan

OK esitöiden mukaan 17:25.3 momentin nojalla ratkaistaan myös itsekriminointisuojaan läheisesti liittyvät puolustuksen järjestämisen loukkaukset.²⁴¹

ETL 4:10:n mukaan esitutkintaviranomainen on velvoitettu informoimaan oikeudesta avustajaan ja huolehtimaan siitä, että oikeus tapahtuu myös tosiasiallisesti. Tutkinnanjohtajalla on lisäksi velvollisuus tehdä tuomioistuimelle esitys puolustajan määräämisestä, jos siihen on aihetta ROL 2:1.3:n nojalla.²⁴²

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä on tiivistettävissä seuraavat keskeiset seikat: Epäilyllä on oikeus avustajaan jo esitutkinnan alusta alkaen.²⁴³ Tätä oikeutta voidaan rajoittaa vain, jos käsillä on pakottavia syitä. Samalla on arvioitava, mitä vaikutuksia

²³⁹ EOAK/2782/2018. (12.6.2019).

²⁴⁰ Fredman ym. 2020, s. 514.

²⁴¹ HE 46/2014 vp, s. 89.

²⁴² Epäilylle on määrättävä puolustaja viran puolesta, kun: 1) epäilty ei kykene puolustamaan itseään. 2) Epäilty, jolla ei ole puolustajaa, on alle 18-vuotias, jollei ole ilmeistä, ettei hän tarvitse puolustajaa. 3) Epäilyllyn valitsema puolustaja ei täytä puolustajalle asetettavia vaatimuksia tai kykene asianmukaisesti puolustamaan epäiltyä tai 4) siihen on muu erityinen syy.

²⁴³ *Salduz v. Turkki* (2008), kohta 54: ”In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial. At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. This right indeed presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against selfincrimination.”

rajoittamisella on puolustukselle.²⁴⁴ Rajoitukset eivät saa kohtuuttomasti vaarantaa epäillyn oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Epäilty voi luopua oikeudesta avustajaan, mutta epäillyn ikään, kielitaitoon, terveydentilaan tai päihteiden väärinkäyttöön liittyvät tilanteet edellyttävät tilanneherkkää epäillyn aseman arviointia²⁴⁵ ja tarvittaessa avustajan hankkimista viran puolesta, vaikka epäilty ilmoittaisikin luopuvansa avustajasta.²⁴⁶

Erityisesti päihde- ja mielenterveysongelmilla on ollut vaikutuksensa epäillyn asemaan, oikeuksien toteutumiseen sekä siihen minkälaiseksi epäillyn kertomus on muodostunut. Vakavien, syyksi luettuna ehdottomaan vankeusrangaistukseen johtavien ja alaikäisten vähäistä merkittävimpien rikosten osalta tulisi pääsääntöisesti määrätä puolustaja. Jos epäillyn oikeudet ovat toteutuneet puutteellisesti, tuomioistuimen on arvioitava, onko puolustuksen asemaa kompensoitu muilta osin.²⁴⁷

EIT:n suuren jaoston ratkaisemassa tapauksessa *Simeonovi*²⁴⁸ epäilty ei ollut kolmeen ensimmäiseen päivään pidätyksensä alussa saanut tavata avustajaansa. Olennaista oli, ettei oikeudenkäyntiaineistossa ollut mitään kyseisten päivien aikana syntynyttä aineistoa, esimerkiksi kuulustelupöytäkirjoja. EIT arvioi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kokonaisuutena. Koska syyksilukeminen perustui osin myöhemmin tehtyyn tunnustukseen itse valitun avustajan hoitaessa puolustusta, ei puute avustajan tapaamisen osalta tehnyt menettelystä EIS 6 artiklan vastaista.

Beuze -tapauksessa²⁴⁹ EIT katsoi EIS 6 artiklaa rikutun, koska epäilty ei ollut saanut tavata lakimiestä rikostutkinnan alkuvaiheessa, jossa hän oli antanut lausuntoja, ja joihin syyttäjä oli sittemmin vedonnut häntä vastaan. EIT myös totesi, että oikeus avustajaan tarkoittaa kahta seikkaa: epäillyn on voitava ottaa yhteyttä avustajaansa vapaudenmenetyksen alettua ja käydä avustajan kanssa luottamukselliset neuvottelut. Lisäksi avustajalla on oikeus olla läsnä epäillyn kuulusteluissa.

²⁴⁴ Ibrahim v. Yhdistyneet Kuningaskunnat (2016) kohta 257–260.

²⁴⁵ Haavoittuvuuden arviointi ei ole aina helppoa. Esimerkiksi Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 1.11.2019 oli syytetyllä vasta rikosasian vuoksi toimitetussa mielentilatutkimuksessa todettu muun muassa monimuotoinen oppimiskyvyn häiriö. Tämän perusteella hovioikeus katsoi, että epäilty on ollut esitutkinnassa haavoittuvassa asemassa. Asiassa jäi epäselväksi, oliko esitutkintaviranomainen tai edes syytetyn puolustaja tullut tietoiseksi haavoittuvuudesta. Ratkaisussa KKO 2016:76, epäilty oli aikaisemmin tuomittu alentuneesti syynta-keisena. KKO:n ratkaisusta tarkemmin tutkielman sivulla 54.

²⁴⁶ Tapanila 2019, s. 218–219.

²⁴⁷ Tapanila 2019, s. 159, 187.

²⁴⁸ Simeonovi v. Bulgaria (2017).

²⁴⁹ Beuze v. Belgia (2018).

Ibrahim – tapauksessa²⁵⁰ EIT kokosi yhteen arviointikriteereitään, jotka on otettava huomioon, kun joudutaan ottamaan kantaa esitutkintavaiheessa tapahtuneisiin epäillyn oikeuksien loukkaamisiin liittyviin hyödyntämiskieltoihin. Lista ei ole kaiken kattava.

Kokonaisarvioinnissa otetaan huomion muun ohella:

- Epäillyn mahdollinen haavoittuvuus, esimerkiksi iän tai terveydentilan vuoksi.
- Esitutkintaa koskevien säännösten noudattaminen. Todisteen hyödyntäminen oikeudenkäynnissä. Jos todiste on asetettu hyödyntämiskieltoon, on epätodennäköistä, että oikeudenkäynti olisi kokonaisuudessaan epäoikeudenmukainen.
- Syytetyn mahdollisuudet todisteen luotettavuuden selvittämiseen ja riitauttamiseen.
- Todisteen näyttöarvo ja todisteen hankkimisen liittyvät olosuhteet. Herättävätkö ne epäilyn luotettavuudesta tai tarkkuudesta. Onko kyse ollut jonkinasteisesta pakottamisesta.
- Jos todiste oli hankittu lainvastaisesti, lainvastaisuuden laatu. Jos lainvastaisuuden syynä toisen sopimusartiklan rikkomus, kyseisen loukkauksen laatu.
- Jos on annettu ja laadittu lausunto/pöytäkirja, mikä on sen luonne ja onko se sisältö täsmällisesti tosinnettu vaiko onko sitä muunneltu.
- Muodostaako todiste olennaisen tai merkittävän osan syyksiluettavaa näyttöä, jolloin merkitystä on myös muun syyllisyyden vahvistavalla näytöllä.
- Ovatko näytönarvioinnin suorittaneet valamiehet vai ammattituomarit.
- Rikostutkintaan liittyvä julkinen intressi ja epäillyn rikoksen vakavuus.
- muut relevantit ko. maan oman lait ja käytännöt sekä prosessuaalinen suoja.

Korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä ovat esimerkkinä ratkaisut KKO 2016:76, 2016:96, KKO 2013:25 ja KKO 2012:45.

