

Syytetyn vastakuulustelu-oikeus ja poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen  
hyödyntäminen EIS 6 artiklan näkökulmasta

Helsingin yliopisto  
Oikeustieteellinen tiedekunta  
Pro gradu -tutkielma  
Kevät 2020  
Laatija: Noora Märijärvi  
Ohjaaja: Professori Tuula Linna



Tiedekunta/Osasto - Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos - Institution – Department	
Tekijä - Författare – Author Märijärvi, Noora			
Työn nimi - Arbetets titel – Title Syytetyn vastakuulustelu oikeus ja poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntäminen EIS 6 artiklan näkökulmasta			
Oppiaine - Läroämne – Subject Prosessioikeus			
Työn laji - Arbetets art – Level OTM-tutkielma	Aika - Datum – Month and year 3/2020	Sivumäärä - Sidoantal – Number of pages 74	
Tiivistelmä - Referat – Abstract <p>Tutkielmassa tarkastellaan EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan ja ns. poissaolevien todistajien esitutkintakertomusten hyödyntämisen suhdetta. EIS 6 artiklan 3 (d) kohdassa turvataan vastakuulustelu oikeus, jolla tarkoitetaan syytetyn oikeutta kuulustella syyttäjän kutsumia todistajia ennen asian ratkaisemista. Vastakuulustelu oikeus on yksi syytetyn vähimmäisoikeuksista ja keskeisimmistä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista rikosprosessissa. Sen tarkoituksena on taata syytetylle mahdollisuus puolustautua asianmukaisesti, osallistua aktiivisesti oikeudenkäyntiin ja koetella todistelun luotettavuutta, minkä lisäksi sen avulla toteutetaan todistelun kontradiktorisuutta ja aseiden yhtäläisyyttä.</p> <p>Poissaolevilla todistajilla Euroopan ihmisoikeustuomioistuin puolestaan viittaa henkilöihin, jotka eivät todista oikeudenkäynnissä, mutta joiden esitutkinnassa antamaa kertomusta käytetään oikeudenkäynnissä todisteena. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että todistaja on kuollut tai tavoittamattomissa tai häntä ei muusta syystä voida kuulla. Esitutkintakertomuksen hyödyntäminen on syytetyn oikeusturvan näkökulmasta ongelmallista, koska vastakuulusteluun ei ole mahdollisuutta eikä kertomuksen luotettavuutta voida tarkastella perusteellisesti.</p> <p>Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on kehittänyt erilaisia kriteerejä sen arvioimiseksi, onko oikeudenkäynti ollut oikeudenmukainen poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä huolimatta, ja ne ovat muuttuneet viimeisen reilun kolmenkymmenen vuoden aikana. EIT:n oikeuskäytännössä on havaittavissa puolustuksen oikeuksien kannalta huolestuttava kehityskulku, jossa kokonaisarviointi ratkaisee ja vastakuulustelu oikeudella on aiempaa vähemmän itsenäistä merkitystä. Tutkielmassa käsitellään myös sitä, miten arviointikriteerien muutokset vaikuttavat suomalaiseen oikeusprosessiin.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords Euroopan ihmisoikeussopimus, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, vastakuulustelu oikeus, esitutkintakertomus, poissaoleva todistaja, syytetyn vähimmäisoikeudet			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

# Sisällysluettelo

Lähteet.....	iv
Virallisaineisto .....	iv
Kirjallisuus.....	iv
Oikeustapaukset.....	vii
Lyhenteet.....	xi
1. Johdanto .....	1
1.1 Johdatus aiheeseen .....	1
1.2 Tutkimuskysymys, tutkimuksen rakenne ja tutkimusmetodi.....	6
2. Vastakuulustelun rooli rikosprosessissa.....	7
2.1 Periaatteelliset lähtökohdat .....	7
2.2 Velvollisuus todistaa.....	9
2.3 Vuorokuulustelujärjestelmä .....	10
2.4 Vastakuulustelutaktiikat .....	12
2.5 Henkilötodistelun luotettavuus.....	14
2.5.1 Luotettavuuteen vaikuttavia tekijöitä .....	14
2.5.2 Tunnistaminen.....	17
3. Poissaoleva todistaja EIT:n perinteisessä oikeuskäytännössä.....	20
3.1 <i>Yksinomainen tai ratkaiseva</i> -sääntö.....	20
3.2 Oikeuskäytäntöä.....	24
4. Linjanmuutos: <i>Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta</i> .....	29
4.1 Tapauksen faktat ja Al-Khawaja-testi .....	29
4.2 Hyväksyttävä syy.....	31
4.3 Yksinomainen tai ratkaiseva todiste.....	35
4.4 Tasapainottavat tekijät.....	36
5. Linjanmuutoksen uudelleenarviointi: <i>Schatschaschwili v. Saksa</i> .....	39
5.1 Tapauksen faktat .....	39
5.2 Täsmennykset Al-Khawaja-testiin .....	41
5.2.1 Johtaako hyväksyttävän syyn puuttuminen EIS 6 artiklan loukkaukseen? .....	41
5.2.2 Missä järjestyksessä Al-Khawaja-testin kriteerejä arvioidaan?.....	42
5.2.3 Milloin tasapainottavia tekijöitä arvioidaan? .....	42
5.3 Uudistetun testin soveltaminen tapaukseen .....	45
6. <i>Schatschaschwilin</i> jälkeen: EIT:n uusin oikeuskäytäntö .....	47

6.1 Tapaukset <i>Bátěk</i> ja <i>Štulíř</i> .....	47
6.2 Oikeuskäytäntöä vuosilta 2018–2020 .....	51
7. Poissaoleva todistaja suomalaisessa lainsäädännössä .....	56
7.1 Esitutkintavaihe .....	56
7.1.1 Esitutkintavaiheen korostuneesta merkityksestä .....	56
7.1.2 Vastakuulustelun järjestäminen esitutkinnassa .....	59
7.1.3 Esitutkintakuulustelujen videoiminen .....	62
7.2 Esitutkintakertomuksen hyödyntäminen OK 17:24.2:n nojalla.....	64
7.2.1 Todistajaa ei voida kuulustella .....	64
7.2.2 Todistajaa ei tavoiteta eikä asian ratkaisemista voida viivyttää .....	66
7.3 Menettely oikeudenkäynnissä.....	70
8. Johtopäätökset .....	72

## Lähteet

### Virallisaineisto

Euroopan unionin neuvoston suositus 2015/C 250/01 oikeusalan rajat ylittävien videoneuvottelujen käytön ja parhaiden käytäntöjen edistämisestä jäsenvaltioissa ja EU:n tasolla.

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

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

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

HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.

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

LaVM 9/1997 vp. Lakivaliokunnan mietintö rikosasiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisesta alioikeuksissa.

Perustuslakivaliokunnan lausunto 5/1999 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto 31/2005 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto 39/2014 vp.

Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien turvaamiseksi.

### Kirjallisuus

Bachmaier Winter, Lorena: Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law. *Utrecht Law Review*, Vol. 9, No. 4, 2013, s. 127-146.

Danielsson, Petri – Näsi, Matti: Suomalaiset väkivallan ja omaisuusrikosten kohteena 2018 – kansallisen rikosuhritutkimuksen tuloksia. *Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia 35/2019*.

Danielsson, Petri – Näsi, Matti: Suomalaiset väkivallan ja omaisuusrikosten kohteena 2017 – kansallisen rikosuuhritutkimuksen tuloksia. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia 31/2018.

Danielsson, Petri – Kääriäinen, Juha: Suomalaiset väkivallan ja omaisuusrikosten kohteena 2016 – kansallisen rikosuuhritutkimuksen tuloksia. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia 23/2017.

De Wilde, Bas: A Fundamental Review of the ECTHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases. *International Journal of Evidence and Proof* 2013 (17), volume 2.

Fredman, Markku: Rikosasianajajan käsikirja. Talentum Media, 2014.

Fredman, Markku – Helminen, Klaus – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko: Esitutkinta ja pakkokeinot. Talentum Media Oy, 2014.

Frände, Dan teoksessa Frände, Dan – Rautio, Jaakko: Todistelu – Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Edita Publishing Oy, 2016.

Tapanila, Antti teoksessa Gullans, Monica – Pellonpää, Matti – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Alma Talent Oy, 2018.

Goss, Ryan: Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights. Hart Publishing, 2014.

Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus, 2000.

Haapasalo, Jaana – Santtila, Pekka – Tolvanen, Matti teoksessa Santtila, Pekka – Weizmann-Henelius, Ghitta (toim.): Oikeuspsykologia. Edita, 2008.

Heikkilä, Satu – Hirvelä, Päivi: Ihmisoikeudet – käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. Alma Talent Oy, 2017.

Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17, 2011.

Jokela, Antti: Rikosprosessioikeus. Alma Talent Oy, 2018.

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

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

Koponen, Pekka: Ylimääräinen muutoksenhaku. Alma Talent Oy, 2017.

- Kulmakorpi, Teemu – Paulanto, Tuulia – Saranpää, Timo – Välikoski, Tuula-Riitta:  
Todistajankuulustelukokemus vuorovaikutustilanteena oikeudenmukaisuuden näkökulmasta. *Oikeus* 2017 (46); 3: 310–328.
- Könönen, Perttu: Tuomitsemiskynnyksestä rikosasiassa. Kirjoituksia todistusoikeudesta. Helsingin hovioikeus, Hakapaino Oy, 2006.
- Lappalainen, Juha, Rautio, Jaakko ja Virolainen, Jyrki teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenperä, Mikko: *Prosessioikeus*. Talentum Media Oy, 2017.
- Leanza, Piero – Pridal, Ondrej: *The Right to a Fair Trial: Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Kluwer Law International, 2014.
- Lehti, Martti: Henkirikoscatsaus 2019. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia 34/2019.
- Lehti, Martti: Henkirikoscatsaus 2018. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia 28/2018.
- Lehti, Martti: Henkirikoscatsaus 2017. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia 19/2017.
- Lehti, Martti: Henkirikoscatsaus 2016. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia 10/2016.
- Lehti, Martti: Henkirikoscatsaus 2015. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia 1/2015.
- Pölönen, Pasi: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 236, 2003.
- Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: *Todistelu oikeudenkäynnissä*. Tietosanoma Oy, 2015.
- Rantaeskola, Satu: *Rikos ja rikosprosessi*. Warelia, 2019.
- Rautio, Jaakko: Asianomistaja todistajana. *Defensor Legis* 4/2016, s. 707–712.
- Stanikić, Teija: Silminnäkijätunnistamisen näyttöarvo. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 323, 2015.
- Summers, Sarah: *Fair Trials – the European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Hart Publishing, 2007.
- Tapanila, Antti: *Kontradiktorisuus syytetyn oikeutena*. Tietosanoma Oy, 2019.

Tapanila, Antti: Syytetyn oikeus syyttäjän todistajien kuulemiseen. Lapin yliopisto, 2004.

## Oikeustapaukset

Korkeimman oikeuden ratkaisut:

KKO 1991:84

KKO 1991:145

KKO 1993:101

KKO 1995:5

KKO 1995:66

KKO 2000:71

KKO 2004:60

KKO 2007:101

KKO 2013:97

KKO 2015:86

KKO 2016:88

KKO 2017:93

KKO 2018:54

KKO 2019:14

KKO 2019:17

Käräjäoikeuden ratkaisut:

Pirkanmaan käräjäoikeus 24.5.2017, dnro R16/6930.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut:

A.M. vastaan Italia (14.3.2000).

A.S. vastaan Suomi (28.12.2010).

Aigner vastaan Itävalta (10.8.2012).

Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (15.12.2011).

Artner vastaan Itävalta (28.8.1992)

Asch vastaan Itävalta (26.4.1991).

Avagyan vastaan Armenia (22.2.2019).

Babkin vastaan Venäjä (8.1.2009).

Barberà, Messegué ja Jabardo vastaan Espanja (6.12.1988).

Bátěk ym. vastaan Tšekin tasavalta (12.4.2017).

Bondar vastaan Ukraina (16.7.2019).

Bonev vastaan Bulgaria (8.9.2006).

Bricmont vastaan Belgia (7.7.1989).

Caka vastaan Albania (8.3.2010).

Carta vastaan Italia (13.9.2006).

Chmura vastaan Puola (3.7.2012).

Craxi vastaan Italia (5.3.2003).

Delta vastaan Ranska (19.12.1990).

Dimitrov ja Momin vastaan Bulgaria (7.9.2018).

Dimović ja muut vastaan Serbia (6.5.2019).

Efendiyev vastaan Azerbaidzan (18.12.2014).

Fąfrowicz vastaan Puola (17.7.2012).

Fitt vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (16.2.2000).

Garbuz vastaan Ukraina (19.5.2019).

Guilloury vastaan Ranska (22.9.2006).

Hulki Güneş vastaan Turkki (19.9.2003).

Hümmer vastaan Saksa (19.10.2012).

Imbrioscia vastaan Sveitsi (24.11.1993).

Isgrò vastaan Italia (19.2.1991).

Jasper vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (16.2.2000).

Karpenko vastaan Venäjä (24.9.2012).

Kostovski vastaan Alankomaat (20.11.1989).

Kuchta vastaan Puola (23.4.2018).

Laska ja Lika vastaan Albania (20.7.2010).

Laukkanen ja Manninen vastaan Suomi (3.5.2004).

Lucà vastaan Italia (27.5.2001).

Lüdi vastaan Sveitsi (15.6.1992).

Makeyev vastaan Venäjä (5.5.2009).

Mika vastaan Ruotsi (27.1.2009).

Mild ja Virtanen vastaan Suomi (26.10.2005).

Mirilashvili vastaan Venäjä (5.6.2009).

N.K. vastaan Saksa (3.12.2018).

Oddone ja Pecci vastaan San Marino (17.1.2020.)

Ogaristi vastaan Italia (18.8.2010).

Pello vastaan Viro (10.12.2007).

P.S. vastaan Saksa (4.9.2002).

Rachdad vastaan Ranska (13.2.2004).

Rowe ja Davis vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (16.2.2000).

Sadak ja muut vastaan Turkki (17.7.2001).

Saïdi vastaan Ranska (20.9.1993).

Salduz vastaan Turkki (27.11.2008).

Schatschaschwili vastaan Saksa (15.12.2015).

Seton vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (12.9.2016).

Solakov vastaan Makedonia (31.1.2002).

Štefančič vastaan Slovenia (25.1.2013).

Štulíř vastaan Tshekin tasavalta (12.4.2017).

Trampevski vastaan Makedonia (10.10.2012).

Unterpertinger vastaan Itävalta (24.11.1986).

Ürek ja Ürek vastaan Turkki (9.12.2019).

Vaturi vastaan Ranska (13.7.2006).

Vladimir Romanov vastaan Venäjä (26.1.2009).

Vronchenko vastaan Viro (18.7.2013).

W. vastaan Suomi (24.7.2007).

Windisch vastaan Itävalta (27.9.1990).

Muut ratkaisut:

Eduskunnan apulaisoikeusasiamies 26.1.2010, ratkaisu dnro 3889/4/08.