Ratkaisussa KKO 2016:76 oli kyse aikaisemmin alentuneesti syyntakeisena tuomitusta henkilöstä. Hän oli epäiltynä henkirikoksesta ja hänelle oli kerrottu oikeudesta avustajaan ja itsekriminointisuojaan. Hänestä oli aikaisemmissa yhteyksissä laadittu mielentilalausuntoja. KKO katsoi olevan mahdollista, että hänen mielentilansa oli voinut myös tässäkin tapauksessa vaikuttaa siihen, miten hän oli ymmärtänyt oikeutensa, esitutkinnassa tekemänsä tunnustuksen ja siinä antamansa B:n surmaamista koskevan kertomuksensa oikeudellisen merkityksen. KKO katsoikin, ettei luopuminen oikeudesta avustajaan ollut tapahtunut ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä edellytettävällä tavalla niin, että epäilty olisi ollut tietoinen luopumisen oikeusvaikutuksista. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaaminen olisi edellyttänyt

²⁵⁰ Ibrahim v. Yhdistyneet Kuningaskunnat (2016) kohta 274.

avustajaa, jonka kanssa hän olisi voinut keskustella ennen kuulustelemistaan. Ratkaisussa korostui myös epäillyn rikoksen vakavuus. KKO katsoi, että esimerkiksi sen arvioiminen, onko toisen surmaamisessa kysymys taposta vai murhasta edellyttää asianomaisten rikossäännösten ja niiden soveltamiskäytännön tuntemista. Tekotavasta riippuen tämä rajankäynti saattaa olla vaikeaa. Jos kuultava ei ole ennen kuulustelemistaan käynyt luottamuksellisia keskusteluja soveltamiskäytäntöä tuntevan avustajan kanssa, hän saattaa kuulustelussa käyttää ilmaisuja, jotka eivät anna oikeaa kuvaa hänen tekonsa rikosoikeudelliseen arviointiin vaikuttavista seikoista. KKO myös totesi, että epäilyllä on lisäksi usein vaikea ymmärtää, mikä merkitys tällaisen asian arvioinnissa olisi sillä, että hän päättäisi käyttää oikeuttaan vaieta esitutkinnassa.

Ratkaisussa KKO 2016:96 epäilty oli ollut heikossa psyykkisessä kunnossa esitutkinnan aikana ja vankilan henkilökunta oli ollut ollut huolissaan hänen psyykkisestä voinnistaan. Epäiltyä oli puhutettu epävirallisesti, vaikka epäilty oli pyytänyt avustajaa. KKO totesi, ettei epäiltyyn vähimmäisoikeuksia esitutkinnassa voida rajoittaa tai kiertää sillä perusteella, että kysymys on ollut varsinaisten esitutkintakuulustelujen ulkopuolella käydyistä keskusteluista. Tästä syystä A:n mielentilalle voitiin puhuttamisessa asettaa yhtäläiset vaatimukset kuin mitä laissa on varsinaisten esitutkintakuulusteluiden osalta asetettu.

Ratkaisussa 2012: 45²⁵¹ KKO määräsi esitutkintakertomuksen hyödyntämiskieltoon. Ratkaisussa suomen kieltä osaamaton A oli epäiltynä törkeästä huumausainerikoksesta. Hänelle määrätty puolustaja ei ollut kuulusteluissa läsnä. Kuulustelut käytiin englanniksi, mutta pöytäkirjat laadittiin suomeksi. Esitutkintapöytäkirjan mukaan A:lle oli ennen kuulusteluja ilmoitettu oikeudesta käyttää avustajaa, muttei ollut ilmoitettu oikeudesta pysyä vaieti ja oikeudesta olla

²⁵¹ Oikeuskirjallisuudessa KKO:n ratkaisua KKO 2012:45 on pidetty ongelmallisena, sillä se jätti tulkinnanvaraiseksi sen, mihin hyödyntämiskielto perustuu. Riekkisen mukaan perusteena oli nimenomaisesti itsekriminointisuojaan loukkaus, eikä ratkaisusta voi päätellä, että esitutkintapöytäkirjan tarkistusmahdollisuus tai oikeus avustajaan olisi sinänsä virhe, joka johtaisi automaattisesti hyödyntämiskieltoon. Riekkinen 2014, s.164–165. Vuorenpää katsoo, että hyödyntämiskielto perustui ainoastaan avustajaa koskeneeseen oikeuden ja itsekriminointisuojaan loukkaamiseen, joista jälkimmäinen oli keskeisin. Vuorenpää 2013, s. 145. Myös Launiala katsoo, että oikeutta oikeudenkäyntiavustajaan ja toisaalta itsekriminointisuojaan oli loukattu. Launiala 2013, s. 26. Tapanila toteaa, että oikeus avustajaan ja itsekriminointisuoja ovat itsenäisiä oikeuksia. Vaikka ne esitutkinnassa kietoutuvat tietyllä tavalla yhteen ja oikeus avustajaan turvaa itsekriminointisuojaan toteutumista, se ei tee niistä toistensa johdannaisia. Keskeisintä on, että perusteluista on luettavissa, ettei pelkkä avustajaa koskevan oikeuden loukkaaminen riittänyt hyödyntämiskieltoon asettamiseen. Tapanila 2019, s. 59. KKO:n ratkaisun ongelmaksi on, ettei siitä yksiselitteisesti selviä, oliko jokin mainituista seikoista yksinään riittävä/välttämätön edellytys hyödyntämiskieltoon asettamiselle. Tuomioon oikeustositseikoiksi kirjoitettujen seikkojen kohdalla voi muodostua hankala tulkintatilanne silloin kun ratkaisusta ei selvästi ilmene, ovatko ne kaikki välttämättömiä edellytyksiä, vai onko jo osa niistä riittävä peruste tuomioistuimen tekemällä johtopäätökselle. Launiala 2018, s. 5. Tapanila toteaa ratkaisusta jäävän vaikutelma siitä, että KKO on halunnut ohjata esitutkintakertomusten hyödyntämistä koskevaa oikeuskäytäntöä ja on käyttänyt välineenä tapausta, jonka tosiseikat eivät ole taipuneet haluttuun muotoon, vaan ratkaisu on runnottu tietyn sisältöisesti tosiseikoista välittämättä. Tapanila 2019, s. 61. KKO:n ratkaisu vaikutti merkittävästi rikoksesta epäiltyjen oikeusturvaan esitutkinnassa. Launiala 2013, s. 26.

myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Poliisi tiesi, ettei A ollut neuvotellut puolustajansa kanssa myöskään ennen kuulusteluja.

Ratkaisussa KKO 2013:25 hyödyntämiskieltoa ei asetettu, koska epäilty A oli yksiselitteisesti luopunut avustajasta. A oli lukenut, tarkastanut ja allekirjoituksellaan hyväksynyt esitutkintapöytäkirjan, jonka mukaan hänelle oli ennen ensimmäistä kuulustelua ilmoitettu asema esitutkinnassa, oikeus pyytää kuulustelutodistaja paikalle, epäilty teko, oikeus käyttää avustajaa ja milloin hänelle voidaan määrätä puolustaja. Kahdessa seuraavassa kuulustelussa hän oli ilmoittanut, ettei hän tarvitse kuulustelussa avustajaa, eikä kuulustelutodistajaa. Merkintöjen mukaan A oli lukenut, tarkastanut ja allekirjoituksellaan hyväksynyt myös nämä pöytäkirjat. A ei myöskään ollut alemmissa oikeuksissa eikä korkeimmassa oikeudessa väittänyt, että hän olisi esitutkinnassa pyytänyt avustajaa tai kuulustelutodistajaa paikalle. Hän ei ole muutoinkaan kiistänyt esitutkintapöytäkirjasta ilmenevien seikkojen oikeellisuutta.

Tapanila on tutkinut empiirisesti epäillyn oikeutta avustajaan liittyviä hovioikeustapauksia 2014 - 2018. Yhteenvetona hän toteaa, että uudemmassa hovioikeuskäytännössä hyödyntämiskieltovaatimukset on pääsääntöisesti hylätty. Hänen mukaansa hovioikeuksien perusteista ilmenee, että esitutkintalain muutos on johtanut toivottuun tulokseen eli siihen, että esitutkintaviranomainen informoi epäiltyä tämän oikeuksista.²⁵²

7.3 Ylimääräisen tiedon hyödyntäminen

Pakkokeinolain (806/2011, PKL) 10:55:n mukaan ylimääräisellä tiedolla tarkoitetaan telekuuntelulla, televalvonnalla, tukiasematietojen hankkimisella ja teknisellä tarkkailulla saatua tietoa, joka ei liity rikokseen tai joka koskee muuta rikosta kuin sitä, jonka tutkintaa varten lupa tai päätös on annettu. Tiedon saaminen ei ole ollut tarkoituksellista tai tavoitteellista, eikä se liity pakkokeinon perusteena olevaan rikokseen.

Ylimääräisen tiedon käyttämisen edellytyksistä ja hävittämisestä on säädetty PKL 10:56–57:ssä. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty eriäviä näkemyksiä siitä, merkitseekö PKL 10:56²⁵³ samalla todistamis- ja hyödyntämiskieltoa muun kuin pykälän salliman

²⁵² Tapanila 2019, s. 218.

²⁵³ PKL 10:56:n mukaan ylimääräistä tietoa saa käyttää rikoksen selvittämisessä, jos tieto koskee sellaista rikosta, jonka tutkinnassa olisi saatu käyttää sitä pakkokeinoja, jolla tieto on saatu. Ylimääräistä tietoa saa käyttää myös, jos ylimääräisen tiedon käyttämisellä voidaan olettaa olevan erittäin tärkeä merkitys rikoksen selvittämiselle ja rikoksesta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kolme vuotta vankeutta tai kyse on jostakin seuraavasta rikoksesta: 1) järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistuminen; 2) pahoinpitely, kuolemantuottamus, törkeä vammantuottamus, tappeluun osallistuminen, vaaran aiheuttaminen tai heitteillepano; 3) törkeä kotirauhan rikkominen; 4) vapaudenriisto, lapsikaappaus, laiton uhkaus tai pakottaminen; 5) kiristys; tai 6) yleisvaarallisen rikoksen valmistelu.

ylimääräisen tiedon käytön osalta, vai voidaanko muuta ylimääräistä tietoa mahdollisesti hyödyntää näyttönä OK 17:25.3:n salliessa hyödyntämisen. Kyse on siis siitä, että jos oikeudenkäynti olisi muutoin oikeudenmukainen, voitaisiinko pakkokeinolain ylimääräistä tietoa koskevia säännöksiä tulkita kokonaihasharkinnalla tapauskohtaisesti.²⁵⁴

Antti Jokela katsoo, että jos aikaisempi PKL 10:56:n säännös olisi tarkoitettu poikkeukseksi OK 17:25.3:sta, olisi siitä tullut mainita laissa tai ainakin sen perusteluissa. Ylimääräistä tietoa olisi siis mahdollista hyödyntää näyttönä tuomioistuimessa OK 17:25.3:n mukaisesti edellyttäen, ettei hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista.²⁵⁵ *Riekkinen* katsoo, että lakiin olisi syytä ottaa maininta OK 17:25.3:n suhteesta ylimääräisen tiedon käyttöä koskevaan sääntelyyn ja muihin todistamiskieltoihin.²⁵⁶

Pölönen ja Tapanila lähtevät liikkeelle sanamuodon mukaisesta tulkinnasta, jonka mukaan ylimääräistä tietoa saa käyttää rikoksen selvittämiseen PKL 10:56:ssa mainituin ehdoin. Vastakohtapäätelmän perusteella käyttö ei ole sallittua muissa kuin mainituissa tilanteissa eli pykälän 1 ja 2 momentit asettaisivat todistamis- ja hyödyntämiskiellon soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä tilanteissa. Hallituksen esitys on kuitenkin epäselvä ylimääräisen tiedon harkinnassa sovellettavan suhteellisuusperiaatteen ja sen mukaisen punninnan osalta. Tästä syystä on epäselvää, voidaanko punnintaa tehdä käyttöä rajoittavaan vaiko laajentavaan suuntaan. Lain esitöiden mukaan ylimääräisen tiedon käyttämisen rajat ovat kuitenkin lain säätämisyjärjestyskysymys eli perustuslainmukaisuuden kysymys. Tämän ja lain sanamuodonmukaisen tulkinnan perusteella *Pölönen ja Tapanila* katsovat, että ylimääräisen tiedon käyttämisen rajat PKL 10:56:n 1 ja 2 momenteissa ovat samalla todistamis- ja hyödyntämiskieltoja.²⁵⁷ Myös *Rautio ja Frände* katsovat, PKL 10:56:ään ja muihin ylimääräisen tiedon käyttöä koskeviin säännöksiin viitaten, että todiste tulee jättää hyödyntämättä, koska hyödyntämiselle ei ole sallivaa perustetta.²⁵⁸

KKO:n ratkaisussa 2016:17 KKO viittasi lain esitöihin ja totesi, ettei pakkokeinolain 10 luvun 56 §:n 3 momentissa ole erikseen todettu perusteita sille, minkä avulla tuomioistuimen tulisi arvioida voidaanko ylimääräistä tietoa käyttää näyttönä oikeudenkäynnissä. KKO:n mukaan aikaisemmasta vapaan todistelun periaatteeseen pohjautuvasta, lähtökohtaisesti sallivasta suhtautumisesta on PKL 10:56:n myötä siirrytty tilanteeseen, jossa ylimääräisen tiedon

²⁵⁴ Heiskala 2020, s. 49.

²⁵⁵ Jokela 2018, s. 677.

²⁵⁶ Riekkinen 2020, s. 314.

²⁵⁷ Pölönen – Tapanila luku 6.5.6.

²⁵⁸ Rautio – Frände 2016, s. 192.

käyttämiseen näyttönä suhtaudutaan entistä rajoitetummin. KKO katsoi, että esitöiden perusteella säännöksen 1 ja 2 momentissa säädettyjä esitutkinnan edellytyksiä voitaisiin soveltaa myös silloin, kun tuomioistuin päättää ylimääräisen tiedon käyttämisestä näyttönä. Sovellettava säännös ja esityöt jättävät kuitenkin sijaa tapauskohtaiselle harkinnalle ja erilaisille tulkinnolle, eikä asiasta ollut säännöksen voimassaoloaikana muodostunut korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä.

KKO:n ratkaisun jälkeen hovioikeuksissa muodostui käytännöksi se, että 10:56. 1- 2:ssa säädetty ylimääräisen tiedon käytön rajat tarkoittavat myös hyödyntämiskieltoa.²⁵⁹ Esimerkiksi Turun hovioikeuden 17.12.2018 antamassa tuomiossa viitattiin korkeimman oikeuden ratkaisuun 2016:17, sen jälkeen annettuihin hovioikeuden ratkaisuihin sekä Pölösen ja Tapanilan oikeuskirjallisuudessa esittämään kantaan ja todetaan, että ”syyttäjän vetoaman oikeudenkäymiskaaren 17:25.3:n todisteen hyödyntämiskieltoa koskevan yleissäännöksen perusteella ei voida laajentaa niitä edellytyksiä, joiden perusteella on mahdollista käyttää ylimääräistä tietoa syytteen tueksi esitettävänä näyttönä.”²⁶⁰

KKO:n ratkaisussa 2019:36 KKO totesi, ettei pakkokeinolain 10:56.3:ssa säädetä perusteita sille, minkä nojalla tuomioistuimen tulee arvioida ylimääräisen tiedon käyttämistä näyttönä oikeudenkäynnissä. Säännöksen 1 ja 2 momentissa on sen sijaan säädetty ylimääräisen tiedon käyttämisen edellytyksistä tarkkarajaisesti ja täsmällisesti. Arvioitaessa 10:56.1–3:n säännöksiä yhdessä, perusteltuna voitiin KKO:n mukaan pitää tulkintaa, jonka mukaan 1 ja 2 momentissa säädetään ylimääräisen tiedon käyttämisen edellytyksistä ja 3 momentissa tuomioistuimen toimivallasta päättää kyseisen aineiston käyttämisestä todisteena. Kyseinen momentti ei laajenna mahdollisuutta hyödyntää ylimääräistä tietoa todisteena sen yli, mitä pykälän 1 ja 2 momenteissa on säädetty. Tuomioistuin ei voi kuitenkaan PKL 10:56.3:n nojalla laajentaa oikeutta käyttää ylimääräistä tietoa näyttönä tilanteisiin, joissa PKL 10:53.1–2:n mukaiset edellytykset jäävät täyttymättä.

Hyödyntämiskieltojen yleissäännöksen ja ylimääräisen tiedon käyttämiseen liittyvä problematiikka voidaan tiivistää seuraavasti: ylimääräisen tiedon käyttö on ehdottomasti rajattu, kun taas OK 17:25.3 mukaan lainvastaisesti hankittua todistetta voidaan hyödyntää momentin mukaisin edellytyksin ja kokonaisharkinnan perusteella. *Juho Heiskala* mainitsee esimerkkinä sen, että lupaehtojen vastaisesti saatua tietoa voisi olla mahdollista hyödyntää, kun taas lainmukaisen luvan kautta saatua ylimääräistä tietoa ei voisi hyödyntää lainkaan elleivät

²⁵⁹ Heiskala 2020, s. 50.