## Lyhenteet

Dnro	Diaarinumero
EIS	Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi, Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
ETL	Esitutkintalaki (805/2011)
EU	Euroopan unioni
HE	Hallituksen esitys eduskunnalle
KKO	Korkein oikeus
KP-sopimus	Yhdistyneiden kansakuntien kansalaisyhteiskunta- ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus
OK	Oikeudenkäymiskaari (4/1734)
PeVL	Perustuslakivaliokunta
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
RL	Rikoslaki (39/1889)
ROL	Laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (689/1997)
VNA	Valtioneuvoston asetus

# 1. Johdanto

## 1.1 Johdatus aiheeseen

Vastakuulustelu-oikeus on rikosprosessissa yksi keskeisimmistä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista. Se tarkoittaa rikosasian vastaajan oikeutta kuulustella tai kuulustuttaa syyttäjän tai syytettä ajavan asianomistajan kutsumia todistajia ennen asian ratkaisemista. Vastakuulustelu-oikeus on määritelty oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa, jonka 3 kohdassa luetellaan puolustuksen vähimmäisoikeudet. EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan mukaan jokaisella rikoksesta syytetyllä 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. EIS 6 artiklan 3 (d) kohtaa tulkittaessa on huomattava, että termillä *todistaja* on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä kansallisista prosessioikeudellisista säännöksistä riippumaton ja laaja merkitys.<sup>1</sup> Se kattaa kaikki henkilöt, joiden kertomuksilla on merkitystä asian ratkaisemisessa riippumatta heidän muodollisesta prosessuaalisesta asemastaan. Todistajalla tarkoitetaan toisin sanoen myös esimerkiksi asianomistajia ja kanssavastaajia.<sup>2</sup> Todistajana pidetään myös esitutkinnassa kuulusteltua henkilöä, jonka esitutkintakertomusta käytetään todisteena, vaikka hän ei todistaisi oikeudenkäynnissä.<sup>3</sup>

Yhdistyneiden kansakuntien kansalaisyhteisö- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen 14 artiklan 3 (e) kohta sisältää lähes samanlaisen määritelmän vastakuulustelu-oikeudesta kuin EIS 6 artiklan 3 (d) kohta.<sup>4</sup> Sen katsotaan myös sisältyvän oikeusturvaan koskevaan Suomen perustuslain 21 §:än, vaikka säännöksessä ei mainita sitä nimenomaisesti.<sup>5</sup> Suomi on PL 22 §:n mukaisesti sitoutunut turvaamaan perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen, mikä tarkoittaa muun ohella velvollisuutta huolehtia syytetyn oikeudesta vastakuulusteluun. Korkein oikeus on kiinnittänyt vastakuulustelu-oikeuteen huomiota jo 1990-luvulla (KKO 1991:84) ja kuvannut sitä Suomessa vanhastaan voimassa olevaksi yleiseksi oikeudenkäyntiä koskevaksi periaatteeksi (KKO 2000:71).

---

<sup>1</sup> Oddone ja Pecci vastaan San Marino, 17.1.2020, kohta 93. Avagyan vastaan Armenia, 22.2.2019, kohta 40. A.S. vastaan Suomi, 28.12.2010, kohta 57. Artner vastaan Itävalta, 28.8.1992, kohta 19. Asch vastaan Itävalta, 26.4.1991, kohta 25. Delta vastaan Ranska 19.12.1990, kohta 34.

<sup>2</sup> Tapanila 2019 s. 142. Tapanila 2018 s. 739. Kemppinen 2017 s. 389. Tapanila 2004 s. 4–6.

<sup>3</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 561.

<sup>4</sup> KP-sopimuksen 14 artiklan 3 (e) kohdan mukaan jokaisella on tutkittaessa rikossyytettä häntä vastaan oikeus täysin yhdenvertaisena seuraaviin vähimmäistakeisiin: ... kuulustella tai antaa kuulustuttaa niitä todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samojen olosuhteiden vallitessa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat.

<sup>5</sup> PeVL 39/2014 s. 2. PeVL 31/2005 vp s. 4. PeVL 5/1999 vp s. 6. HE 309/1993 vp s. 74.

Vastakuulustelu oikeudessa on kyse rikoksesta syytetyn oikeusturvasta.<sup>6</sup> Sen avulla varmistetaan, että syytetty pystyy puolustautumaan oikeudessa esitettyjä väitteitä vastaan ja osallistumaan aktiivisesti oikeudenkäyntiin, eikä ole oikeudenkäynnin passiivinen kohde. Vastakuulustelussa syytetty tai hänen oikeudellinen avustajansa koettelee vastapuolen, yleensä syyttäjän, kutsuman todistajan luotettavuutta ja siten hänen kertomuksensa näyttöarvoa. Puolustus arvioi todistajankertomusta kriittisesti, selvittää sen heikot kohdat ja kysyy todistajalta kysymyksiä sen perusteella.<sup>7</sup> Vastakuulustelu on erityisen tärkeää, kun syytetty ei esitä omia todisteita, mutta puolustautuminen voi muussakin tapauksessa jäädä vajavaiseksi ilman syyttäjän kutsumien todistajien vastakuulustelemista.<sup>8</sup> Todistajankertomusta koettelemalla voidaan saada selville puolustautumisen kannalta arvokasta tietoa, heikentää syytteenkuvauksen uskottavuutta ja vaikuttaa tuomioistuimen todistusharkintaan.

Vastakuulustelu oikeudella on myös yhteys aineellisen totuuden eli tapahtumien todellisen historiallisen kulun selvittämiseen. Rikosprosessissa tavoitellaan sitä, että tuomio vastaa aineellista totuutta, vaikka sen selvittäminen on toisinaan mahdotonta.<sup>9</sup> Tuomion langettamisen edellytyksenä ei ole täysi varmuus syytetyn syyllisyydestä, mutta siitä ei saa jäädä varteenotettavaa epäilyä (OK 17:3.2). Vastakuulustelu oikeus on omiaan varmistamaan, että langettavat tuomiot perustuvat asianmukaiselle näytölle eikä perusteettomia tuomioita langeteta. Puolustuksen vastakuulustelussa tekemät havainnot ja todistajan antamat vastaukset auttavat tuomioistuinta arvioimaan, onko asiassa esitetty näyttö riittävän luotettavaa ja kattavaa rangaistuksen määrittämiseksi. Perusteellinen todistusharkinta on mahdollista vain, jos kaikki asiaan vaikuttavat seikat ovat tuomioistuimen tiedossa. Vastakuulustelulla on korostunut merkitys tuomitsemiskynnyksen ylittymisessä etenkin silloin, kun todistajankertomuksen lisäksi muuta syytettä tukevaa todistusaineistoa ei juurikaan ole saatavilla tai se on näyttöarvoltaan heikkoa. Todistajankertomuksella on tällaisessa tilanteessa huomattava vaikutus oikeudenkäynnin lopputulokseen, mutta sen totuudenmukaisuutta ei voi selvittää vertailemalla sitä muihin todisteisiin.

Syytetyllä ei kuitenkaan ole EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan nojalla rajoittamatonta vastakuulustelu oikeutta.<sup>10</sup> EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan sisältö, rajat ja kansallisille oikeusjärjestyksille asettamat velvoitteet määräytyvät EIT:n oikeuskäytännössä. Suomella on jäsenvaltiona velvollisuus noudattaa Euroopan ihmisoikeussopimusta, joten suomalaisten tuomioistuinten on otettava EIT:n ratkaisut ennakkotapauksina huomioon ja käytettävä niitä oikeuslähteenä.<sup>11</sup> EIS 6 artiklan 3 (d) kohtaa koskevia ratkaisuja on runsaasti, joten tietyt lähtökohdat ovat

---

<sup>6</sup> Tapanila 2004 s. 63.

<sup>7</sup> Leanza 2014 s. 181. Tolvanen 2008 s. 302–303. Tapanila 2004 s. 63. Windisch vastaan Itävalta, 27.9.1990, kohta 28. Kostovski vastaan Alankomaat, 20.11.1989, kohta 42.

<sup>8</sup> Tapanila 2004 s. 1.

<sup>9</sup> Tapanila 2004 s. 11–12.

<sup>10</sup> W. vastaan Suomi, 24.7.2007, kohta 43. Laukkanen ja Manninen vastaan Suomi, 3.5.2004, kohta 35.

<sup>11</sup> Tapanila 2004 s. 9.

vakiintuneet. EIT ensinnäkin arvioi EIS 6 artiklan 3 (d) kohtaa yhdessä oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä yleisesti koskevan 6 artiklan 1 kohdan<sup>12</sup> kanssa, koska se pitää 3 kohtaa 1 kohdan erityiskriteerinä. Ajattelutavalla on pitkät perinteet, sillä komissio katsoi jo vuonna 1961 ratkaisussa *Nielsen v. Tanska*, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin elementteihin kuuluu olennaisesti EIS 6 artiklan 3 kohdassa luetellut oikeudet.<sup>13</sup> Toinen vakiintunut lähtökohta on, että EIT tarkastelee vain, onko oikeudenkäynti ollut kokonaisuutena arvioiden oikeudenmukainen. Todistelun säänteleminen ja todistusharkinta ovat kansallisten oikeusjärjestysten vastuulla, joten EIT ei arvioi, onko tietyn valtion lainsäädäntö yleisesti ottaen hyväksyttävä tai ovatko kansalliset tuomioistuimet arvioineet todisteita oikein. Rajauksen taustalla saattaa olla jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten väliset eroavaisuudet.<sup>14</sup> Oikeudenmukaisuudesta tehtävään kokonaisarvioon kuitenkin vaikuttaa, miten kansalliset viranomaiset ovat käsiteltävänä olevassa yksittäistapauksessa menelleet todistusaineiston suhteen.<sup>15</sup>

Kolmannen vakiintuneen tulkinnan mukaan EIS 6 artiklan 3 (d) kohta lähtökohtaisesti edellyttää, että kaikki todistusaineisto esitetään julkisessa oikeuskäsittelyssä syytetyn läsnä ollessa, jotta tällä olisi mahdollisuus sen tarkasteluun ja kyseenalaistamiseen. Kaikissa tilanteissa oikeudenkäynnissä todistaminen ei kuitenkaan ole kohtuullista, tarkoituksenmukaista tai mahdollista, joten pääsäännöstä voidaan poiketa, kunhan puolustuksen oikeuksista huolehditaan asianmukaisesti. Tällöin on otettava huomioon neljäs vakiintunut periaate, jonka mukaan EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohdat velvoittavat antamaan syytetylle riittävän ja asianmukaisen (*adequate and proper, adéquate et suffisante*) mahdollisuuden haastaa todistajan kertomus ja esittää hänelle kysymyksiä.<sup>16</sup> Todistajan on toisin sanoen lähtökohtaisesti kerrottava havainnoistaan ja kokemuksistaan henkilökohtaisesti oikeuden istunnossa syytetyn ollessa paikalla, mutta vastakuulusteluun on järjestettävä tilaisuus myös silloin, kun todistaminen järjestetään jollain toisella tavalla.

---

<sup>12</sup> EIS 6 artiklan 1 kohdan mukaan jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan tai häntä vastaan nostetusta rikossyytteenä. Päätös on annettava julkisesti, mutta lehdistöltä ja yleisöltä voidaan kieltää pääsy koko oikeudenkäyntiin tai osaan siitä demokraattisen yhteiskunnan moraalien, yleisen järjestyksen tai kansallisen turvallisuuden vuoksi nuorten henkilöiden etujen tai osapuolten yksityiselämän suojaamisen niin vaatiessa, tai siinä määrin kuin tuomioistuin harkitsee ehdottoman välttämättömäksi erityisolosuhteissa, joissa julkisuus loukkaisi oikeudenmukaisuutta.

<sup>13</sup> Goss 2014 s. 68.

<sup>14</sup> Leanza 2014 s. 182.

<sup>15</sup> Oddone ja Pecci vastaan San Marino, 17.1.2020, kohdat 88–89. Bátěk ym. vastaan Tshekin tasavalta, 12.4.2017, kohta 36. Seton vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 12.9.2016, kohta 57. Schatschaschwili vastaan Saksa, 15.12.2015, kohta 100–101. Aigner vastaan Itävalta, 10.8.2012, kohta 35. Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 118. Delta vastaan Ranska 19.12.1990, kohta 34–35. Barberà, Messegué ja Jabardo vastaan Espanja, 6.12.1988, kohta 67–68.

<sup>16</sup> Avagyan vastaan Armenia, 22.2.2019, kohta 39. Bátěk ym. vastaan Tshekin tasavalta, 12.4.2017, kohta 37. Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 118. Guilloury vastaan Ranska, 22.9.2006, kohta 52. Lüdi vastaan Sveitsi, 15.6.1992, kohta 47. Asch vastaan Itävalta, 26.4.1991, kohta 27.

Joissain tapauksissa todistaja ei todista oikeudenkäynnissä, mutta hänen esitutkintakertomustaan käytetään todisteena. EIT kutsuu tällaisia henkilöitä poissaoleviksi todistajiksi (*absent witness, témoin absent*).<sup>17</sup> Esitutkintakertomus on yleensä litterointi todistajan esitutkintakuulustelusta, mutta se voi myös olla esitutkinnassa tallennettu äänite tai video. Syitä todistamisen estymiseen on monia, mutta tilanne herättää kysymyksen, millä ehdoin esitutkintakertomusta saa hyödyntää ja voiko syytettyä tuomita sen perusteella. Suomessa esitutkintakertomuksen käyttämistä todisteena on rajoitettu, eikä se pääsääntöisesti voi korvata todistamista. Esitutkintakertomusta voidaan yleensä käyttää ainoastaan vertailevana näyttönä, kun se eroaa todistajan pääkäsittelyssä antamasta kertomuksesta tai kun hän oikeudenkäynnissä vaikenee kokonaan tai joistain seikoista (OK 17:47.2).<sup>18</sup> Tästä pääsäännöstä on kuitenkin muutama poikkeus.

EIT:n näkökulmasta poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämisessä keskeisintä on, onko syytetyllä ollut jossain vaiheessa oikeusprosessia mahdollisuus tämän vastakuulusteluun. Vastakuulustelu voidaan periaatteessa järjestää esitutkinnassa, vaikka EIS 6 artiklan pääpaino on varsinaisessa oikeudenkäynnissä. EIT:n mukaan EIS 6 artiklan 3 kohdan määräyksiä on sovellettava jo esitutkintavaiheessa, jos niiden noudattamatta jättäminen olisi omiaan merkittävästi horjuttamaan tulevan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta.<sup>19</sup> Suomalaiseen esitutkintaan ei kuitenkaan tavallisesti kuulu vastakuulustelua.<sup>20</sup> Suomessa vastakuulustelu järjestetään esitutkinnan aikana yleensä vain alle 15-vuotiaiden ja henkiseltä toiminnaltaan häiriintyneiden henkilöiden, 15–17-vuotiaiden erityisen suojelun tarpeessa olevien asianomistajien ja tiettyjen edellytysten täytyessä eräiden seksuaalirikosten<sup>21</sup> asianomistajien kohdalla. Näihin ryhmiin kuuluvien ei tarvitse OK 17:24.3:n nojalla todistaa oikeudenkäynnissä, vaan se voidaan korvata videotallenteeseen tai siihen rinnastettavaan muuhun kuva- ja äänitallenteeseen tallennetulla kuulustelulla. Tarkoituksena on suojella heitä todistamisen aiheuttamalta haitalta ja ottaa huomioon esimerkiksi lasten kuulemiseen liittyvät erityispiirteet.<sup>22</sup> OK 17:24.3:ssa säädetään nimenomaisesti, että syytetyille on tarjottava asianmukainen vastakuulustelumahdollisuus, jotta kuulustelutallennetta voidaan hyödyntää.

---

<sup>17</sup> Ks. esim. Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011 ja Schatschaschwili vastaan Saksa, 15.12.2015. Varhaisemmassa oikeuskäytännössä termiä *absent witness* ei ole aina käytetty, EIT on nimenomaisesti todennut tällaisten henkilöiden olevan EIS 6 artiklassa tarkoitettuja todistajia. Täältä osin ks. esim. Delta vastaan Ranska, 19.12.1990, kohta 34. Asch vastaan Itävalta, 26.4.1991, kohta 25. Isgrò vastaan Italia, 19.2.1991, kohta 33.

<sup>18</sup> HE 46/2014 s. 106–107.

<sup>19</sup> Unterpertinger vastaan Itävalta, 24.11.1986, kohta 31. Kostovski vastaan Alankomaat, 20.11.1989, kohta 41. Windisch vastaan Itävalta, 27.9.1990, kohta 26. Lüdi vastaan Sveitsi, 15.6.1992, kohta 47. Lucà vastaan Italia, 27.5.2001, kohdat 37–39. Imbrioscia vastaan Sveitsi, 24.11.1993, kohta 36. Salduz vastaan Turkki, 27.11.2008, kohta 50.

<sup>20</sup> Fredman ym. 2014 s. 463.

<sup>21</sup> Rikoslain säännökset, joihin OK 17:24.3:ssa viitataan, koskevat raiskausta (RL 20:1), törkeää raiskausta (RL 20:2), pakottamista seksuaaliseen tekoon (RL 20:4), seksuaalista hyväksikäyttöä (RL 20:5), lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä (RL 20:6), törkeää lapsen hyväksikäyttöä (RL 20:7) ja törkeää lapsenraiskausta (RL 20:7 b).

<sup>22</sup> Lappalainen ja Rautio 2017 s. 627.

Pääsääntöisesti vastakuulustelu järjestetään oikeudenkäynnin pääkäsittelyssä osana niin sanottua vuorokuulustelujärjestelmää (OK 17:48–49). Vastakuulustelu-oikeus voi jäädä kokonaan toteutumatta, jos todistaja ei syystä tai toisesta ole paikalla oikeudenkäynnissä eikä kyse ole OK 17:24.3:n piiriin kuuluvista henkilöistä. Yleensä syytetyllä ei ole lainkaan mahdollisuutta vastakuulusteluun, kun todistaminen korvataan esitutkintakertomuksella, minkä vuoksi poissaolevat todistajat ovat syytetyn oikeusturvan kannalta ongelmallisia. Korkein oikeus on käsitellyt tällaisia tilanteita useasti vuosien varrella ja ottanut ratkaisuisaan huomioon EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan ja EIT:n oikeuskäytännön.<sup>23</sup>

Vuoden 2016 alussa voimaan tulleen OK 17:24.2:n mukaan todistajan esitutkintakertomusta voidaan hyödyntää todistamisen sijasta, kun todistajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai sen ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että todistaja on kuollut ennen oikeudenkäyntiä, jolloin asia saattaisi ilman esitutkintakertomusta jäädä selvittämättä. OK 17:24.2:ssa ei kuitenkaan täsmennetä, missä kaikissa tilanteissa sitä voidaan soveltaa ja millaista menettelyä tuomioistuimelta edellytetään. Siinä ei myöskään edellytetä, että syytetyllä olisi ollut mahdollisuus todistajan vastakuulusteluun. Säännöksen soveltaminen voi näin ollen johtaa siihen, että yksi EIS 6 artiklan 3 kohdassa turvatuista puolustuksen vähimmäisoikeuksista jää kokonaan toteutumatta. Vastakuulustelun puuttuminen heikentää syytetyn puolustautumis- ja osallistumismahdollisuuksia, rajoittaa oikeudenkäynnin kontradiktorisuutta ja vaikeuttaa henkilötodistelun luotettavuuden varmistamista. Se vaikeuttaa aineellisen totuuden selvittämistä ja voi pahimmillaan johtaa väärään tuomioon. On siis kysyttävä, voiko tällainen menettely olla sopuosinnussa EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien kanssa ja jos voi, millä edellytyksillä. Poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntäminen ja EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan sanamuoto vaikuttavat olevan keskenään ristiriidassa.

EIT on moneen otteeseen käsitellyt sitä, merkitseekö syytetyn tuomitseminen poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen perusteella EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkausta, jos syytetyllä ei ole ollut missään oikeusprosessin vaiheessa mahdollisuutta kyseisen todistajan vastakuulusteluun. EIT:n näkemys vaikuttaa keskeisesti siihen, miten suomalaisten oikeusviranomaisten on ymmärrettävä vastakuulustelu-oikeus ja toimittava soveltaessaan OK 17:24.2:a. EIT:n oikeuskäytännössä on pohdittu muun muassa sitä, millaisessa tilanteessa kansallinen tuomioistuin saa hyödyntää poissaolevan todistajan esitutkintakertomusta, miten sitä on arvioitava ja millainen merkitys muulla näytöllä on. EIT on lisäksi ottanut kantaa siihen, voiko vastakuulustelun puuttumisesta johtuvaa syytetyn oikeusturvan heikkenemistä kompensoida muilla prosessuaalisilla keinoilla. EIT:n oikeuskäytäntö on muuttunut viime vuosien aikana,

---

<sup>23</sup> Korkein oikeus on käsitellyt poissaolevia todistajia esimerkiksi tapauksissa KKO 1991:84, KKO 1991:145, KKO 1995:5, KKO 1995:66, KKO 1996:50, KKO 2007:101, KKO 2018:54 ja KKO 2019:14. Korkein oikeus on käyttänyt termiä *poissaoleva todistaja* ainoastaan ratkaisussa KKO 2019:14.

mutta muutokset ovat jättäneet useita vastakuulustelu oikeuden luonnetta, syytetyn oikeusturva ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta koskevia kysymyksiä avoimeksi.

## 1.2 Tutkimuskysymys, tutkimuksen rakenne ja tutkimusmetodi

Tässä tutkielmassa käsitellään vastakuulustelu oikeuden, vastakuulustelun puuttumisen ja poissaolevien todistajien keskinäistä suhdetta syytetyn oikeusturvan näkökulmasta. Termejä *todistaja* ja *poissaoleva todistaja* käytetään siinä merkityksessä, jonka EIT on oikeuskäytännössään niille antanut. Näin ollen termillä *todistaja* tarkoitetaan myös suomalaisen rikosprosessin asianomistajia, ellei muuta erikseen todeta. Tutkimuskysymyksenä on: *miten EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan mukaista syytetyn vastakuulustelu oikeutta arvioidaan, kun oikeudenkäynnissä hyödynnetään poissaolevan todistajan esitutkintakertomusta, vaikka syytetty ei ole voinut esittää hänelle kysymyksiä.* Aihe on osoittautunut ajankohtaiseksi EIT:n muuttuvien tulkintojen vuoksi.

Jotta tutkimuskysymykseen voitaisiin vastata, täytyy selvittää vastakuulustelu oikeuden sisältöä ja tarkoitusta. Luvussa 2 tarkastellaan sen tähden lyhyesti suomalaista vuorokuulustelumenettelyä ja henkilötodistelun luotettavuuteen vaikuttavia tekijöitä. Tarkoituksena on valottaa tutkimuksen kontekstia ja havainnollistaa, miksi vastakuulustelun puuttuminen rajoittaa syytetyn puolustautumismahdollisuuksia ja henkilötodistelun luotettavuuden selvittämistä.

Luvuissa 3–5 käsitellään EIT:n oikeuskäytäntöä. Oikeuskäytännön laajuuden vuoksi tutkielman ei ole tarkoitus olla kattava esitys aihetta koskevista ratkaisuista, vaan valikoitujen ratkaisujen tarkastelulla pyritään tuomaan esiin poissaoleviin todistajiin liittyvää problematiikkaa ja esittelemään EIT:n kehittämiä arviointikriteerejä. Luvussa 3 käydään läpi joitain ratkaisuja vuosilta 1986–2010, luvussa 4 käsitellään erityisesti tapausta *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2011) ja luvussa 5 tapausta *Schatschaschwili v. Saksa* (2015). Tapauksia *Al-Khawaja ja Tahery* ja *Schatschaschwili* voidaan pitää merkkipaaluina siinä, miten poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämistä arvioidaan EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan valossa. Luvussa 6 käsitellään viimeisimpiä aihetta koskevia EIT:n ratkaisuja.

Luvussa 7 tarkastellaan, miten poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämistä säännellään Suomessa ja miten EIT:n oikeuskäytäntö vaikuttaa suomalaiseen oikeusprosessiin. Siinä pohditaan myös, miten syytetyn oikeusturva voitaisiin taata Suomessa mahdollisimman hyvin huolimatta poissaolevien todistajien aiheuttamista haasteista. Luvussa 8 esitellään johtopäätökset.

Tutkimusmenetelmänä on lainoppi eli oikeusdogmatiikka, jonka avulla selvitetään, tulkitaan ja systematisoidaan voimassaolevan lain sisältöä. Tutkielmassa selvitetään EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan sisältöä

ja sen vaikutusta kotimaiseen oikeuteen. Tutkielmassa on myös oikeushistoriallinen elementti, koska siinä tarkastellaan EIT:n oikeuskäytännön muutoksia vuodesta 1986 nykypäivään.<sup>24</sup>

Aiheen tarkastelu rajoittuu rikosprosessiin, tarkemmin sanottuna esitutkinta- ja käräjäoikeusvaiheeseen. Tutkielmassa ei käsitellä syytetyn oikeutta uuteen vastakuulusteluun muutoksenhakuasteissa eikä vastakuulustelua, jossa syyttäjä kuulustelee syytetyn kutsumia todistajia. Käsittelyn ulkopuolelle rajautuu myös asiantuntijoiden, anonyymien todistajien ja lasten vastakuulustelun erityispiirteet.

## 2. Vastakuulustelun rooli rikosprosessissa

### 2.1 Periaatteelliset lähtökohdat

Vastakuulustelu oikeudella on suuri merkitys yksittäisten rikosoikeudenkäyntien kannalta, mutta sillä on myös laajemmalle ulottuvaa periaatteellista merkitystä. Sen taustalla on oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden turvaamiseen pyrkiviä oikeusperiaatteita kuten välittömyys-, suullisuus- ja kontradiktorinen periaate. Suullisuusperiaatteen mukaan todistajankertomukset on esitettävä suullisesti pääkäsittelyssä ja kirjallista todistajanlausuntoa voidaan käyttää vain poikkeuksellisesti. Välittömyysperiaate puolestaan merkitsee, että todistajan on esitettävä kertomuksensa henkilökohtaisesti asian ratkaisevalle tuomioistuimelle syytetyn läsnä ollessa.<sup>25</sup> Nämä toisiinsa läheisesti liittyvät menettelyperiaatteet edellyttävät, ettei todistamista korvata kirjallisella kertomuksella. Todistajalta ei silloin voitaisi kysyä kysymyksiä, häntä ei pystyittäisi havainnoimaan eikä hänen luotettavuuttaan olisi mahdollista arvioida kovin perusteellisesti.<sup>26</sup>

Vastakuulustelu oikeudella toteutetaan henkilötodistelun kontradiktorisuutta.<sup>27</sup> Suppeasti ymmärrettynä kontradiktorinen periaate eli kuulemisperiaate (*audiatur et altera pars*) merkitsee, että oikeudenkäynnin molempia osapuolia on kuultava ennen asian ratkaisemista, mutta EIT tulkitsee sitä laajemmin.<sup>28</sup> Jotta kuulemisella olisi tosiasiallista merkitystä, asianosaisilla on oltava yhtäläinen tiedonsaantioikeus, oikeus tutustua oikeudenkäyntiaineistoon ja oikeus esittää tuomioistuimelle väitteitä ja todisteita. Asianosaisilla on lisäksi oltava oikeus kommentoida vastapuolen esittämiä todisteita ja kysyä kysymyksiä tämän kutsumilta todistajilta.<sup>29</sup> Vastakuulustelussa syytetyllä on tilaisuus kommentoida todistajankertomusta, asettaa se

---

<sup>24</sup> Mainituista metodeista ks. Hirvonen 2011 s. 21–22, 28 ja 54.

<sup>25</sup> Tapanila 2018 s. 738. Tapanila 2004 s. 14–15.

<sup>26</sup> Tapanila 2019 s. 139. Fredman ym. 2014 s. 13.

<sup>27</sup> Jämsä 2016 s. 825.

<sup>28</sup> Ks. esim. Fitt vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, kohta 44, Jasper vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, kohta 51, sekä Rowe ja Davis vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, kohta 60, 16.2.2000.

<sup>29</sup> Rantaeskola 2019 s. 24. Tapanila 2019 s. 13 ja 21. Kempainen 2017 s. 391.

kyseenalaiseksi ja puolustautua siinä esitettyjä väitteitä vastaan.<sup>30</sup> Vastakuulustelu-oikeuden toteutumatta jääminen voi aiheuttaa kontradiktorisuusvirheen, joka voi viime kädessä johtaa ylimääräiseen muutoksenhakuun ja tuomion poistamiseen OK 31:1.1:n 4 kohdan perusteella.<sup>31</sup>

Vastakuulustelu-oikeus on myös osa oikeudenkäynnin prosessuaalista tasa-arvoa eli aseiden yhtäläisyyttä (*equality of arms, égalité des armes*), joka kuuluu perustavanlaatuisesti EIS 6 artiklan mukaiseen oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.<sup>32</sup> Prosessuaalista tasa-arvoa on käsitelty monessa EIS 6 artiklan 3 (d) kohtaa koskevassa tapauksessa, esimerkiksi tapauksissa *Barberà, Messegué ja Jabardo v. Espanja* (1988) ja *Bondar v. Ukraina* (2019), kun vastakuulustelu-oikeuden toteutumisessa on ollut puutteita.<sup>33</sup> Prosessuaalisen tasa-arvon periaate ei aseta oikeudenkäynnille sisällöllisiä vaatimuksia, mutta edellyttää oikeudenkäynnin osapuolten samanlaista kohtelua.<sup>34</sup> Syyttäjän ja syytetyn on oltava tasa-arvoisessa asemassa todistelun, tiedonsaannin ja muiden oikeusprosessiin vaikuttavien toimenpiteiden suhteen.<sup>35</sup> Rikosprosessissa on lähtökohtaisesti tietynasteinen rakenteellinen epätasapaino syytetyn vahingoksi, vaikka syyttäjä ja syytetty ovat oikeudenkäynnissä periaatteessa tasavertaisia.<sup>36</sup> Syytetty on haavoittuvaisessa asemassa jo siksi, että hän kärsii mahdollisen rangaistuksen, oheisseuraamukset sekä tuomion taloudelliset ja sosiaaliset seuraukset. Hänellä ei todennäköisesti ole asian hoitamisen edellyttämää oikeudellista tietotaitoa, kun taas syyttäjä on julkisen vallan edustaja, jolla on oikeudellinen koulutus ja viranomaisen resurssit. Kyse on toisin sanoen yksittäisen ihmisen ja valtion välisestä valtaepätasapainosta.

EIS 6 artiklan 3 kohdassa turvatuilla puolustuksen vähimmäisoikeuksilla yritetään korjata epätasapainoa rikosprosessin osapuolten välillä. Vastakuulustelu-oikeudella vahvistetaan syytetyn asemaa, jotta hän voi esittää asiansa niin, ettei hänen asemansa olisi huonompi kuin syyttäjän.<sup>37</sup> Prosessuaalisen tasa-arvon periaatetta loukataan, jos syytetty ei voi kuulustella häntä vastaan todistavaa henkilöä, mutta syyttäjällä on siihen tilaisuus.<sup>38</sup> Jos ainoastaan syyttäjä kuulustelee kutsumaansa todistajaa, hänen asemansa vahvistuu entisestään suhteessa syytettyyn, jonka puolustautumismahdollisuudet puolestaan heikkenevät. Tuomioistuimelle voi tällöin tulla todistajankertomuksesta yksipuolinen ja vääristynyt kuva, mikä heijastuu

---

<sup>30</sup> Jämsä 2016 s. 831.

<sup>31</sup> Koponen 2017 s. 334–335. Pölönen 2015 s. 260.

<sup>32</sup> Laukkanen ja Manninen vastaan Suomi, 3.5.2004, kohta 34. Laska ja Lika vastaan Albania, 20.7.2010, kohta 58. Tapanila 2018 s. 738. Tapanila 2004. s. 64.

<sup>33</sup> Bondar vastaan Ukraina, 16.7.2019, kohta 80. Barberà, Messegué ja Jabardo vastaan Espanja, 6.12.1988, kohta 60.

<sup>34</sup> Tapanila 2019 s. 23. Tapanila 2018 s. 616.

<sup>35</sup> Leanza 2014 s. 124. Fredman ym. 2014 s. 12 ja 76. Summers 2007 s. 104–105 ja 111–112.

<sup>36</sup> Stanikić 2015 s. 244. Jokela 2018 s. 84.

<sup>37</sup> Gullans 2018 s. 616. Jokela 2018 s. 34–35. Jämsä 2016 s. 831.

<sup>38</sup> Tapanila 2019 s. 23–24. Mirilashvili vastaan Venäjä, 5.6.2009, kohta 225–226.

oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen ja lisää riskiä, ettei oikeudenkäynnin lopputulos vastaa aineellista totuutta.<sup>39</sup>

## 2.2 Velvollisuus todistaa

Edellä esitellyt oikeusperiaatteet edellyttävät henkilökohtaista todistamista oikeudenkäynnin pääkäsittelyssä, ja se on lähtökohtana Suomen todistusoikeudessa. Siitä säädetään OK 17:9.1:ssa, jonka mukaan jokaisella on velvollisuus saapua tuomioistuimeen kuultavaksi todistelutarkoituksessa. Poikkeuksena on henkilöt, joilla on laissa säädetty oikeus tai velvollisuus kieltäytyä todistamasta (OK 17:10–23). Vastakuulustelu-oikeuden kannalta olennaiseksi on osoittautunut OK 17:17.1, jonka mukaan asianosaisen nykyinen tai entinen aviopuoliso taikka nykyinen avopuoliso, sisarus, sukulainen suoraan ylenevässä tai alenevassa polvessa taikka se, jolla on vastaavanlainen parisuhteeseen tai sukulaisuuteen rinnastuva läheinen suhde asianosaiseen, saa kieltäytyä todistamasta. EIT on käsitellyt useita tapauksia, joissa syytetyn lähiomainen on kieltäytynyt todistamasta, mutta hänen esitutkintakertomustaan on siitä huolimatta käytetty todisteena. Myös korkein oikeus on arvioinut tällaisia tilanteita muun muassa tapauksissa KKO 1993:101, KKO 1995:66 ja KKO 2019:17. Lähiomaisen kieltäytyessä todistamasta hänen esitutkintakertomustaan ei pääsääntöisesti saa käyttää todisteena, mutta tästä voidaan tietyin edellytyksin poiketa (ks. luku 7.2.1).