²⁶⁰ Turun hovioikeus 17.12.2018 t.156 315.

pakkokeinolain 10: 56:n mukaiset edellytykset täytyisi. Heiskala kysyykin, tulisiko ylimääräistä tietoa koskevien rajoitusten koskea myös lainvastaisella tavalla saatua tietoa. Tämä estäisi parempaan asemaan pääsemisen lupaehtoja rikkomalla. Heiskala katsookin perustellusti, että OK 17:25.3:ta sovellettaessa voidaan ottaa huomioon myös pakkokeinolain säännökset ja se, olisiko kyseinen tieto hyödyntämiskiellon piirissä silloin, kun kyse olisi lainmukaisen luvan kautta saadusta ylimääräisestä tiedosta.²⁶¹

Esitutkinnassa ylimääräisen tiedon käyttöä on pohdittava yhteistyössä syyttäjän kanssa. Ylimääräistä tietoa voidaan aina käyttää syyttömyyden tukena. Ylimääräisen tiedon käyttäminen on kirjattava esitutkintapöytäkirjaan. Sama koskee esitutkintapöytäkirjaan ottamatonta, esitutkinnassa kertynyttä aineistoa, jollei laissa toisin säädetä. Syyttäjän on ilmoitettava haastehakemuksessa näyttönä käytettävä ylimääräinen tieto ja perusteet sen käyttämiselle.²⁶²

²⁶¹ Heiskala 2020, s. 51–52.

²⁶² Fredman ym. 2020, s. 1179.

8 HYÖDYNTÄMISKIELLON ETÄISVAIKUTUS

Hyödyntämiskieltoihin liittyy myös kysymys niiden ulottuvuudesta. Hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksella (*fruits of the poisonous tree*) tarkoitetaan tilannetta, jossa lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskielto ulottuu myös tuon todisteen avulla hankittuun muuhun todisteeseen.

Suomessa vakiintunut kanta on ollut, ettei hyödyntämiskielloilla ole pääsääntöisesti etäisvaikutusta.²⁶³ Oikeuskirjallisuudessa suhtautuminen etäishyödyntämiseen on vaihdellut kielteisestä varovaisen myönteiseen, tosin keskustelu on pohjautunut pääosin *Lauri Hormian* ja *Pasi Pölösen* esittämien näkemyksiin. Tällöin on pidettävä mielessä Hormian ja Pölösen välillä havaittavissa oleva painotusero aineellisen totuuden ja perusoikeuksien korostamisen välillä. Etäishyödyntämisen osalta keskustelussa nousee esille myös yhdysvaltalaisperäisen opin soveltumattomuus Suomeen. Tässä yhteydessä on kuitenkin syytä muistaa, että perimmäiset syyt hyödyntämiskielloille, eli oikeusjärjestyksen edustamien arvojen ja oikeuksien suojeleminen, ovat yhtenäisiä molemmille järjestelmille. Etäishyödyntämisen kielto ei ole Yhdysvalloissakaan ehdoton, vaan siihen on useita poikkeuksia.

Hormia suhtautuu etäisvaikutukseen kielteisesti ensinnäkin siksi, että se on yhdysvaltaisen oikeusjärjestelmän tuotos ja sopimaton suomalaiseen oikeusjärjestelmään. Hän tuo esille myös sen, että esitutkintaviranomaisen lainvastainen menettely yhden todisteen hankkimisessa voisi aiheuttaa sen, ettei näyttöä pystyttäisi hankkimiaan mitenkään ja koko rikosprosessi lopahtaisi pelkästään yhden virheen vuoksi.²⁶⁴

Pölönen taas kannattaa etäisvaikutuksen periaatteellista hyväksymistä, koska se edistäisi perusoikeuksien turvaamista selkeästi lainvastaisissa menettelyissä.²⁶⁵ *Juhana Riekkinen*kään ei kokonaan torjuisi etäisvaikutusta. Hän kuitenkin korostaa, että todiste voidaan etäisvaikutuksen perusteella jättää hyödyntämättä vain hyvin poikkeuksellisissa tilanteissa. Riekkisen mukaan jatkotodisteiden kohdalla tulisi tarkastella ensinnäkin todisteiden hyödyntämisen aiheuttaman oikeudenloukkauksen vakavuutta, ja toiseksi alkuperäisen menettelyvirheen ja todisteen saannin välisen yhteyden kiinteyttä.²⁶⁶ Myös *Antti Tapanila* korostaa, että etäisvaikutus voi tulla kysymykseen vain poikkeuksellisesti.²⁶⁷

²⁶³ Hormia 1978, s. 292; Pölönen 2003, s. 315; Spring-Reiman 2012, s. 166; Tapanila 2019, s. 292

²⁶⁴ Hormia 1978, s. 299–301.

²⁶⁵ Pölönen 2003, s. 316.

²⁶⁶ Riekkinen 2014, s. 191.

²⁶⁷ Tapanila 2019, s. 293.

Opin lähtömaassa Yhdysvalloissa hyödyntämiskieltojen keskeisin tarkoitus on estää poliisin väärinkäytöksiä niin ettei poliisimiehillä ole kannustimia rikkoa kansalaisten perustuslaillisia oikeuksia.²⁶⁸ Hyödyntämiskiellot myös estävät valtiota hyötymästä laittomista toimista, ja siten varmistavat, etteivät kansalaiset menetä luottamustaan valtioon.²⁶⁹

Hyödyntämiskielloissa on useimmiten kyse todisteesta, joka on saatu rikkomalla perustuslain neljännen tai toisinaan viidennen tai kuudennen lisäyksen²⁷⁰ suomia oikeuksia. Tässä yhteydessä on syytä korostaa, että Yhdysvaltojen korkein oikeus on katsonut, että jos todisteen hyödyntämiskielto ei edistä poliisin väärinkäytösten ehkäisyä, se ei myöskään palvele hyödyntämiskieltojen päätarkoitusta, eikä hyödyntämiskieltoa ole tällöin tarpeen asettaa.²⁷¹

Käsittelen seuraavaksi lähemmin yhdysvaltalaista etäishyödyntämiseen liittyvää oikeuskäytäntöä sekä Hormian, Pölösen ja Tapanilan esittämiä näkemyksiä etäishyödyntämisestä.

Fruit of the poisonous tree -oppi on saanut alkunsa ratkaisusta *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), jossa oikeus totesi, ettei perustuslain lisäyksen vastaisesti hankittuja todisteita saa käyttää mihinkään tarkoitukseen. Tapauksessa liittovaltion asiamiehet takavarikoivat laittomasti yrityksen asiakirjat. Asiakirjat palautettiin, mutta niistä otettiin valokuvia ja tehtiin kopiota, joita käytettiin myöhemmin syytteen näyttönä. Oppi sai nimensä ratkaisussa *Nardone v. United States* (1939), jossa korkein oikeus totesi, että todisteita, jotka olivat saatu laittoman kuuntelun avulla, ei saa hyödyntää. Ratkaisussa *Wong Sun v. United States* (1963) oppi laajeni fyysisistä todisteista henkilötodisteluun.

Oppi ei kuitenkaan ole ehdoton, vaan oikeuskäytännön myötä Yhdysvalloissa on kehittynyt useita poikkeus- ja soveltamisrajoituksia, jotka estävät etäisvaikutuksen. Näitä ovat poikkeukset ”*Miranda -varoitukseen*”²⁷², *independent source*, tutkielman luvussa 6.2 käsitelty *inevitably discovery, attenuation, police in good faith* sekä *knock and announce*.

²⁶⁸ *Elkins v. United States*, (1960).

²⁶⁹ Esimerkiksi *United States v. Calandra* (1974) tiivistää asian seuraavasti: ”Therefore, the net effect of the exclusionary rule is to preserve the people’s privacy rights while simultaneously ensuring that the judicial process will remain unsullied.”

²⁷⁰ Neljäs lisäys rajoittaa viranomaista oikeutta tehdä henkilötarkastuksia ja kotietsintöjä ilman pätevää syytä. Viidennen lisäyksen sisältyy mm. oikeus oikeudenkäyntiin, oikeus olla todistamatta itseään vastaan ja ne bis in idem -kielto. Kuudes lisäys takaa oikeuden nopeaan, puolueettomaan ja julkiseen oikeudenkäyntiin, oikeuden saada tietää itseään vastaan esitetystä syyteistä ja oikeuden avustajaan.