Kuultavan prosessuaalinen asema vaikuttaa keinoihin, joilla hänen läsnäolonsa oikeuden istunnossa voidaan varmistaa. Asianomistaja, jolla on vaatimuksia käsiteltävänä olevassa rikosasiassa, on oikeudenkäynnin asianosainen. Asianosainen määrätään saapumaan käräjäoikeudessa pidettävään pääkäsittelyyn henkilökohtaisesti sakon uhalla, jollei katsota, ettei hänen henkilökohtainen läsnäolonsa asian selvittämiseksi ole tarpeen (ROL 8:1.1). Käytännössä asianomistajan kertomus on usein tärkeä tai jopa tärkein osa syyttäjän esittämää näyttöä.<sup>40</sup> Jos asianomistaja ei saavu oikeudenkäyntiin ja tuomioistuin edelleen pitää hänen henkilökohtaista läsnäoloaan välttämättömänä, hänet tuomitaan asetettuun uhkasakkoon. Lisäksi tuomioistuimen on asettava korkeampi uhkasakko tai määrättävä hänet tai hänen laillinen edustajansa tuotavaksi samaan tai myöhempään istuntoon (ROL 8:4). Asianomistajalla on oikeus pysyä oikeudenkäynnissä vaiti, mutta aluksi vaikeneva asianomistaja saattaa käsittelyn edetessä muuttaa mielensä (KKO 2013:97 kohta 10, KKO 2018:54 kohta 25).

Jokaista muuta kuin asianosaista voidaan kuulustella todistajana (OK 17:29.1). Todistajana pidetään myös asianomistajaa, jolla ei ole asiassa vaatimuksia (OK 17:29.2). Todistajat kutsutaan oikeudenkäyntiin sakon uhalla (OK 17:41.2). Jos todistaja jää oikeudenkäynnistä pois ilman laillista estettä tai poistuu luvatta, hänet tuomitaan asetettuun uhkasakkoon ja hänet voidaan määrätä noudettavaksi tuomioistuimeen. Todistaja

---

<sup>39</sup> Tapanila 2019 s. 139.

<sup>40</sup> Rautio 2016 s. 708.

saadaan ottaa säilöön, jotta hänet voitaisiin tuoda oikeuden istuntoon (OK 17:62). Myös silloin, jos todistaja oikeudettomasti kieltäytyy todistamasta, tuomioistuimien voi asettaa uhkasakon ja tarvittaessa määrätä hänet noudettavaksi. Äärimmillään todistaja voidaan tietyin edellytyksin määrätä painostusvankeuteen (OK 17:63). OK 17:63:n mukaisia pakkokeinoja ei kuitenkaan sovelleta todistamasta kieltäytyvään asianomistajaan, jolla ei ole vaatimuksia (OK 17:29.2). Niin sanotun asianomistaja-todistajan pehmeämpi kohtelu johtuu hänen asemastaan rikoksen uhrina ja välittömästä yhteydestään käsiteltävään rikosasiaan.<sup>41</sup>

Jos todistajan haluttomuus todistaa johtuu esimerkiksi hänen terveydentilastaan, syytettyä kohtaan tuntemastaan pelosta tai siitä, että oikeudenkäyntiin saapuminen olisi hänelle esimerkiksi pitkän välimatkan vuoksi vaikeaa, tuomioistuimen tulee selvittää mahdollisuudet turvautua vaihtoehtoisin todistamisen tapoihin.<sup>42</sup> Todistajaa voidaan kuulla esimerkiksi näkösuojan takaa (OK 17:51.1), puhelimitse tai videoyhteydellä (OK 17:52), pääkäsittelyn ulkopuolella (OK 17:56–57) tai anonyymisti (OK 17:53). Näitä erityisjärjestelyjä koskeissa säännöksissä edellytetään, että syytetylle varataan asianmukainen tilaisuus vastakuulusteluun, mitä myös EIT vaatii.<sup>43</sup> Esimerkiksi tapauksessa *Bricmont v. Belgia* (1989) kansalliset viranomaiset olivat laiminlyöneet velvollisuutensa huolehtia vastakuulustelusta tilanteessa, jossa todistaja ei heikon terveytensä vuoksi voinut todistaa oikeudenkäynnissä. EIT:n mukaan vastakuulustelu olisi voitu järjestää esimerkiksi todistajan kotona.<sup>44</sup> Ratkaisu korostaa kansallisten viranomaisten velvollisuutta etsiä aktiivisesti keinoja vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseen, kun tavanomaiset menettelytavat eivät riitä.

### 2.3 Vuorokuulustelujärjestelmä

Oikeudenkäynnissä kuulustellaan tavanomaisesti ensin asianomistajaa, sitten vastaajaa ja lopuksi todistajia (OK 17:48.1).<sup>45</sup> Jokaisen kuultavan kohdalla noudatetaan niin sanottua vuorokuulustelujärjestelmää, joka koostuu pääkuulustelusta, vastakuulustelusta ja täydentävästä kuulustelusta (OK 17:48–49). Vuorokuulustelujärjestelmä on syyttäjän, puolustuksen ja kuultavan välistä vuoropuhelua, sillä siinä oikeudenkäynnin osapuolet esittävät kuultavalle vuorotellen kysymyksiä.<sup>46</sup> Eri kuulusteluvaiheilla on keskenään erilaiset tavoitteet, minkä vuoksi niissä saa esittää hieman erityyppisiä kysymyksiä.<sup>47</sup> Erilaisista näkökulmista esitettävät monipuoliset kysymykset rikastavat ja selventävät todistelua, jolloin saadaan paremmalla todennäköisyydellä selville kaikki asiaan vaikuttavat seikat.<sup>48</sup> Kokonaisuutena

---

<sup>41</sup> Rautio 2016 s. 709.

<sup>42</sup> Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 120.

<sup>43</sup> Aigner vastaan Itävalta, 10.8.2012, kohta 35. Isgrò vastaan Italia, 19.2.1991, kohta 34. Kostovski vastaan Alankomaat, 20.11.1989, kohta 41.

<sup>44</sup> Bricmont vastaan Belgia, 7.7.1989, kohdat 78–83.

<sup>45</sup> Frände 2016 s. 281.

<sup>46</sup> Pölönen 2003 s. 526.

<sup>47</sup> Kulmakorpi, Paulanto, Saranpää ja Välikoski 2017 s. 312.

<sup>48</sup> Tapanila 2019 s. 139. Fredman ym. 2014 s. 510.

vuorokuulustelujärjestelmä tarjoaa hyvät edellytykset totuuden selvittämiseen ja tuomioistuimen puolueettomuuden varmistamiseen.<sup>49</sup> Vuorokuulustelujärjestelmän tehokkuus henkilötodistelun laadun ja luotettavuuden varmistamisessa perustuu kokonaisuuteen, joka eri kuulusteluvaiheista muodostuu tuomioistuimen valvoessa kuulustelujen asianmukaisuutta. Silloin kun todistaminen korvataan esitutkintakertomuksella, vuorokuulustelujärjestelmän tarkoitus ja vastakuulustelun tavoitteet eivät pääse toteutumaan. Tällöin vastakuulustelussa ei ole myöskään mahdollista tarkastella esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä annettujen kertomusten välisiä mahdollisia eroavaisuuksia.<sup>50</sup>

Pääkuulustelussa kuultavan on kerrottava syyteenalaisista tapahtumista oma-aloitteisesti ja yhtäjaksoisesti. Tarvittaessa kuulustelija voi esittää hänelle kysymyksiä kertomisen tueksi (OK 17:48.1). Todistajaa kuulustelee hänet nimennyt osapuoli (OK 17:49.2) ja asianomistajaa hänen avustajansa tai syyttäjä (OK 17:48.2). Pääkuulustelussa syyttäjän tavoitteena on saada nimeämiltään todistajilta ja asianomistajalta vahvistusta syyteenkuvaukselle.<sup>51</sup> Pääkuulustelua seuraa vastakuulustelu (OK 17:48.3–4), jolloin syytetty tai hänen avustajansa vastaa syyttäjän pääkuulusteluun. Puolustus voi pyytää todistajalta tarkennuksia ja lisätietoja kysymällä hänen havainnoistaan, tapahtumien taustoista tai muista käsiteltävänä olevan asian kannalta olennaisista seikoista. Yleensä vastakuulustelussa tarkastellaan pääkuulustelussa esiin tulleita raskauttavia seikkoja, selvitetään todistajankertomuksen luotettavuutta, pyritään osoittamaan omat argumentit todeksi ja testataan todistajan sitoutuneisuutta kertomukseensa. Kysymykset keskittyvät usein todistajankertomuksen epäuskottaviin tai ristiriitaisiin kohtiin ja henkilötodistelun epävarmuustekijöihin.<sup>52</sup> Vastakuulustelussa on myös sallittua esittää johdattelevia kysymyksiä eli kysymyksiä, jotka sisältönsä, muotonsa tai esittämistapansa puolesta johtavat määrätynlaiseen vastaukseen. Niitä saa kuitenkin käyttää vain sen selvittämiseen, vastaako todistajankertomus todellisia tapahtumia. Sen sijaan pääkuulustelussa ne ovat kokonaan kiellettyjä (OK 17:48.6).

Syytetyllä ei ole velvollisuutta käyttää vastakuulustelu-oikeuttaan. Vastakuulustelusta ei ole kaikissa tilanteissa hyötyä ja joskus siitä voi olla jopa haittaa. Vastakuulustelua ei välttämättä tarvita, jos pääkuulustelussa ei tullut esiin seikkoja, jotka ovat syytetylle haitallisia tai viittaavat todistajankertomuksen epäluotettavuuteen, koska ristiriidattoman kertomuksen kertaaminen lähinnä vahvistaa syyteenkuvauksen uskottavuutta. Vastakuulusteluun ei myöskään kannata ryhtyä, jos todistajan vastauksia ei osata ennakoida, sillä esiin saattaa tulla uusia raskauttavia asianhaaroja. Kysymysten sattumanvarainen esittäminen voi myös luoda tuomioistuimelle mielikuvan, että puolustuksen vaihtoehtoinen hypoteesi on epäuskottava ja sen tueksi esitetyt argumentit hataria.<sup>53</sup> Passiivisuuskaan ei toisaalta välttämättä kannata. Syyttäjän todistelun

---

<sup>49</sup> Pölönen 2015 s. 178.

<sup>50</sup> Fredman 2014 s. 665.

<sup>51</sup> Pölönen 2015 s. 202.

<sup>52</sup> Tapanila 2004 s. 13 ja 59. Pölönen 2003 s. 526.

<sup>53</sup> Tapanila 2004 s. 64. Pölönen 2003 s. 524–525.

ollessa vahvaa puolustus voi ryhtyä niin sanottuun varjovastakuulusteluun, jossa puolustus kuulustelee todistajaa lyhyesti näön vuoksi. Tarkoituksena on tehdä puolustuksen kanta selväksi ja antaa tuomioistuimelle vaikutelma todistajankertomukseen sisältyvien seikkojen riidanalaisuudesta.<sup>54</sup>

Vastakuulustelun hyödyllisyys on tapauskohtaista, joten syytetyllä tulee olla tilaisuus tilanteen arvioimiseen ja harkitun päätöksen tekemiseen vastakuulustelu-oikeuden käyttämisestä. EIT edellyttääkin, että siitä luopumisen on oltava yksiselitteistä.<sup>55</sup> Pätevä luopuminen on usein edellyttänyt avustajan käyttöä, koska syytetyn on ymmärrettävä toimintansa oikeudellinen merkitys.<sup>56</sup> Toisaalta EIT:n mukaan syytetty käyttäytymisellään luopuu vastakuulustelu-oikeudesta, jos hän uhkailee tai pelottelee todistajaa estääkseen häntä todistamasta.<sup>57</sup>

Kansallinen tuomioistuin ei voi tyytyä siihen, ettei syytetty ole nimenomaisesti vaatinut tilaisuutta vastakuulusteluun, vaan sen on ryhdyttävä aktiivisiin toimenpiteisiin vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseksi. Yleisesti ottaen riittävänä pidetään, että syytetylle ilmoitetaan vastakuulustelu-oikeudesta kutsumalla hänet tilaisuuteen, jossa hän voi esittää todistajalle kysymyksiä.<sup>58</sup> EIT vahvisti tapauksessa *Solakov v. Makedonia* (2002), ettei vastakuulustelun puuttuminen loukkaa EIS 6 artiklaa, kun syytetylle on tarjottu siihen asianmukainen mahdollisuus. Kyseisessä tapauksessa syytetylle oli varattu tilaisuus esittää kysymyksiä Yhdysvalloissa oleskeleville todistajille, joiden kuulemiseksi Makedonia oli tehnyt oikeusapupyynnön. Syytetty ja hänen avustajansa eivät kuitenkaan olleet katsoneet kuulusteluun osallistumista tarpeelliseksi, joten EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ei ollut loukattu.<sup>59</sup>

Vuorokuulustelujärjestelmän viimeinen vaihe on täydentävä kuulustelu, jossa asianosaiset ja tuomioistuin voivat tarvittaessa esittää kuultavalle kysymyksiä (OK 17:48.4). Täydentävässä kuulustelussa ei esitellä uusia teemoja, vaan selvennetään erityisesti vastakuulustelussa esiin tulleita seikkoja. Täydentävää kuulustelua ei tarvita, jos puolustus ei ole onnistunut saamaan vastakuulustelussa selville omaa juttuteoriaansa tukevia tai todistajankertomuksen luotettavuutta heikentäviä asianhaaroja. Se voidaan tällöin jättää pitämättä.<sup>60</sup>

## 2.4 Vastakuulustelutaktiikat

Pölönen määrittelee kuulustelustrategian kuulustelulle asetettavien tavoitteiden kartoittamiseksi ja sellaisten kuulustelullisten keinojen pohdinnaksi, joilla nämä tavoitteet pyritään saavuttamaan. Tapauksen

---

<sup>54</sup> Pölönen 2003 s. 524–525.

<sup>55</sup> Makeyev vastaan Venäjä, 5.5.2009, kohta 37. Bonev vastaan Bulgaria, 8.9.2006, kohta 41. Craxi vastaan Italia, 5.3.2003, kohta 91. Sadak ja muut vastaan Turkki, 17.7.2001, kohta 67.

<sup>56</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 564–565. Ks. esim. Dimitrov ja Momin vastaan Bulgaria, 7.9.2018.

<sup>57</sup> Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 123.

<sup>58</sup> Tapanila 2019 s. 141 ja 147. Tapanila 2004 s. 96.

<sup>59</sup> Solakov vastaan Makedonia, 31.1.2002, kohdat 59–60.

<sup>60</sup> Frände 2016 s. 283. Pölönen 2015 s. 214.

yksityiskohdista ja saatavilla olevasta näytöstä riippuen puolustuksen tavoitteena on syytteen hylkääminen tai mahdollisimman lievä rangaistus. Puolustuksen vastakuulustelustrategia sisältää näin ollen keinot, joilla syytteenkuvauksen uskottavuutta horjutetaan. Puolustuksen on otettava huomioon muun muassa syytteenalaisen rikoksen laatu, todistajankertomuksen sisältö ja muu saatavilla oleva näyttö ja valittava niiden perusteella tarkoituksenmukainen vastakuulustelutaktiikka.<sup>61</sup> Vastakuulustelussa voidaan sopivan vastakuulustelustrategian ja -taktiikan avulla saada selville puolustautumisen kannalta arvokasta tietoa ja vahvistaa mahdollisuuksia syytteen hylkäämiseen.