²⁷¹ Ks. esim. *United States v. Calandra* (1974); *Hudson v. Michigan* (2006).

²⁷² *Miranda*-varoituksen mukaan kiinniotetun epäillyn lausumaa ei voida todisteena, jollei voida osoittaa, että hänelle on 1) kerrottu oikeuksista. 2) Hän on ymmärtänyt hänelle annetut varoitukset. 3) Hän on tietoisesti ja vapaaehtoisesti luopunut perustuslain viidennen lisäyksen mukaisesta vaitiolo-oikeudesta ja kuudennessa lisäyksessä turvatussa oikeudestaan asianajan läsnäoloon. *Miranda v. Arizona* (1966). *Miranda* oikeuksissa ei ole kyse perustuslaillisesta oikeudesta vaan niitä turvaavasta normista.

Ensinnäkin syyttäjä voi esittää oikeudenkäynnissä ilman Miranda -varoitusta saadun lausunnon, jos vastaaja kertoo oikeudenkäynnissä toisin kuin poliisille antamassaan lausunnossa.²⁷³ Etäisvaikutusta ei myöskään synny, jos poliisi on ilman Miranda -varoitusta kuulustellut epäiltyä yleisen turvallisuuden vuoksi aseiden hallussapidosta. Näin on myös tapauksissa, joissa on saatu konkreettinen todiste.²⁷⁴ Jos ilman Mirandaa saadun lausunnon perusteella löydetään todistaja, tämä todistaja voi todistaa oikeudenkäynnissä vastaajaa vastaan.²⁷⁵ Good faith -poikkeuksessa hyvässä uskossa toimiminen voi estää hyödyntämiskiellon, esimerkiksi jos poliisin kotietsintäluvassa on ollut tuomioistuimesta johtuva virhe.²⁷⁶

Independent source – oppi sallii todisteen hyödyntämisen, vaikka todiste oli alun perin saatu tai oli seurausta laittomasta etsinnästä, jos todiste on myöhemmin hankittu itsenäisestä lähteestä ja laillisesti.²⁷⁷ Independent source -poikkeus eroaa inevitably discoverystä siinä, että jälkimmäisessä on kyse hypoteettisesta tapahtumien kulusta.

Attenuation -poikkeuksessa kausaalinen yhteys todisteiden hankkimisen ja laittomuuden välillä on olemassa, mutta yhteys on jo siinä määrin heikentynyt tai etäinen ettei todistetta voi enää pitää ”myrkyttyneenä.”²⁷⁸

Knock and announce -säännössä on kyse siitä, että poliisin on ennen kotietsintää ilmoitettava tulostaan ja odotettava 20 - 30 sekuntia ennen sisään menoa. Poikkeukseen johtaneessa korkeimman oikeuden päätöksen Hudson v. Michigan (2006) perusteluissa tuomari Scalia totesi, että knock and announce -säännön tarkoitus on estää väkivaltaa, omaisuusvahinkoja ja yksityisyyden loukkauksia, eikä estää poliisia suorittamasta etsintää, johon heillä on etsintä-lupa. Oikeus myös totesi, että hyödyntämiskielloista tämän kaltaisissa tapauksissa aiheutuvat sosiaaliset kustannukset ylittävät kaikki mahdolliset pelotevaikutukset, ja vaihtoehtoiset toimenpiteet kuten siviilikanteet ja poliisin sisäiset kurinpitotoimet riittävät toimimaan pelotevaikutuksena. Sääntöä rikkomalla saatua todistetta ei siis asetettu hyödyntämiskielltoon.²⁷⁹

²⁷³ Kansas v. Ventris (2009).

²⁷⁴ Unites States. v. Patane (2004).

²⁷⁵ Michigan v. Tucker (1974).

²⁷⁶ United States v. Leon (1984) "In most such cases, there is no police illegality and thus nothing to deter. It is the magistrate's responsibility to determine whether the officer's allegations establish probable cause and, if so, to issue a warrant comporting in form with the requirements of the Fourth Amendment."

²⁷⁷ Murray v. Unites States (1988)

²⁷⁸ Nardone v. United States (1939) "Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wiretapping and the Government's proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint."

²⁷⁹ Hudson v. Michigan (2006).

Lauri Hormian mukaan etäisvaikutusta voidaan lähestyä saksalaiseen *Jürgen Baumanniin* perustuen kolmen eri tapausryhmän näkökulmasta. 1. Henkilöä kuulustellaan ensin kiellonvastaisesti ja myöhemmin laillisesti. 2. Kiellonvastaisesti kuultu ilmaisee kolmannen henkilön, jota voidaan kuulla laillisesti. 3. Kiellonvastainen kuulustelu paljastaa esitutkintaviranomaisille ennen tuntemattomia reaalityodisteita.²⁸⁰ Pölönen lisää neljänneksi ryhmäksi tilanteet, joissa epäilty saadaan tunnustamaan käyttäen lainvastaisella menettelyllä hankittuja todisteita tai muuta lainvastaista menettelyä. Hän katsoo, että tässä tapausryhmässä hyödyntäminen voi estyä jo siksi ”että kyseessä on niin vakava todistamiskieltonormin loukkaus, että esitutkintapöytäkirjaan vetoaminen, samoin kuin tietyistä sekoista kysyminen kielletään”.²⁸¹ Riekkinen katsoo, ettei tällaisessa tyyppitilanteessa ole välttämättä kyse etäisvaikutuksesta, vaan painostamalla tai huijaamalla tehdyssä kuulustelussa on kyse tilanteesta, jota koskee todistusmetodikielto mahdollisine hyödyntämiskieltoineen.²⁸² Pidän kuitenkin Pölösen näkemystä perusteltuna, koska kyse on erityisen vakavista loukkaamistapauksista.

Hormian mukaan tapauksia, joissa henkilöä kuulustellaan ensin kiellonvastaisesti ja myöhemmin laillisesti, ei voida ratkaista hyödyntämällä hypoteettista harkintaa siitä, olisiko todiste voitu saada myös laillisesti, sillä jo tehty virheellinen kuulustelu vaikuttaa psykologisesti tuleviin kuulusteluihin. Tätä vaikutusta ei voi arvioida objektiivisesti, eikä näin ollen voida luotettavasti määritellä virheellisen menettelyn ja kuulustelun tuloksen välistä kausaaliteettia.²⁸³ Pölönen puolestaan katsoo, että ratkaisu on uusi kuulustelu. Tällöin epäilty voi itse päättää, missä määrin hän haluaa kertoa aikaisemmassa kuulustelusta häneltä lainvastaisesti hankituista asioista. Esitutkintaviranomainen ei tällöin saisi tiedustella tai kirjata pöytäkirjaan niitä seikkoja, joita epäilty ei toisessa kuulustelussa kertoisi. Pölösen mukaan etäisvaikutusta voidaan tällöin arvioida perusoikeusmyönteisellä punninnalla sekä inevitably discovery²⁸⁴-testillä. Tämä rajattu etäisvaikutus estäisi todisteen hyödyntämisen selvästi raikeissa menettelytapavirheissä, joissa juuri laittomuus on mahdollistanut tietyn sisältöisen lausuman saamisen tai pääsyn uuden todisteen jäljille. Pölösen mukaan näin turvattaisiin oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja sillä vaikutettaisiin ennaltaehkäisevästi esitutkintaviranomaisten toimiin. Etäisvaikutuksen omaksumista puoltaa hänen mukaansa myös tiettyjen todistamis- ja hyödyntämiskieltojen suojelutarkoitus. Esimerkiksi esitutkintalain 7:5:n

²⁸⁰ Hormia 1978, s. 297–279.

²⁸¹ Pölönen 2003, s. 319.

²⁸² Riekkinen 2014, s. 176.

²⁸³ Hormia 1978, s. 316.

²⁸⁴ Kuten aikaisemmin on jo todettu, inevitably discoveryyn liittyy tiettyjä ongelmia, joten Pölösen esittämä malli on kokonaisuudessaan pulmallinen.

vastaisten menetelmien avulla saadun tiedon jatkohyödyntäminen mitätöisi käytännön tasolla kuulustelumetodeja koskevien määräyksien suojelutarkoituksen. Etäisvaikutuksen torjuminen voisi myös antaa esitutkintaviranomaisille mahdollisuuden menettelysääntöjen rajojen testaamisen aina hyödyntämiskieltojen absoluuttisiin rajoihin asti.²⁸⁵ Antti Tapanila puolestaan toteaa, että etäisvaikutus voisi tulla kysymykseen silloin, jos oikeudenkäynnissä vedotaan ensimmäiseen lainvastaisesti saatuun kuulustelukertomukseen, vaikka epäilty on muuttanut kertomustaan myöhemmissä kuulusteluissa. Merkitystä olisi myös lainvastaisuuden laadulla, eli jos epäilty on saatu tunnustumaan taivuttelemalla tai harhaanjohtamalla.²⁸⁶

Kun kiellonvastaisesti kuultu henkilö ilmaisee kolmannen henkilön, jota voidaan kuulla laillisesti, Hormia sallii kolmannen henkilön todistajankertomuksen hyödynnettävyyden, sillä se on syntynyt prosessisubjektin vapaan tahdonmuodostuksen tuloksena.²⁸⁷ Myös Pölönen katsoo pääsäännöksi sen, että kolmansien henkilöiden kuulustelu voidaan suorittaa normaaliin tapaan ja että kokonaisen todistajankertomuksen poissulkeminen oikeudenkäyntiaineistosta etäisvaikutuksen perusteella tulisi kyseeseen vain erittäin harvinaisissa tapauksissa. Joka tapauksessa kolmannelle henkilöllä tulee olla mahdollisuus vapaaseen kerrontaan, eikä häntä saa estää kertomasta samoista teemoista, jotka mahdollisesti olisivatkin saatu epäillyltä lainvastaisin keinoin.²⁸⁸

Hormia ei hyväksy etäisvaikutusta tapauksissa, joissa kiellonvastainen kuulustelu paljastaa esitutkintaviranomaisille ennen tuntemattomia reaalityodisteita. Hänen mukaansa henkilötodistelu ja esinetodistelu kuuluvat todistusoikeuden järjestelmässä eri lohkoihin, eikä hyödyntämiselle ole tällöin estettä.²⁸⁹ Pölösen mukaan ainoa looginen tapa lähestyä ongelmaa on jälleen punnintamalli täydennettynä inevitable discovery -pohdinnalla. Perusoikeuspunninnassa ei ole perusteita kohdella reaalityodisteita ja henkilötodisteita eri tavalla.²⁹⁰

Tapanilan suhtautuminen etäisvaikutukseen molemmissa edellä mainituissa tapauksissa on pidättyväinen. Jos lainvastainen kuulustelu johtaa esitutkintaviranomaisen kuulustelemaan muuta henkilöä tai reaalityodisteen jäljille, kyseessä ei ole enää itsekriminointisuoja-

²⁸⁵ Pölönen 2003, s. 317–318.

²⁸⁶ Tapanila 2019, s. 292.

²⁸⁷ Hormia 1978, s. 298.

²⁸⁸ Pölönen 2003, s. 318.

²⁸⁹ Hormia 1978, s. 298.

²⁹⁰ Pölönen 2003, s. 319.

loukkaus.²⁹¹ Reaalitodisteen osalta hän toteaa perustellusti, että se on ollut olemassa epäillyn tahdosta huolimatta, eikä sitä ole hankittu välittömästi epäillyn tahtoon vaikuttamalla.²⁹²

Oikeudenkäymiskaaren esitöissä etäisvaikutusta käsitellään viittauksella ihmisoikeustuomioistuimen *Gäfgen*²⁹³-tapaukseen.²⁹⁴ Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan kidutuksella²⁹⁵ hankitut todisteet ovat jo lähtökohtaisesti asetettava hyödyntämiskieltoon ja näin todetaan myös oikeudenkäymiskaaren 17:25.1:ssä. Myös kidutuksen seurauksena hankitut jatkotodisteet asetetaan etäisvaikutukseen perustuen hyödyntämiskieltoon. Pölösen ja Antti Tapanilan mukaan *Gäfgen* -tuomio tukee hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksen mahdollisuutta myös silloin kun todiste on saatu uhkaamalla epäiltyä väkivallalla tai ihmisarvoa alentavalla kohtelulla. Jos kaltoinkohtelu ei ole vakavuudeltaan kidutusta, mutta kuitenkin ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan vastaista, hyödyntämiskielto arvioidaan tapauskohtaisesti. Pölönen ja Tapanila ovat tiivistäneet *Gäfgen*-tapauksessa annetun oikeusohjeen seuraavasti: EIS 3 artiklaa rikkovissa kidutusta lievemmissä tilanteissa on tarkasti arvioitava, onko kiellettyjen kuulustelumenetelmien käyttö vaikuttanut kausaalisesti tutkinnassa löydettyihin muihin todisteisiin. Jos yhteys on olemassa, on arvioitava, ovatko löydetty todisteet syyksi lukemisen kannalta välittömästi merkityksellistä näyttöä. Mikäli näin on, tulee todisteet etäisvaikutuksen nojalla asettaa hyödyntämiskieltoon.²⁹⁶ Muissa tapauksissa etäisvaikutus arvioidaan OK 17:25.3:n mukaisesti. Aiemman todisteen hankkimistavalla ei ole

²⁹¹ Tapanila viittaa Helsingin hovioikeuden tapaukseen, jossa poliisi oli saanut valokuvia epäillyn ja poliisin välisen puhelinkeskustelun perusteella. Hovioikeus rinnasti puhelinkeskustelun alustavaan puhutteluun. Epäiltyä ei oltu painostettu, eivätkä valokuvat olleet keskeinen näyttö syyteen tueksi. Tapanila 2019, s.224, 293. Alustavista puhutteluista ja itsekriminointisuojausta tarkemmin ks. Launiala 2013, s.17; Pölönen – Tapanila 2015 s. 328–329.

²⁹² Tapanila 2019, s.293.

²⁹³ *Gäfgen v. Saksa*. Tapauksessa oli kyse 11-vuotiaan pojan sieppauksesta ja murhasta epäillyn uhkaamisesta kiduttamisella, ellei hän kerro pojan olinpaikkaa. Valittaja kertoi, että poliisimies oli lyönyt häntä useita kertoja rintaan ja pudistellut häntä niin, että hän oli lyönyt päänsä seinään. Lisäksi valittaja väitti kuulustelijan uhanneen häntä sulkemisella selliin, jossa mustat miehet raiskaisivat hänet. Kuulustelun jälkeen valittaja oli paljastanut pojan ruumiin kätköpaikan. EIT katsoi 3 artiklaa loukatun, vaikka ei todennutkaan varsinaista kiduttamista eikä voinut vahvistaa väitteitä pahoinpitelystä tai raiskausuhkauksesta. 6 artiklaa ei rikottu, sillä valittajan rikostuomio oli perustunut hänen tunnustamiseensa oikeudenkäynnissä eikä painostamalla saadulla näytöllä esitutkinnassa ollut olennaista merkitystä näyttönä syyllisyydestä. Merkille pantavaa on *Gäfgen* tuomion kohta 176, jossa korostetaan ehdotonta oikeutta olla joutumatta kaltoinkohtelun kohteeksi: ”In the Court’s view, neither the protection of human life nor the securing of a criminal conviction may be obtained at the cost of compromising the protection of the absolute right not to be subjected to ill-treatment proscribed by Article 3, as this would sacrifice those values and discredit the administration of justice.”

²⁹⁴ HE 46/2014 vp, s. 86.

²⁹⁵ Oikeudenkäymiskaareissa ei määritellä kidutusta. Lain esitöissä HE 46/2014 vp. s.87 viitataan rikoslain (990/2009, RL) 11:9a:n, jonka mukaan kidutuksesta tuomitaan se, joka aiheuttaa toiselle voimakasta ruumiillista tai henkistä kärsimystä edellyttäen, että tietyt muut ehdot täyttyvät.

²⁹⁶ Pölönen – Tapanila 2015, luku 6.5.1.

merkitystä, vaan etäistodisteen hyödyntäminen arvioidaan itsenäisesti kysymällä 1) onko etäistodiste saatu lainvastaisesti? 2) Jos näin on, niin onko se asetettava hyödyntämiskieltoon?²⁹⁷

KKO:n ratkaisussa 2019:36 eriävän mielipiteen jättäneen oikeusneuvos *Asko Välimaan* lausunnossa tapausta käsitellään myös etäisvaikutuksen näkökulmasta. Kyseisessä tapauksessa asianajaja A:ta epäiltiin salassapitorikoksesta. Todisteeksi oli nimetty pakkokeinolaissa tarkoitettua ylimääräistä tietoa sisältävä telekuuntelutallenne ja salassapitorikoksesta epäillyn asianajaja A:n avustajan esitutkinnassa antama loppulausunto, jossa oli selostettu tallennetun puhelinkeskustelun sisältöä. Käräjäoikeus rinnasti loppulausunnon esitutkinnassa kirjattuun lausumaan ja hyväksyi sen käytön todisteena. Myös hovioikeus salli loppulausuntoon vetoamisen, koska siitä ilmenevää tietoa puhelinkeskustelun sisällöstä ei ollut saatu telekuuntelulla, vaan A:n omalla ilmoituksella.