Vastakuulustelutaktiikat voidaan jakaa konstruktiiiviseen ja destruktiiviseen vastakuulusteluun. Konstruktiiivinen vastakuulustelu on puolustuksen omaa vastatodistelua, jossa puolustus yrittää saada vahvistusta vaihtoehtoiselle hypoteesilleen. Tavoitteena on saada todistaja kertomaan mahdollisimman paljon sellaisia seikkoja, jotka tukevat syytetyin kertomusta ja vahvistavat puolustuksen esittämien todisteiden näyttöarvoa. Konstruktiiivinen vastakuulustelu voi johtaa siihen, ettei OK 17:3.2:n mukainen tuomitsemiskynnys ylity, koska syytteenkuvaukselle vaihtoehtoisia hypoteeseja ei voida sulkea pois riittävällä varmuudella.<sup>62</sup>

Destruktiivinen vastakuulustelu on puolestaan puolustuksen epäsuoraa vastatodistelua, jonka tarkoituksena on heikentää todistajankertomuksen näyttöarvoa.<sup>63</sup> Destruktiivinen vastakuulustelu voi johtaa siihen, ettei tuomioistuin pidä todistajankertomusta riittävän luotettavana eikä näyttökynnys siten ylity.<sup>64</sup> Rikosasioissa näyttökysymykset vaativat usein enemmän huomiota kuin oikeudelliset seikat, ja vastakuulustelulla on niissä merkittävä rooli.<sup>65</sup> Todistajankertomuksen näyttöarvoa voidaan koetella tarkastelemalla kertomuksen uskottavuutta tai sen antajan luotettavuutta. Näkökulmat liittyvät vahvasti toisiinsa, sillä epäluotettavalta vaikuttavan todistajan antamaa kertomusta ei voida pitää kovin uskottavana, ja ilmeisen epäuskottava kertomus herättää kysymyksiä todistajan luotettavuudesta.<sup>66</sup>

Lähtökohtaisesti destruktiivisessa vastakuulustelussa arvioidaan, miten uskottavalta todistajankertomus vaikuttaa yleisellä tasolla ja kyseisessä yksittäistapauksessa. Huomioon otetaan kertomuksen keskeisen sisällön realistisuus ja johdonmukaisuus, minkä lisäksi sitä verrataan muuhun näyttöön.<sup>67</sup> Joissain tapauksissa on kuitenkin aiheellista tarkastella todistajan luotettavuutta. Esimerkiksi kertomuksen muuttaminen moneen kertaan ilman varteenotettavaa selitystä voi viitata siihen, ettei todistaja ole kertonut tapahtumista totuudenmukaisesti. Todistajan luotettavuuteen on suhtauduttava varovaisesti myös silloin, kun hän liittyy

---

<sup>61</sup> Pölönen 2003 s. 519, 521 ja 536–537.

<sup>62</sup> Pölönen 2015 s. 206 ja 209.

<sup>63</sup> Tapanila 2004 s. 63. Pölönen 2003 s. 520.

<sup>64</sup> Pölönen 2003 s. 542.

<sup>65</sup> Könönen 2006 s. 87.

<sup>66</sup> Pölönen 2015 s. 206 ja 209.

<sup>67</sup> Pölönen 2015 s. 111–113. Pölönen 2003 s. 552–555.

käsiteltävänä olevaan rikosasiaan. Esimerkiksi rikoskumppanin kohdalla todistajankertomukseen mahdollisesti vaikuttavia motiiveja on tarkasteltava tarkemmin kuin silloin, kun kyseessä on rikospaikalle sattumalta osunut silminnäkijä.<sup>68</sup> Toisaalta myös esimerkiksi muistisairaus tai muu vastaava ominaisuus voi heikentää todistajan luotettavuutta.<sup>69</sup> Todistajan luotettavuutta koskevien kysymysten on kuitenkin liityttävä käsiteltävään asiaan, eikä esimerkiksi todistajan yleiseen huonoon maineeseen.<sup>70</sup> Luonnetodistelu, jossa otetaan negatiivisesti kantaa henkilön yleiseen uskottavuuteen, luonteeseen, käytökseen tai maineeseen, on kiellettyä OK 17:48.6:n nojalla.<sup>71</sup>

Vastakuulustelu voi myös olla suoraa tai epäsuoraa. Suorassa vastakuulustelussa puolustus pyrkii avoimesti saamaan vastauksen haluamaansa kysymykseen esimerkiksi kyseenalaistamalla jonkin todistajan kertoman asian. Puolustuksen kannattaa ryhtyä suoraan vastakuulusteluun, jos sillä on todistajankertomusta vastaan vahvoja argumentteja. Todistajan on todennäköisesti vaikeampaa valehdella suorassa vastakuulustelussa, ja hän saattaa kertoa asioita, joita ei muuten tulisi kertoneeksi. Epäsuorassa vastakuulustelussa puolustus sen sijaan pyrkii peittämään kysymystensä todellisen tarkoituksen. Siinä puolustus yleensä lähestyy todistusteemaa kiertäen ja kannustaa todistajaa kertomaan kokemuksistaan yksityiskohtaisesti. Epäsuorasta vastakuulustelusta voi olla hyötyä, jos puolustus pitää todistajankertomusta virheellisenä tai puutteellisenä, muttei voi esittää vahvaa näyttöä näkemyksensä tueksi. Vastakuulustelutaktiikoita voi myös yhdistellä, jotta vastakuulustelusta saadaan mahdollisimman tehokas. Esimerkiksi jos todistaja myöntää epäsuorassa vastakuulustelussa seikkoja, jotka ovat ristiriidassa hänen aikaisemmin antamansa kertomuksen tai muiden todisteiden kanssa, puolustus voi jatkaa suoralla vastakuulustelutaktiikalla.<sup>72</sup>

## 2.5 Henkilötodistelun luotettavuus

### 2.5.1 Luotettavuuteen vaikuttavia tekijöitä

Henkilötodistelu on usein merkittävä osa syyttäjän esittämää näyttöä, joten sen luotettavuudesta on oltava riittävän varma ennen tuomion langettamista. Henkilötodistelun suhteellinen painoarvo vaihtelee rikosasiasta toiseen, mutta myös rikostyyppillä on merkitystä. Esimerkiksi seksuaalirikoksissa näyttö saattaa koostua yksinomaan asianomistajan ja syytetyn kertomuksista, minkä vuoksi perustuslakivaliokunta on todennut luotettavuusarvioinnin olevan tällaisissa rikoksissa korostuneessa asemassa.<sup>73</sup> Myös muunlaisissa rikoksissa kirjallisista todisteista saattaa ilmetä lähinnä riidattomia seikkoja.<sup>74</sup> Henkilötodistelulla voidaan

---

<sup>68</sup> Tapanila 2019 s. 218.

<sup>69</sup> Tapanila 2004 s. 63. Pölönen 2003 s. 543.

<sup>70</sup> Pölönen 2003 s. 544–545.

<sup>71</sup> PeVL 39/2014 s. 4. Tapanila 2004 s. 70. Pölönen 2003 s. 441 ja 443.

<sup>72</sup> Pölönen 2003 s. 520–523.

<sup>73</sup> Tapanila 2015 s. 37. Haapasalo 2008 s. 154.

<sup>74</sup> Tapanila 2019 s. 14.

selvittää esimerkiksi tahallisuutta ja erilaisia subjektiivisia seikkoja. Luotettavuusarviointi on tärkeää myös, kun rikoksella ja sen tekijällä on silminnäkijöitä.<sup>75</sup> Silminnäkijän esitutkinnassa tekemä tunnistaminen voi joissain tapauksissa olla ainoa näyttö tekijän henkilöllisyydestä.

Todistajien kuulusteleminen on hyvä tapa saada tietoa käsiteltävästä asiasta, kunhan henkilötodisteluun liittyvät epävarmuustekijät otetaan huomioon esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä.<sup>76</sup> Todistajankertomuksen heikko näyttöarvo voi johtua monesta asiasta, joita ei välttämättä tiedetä ennen vastakuulustelua. Todistajankertomuksessa voi olla esimerkiksi huonoista havainnointiolosuhteista tai ajan kulumisesta johtuvia virheitä tai epätarkkuuksia, ja todistaja saattaa tarkoituksellisesti liioitella, salailia tai valehdella. Vastakuulustelussa voi esimerkiksi käydä ilmi, että todistaja ei osaa vastata johonkin olennaiseen kysymykseen, johon hänen tulisi osata vastata, tai hänen kertomuksensa ja muun näytön välisiä ristiriitoja ei pystytä uskottavasti selittämään.

EIT:n ja korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä on korostettu suullisen todistamisen merkitystä todistajankertomusten luotettavuuden arvioinnissa.<sup>77</sup> Tuomioistuin ja asianosaiset voivat analysoida todistajan luotettavuutta havainnoimalla hänen käyttäytymistään ja vastauksiaan, kun häntä kuullaan suullisesti oikeudenkäynnissä.<sup>78</sup> Todistajalta on yleensä kysyttävä erikseen kertomukseen mahdollisesti vaikuttavista virhelähteistä, koska ne eivät välttämättä tule esiin todistajan oma-aloitteisesti antamassa kertomuksessa.<sup>79</sup> Kun todistaminen korvataan esitutkintakertomuksella, virhelähteitä ei pystytä selvittämään kovinkaan kattavasti ja kertomuksen luotettavuutta on vaikea arvioida. Riskinä on, että tuomioistuin pitää esitutkintakertomusta liian uskottavana ja tekee siitä virheellisiä johtopäätöksiä. Ei riitä, että poissaoleva todistaja vaikuttaa pintapuolisen arvioinnin perusteella luotettavalta, vaan kertomuksen totuudenmukaisuutta on tarkasteltava syvällisemmin.

Todistajankertomuksen luotettavuuteen vaikuttavia tekijöitä kutsutaan apotosiseikoiksi.<sup>80</sup> Ne voidaan jaotella tapahtuma-, havainnointi- ja todistajatekijöihin ja järjestelmämuuttujiin. Tapahtumatekijöihin kuuluu muun muassa sääolosuhteet, valaistus ja keskeisten tapahtumien kesto, väkivaltaisuus ja muut piirteet.<sup>81</sup> Havainnointitekijöillä viitataan puolestaan kognitiivisiin seikkoihin. Ihmisen tarkkaavaisuus ei kohdistu moneen asiaan samanaikaisesti, joten joitain asioita jää väistämättä huomaamatta, ja muistot heikkenevät ajan kuluessa. Tiedotusvälineistä tai muilta ihmisiltä saadut tiedot muokkaavat niitä, ja

---

<sup>75</sup> Stanikić 2015 s. 262.

<sup>76</sup> Haapasalo, Kiesiläinen ja Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 1.

<sup>77</sup> Hulki Güneş vastaan Turkki, 19.9.2003, kohdat 92 ja 95. Kostovski vastaan Alankomaat, 20.11.1989, kohta 43. KKO 2018:54 kohta 17.

<sup>78</sup> Lappalainen ja Rautio 2017 s. 625. Stanikić 2015 s. 258.

<sup>79</sup> Tapanila 2004 s. 63.

<sup>80</sup> Pölönen 2015 s. 87. Stanikić 2015 s. 237–238.

<sup>81</sup> Haapasalo, Kiesiläinen ja Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 20 ja 26.

samantapaisia muistoja voi olla vaikeaa erottaa toisistaan.<sup>82</sup> Esimerkiksi oikeudessa todistavan poliisin, joka on työtehtävissään nähnyt useita samankaltaisia rikoksia, voi olla haastavaa palauttaa mieleen juuri käsiteltävän tapauksen yksityiskohdat.

Todistajatekijöihin puolestaan kuuluu todistajan henkilöön ja subjektiiviseen kokemukseen kuuluvat seikat kuten todistajan ikä, terveydentila, aiemmat kokemukset, ajattelumallit ja stressitaso.<sup>83</sup> Yhtenä merkittävänä todistajatekijänä voidaan myös pitää alkoholin ja muiden kognitiivisia kykyjä heikentävien päihteiden käyttöä.<sup>84</sup> Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin tekemän henkirikoksikatsauksen mukaan Suomessa tehdyt henkirikokset liittyvät tiiviisti alkoholiin ja tilanteisiin, joissa sitä käytetään. 59 prosentissa vuonna 2018 tehdyistä aikuisten välisistä henkirikoksista kaikki rikoksen osapuolet olivat tekohetkellä humalassa ja 78 prosentissa joku asianosaisista oli humalassa. Alkoholilla on korostunut merkitys erityisesti miesten kohdalla, sillä 73 prosenttia henkirikoksen tehneistä miehistä ja miesasianomistajista olivat olleet rikosentekohetkellä humalassa.<sup>85</sup> Aiempien vuosien henkirikoksikatsaukset ovat tältä osin samansuuntaisia.<sup>86</sup> Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin tekemien rikosuhritutkimusten mukaan myös muut väkivallanteot ja uhkailu liittyvät läheisesti alkoholiin.<sup>87</sup> Voitaneen olettaa, että myös monet tällaisissa tilanteissa läsnä olleista sivullisista ovat olleet alkoholin vaikutuksen alaisena. Rikosentekohetkellä paikalla olleiden humalataila voi heikentää huomattavasti henkilötodistelun laatua.

Todistajankertomuksen luotettavuuteen vaikuttaa myös järjestelmämuutujat, joilla tarkoitetaan oikeusprosessissa noudatettuja kuulustelu- ja tunnistamismenettelyjä.<sup>88</sup> ETL 7 luvussa säännellyt esitutkintakuulustelut ovat esitutkintakertomuksen luotettavuuden kannalta tärkeitä, sillä luotettavasti ja huolellisesti toteutettuina ne edistävät todistajankertomuksen mahdollisten virhelähteiden havaitsemista.<sup>89</sup> Todistajankertomus voi sen sijaan vääristyä, jos kuulusteluissa esimerkiksi johdatellaan todistajaa. Johdattelu voi olla tahatonta, sillä poliisin auktoriteettiasema saattaa lisätä todistajan johdatteluallttiutta ja pienetkin erot sanavalinnoissa ja ilmaisutavoissa voivat vaikuttaa hänen kertomukseensa. Todistaja saattaa johdattelun vuoksi esimerkiksi muuttaa kuvaustaan rikosentekijästä tai siitä, kuinka varma hän on jostain seikasta. Äärimmillään todistaja saattaa johdateltuna muistaa niin sanottuja valemuistoja, joilla tarkoitetaan, että hän uskoo muistavansa asioita, joita hän ei tosiasiallisesti ole nähnyt tai kokenut.<sup>90</sup>

---

<sup>82</sup> Haapasalo, Kiesiläinen ja Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 20.

<sup>83</sup> Haapasalo, Kiesiläinen ja Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 20.

<sup>84</sup> Stanikić 2015 s. 99–100.

<sup>85</sup> Lehti 2019 s. 21 ja 38.

<sup>86</sup> Lehti 2018 s. 20. Lehti 2017 s. 19. Lehti 2016 s. 19. Lehti 2015 s. 19.

<sup>87</sup> Danielsson ja Näsi 2019 s. 9–10. Danielsson ja Näsi 2018 s. 10–11. Danielsson ja Kääriäinen 2017 s. 10–11.

<sup>88</sup> Stanikić 2015 s. 117.

<sup>89</sup> Haapasalo, Kiesiläinen ja Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 4.

<sup>90</sup> Stanikić 2015 s. 209. Haapasalo 2008 s. 153 ja 156–157.