Eriävässä mielipiteessä pohditaan, onko loppulausunnon hyödyntämisharkinnassa otettava huomioon se, että lausunnossa käsitellään samoja tietoja kuin hyödyntämiskieltoon asetetussa telekuuntelutallenteessa. Hyödyntämiskieltoon asettamista katsottiin puoltavan se, ettei A mahdollisesti olisi tuonut asioita loppulausunnossaan esille ilman, että poliisi olisi esittänyt hänelle myöhemmin ylimääräiseksi tiedoksi ja hyödyntämiskelvottomaksi määrättyä telekuuntelutallennetta. Hyödyntämiskiellon etäisvaikutusta vastaan katsottiin se, ettei A:n olisi puolustukseen tarvinnut lausua itse tallenteen sisällöstä mitään. Loppulausunto oli annettu noin kuukautta myöhemmin kuin A:lle esitetty tallenne. A ja hänen asiamiehellään oli ollut mahdollisuus harkita, millä tavoin hän suhtautuu tallenteeseen. A itse kertoi pyrkineensä loppulausunnossa kerrottujen tietojen avulla saamaan syyttäjän jättämään syyte nostamatta. Välimaa katsoi, ettei A:ta ei oltu sopimattomasti pakotettu tai painostettu lausumaan loppulausunnossa esittämäänsä, eikä hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksen asettamiselle tästä syystä ollut perusteita. Tapauksessa on mielenkiintoista problematiikkaa, sillä vastakkaisellekin kannallekin olisi hyvät perusteet. Asianajajana toimineella A:lla on ollut epäilemättä eräänlaisessa pakkotilanteessa, sillä pahimmillaan hän olisi vaarassa menettää oikeutensa toimia asianajajana. Toisaalta hänen ja hänen avustajansa on pitänyt ymmärtää riski, joka aiheutuu siitä, että he tuovat asiat esille loppulausunnossa.

²⁹⁷ Rautio – Frände 2016, s. 189.

9 JOHTOPÄÄTÖKSET

Mitä hyödyntämiskiellolla tarkoitetaan ja mitkä ovat sen funktiot?

Hyödyntämiskiellot voidaan määritellä suppeasti tai laajasti. Koska hyödyntämiskieltokysymykset voivat tulla esille oikeudenkäynnin lisäksi myös esitutkinnassa tai syyteharkinnassa, on tämän tutkielman lähtökohtana ollut hyödyntämiskieltojen laaja määritelmä. Hyödyntämiskielto voidaan tällöin määritellä oikeudelliseksi kieltonormiksi, jonka perusteella todistelutulosta ei aseteta jatkoprosessin perustaksi.

Sekä todistamis- että hyödyntämiskielloille on oikeuskirjallisuudessa esitetty erilaisia funktioita ja jaotteluita. Funktioiksi on nimetty todistamiskieltojen osalta mm. rikosvastuun toteuttaminen, oikeusturvan turvaaminen, ulkoprosessuaaliset tavoitteet ja rikosprosessin moraalinen moitteettomuus. Hyödyntämiskieltojen osalta on mainittu mm. yleisestäävyys, kurinpitofunktio, moraalinen funktio, oikeussuojafunktio ja oikeusturvafunktio.

Tutkielmassa on hyödynnetty *Ulf Lundqvistin* esittämiä hyödyntämiskieltojen keskeisiä funktiota, suojafunktiota sekä oikeusjärjestelmän normivakautta edistävää funktiota. Suojafunktiosta on kyse silloin kun laittomasti hankittuja todisteita ei hyödynnetä oikeuksien tai arvojen suojelemiseksi. Epäilyllä/syytetyllä on sekä aktiivisia että passiivisia oikeuksia. Passiiviset oikeudet perustuvat syytetyn subjektiasemaan tutkinnassa. Näitä oikeuksia ovat syytetyn oikeus olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen tai itsensä tuomitsemiseen, oikeus tulla kohdelluksi syyttömänä sekä ihmisarvon mukainen kohtelu. Aktiiviset oikeudet perustuvat syytetyn asianosainasemaan ja niiden tarkoitus on auttaa aineellisesti oikeaan lopputulokseen päätymistä. Syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan puhuvia todistajia kontradiktorisen periaatteen mukaisesti sekä oikeus esittää myös omaa todistelua syyttömyytensä puolesta. Molemmat osapuolet saavat myös asiassa hankitun aineiston.

Oikeusjärjestelmän normivakautta edistävä funktio varmistaa, että oikeusjärjestelmän suojaamia arvoja ja oikeuksia sovelletaan käytännössä ja tehokkaasti. Normivakautta edistävä funktio huolehtii ennustettavuuden ja oikeusvarmuuden toteutumisesta. Kansalaiset voivat luottaa oikeuslaitokseen ja siihen että oikeuslaitos on ja toimii puolueettomasti suhteessa lainsäätäjään ja toimeenpaneviin viranomaisiin. Hyödyntämiskielto ilmentää siis laillisuusperiaatetta vähemmistön suojana itsevaltaista ja mielivaltaista valtiovaltaa, viranomaisia, oikeuslaitosta ja heidän edustajiaan vastaan.

Mikä on hyödyntämiskiellon suhde rikosprosessin funktioihin?

Todistamis- ja hyödyntämiskieltoja koskevassa keskustelussa mainituilla moninaisilla funktioilla on nähty voitavan edistää lähes kaikkia rikosprosessin funktioita. Itsenäisten hyödyntämiskieltojen keskeiseksi tehtäväksi nähdään oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja yksilön oikeussuojan toteuttaminen. Todistamiskieltojen funktiona on tämän lisäksi edistää aineellista totuutta. Hyödyntämiskieltojen on katsottu edustavan oikeusturvafunktiota, jonka puolestaan on katsottu rajoittavan rikosprosessin toista keskeistä tehtävää, rikosvastuun toteuttamista. Usein puhutaan niiden välisestä jännitteestä. Tutkielmassa havaittiin, että hyödyntämiskiellot edustavat sekä oikeusturva- että oikeussuojafunktiota ja jossakin määrin ne edistävät aineellisen totuuden selvittämistä. Oikeusturvan ja rikosvastuun välisen jännitteen korostaminen on tietyssä mielessä turhaa, sillä kyse on siitä, että rikosvastuun selvittämisen tulee tapahtua tietyissä puitteissa, hyväksyttävällä, oikeudenmukaisella ja ihmisarvoa kunnioittavalla tavalla.

Mistä hyödyntämiskieltoharkinnassa on kyse?

Hyödyntämiskieltojen asettamiseen liittyvää problematiikkaa on pyritty ratkaisemaan tapauskohtaisella punninnalla. Pölösen perusoikeusmyönteinen punnintamalli pohjautuu perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen laintulkintaan. Pölösen malli on lähtökohtaisesti neutraali. Myös oikeudenkäymiskaaren 17:25.3:n yleissäännös perustuu tapauskohtaiselle punninnalle, mutta verrattuna Pölösen malliin se painottaa todisteiden vapaata harkintaa ja hyödyntämiskieltojen poikkeuksellisuutta.

Lainvastaisesti hankittujen todisteiden ehdottomia hyödyntämiskieltoja ovat OK 17:25.1:n mukainen kidutus ja OK17:25.2:n mukaiset itsekriminointisuojaan vastaisesti saadut todisteet. Kidutuksen osalta tulkinnallisesti ongelmallista on se, luetaanko kaikki ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan vastaiset teot eli kidutusta lievempi kaltoinkohtelu, hyödyntämiskiellon perusteeksi. Myöskään rikosprovokaatiolla hankittuja todisteita ei voi hyödyntää. Muilta osin lähtökohtana on vapaa todistusharkinta ja hyödyntämiskieltoa punnitaan tapauskohtaisesti harkitsemalla, vaarantaako todisteen hyödyntäminen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin. Harkinta on kokonaisharkintaa, jossa tulee ottaa huomioon kaikki laissa mainitut harkintaperusteet. Luettelo ei ole tyhjentävä, vaan avoin, mikä on ongelmallista erityisesti ennakoitavuuden ja lainkäytön yhtenäisyyden kannalta. Tapauskohtainen harkinta vaikeuttaa myös esitutkintaviranomaisen ja syyttäjän mahdollisuuksia ennakoida sitä, miten esitutkinnassa saatuihin todisteisiin tullaan oikeudenkäynnissä suhtautumaan. Mallin ongelmana

on myös, että se sallii vastakkainasettelun loukatun oikeuden tai arvon ja muiden argumenttien ja arvojen välillä. Tällöin hyväksytään epäsuorasti oikeussuojan loukkaus jo ennen kuin hyödyntämiskieltoa on edes oikeudellisesti harkittu. Erittäin vakavat oikeuden loukkaukset eivät puolestaan saisi olla riippuvaisia vastakkaisten arvojen punnitsemisesta, erityisesti silloin kun perustavanlaatuisia oikeuksia tai ydinarvoja on rikottu.

Mikä on hyödyntämiskiellon yleissäännöksen sisältö ja sen harkintakriteerit?

Oikeudenkäymiskaaren 17:25.3:n mukaisia punnintakriteereitä ovat asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet. Kriteereistä ongelmallisimpia ovat todisteen luotettavuuteen ja merkitykseen liittyvät kriteerit, koska ne sekoittavat näyttöarvoharkinnan ja hyödyntämiskieltoharkinnan tasot keskenään. Myös kriteeriin, jonka mukaan hyödyntämistä puoltaa se, että todiste olisi joka tapauksessa saatu laillisesti, tulisi tietyiltä osin suhtautua varautuneesti. Tämä koskee inevitable discovery – opin mukaisia tilanteita, jotka johtaisivat monimutkaisiin kausaaliyhteyspohdintoihin.

Todisteen luotettavuuden arviointi on syytä tehdä vapaassa todistusharkinnassa. On oltava erittäin pidättyväinen siinä, että todiste suljettaisiin pois oikeudenkäyntiaineistosta sen epäluotettavuuden takia. Todistelun luotettavuuden arviointi voi kuitenkin tulla kyseeseen hyödyntämiskieltoharkinnassa silloin, kun kyse on siitä, onko kontradiktorisuusvirhettä riittävästi kompensoitu.

Miten hyödyntämiskiellot on otettava huomioon esitutkinnassa ja syyteharkinnassa?

Todisteiden hyödyntämiskelpoisuuden arviointi esitutkintavaiheessa kuuluu esitutkintaviranomaisen ja syyttäjän väliseen yhteistyötyövelvoitteeseen. Syyttäjän pitäisi pyrkiä varmistamaan todisteiden hankkimismenettelyn lainmukaisuus ennakkollisin keinoin. Jos lainvas-
taisesti hankittu aineisto on jo poliisin hallussa, on turvauduttava jälkikäteiskontrolliin. Tämä tapahtuu ensisijaisesti esitutkinnan asianmukaiseen toimittamiseen ohjaavalla lisätutkintapyynnöllä. Niissä tapauksissa, joissa lisätutkintapyynnöllä ei kuitenkaan voida korjata aiemmassa tutkinnassa tapahtuneita virheitä, ainoa vaihtoehto on hyödyntämiskielto. Lopullinen vastuu hyödyntämiskieltoratkaisusta on tuomioistuimella. Syyttäjä voi kuitenkin pelkäänsä OK 17:25:n nojalla asettaa ennakkollisen hyödyntämiskiellon, vaikka vakiintunutta tuomioistuinkäytäntöä ei olisikaan. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen

oikeuskäytännöstä voidaan johtaa seuraavia kriteereitä esitutkinnassa ja syyteharkinnassa käytävään hyödyntämiskieltoharkintaan. Luettelo ei ole tyhjentävä.

- Onko kyse EIS 3 artiklan vastaisesta toiminnasta?
- Onko kyse rikosprovokaatiosta?
- Onko todisteiden hankinnassa tapahtunut oikeudenloukkaus erittäin vakava?
- Epäillyn mahdollinen haavoittuvuus, esimerkiksi iän tai terveydentilan vuoksi.
- Esitutkintaa koskevien säännösten noudattaminen.
- Todisteen näyttöarvo ja todisteen hankkimisen liittyvät olosuhteet. Herättävätkö ne epäilyn todisteen luotettavuudesta tai tarkkuudesta. Onko kyse ollut jonkinasteisesta pakottamisesta?
- Lainvastaisuuden laatu.
- Jos on annettu ja laadittu lausunto/pöytäkirja, mikä on sen luonne ja onko sen sisältö täsmällisesti toisinnettu vai onko olemassa epäily siitä, että sitä on muunneltu?
- Onko todiste olennainen tai merkittävä? Onko epäilyille muuta vahvistavaa näyttöä?
- Rikostutkintaan liittyvä julkinen intressi ja epäillyn rikoksen vakavuus.

Hyödyntämiskiellon alaista tietoa voidaan esitutkinnassa käyttää viranomaisten toimenpiteiden suuntaamisessa, kuten tutkintataktiikan valinnassa, tutkintatoimenpiteiden ajoittamisessa, asianosaisten määrittämisessä, pakkokeinojen perusteiden arvioinnissa, kuulustelutaktiikan laatimisessa, tiedonhankintatoimenpiteiden suuntaamisessa, voimavarojen painottamisessa jne. Laki ei sääntele hyödyntämistä tutkinnan suuntaamisen osalta muutoin kuin ylimääräisen tiedon osalta.

Mitä etäishyödyntämisellä tarkoitetaan ja milloin hyödyntämiskiellon etäisvaikutus voisi tulla kysymykseen?

Hyödyntämiskieltoihin liittyy myös kysymys niiden ulottuvuudesta. Hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksella (*fruits of the poisonous tree*) tarkoitetaan tilannetta, jossa lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskielto ulottuu myös tuon todisteen avulla hankittuun muuhun todisteeseen.

Suomessa vakiintunut kanta on ollut, ettei hyödyntämiskielloilla ole pääsääntöisesti etäisvaikutusta. Oikeuskirjallisuudessa suhtautuminen etäishyödyntämiseen on vaihdellut kielteisestä varovaisen myönteiseen, tosin keskustelu on pohjautunut pääosin *Lauri Hormian* ja *Pasi Pölösen* esittämien näkemyksiin. Keskustelussa on nostettu esille myös yhdysvaltalaisperäisen opin soveltumattomuus Suomeen. Perimmäiset perustelut hyödyntämiskielloille,

eli oikeusjärjestyksen edustamien arvojen ja oikeuksien suojele, ovat kuitenkin yhtenäisiä molemmille järjestelmille. Etäishyödyntämisen kieltä ei ole Yhdysvalloissa ehdoton, vaan siihen on useita poikkeuksia.

Kokonaisuudessaan voidaan todeta, että etäishyödyntämisen kieltä on perusteltua erittäin vakavissa oikeudenloukkauksissa, kuten kidutuksessa.

Kidutuksen seurauksena hankitut jatkotodisteet on asetettava hyödyntämiskieltoon. Jos kaltoinkohtelu ei ole vakavuudeltaan kidutusta, mutta kuitenkin ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan vastaista, hyödyntämiskielto tulee arvioida tapauskohtaisesti. EIS 3 artiklaa rikkovissa kidutusta lievemmissä tilanteissa on tarkasti arvioitava, onko kiellettyjen kuulustelumene-
telmien käyttö vaikuttanut kausaalisesti tutkinnassa löydettyihin muihin todisteisiin. Jos yhteys on olemassa, on arvioitava, ovatko löydetty todisteet syyksi lukemisen kannalta välittömästi merkityksellistä näyttöä. Mikäli näin on, tulee todisteet etäisvaikutuksen nojalla asettaa hyödyntämiskieltoon. Muissa tapauksissa etäisvaikutus arvioidaan OK 17:25.3:n mukaisesti. Aiemman todisteen hankkimistavalla ei ole merkitystä, vaan etäistodisteen hyödyntäminen arvioidaan itsenäisesti kysymällä 1) onko etäistodiste saatu lainvastaisesti? 2) Jos näin on, niin onko se asetettava hyödyntämiskieltoon?