## 2.5.2 Tunnistaminen

Tunnistaminen tarkoittaa esitutkinnassa suoritettavaa toimenpidettä, jossa silminnäkijä pyrkii identifioimaan hänelle entuudestaan tuntemattoman rikoksenteelijän. Tarkoituksena on selvittää, onko rikoksesta epäilty se, joka on tehnyt tutkittavana olevan rikoksen.<sup>91</sup> Tunnistaminen on joissain tapauksissa ainoa näyttö rikoksenteelijän henkilöllisyydestä, jolloin se on hyvin merkityksellinen osa syyttäjän esittämää näyttöä. Tunnistamista säännellään esitutkinnasta, pakkokeinoista ja salaisesta tiedonhankinnasta annetussa valtioneuvoston asetuksessa (VNA 122/2014) ja Poliisihallituksen määräyksessä. Tunnistaminen voidaan tehdä ETL 8 luvussa säänneltynä ryhmätunnistuksena tai vaihtoehtoisesti valokuva-, video-, yksittäis- tai kenttätunnistuksena.<sup>92</sup>

Luotettavalla tunnistamisella tarkoitetaan, että silminnäkijän rikoksenteelijäksi tunnistama henkilö on todella se, joka on tehnyt rikoksen. Tunnistamisen lopputuloksen oikeellisuudesta ei kuitenkaan voida olla varmoja, koska silminnäkijän alkuperäisen havainnon luotettavuuden objektiivinen selvittäminen on mahdotonta. Empiiristen tutkimusten mukaan väriä tunnistamisia tehdään paljon, sillä tunnistamiseen liittyy monia riskitekijöitä.<sup>93</sup> Silminnäkijätunnistamisen näyttöarvosta väitelleen Stanikićin mukaan jo tietynasteinen epävarmuus tunnistamisen luotettavuudesta merkitsee, ettei tuomiota tule langettaa tunnistamisen perusteella.<sup>94</sup>

Tunnistamisen luotettavuuteen vaikuttaa monet samat tekijät, jotka vaikuttavat yleisesti henkilötodistelun luotettavuuteen.<sup>95</sup> Erityisen tärkeitä ovat kuitenkin lainmukaiset ja luotettaviksi todetut menettelytavat, joten huolellisesti järjestettyä tunnistamistilaisuutta voidaan pitää hyvänä todistuskeinona.<sup>96</sup> Tunnistamistilaisuudelta muun muassa edellytetään, että tunnistajalle annettujen ohjeiden tulee olla neutraaleja eikä häntä saa johdatella. Johdattelun välttämiseksi tunnistamistilaisuuden järjestäjä ei saa tietää, kuka tunnistusryhmään kuuluvista henkilöistä on rikoksesta epäilty (niin sanottu *double blind* -periaate).<sup>97</sup> Tunnistajat saattavat myös vaikuttaa toisiinsa, joten heidän tulee osallistua tunnistamistilaisuuteen erillään.

Vertailuhenkilöihin liittyvät ratkaisut ovat myös erittäin keskeisiä tunnistamisen luotettavuuden kannalta. Vertailuhenkilöiden puuttuminen tai pieni lukumäärä lisää väärän tunnistamisen todennäköisyyttä, kuten korkein oikeus on todennut esimerkiksi tapauksessa KKO 2004:60. Jos tunnistaja valitsee vertailuhenkilön,

---

<sup>91</sup> Fredman ym. 2014 s. 587.

<sup>92</sup> Stanikić 2015 s. 1, 82, 208 ja 210.

<sup>93</sup> Santtila 2008 s. 199.

<sup>94</sup> Stanikić 2015 s. 33–34 ja 88.

<sup>95</sup> Ks. Stanikić 2015 s. 84, 89–90, 92 ja 267–268.

<sup>96</sup> KKO 2004:60 kohta 35. Fredman ym. 2014 s. 588.

<sup>97</sup> Stanikić 2015 s. 196–197.

tunnistamisen tiedetään olevan väärä. Jos taas tunnistamisessa ei käytetä vertailuhenkilöitä, on hankalampaa arvioida, onko tunnistaja erehtynyt tai arvannut. Vertailuhenkilöiden on myös riittävästi muistutettava rikoksentekeijää, jotta ulkonäköön liittyvät seikat eivät anna vihjeitä siitä, kuka tunnistajalle esitetyistä henkilöistä on rikoksesta epäilty.<sup>98</sup> Esimerkiksi tapauksessa *Laska ja Lika v. Albania* (2010) epäilty oli ryhmätunnistamistilaisuudessa puettu erilaisiin kommandopipoihin kuin vertailuhenkilöt, minkä vuoksi heidät erotti selkeästi muista. Tuomio langetettiin lähes yksinomaan tunnistamisen perusteella. EIT piti tunnistamista epäluotettavana ja katsoi, että valittajien oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin oli vakavasti loukattu.<sup>99</sup>

Tunnistamistilaisuuksissa noudatetut tunnistamismenettelyt ovat aiheuttaneet huolta myös Suomessa. Tunnistamista on jopa kuvattu suomalaisen oikeusprosessin heikoksi lenkiksi, koska menettelytavat ovat toisinaan olleet epäluotettavia ja puutteellisesti dokumentoituja.<sup>100</sup> Esimerkiksi valokuva- ja kenttätunnistus ovat yleisiä, vaikka ne eivät ole yhtä luotettavia menetelmiä kuin video- tai ryhmätunnistus.<sup>101</sup> Myös tunnistamista koskevaa sääntelyä on arvosteltu puutteellisuudesta ja epäselvyydestä.<sup>102</sup> Virheelliset tai huolimattomasti järjestetyt tunnistamismenettelyt heikentävät huomattavasti tunnistamisen luotettavuutta, eikä virheitä ole mahdollista korjata jälkikäteen.<sup>103</sup> Tunnistamista ei ole myöskään mahdollista toistaa luotettavasti, koska silloin tulos saattaa perustua alkuperäisen havainnon sijasta aikaisempaan tunnistamiseen.<sup>104</sup> Näin ollen tunnistamisella saadulle näytölle ei tulisi antaa todistusharkinnassa painoarvoa, jos se on hankittu puutteellisesti tai virheellisesti.<sup>105</sup> Tunnistamisen luotettavuuden arviointi on Stanikićin mukaan erityisesti käräjäoikeuksissa vaihtelevaa, mikä saattaa johtua heikosta todistajanpsykologisesta tuntemuksesta ja puutteellisesta tunnistamistilaisuuksia koskevasta selvityksestä.<sup>106</sup>

Tunnistajana esitutkinnassa toimineen silminnäkijän vastakuulustelu on yleensä puolustukselle erittäin tärkeää, koska tunnistamiseen liittyy useita epävarmuustekijöitä ja se saattaa olla merkittävä syytettyä tukeva todiste. Puolustus voi esimerkiksi tiedustella yleisesti, millä perusteella todistaja tunnisti syytetyn rikoksentekeijäksi, oliko hänelle näytetty epäillyn valokuva ennen tunnistamistilaisuutta tai oliko hän saanut tunnistamiseen vaikuttavaa tietoa muilta todistajilta, poliisilta tai tiedotusvälineistä. Puolustus voi myös kysyä esimerkiksi rikoksen tekoajankohdan havainnointiolosuhteista ja rikoksentekeijän ulkonäköön liittyvistä

---

<sup>98</sup> KKO 2004:60 kohta 35. Tapanila 2019 s. 165. Stanikić 2015, s. 122, 128 ja 147–148.

<sup>99</sup> *Laska ja Lika vastaan Albania*, 20.7.2010, kohdat 64–72.

<sup>100</sup> Stanikić 2015 s. 39, 192–193, 202–203 ja 228–229.

<sup>101</sup> Stanikić 2015 s. 156–158 ja 166.

<sup>102</sup> Ks. Stanikić 2015 s. 122–133, 143–144, 150–153, 159–163, 174–175, 180–181, 195, 197, 224–225 ja 418–421.

<sup>103</sup> Pölönen 2015 s. 218. Stanikić 2015 s. 5, 148, 207 ja 211.

<sup>104</sup> Stanikić 2015 s. 276. KKO 2004:60 kohta 34.

<sup>105</sup> Tapanila 2019 s. 161–163.

<sup>106</sup> Stanikić 2015 s. 325–326.

erityistuntomerkeistä. Kysymällä todistajalta esimerkiksi hänelle tunnistamistilaisuudessa annetuista ohjeista, vertailuhenkilöistä ja muista seikoista puolustus voi paljastaa virhelähteitä, jotka asettavat tunnistamisen luotettavuuden kyseenalaiseksi.<sup>107</sup> Myös kysymykset silminnäkijän psyykkisestä, emotionaalisesta ja fyysisestä tilasta havainnointi- ja tunnistamishetkellä voivat olla olennaisia.<sup>108</sup> Puolustus voi tällä tavoin kiinnittää tuomioistuimen huomion näihin seikkoihin ja riitauttaa tunnistamisen luotettavuuden.<sup>109</sup> Vastakuulustelun merkitys korostuu erityisesti silloin, kun tunnistaminen on dokumentoitu puutteellisesti tai näitä asiakirjoja ei ole syystä tai toisesta toimitettu tuomioistuimelle.

Riski väärästä tunnistamisesta on aina olemassa ja voi tapauksesta riippuen olla huomattava. Puolustuksen asema heikkenee huomattavasti, jos tunnistajana toiminut silminnäkijä ei todista oikeudenkäynnissä. Korkein oikeus on tarkastellut tällaista tilannetta esimerkiksi tapauksessa KKO 1987:71, jossa oli kyse siitä, että B oli esitutkinnassa tunnistanut A:n valokuvan perusteella hänelle huumeita myyneeksi henkilöksi. B:tä ei kuultu todistajana oikeudenkäynnissä, eikä A:lla siten ollut tilaisuutta vastakuulustella häntä. Hovioikeus oli tuominnut A:n jatketusta huumausainerikoksesta, vaikka syytteen tueksi ei ollut esitetty muuta näyttöä kuin B:n esitutkintakertomus. Korkeimman oikeuden mukaan syytteen tueksi esitetty näyttö ei ollut riittävää, minkä vuoksi kyseinen syytekohta hylättiin. Korkeimman oikeuden ratkaisua on pidettävä perusteltuna, koska rangaistuksen määrääminen poissaolevan todistajan tekemän tunnistamisen perusteella ei ole omiaan herättämään luottamusta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen ja tuomion paikkansapitävyyteen.

Myös EIT on ottanut kantaa tapauksiin, joissa poissaoleva todistaja oli esitutkinnassa tunnistanut epäillyn rikoksentehtäjäksi. Esimerkkinä voidaan mainita tapaus *Windisch v. Itävalta* (1990), jossa anonyymeiksi jääneet poissaolevat todistajat olivat esitutkinnassa tunnistaneet valittajan valokuvan perusteella rikospaikan lähellä näkemäkseen henkilöksi. Tunnistaminen oli sittemmin uusittu luonnossa, jolloin todistajat vahvistivat, että kyseessä on heidän näkemänsä henkilö. EIT ei juurikaan käsitellyt tunnistamiseen liittyviä seikkoja, vaan keskittyi vastakuulustelu-oikeuden loukkaukseen. Tapauksessa selostettujen seikkojen perusteella tunnistamiseen kuitenkin liittyi seikkoja, jotka herättävät epäilyksiä sen luotettavuudesta. Havainnointiolosuhteet olivat olleet huonot, kadulla havaitun henkilön kasvot olivat olleet osittain peitetyt ja tunnistaminen oli uusittu valokuvatunnistamisen jälkeen.<sup>110</sup> Vastakuulustelussa puolustus olisi voinut kiinnittää tuomioistuimen huomion näihin aputoisekkoihin ja haastaa tunnistamisen luotettavuuden.

*Windisch* ei jäänyt yksittäistapaukseksi, vaan EIT on joutunut tarkastelemaan vastaavia tilanteita myöhemmin esimerkiksi tapauksissa *Makeyev v. Venäjä* (2009) ja *Ogaristi v. Italia* (2010). Molemmissa tapauksissa oli kyse siitä, että poissaoleva todistaja oli tunnistanut valittajan rikoksentehtäjäksi, mutta valittaja ei pyynnöistään

---

<sup>107</sup> Pölönen 2015 s. 218–219.

<sup>108</sup> Pölönen 2003 s. 565.

<sup>109</sup> Stanikić 2015 s. 252, 265 ja 288.

<sup>110</sup> *Windisch* vastaan *Itävalta*, 27.9.1990, kohta 9–11.

huolimatta ollut saanut tilaisuutta vastakuulusteluun. Tapauksessa *Makeyev* todistaja oli muuttanut muualle, eivätkä viranomaiset olleet etsineet häntä, vaikka syytteenalaisesta rikoksesta saattoi saada kahdentoista vuoden vankeusrangaistuksen. Tunnistamista ei ollut myöskään videoitu, joten sen luotettavuutta ei voitu jälkikäteen arvioida. Myös tapauksessa *Ogaristi* oli kyse vakavasta rikoksesta. Asianomistajaa oli ammuttu liikkuvasta autosta, ja esitutkinnassa hän tunnisti valittajat hänelle esitetyistä valokuvista. Puolustuksen pyyntö vastakuulustelun järjestämisestä hylättiin, vaikka asianomistaja oli kertonut esitutkintaviranomaisille haluavansa palata kotimaahansa. Asianomistaja lähti Italiasta ennen oikeudenkäyntiä ja ilmoitti viranomaisille, ettei tule enää takaisin.<sup>111</sup> Molemmissa tapauksissa EIT katsoi, että EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia oli loukattu, koska poissaolevien todistajien tekemät tunnistukset ja heidän esitutkintakertomuksensa olivat ratkaisevia todisteita syytettyjen syyllisyydestä. Ne osoittavat, että tunnistamiselle saatetaan antaa paljon painoarvoa, vaikka puolustuksella ei olisi ollut mahdollisuutta sen haastamiseen vastakuulustelussa. Kansalliset viranomaiset olisivat sitä paitsi todennäköisesti voineet molemmissa tapauksissa estää vastakuulustelu-oikeuden loukkauksen.

### 3. Poissaoleva todistaja EIT:n perinteisessä oikeuskäytännössä

#### 3.1 *Yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntö

EIT on käsitellyt poissaolevia todistajia lukuisissa EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia koskeissa ratkaisuihin ja suhtautunut heidän esitutkintakertomustensa hyödyntämiseen perinteisesti varsin tiukasti.<sup>112</sup> Vastakuulustelu-oikeudella oli pitkään vahva suoja, sillä puolustuksen oikeudet asettivat reunaehdot oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointille. Pitkään vallinnutta oikeustilaa kuvaa hyvin, että vuonna 2004 Tapanila kirjoitti EIT:n pitävän vastakuulustelu-oikeutta rikosoikeudenkäynnin ehdottomana laatuvaatimuksena ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin minimiedellytyksenä. Vastakuulustelun puuttumisen katsottiin yleensä rajoittaneen puolustuksen oikeuksia niin vakavasti, ettei syytetty ollut saanut oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä.<sup>113</sup> Taustalla oli ajatus, jonka mukaan EIS 6 artiklan 3 kohdan perimmäistä tarkoitusta ei saa tehdä tyhjäksi poikkeuksellisessakaan tilanteessa.<sup>114</sup> Esimerkiksi tapauksessa *P.S. v. Saksa* (2002) EIT totesi, että puolustuksen oikeuksien rajoittaminen on sallittua vain, kun se on aivan pakollista.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> Ogaristi vastaan Italia, 18.8.2010, kohta 7–8 ja 61. Makeyev vastaan Venäjä, 5.5.2009, kohdat 12, 36–37 ja 42.

<sup>112</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 567.

<sup>113</sup> Tapanila 2004 s. 1, 65 ja 152.

<sup>114</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 567.

<sup>115</sup> P.S. vastaan Saksa, 4.9.2002, kohta 23.

Yksi keskeisimmistä tapauksista on *Unterpertinger v. Itävalta* (1986), johon EIT on viitannut kerta toisensa jälkeen arvioidessaan vastakuulusteluoikeuden loukkausta.<sup>116</sup> Kyseisessä tapauksessa valittaja oli tuomittu vaimonsa ja tämän tyttären pahoinpitelystä, vaikka hänellä ei ollut tilaisuutta esittää heille kysymyksiä. Asianomistajat olivat vedonneet oikeuteensa olla todistamatta lähiomaistaan vastaan, minkä vuoksi heidän esitutkintakertomuksiaan oli käytetty todisteena. EIT katsoi, ettei esitutkintakertomusten hyödyntäminen ole itsessään ristiriidassa EIS 6 artiklan kanssa, mutta artiklan tarkoitusta ja erityisesti vastakuulusteluoikeutta on kunnioitettava.<sup>117</sup> EIT kuitenkin totesi, että puolustuksen oikeuksia rajoitetaan EIS 6 artiklan kanssa yhteensopimattomalla tavalla, jos tuomio perustuu pelkästään tai lähinnä sellaiseen todistajankertomukseen, jonka antajalle syytetty ei ole missään oikeusprosessin vaiheessa saanut esittää kysymyksiä. Tässä tapauksessa tuomio oli pääasiassa perustunut asianomistajien esitutkintakertomuksiin, vaikka syyttäjä oli esittänyt myös muuta todistusaineistoa kuten lääkärintodistuksia, poliisiraportin ja avioeroon liittyviä asiakirjoja. Muu näyttö oli kuitenkin kohtalaisen heikkoa, joten tuomioistuin oli ratkaissut asian lähinnä asianomistajien kertomusten perusteella. EIT:n mukaan puolustuksen oikeuksia oli rajoitettu huomattavasti ja EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia rikottu.

Tapaus *Unterpertinger* johti niin kutsutun *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön (*sole or decisive, uniquement ou dans une mesure déterminante*)<sup>118</sup> kehittämiseen. Sen mukaan EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia on loukattu, jos tuomio on langetettu yksinomaan tai ratkaisevasti poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen perusteella, vaikka rikoksesta tuomitulla ei ole ollut mahdollisuutta esittää hänelle kysymyksiä. Kyse on näyttöosuuspunninnasta, jossa arvioidaan, kuinka keskeinen todiste esitutkintakertomus oli ja mikä oli sen suhteellinen näyttöarvo kaikesta syyttäjän esittämästä näytöstä.<sup>119</sup> EIT sovelsi *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntöä pitkään. Esimerkiksi vuonna 2009 EIT totesi ratkaisussa *Mirilashvili v. Venäjä*, ettei EIS 6 artiklaa ole loukattu, jos todistaja, jolle ei ole esitetty kysymyksiä vastakuulustelussa, ei ole avaintodistaja eli jos tuomio ei ole perustunut ainoastaan tai ratkaisevassa määrin hänen lausuntoonsa.<sup>120</sup>

Vastakuulusteluoikeuden suoja oli *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön ansiosta varsin vahva, koska sen mukaan esitutkinta- ja oikeusviranomaisten oli järjestettävä puolustukselle tilaisuus keskeisten todistajien vastakuulusteluun. Mitä olennaisemmasta ja näyttöarvoltaan merkittävämmästä todistajankertomuksesta on kyse, sitä tärkeämpää on, että puolustus voi esittää sen antajalle kysymyksiä. Syytetyn oikeusturvan

---

<sup>116</sup> Ks. esim. Schatschaschwili vastaan Saksa, 15.12.2015, kohta 8. Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohdat 128 ja 143. Mirilashvili vastaan Venäjä, 5.6.2009, kohdat 164 ja 216. Lucà vastaan Italia, 27.5.2001, kohta 40. Asch vastaan Itävalta, 26.4.1991, kohta 30. Kostovski vastaan Alankomaat, 20.11.1989, kohdat 41 ja 48. Bricmont vastaan Belgia, 7.7.1989, kohta 75. Barberà, Messegué ja Jabardo vastaan Espanja, 6.12.1988, kohdat 67 ja 86.

<sup>117</sup> *Unterpertinger* vastaan Itävalta, 24.11.1986, kohta 31 ja 33.

<sup>118</sup> Ks. Vaturi vastaan Ranska, 13.7.2006, kohta 50.

<sup>119</sup> Jämsä 2016 s. 825.

<sup>120</sup> *Mirilashvili* vastaan Venäjä, 5.6.2009, kohta 164.

kannalta olisi ongelmallista, jos keskeisen todistajan esitutkintakertomus hyväksyttäisiin todisteeksi ilman mahdollisuutta haastaa sitä vastakuulustelussa, koska se heikentäisi merkittävästi syytetyn mahdollisuuksia saada vapauttava tuomio. Keskeisten todistajankertomusten luotettavuuden perusteellinen selvittäminen on perusteltua myös aineellisen totuuden selvittämisen näkökulmasta.<sup>121</sup>

*Yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntö merkitsi, että poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntäminen ei loukannut EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia, jos sillä oli vähemmän kuin ratkaiseva merkitys syytetyn syyllisyyden toteennäyttämiseksi. Ei olisi tarkoituksenmukaista pitää koko oikeudenkäyntiä epäoikeudenmukaisena siksi, että todistusaineistoon kuului oikeudenkäynnin aikana epäolennaiseksi tai vähämerkitykselliseksi osoittautunut esitutkintakertomus. Muut todisteet saattavat olla niin vahvoja, ettei esitutkintakertomuksella ole todistusharkinnassa kovin suurta merkitystä. Saatavilla saattaa olla esimerkiksi valvontakameran tallenne, DNA-todisteita, syyllisyyden osoittavia asiakirjoja tai muita oikeudessa todistavia todistajia. Myös esimerkiksi kotietsinnällä tai salaisilla pakkokeinoilla voidaan saada vahvaa näyttöä syytettyä vastaan. Vastakuulustelumahdollisuuden puuttuminen ei tällöin heikennä puolustuksen asemaa yhtä paljon kuin esitutkintakertomuksen ollessa yksinomainen syytetyn syyllisyydestä kertova näyttö.

Voidaankin kysyä, tulisiko tuomioistuimen asettaa poissaolevan todistajan esitutkintakertomus kokonaan hyödyntämiskieltoon, jos muu näyttö on niin vahvaa, että esitutkintakertomuksen merkitys jää vähäiseksi. Se saattaa kuitenkin täydentää ja vahvistaa muuta näyttöä, eikä yksittäisen todisteen merkitystä ole helppoa arvioida etukäteen. Tuomioistuimen olisi tutustuttava koko todistusaineistoon vähintään pintapuolisesti oikeudenkäynnin alussa, jotta se voisi arvioida esitutkintakertomuksen näyttöosuutta, mutta arvio olisi silloinkin karkea ja saattaisi oikeudenkäynnin kuluessa osoittautua vääräksi. Epäilyksiä saattaisi myös herätä siitä, hyödyntämiskieltoon asetettu esitutkintakertomus vaikuttaisi jollain tasolla tuomarin ajatteluun, koska hän olisi jo ehtinyt tutustua siihen. Esitutkintakertomus ei kuitenkaan kuuluisi oikeudenkäyntiaineistoon, joten sitä ei voisi tarkastella ja kommentoida edes yleisluontoisesti.

Vaikka *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännölle on hyviä perusteita, sitä on myös kritisoitu. Se on tulkinnallisesti hankala, sillä sen sisällön selvittäminen vaatii EIT:n oikeuskäytännön yksityiskohtaista ja laajamittaista analysointia. Johtopäätösten tekeminen EIT:n oikeuskäytännöstä ei ole yksinkertaista, koska tapaukset ovat tosiseikoiltaan ja näytöltään erilaisia, minkä lisäksi EIS:n jäsenvaltioiden lainsäädännössä ja oikeuskulttuureissa on merkittäviä eroja. Säännön tulkintaan ja soveltamiseen liittyvät hankaluudet voivat johtaa ennakoimattomiin ja yllätyksellisiin lopputuloksiin.<sup>122</sup> Oikeustieteen tohtori Summers on lisäksi arvostellut *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntöä epäonnistuneesta kysymyksenasettelusta. Hänen mukaansa se, että syyttäjä esittää todistajankertomuksen oikeudenkäynnissä ja siihen viitataan tuomion perusteluissa,

---

<sup>121</sup> Tapanila 2004 s. 85.

<sup>122</sup> Tapanila 2019 s. 144.

jo itsessään osoittaa kertomuksen olleen merkityksellinen syytteen toteennäyttämässä.<sup>123</sup> Ajattelutavan mukaan todisteita ja todistajia on tarpeetonta asettaa keskinäiseen tärkeysjärjestykseen, mistä seuraa, että syytetyllä tulisi olla kategorinen oikeus vastakuulustella syyttäjän kutsumia todistajia.<sup>124</sup>

*Yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntö on myös ristiriidassa niin sanotun *neljäs oikeusaste* -doktriinin kanssa. EIT on todennut muun muassa tapauksissa *Mirilashvili v. Venäjä* (2009) ja *Karpenko v. Venäjä* (2012), että sen tarkoituksena ei ole olla ylikansallinen valitustuomioistuin tai neljäs oikeusaste, joka tutkii syytteen oikeudellisen ja näytöllisen perustan.<sup>125</sup> Sen sijaan se arvioi, ovatko jäsenvaltioiden viranomaiset noudattaneet Euroopan ihmisoikeussopimusta, mikä tässä yhteydessä merkitsee vastakuulustelu-oikeuden kunnioittamista.<sup>126</sup> Doktriinia puoltaa kansallisten tuomioistuinten paremmat edellytykset näytön arviointiin, sillä asian ensi asteessa käsitellyt tuomioistuin on ottanut näytön välittömästi vastaan ja tuntee kansallisen lainsäädännön paremmin kuin EIT.<sup>127</sup> EIT on toistuvasti vedonnut *neljäs oikeusaste* -doktriiniin ja todennut näytön arvioinnin kuuluvan kansallisten tuomioistuinten toimivaltaan, mutta on silti useissa tapauksissa arvioinut yksityiskohtaisesti asiassa esitettyä näyttöä ja esitutkintakertomuksen hyödyntämisen edellytyksiä. EIT on poikennut doktriinista niin monesti, että oikeustilasta on tullut epäselvä ja doktriini on menettänyt merkitystään. Voidaan myös argumentoida, että oikeudenmukaisuutta koskevan kokonaisarvion tekeminen ja tuomion näytöllisen ja oikeudellisen perustan arvioiminen ovat varsin lähellä toisiaan.<sup>128</sup> Tällaiset ristiriidat EIT:n oppien välillä luovat epävarmuutta EIT:n roolista ja sen kehittämien oikeusohjeiden merkityksestä.

*Yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön soveltaminen suorastaan edellyttää, että EIT arvioi asiassa esitettyä todistusaineistoa määrällisesti ja laadullisesti. Voidakseen määritellä esitutkintakertomuksen näyttöosuuden EIT:n on tarkasteltava esitutkintakertomusta ja muuta syytettä tukevaa näyttöä, joka on osoittautunut EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia tarkasteltaessa merkittäväksi huomioon otettavaksi seikaksi. Todisteita on myös verrattava keskenään, jotta saadaan selville, tukeeko muu näyttö esitutkintakertomusta vai onko niiden välillä ristiriitaisuuksia. EIT on joutunut arvioimaan esitutkintakertomuksen ja muun näytön vahvuutta etenkin tapauksissa, joissa se ei käy selkeästi ilmi kansallisen tuomioistuimen ratkaisusta, mutta tarkastelu ei ole rajoittunut vain niihin. EIT on toisinaan ollut eri mieltä kansallisten tuomioistuinten kanssa näytöllisistä seikoista, ja todistusaineiston arviointiin liittyvät kysymykset ovat jakaneet mielipiteitä myös EIT:n sisällä.

Sääntöä voidaan kritisoida myös siitä, että se saattaa johtaa erilaisiin lopputuloksiin eri rikostyypeissä, koska niissä on tyyppillisesti saatavilla erilaista näyttöä. Erityisesti seksuaali- ja väkivaltarikoksissa asianomistajan

---

<sup>123</sup> Summers 2007 s. 141.

<sup>124</sup> Tapanila 2019 s. 144.

<sup>125</sup> Karpenko vastaan Venäjä, 24.9.2012, kohta 80. Mirilashvili vastaan Venäjä, 5.6.2009, kohta 161.

<sup>126</sup> Summers 2007 s. 141.

<sup>127</sup> Tapanila 2019 s. 143–144.

<sup>128</sup> Jämsä 2016 s. 824. Goss 2014 s. 42–44, 47–48 ja 60.

kertomuksella on suuri merkitys, vaikka henkilötodistelu on keskeistä myös tavanomaisten omaisuusrikosten selvittämisessä. Lähisuhteessa tapahtuvissa rikoksissa on puolestaan huomioitava, että asianomistajalla on oikeus kieltäytyä todistamasta ja tekijä saattaa painostaa häntä tekemään niin. *Yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntö saattaa näissä tapauksissa helposti johtaa syytteen hylkäämiseen.<sup>129</sup> Lisäksi samasta rikoksesta epäiltyjen tai syytettyjen kertomukset ovat tärkeässä roolissa esimerkiksi huumausaineisiin ja järjestäytyneeseen rikollisuuteen liittyvissä asioissa, joihin liittyy tiettyjä haasteita henkilötodistelun luotettavuuden varmistamisessa ja vastakuulustelu-oikeuden toteuttamisessa. Huumausainerikoksissa ei ole asianomistajaa eikä välttämättä silminnäkijöitä, joita voitaisiin kuulustella. Saatavilla saattaa olla rikosteknistä näyttöä, esimerkiksi puhelu- ja paikkatietoja, mutta ne eivät välttämättä yksinään riitä syytteen toteennäyttämiseksi. Toisaalta pakkokeinoilla voidaan saada näyttöä huumeiden hallussapidosta ja välittämisestä, ja takavarikoidut huumausaine-erät ovat olennainen osa näyttöä.<sup>130</sup>

### 3.2 Oikeuskäytäntöä

EIT on usein pitänyt esitutkintakertomusta yksinomaisena tai ratkaisevana todisteena, kun sen antaja on tehnyt syytteenalaisesta rikoksesta välittömiä havaintoja. Kyseessä voi olla esimerkiksi asianomistaja, silminnäkijä tai peitetehtävissä työskennellyt poliisi. Esitutkintakertomuksen merkittävyyteen ei vaikuta todistajan muodollinen prosessuaalinen asema eikä se, mistä syystä hän todistaa.<sup>131</sup> Joissain EIT:n käsittelemissä tapauksissa poissaoleva todistaja on ollut anonyymi, jolloin hänen henkilöllisyytensä ja yhteystietonsa on pidetty salassa.<sup>132</sup> Suomessa se ei kuitenkaan ole mahdollista (OK 17:53.2).

Poissaoleva todistaja voi olla kanssaepäilty tai -syytetty, jos syyttäjä ei nostanut syytettä kaikkia esitutkinnassa epäiltyinä kuulusteltuja vastaan tai jos osa tuomituista ei hakenut tuomioon muutosta. Kanssasyytetyt voivat itsekriminointisuojaan perusteella kieltäytyä todistamasta, jolloin todisteena käytetään esitutkintakertomusta. Poissaoleva todistaja on myös saatettu tuomita aiemmassa oikeudenkäynnissä, kuten tapauksessa *Mild ja Virtanen v. Suomi* (2005). Näissä tilanteissa vastakuulustelua ei yleensä voida järjestää esitutkinnassa, koska mahdolliset tekijäkumppanit voisivat vaikuttaa toistensa kertomuksiin ja vaarantaa tutkinnan.<sup>133</sup> EIT on korostanut esimerkiksi tapauksessa *Vladimir Romanov v. Venäjä* (2009), että kanssaepäillyn tai -syytetyn esitutkintakertomusta arvioitaessa on huomioitava, että hänen liityntänsä asiaan ja sen osallisiin voi vaikuttaa kertomuksen luotettavuuteen. Kyseisessä tapauksessa valittaja oli tuomittu kolmen kanssasyytetyn tunnustuksen perusteella. EIT huomautti, että kanssasyytettyjen asema eroaa

---

<sup>129</sup> Tapanila 2004 s. 88.

<sup>130</sup> Tapanila 2019 s. 144 ja 210.

<sup>131</sup> Tapanila 2019 s. 143–144.

<sup>132</sup> Windisch vastaan Itävalta, 27.9.1990. Kostovski vastaan Alankomaat, 20.11.1989, kohta 40.

<sup>133</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 580.

tavallisista todistajista, minkä vuoksi heidän antamiaan lausuntoja on arvioitava tavanomaista tarkemmin.<sup>134</sup> Epäillyllä ja syytetyllä ei ole velvollisuutta pysyä totuudessa, ja heidän asemassaan olevalle saattaa olla hyödyllistä esimerkiksi liioitella muiden osuutta rikoksen suunnittelussa ja toteuttamisessa ja vähätellä omaansa.<sup>135</sup>

*Yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön mukaan on kaksi vaihtoehtoista tilannetta, jolloin EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia on loukattu. Ensimmäinen on, että langettava tuomio perustui yksinomaan esitutkintakertomukseen, jota syytetty ei voinut tarkastella vastakuulustelussa. Esimerkiksi tapauksissa *Saïdi v. Ranska* (1993), *A.M. v. Italia* (2000), *P.S. vastaan Saksa* (2002) ja *Rachdad v. Ranska* (2004) poissaolevan todistajan kertomus oli ainoa todiste syytetyn syyllisyydestä, joten EIT vahvisti EIS 6 artiklan loukkauksen.<sup>136</sup> Myös edellä luvussa 2.5.2 käsitellyssä tapauksessa *Windisch* poissaolevien todistajien kertomus oli ainoa todiste valittajan syyllisyydestä. Heidän tekemiensä havaintojen ja tunnistamisen lisäksi muuta valittajaan viittaavaa näyttöä ei ollut. Kukaan ei myöskään ollut nähnyt itse rikosta. EIT sovelsi *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntöä ja totesi, että EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia oli loukattu. EIT:n silloista tiukkaa linjaa kuvastaa, että sen mukaan mahdollisuus esittää todistajille kirjallisia kysymyksiä ei ollut riittävä, koska silloin syytetty ja tuomioistuin eivät olisi voineet havainnoida heitä.<sup>137</sup>

Tapanilan mukaan on harvinaista, että kirjallinen todistajankertomus on ainoa syytteen tueksi esitetty todiste. Oletettavasti tällaiset rikosepäilyt eivät etene tuomioistuimeen asti yhtä usein kuin sellaiset, joiden tueksi voidaan esittää myös muuta näyttöä. Tyypillisempää on, että tuomio perustuu myös muuhun näyttöön ja tuomioistuin joutuu arvioimaan, onko esitutkintakertomus ratkaiseva todiste syytetyn syyllisyydestä.<sup>138</sup> Se on *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön kriteereistä hankalampi, koska se on epäselvempi ja avoimempi tulkinnalle. Yhden tulkinnan mukaan todiste on ratkaiseva, jos siihen viitataan tuomion perusteluissa, kun taas toisen näkemyksen mukaan ratkaiseva todiste merkitsee, että syyte olisi hylättävä ilman sitä.<sup>139</sup> EIT:n oikeuskäytännöstä voidaan kuitenkin päätellä, että siihen vaikuttaa esitutkintakertomuksen näyttöarvon lisäksi muun syytettä tukevan todistusaineiston määrä ja laatu. Olennaista säännön soveltamisen kannalta on, milloin ratkaisevan todisteen kynnys ylittyy alimmillaan. Esimerkiksi tapauksessa *Lüdi v. Sveitsi* (1992) poissaolevan todistajan esitutkintakertomus ei ollut ainoa syytettä tukeva näyttö, koska käytettävissä oli myös asiakirja, johon oli kirjoitettu puhtaaksi poliisin nauhoittamia puhelinkeskusteluja. Esitutkintakertomuksella oli kuitenkin EIT:n mukaan osansa syytteenkuvauksen toteennäyttämässä.

---

<sup>134</sup> Vladimir Romanov vastaan Venäjä, 26.1.2009, kohta 101–102.

<sup>135</sup> Tapanila 2019 s. 206–209.

<sup>136</sup> Rachdad vastaan Ranska, 13.2.2004, kohta 25. P.S. vastaan Saksa, 4.9.2002, kohta 30. A.M. vastaan Italia, 14.3.2000, kohta 26. Saïdi vastaan Ranska, 20.9.1993, kohta 44.

<sup>137</sup> Windisch vastaan Itävalta, 27.9.1990, kohta 31.

<sup>138</sup> Tapanila 2004 s. 86

<sup>139</sup> Summers 2007 s. 141. Tapanila 2004 s. 86.

Ratkaisussa käytetään melko epäselvää ilmaisua ”played a part”, eikä siinä analysoida esitutkintakertomuksen näyttöarvoa tarkemmin. Ilmeisesti EIT kuitenkin tarkoitti, että esitutkintakertomus oli ratkaiseva todiste. Ratkaisuun tosin vaikutti myös, että poissaoleva todistaja oli peitepoliisi, joka ei halunnut todistaa salatakseen henkilöllisyytensä. EIT totesi lyhyesti, että EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia oli loukattu, koska todistajaa olisi voitu kuulustella oikeudenkäynnissä paljastamatta hänen henkilöllisyyttään.<sup>140</sup>

Tapauksessa *Asch v. Itävalta* (1991) asetelma muistutti hieman tapausta *Unterpertinger*, sillä poissaoleva todistaja oli perheväkivallan uhri. Tässä tapauksessa EIT ei kuitenkaan pitänyt asianomistajan esitutkintakertomusta ratkaisevana todisteena, eikä vastakuulustelu-oikeutta ollut siten loukattu. EIT:n mukaan muu syytetä tukenut näyttö erotti tapaukset toisistaan. Asianomistajaa ja valittajaa kuulustellut poliisi todisti oikeudenkäynnissä siitä, mitä asianomistaja oli hänelle kertonut ja millaisia vammoja tällä oli ollut. Todistusaineistoon kuului myös kaksi lääkärintodistusta, ote valittajan rikosrekisteristä ja muuta esitutkinnassa kerättyä materiaalia.<sup>141</sup> EIT otti harkinnassaan huomioon myös sen, että valittajan kertomus tapahtumista oli muuttunut useita kertoja, mikä saattaa viitata valehteluun.<sup>142</sup> Voidaan kuitenkin kysyä, onko tällaisella seikalla merkitystä vastakuulustelu-oikeuden kannalta, etenkin kun syytetyllä ei ole velvollisuutta pysyä totuudessa. EIS 6 artiklan 3 (d) kohdassa todetaan, että jokaisella rikoksesta syytetyllä on oikeus vastakuulusteluun, eikä että tällainen oikeus olisi vain uskottavilta vaikuttavilla syytetyillä. Ratkaisussa joka tapauksessa todetaan lyhyesti, ettei asianomistajan kertomus ollut ainoa todiste syytetyn syyllisyydestä eikä vastakuulustelun puuttuminen näissä olosuhteissa loukannut puolustuksen oikeuksia.<sup>143</sup> Ei ole täysin selvää, miksi EIT päätyi juuri tähän lopputulokseen, koska perustelut jäivät melko pinnallisiksi. Ratkaisu ei sisällä perusteellista pohdintaa esitutkintakertomuksen merkityksestä tai puolustuksen asemaan vaikuttavista tekijöistä. Eriävän mielipiteen jättäneet tuomarit Evans ja Bernhardt sen sijaan katsoivat, että tuomio perustui pohjimmiltaan asianomistajan kertomukseen, joten puolustuksen oikeuksia oli rajoitettu sellaisessa mittakaavassa, ettei oikeudenkäynti ollut kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukainen. Myös oikeuskirjallisuudessa on arvioitu, että asianomistajan esitutkintakertomus oli keskeisin todiste syytetyn syyllisyydestä.<sup>144</sup> Tapaus *Asch* on esimerkki siitä, miten hankalaa on eritellä eri todisteiden vaikutusta tuomioon ja arvioida poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen näyttöosuus.

Soveltaessaan *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntöä EIT antoi jonkin verran painoarvoa myös muille seikoille kuin esitutkintakertomuksen näyttöosuudelle. Se kiinnitti huomiota esimerkiksi syytetyn tiedonsaantioikeuteen ja esitutkintakertomuksen luotettavuuden arvioimiseen. EIT ei kuitenkaan katsonut,

---

<sup>140</sup> Lüdi vastaan Sveitsi, 15.6.1992, kohta 47–50.

<sup>141</sup> *Asch* vastaan Itävalta, 26.4.1991, kohta 30.

<sup>142</sup> Tapanila 2019 s. 143. Tapanila 2004 s. 88.

<sup>143</sup> *Asch* vastaan Itävalta, 26.4.1991, kohta 31.

<sup>144</sup> Tapanila 2004 s. 90.

että tällaisista asioista huolehtiminen voisi korvata vastakuulustelu-oikeuden.<sup>145</sup> Esimerkiksi murhaa koskevassa tapauksessa *Barberà, Messegué ja Jabardo v. Espanja* (1988) EIT otti kokonaisarvostelussa huomioon, että muun muassa viranomaisten passiivisuus, oikeudellisen avustajan puuttuminen, oikeudenkäynnin lyhyt kesto ja puutteellinen todistusharkinta viittasivat epäoikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.<sup>146</sup> Ratkaisun perusteella on kuitenkin epäselvää, miten paljon painoarvoa näillä seikoilla oli verrattuna vastakuulustelun puuttumiseen. Poissaolevan todistajan lausunnot olivat olleet ratkaisevia oikeudenkäynnin lopputuloksen kannalta, eikä valittajilla ei ollut mahdollisuutta esittää hänelle kysymyksiä, joten EIS 6 artiklaa oli loukattu.

Tapauksessa *Isgrò v. Italia* (1991) EIT kiinnitti puolestaan huomiota tekijöihin, jotka sen mukaan lisäsivät oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Se huomautti, että puolustus tiesi poissaolevan todistajan henkilöllisyyden eikä todistajaa esitutkinnassa kuulustelleen tutkintatuomarin puolueettomuutta ollut kyseenalaistettu.<sup>147</sup> Vaikuttaa hieman erikoiselta, että EIT piti näitä seikkoja niin merkityksellisinä, että mainitsi ne erikseen. Todistajien henkilöllisyyttä ei tavanomaisesti pidetä salassa, eikä anonymiteetin puuttumista tulisi siksi pitää erityisenä puolustuksen asemaa vahvistavana tekijänä. Oikeusviranomaisten puolueettomuuden tulisi puolestaan olla niin selvä lähtökohta, ettei sitä tarvitse erikseen korostaa. Tuomarin puolueettomuuden käsittely olisi aiheellista, jos sen epäiltäisiin vaarantuneen. Tapaus *Isgrò* oli poikkeuksellinen myös siitä syystä, että EIT totesi, ettei esitutkintakertomus ollut ainoa todiste syytetyn syyllisyydestä, muttei arvioinut, oliko se ratkaiseva. Valittajalla oli tosin ollut esitutkinnassa mahdollisuus kysyä todistajalta kysymyksiä, mutta hänen avustajansa ei ollut saanut osallistua kyseiseen kuulustelutilaisuuteen. EIT ilmeisesti piti menettelyä riittävänä, koska sen mukaan EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ei ollut loukattu.

EIT tarkasteli toisinaan myös sitä, miksi todistaja oli poissa oikeudenkäynnistä. Joissain tapauksissa se katsoi, etteivät kansalliset viranomaiset voineet todistajan poissaololle mitään, ja joissain taas moitti heitä passiivisuudesta. Esimerkiksi tapauksessa *Ferrantelli ja Santangelo v. Italia* (1996) EIT otti päätöksenteossaan huomioon, etteivät kansalliset viranomaiset olleet voineet vaikuttaa todistamisen estymiseen, sillä todistaja oli kuollut kesken oikeusprosessin. Syytteen tueksi oli esitetty myös muuta näyttöä, jota kansallinen tuomioistuin oli EIT:n mukaan arvioinut huolellisesti. Myös tapauksessa *Mika v. Ruotsi* (2009) esitutkintakertomusta jouduttiin hyödyntämään kuolemantapauksen vuoksi, sillä raiskauksen asianomistaja oli tehnyt itsemurhan pian rikoksen jälkeen. Valittajaa vastaan esitetty näyttö oli melko vahvaa, vaikka asianomistaja oli tunnistanut rikosentekijäksi eri henkilön. Siihen kuului muun muassa DNA-testi, lääkärintodistus, muuta kirjallista näyttöä ja oikeudenkäynnissä todistaneiden henkilöiden kertomuksia.

---

<sup>145</sup> Tapanila 2004 s. 90–91.

<sup>146</sup> Barberà, Messegué ja Jabardo vastaan Espanja, 6.12.1988, kohdat 86–89.

<sup>147</sup> Isgrò vastaan Italia, 19.2.1991, kohdat 35–36.

Koronkiskontaa koskevassa tapauksessa *Artner v. Itävalta* (1992) asianomistaja oli sen sijaan kateissa, eikä häntä siksi ollut voitu kutsua oikeudenkäyntiin. Muu esitutkinta-aineisto tuki syytettä, ja siihen kuului muun muassa velkakirja ja valittajan asianomistajalle lähettämä perintäkiri. Kansallinen tuomioistuin oli lisäksi ottanut valittajan luotettavuutta heikentävänä tekijänä huomioon, että hän oli aiemmin syyllistynyt samankaltaisiin rikoksiin. EIT päätyi näissä edellä mainituissa tapauksissa siihen, että poissaolevan todistajan esitutkintakertomus ei ollut ainoa tai ratkaiseva näyttö syytetyn syyllisyydestä eikä EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia siten ollut loukattu. Tapauksessa *Artner* tähän lopputulokseen tosin päädyttiin äänin 5–4.<sup>148</sup> Ratkaisusta ei kuitenkaan pystytä päättelemään, olisiko perusteltu syy todistajan poissaololle oikeuttanut esitutkintakertomuksen käyttämisen, jos se olisi ollut ainoa tai ratkaiseva todiste syytetyn syyllisyydestä. EIT:n oikeuskäytännöstä on vaikeaa tehdä selkeitä johtopäätöksiä siitä, mikä merkitys todistajan poissaolon syyllä on *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön kannalta.

Vaikka EIT kiinnitti toisinaan huomiota myös muihin seikkoihin, tärkeintä EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan arvioinnissa oli *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön mukaisesti poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen näyttöosuus. Säännön ehdoton luonne käy ilmi esimerkiksi vuonna 2001 annetusta ratkaisusta *Lucà v. Italia*. Siinä EIT totesi, että esitutkintakertomusten hyödyntäminen voi joissain tilanteissa olla välttämätöntä, eikä se loukkaa EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia, jos syytetylle on annettu riittävä ja asianmukainen mahdollisuus esitutkintakertomuksen haastamiseen vastakuulustelussa. Jos taas langettava tuomio perustuu ainoastaan tai ratkaisevassa määrin todistajankertomukseen, jonka antajaa syytetty ei ole voinut vastakuulustella, puolustuksen oikeuksia rajoitetaan siinä määrin, että 6 artiklaa rikotaan. EIT:n käyttämä sanamuoto osoittaa, että sääntö on joustamaton eikä jätä kansallisille tuomioistuimille harkintavaltaa.<sup>149</sup> Sääntöä kritisoitiinkin siitä, että se oli liian jäykkä eikä huomionut yksittäisten tapausten erityispiirteitä ja eurooppalaisten oikeusjärjestysten eroja. Ratkaisussa *Lucà* käytettyä sanamuotoa muutettiin ratkaisulla *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2011) muotoon *saatetaan rajoittaa* ("*may be restricted*", "*peuvent se trouver restreints*"), kun EIT halusi muuttaa EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan arviointikriteereitä.

---

<sup>148</sup> Mika vastaan Ruotsi, 27.1.2009, kohdat 37–42. Ferrantelli ja Santangelo vastaan Italia, 7.8.1996, kohdat 52–53. Artner vastaan Itävalta, 28.8.1992, kohdat 21–24. Tapanila 2004 s. 90.

<sup>149</sup> Lucà vastaan Italia, 27.5.2001, kohta 40: "... where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence *are restricted* to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 ...". Ranskaksi: "... que les droits de la défense *sont restreints* de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats ..." Kursivoinnit kirjoittajan.

## 4. Linjanmuutos: *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta*

### 4.1 Tapauksen faktat ja *Al-Khawaja*-testi

Tapauksessa *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2011) EIT muutti aiempaa tiukkaa linjaansa ja lievensi poissaolevien todistajien esitutkintakertomusten hyödyntämisen edellytyksiä. EIT katsoi siinä ensimmäistä kertaa, että EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ei ollut loukattu, vaikka tuomio oli perustunut ratkaisevassa määrin poissaolevan todistajan esitutkintakertomukseen, jota syytetty ei ollut voinut tarkastella vastakuulustelussa.<sup>150</sup> *Al-Khawaja ja Tahery* on merkittävä ennakkopäätös, joka on vaikuttanut huomattavasti EIT:n myöhempään oikeuskäytäntöön ja todistelun kontradiktorisuuden arviointiin.<sup>151</sup> Lisäksi ratkaisun myötä todistajien ja asianomistajien intressit otetaan aiempaa laajemmin huomioon arvioitaessa EIS 6 artiklan noudattamista.<sup>152</sup> Suomessa *Al-Khawaja ja Tahery* on otettu huomioon todistelulainsäädäntöä uudistettaessa ja korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä.<sup>153</sup>

Ratkaisussa *Al-Khawaja ja Tahery* EIT joustavoitti EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan arviointikriteerejä korostamalla oikeudenmukaisuuden kokonaisvaltaisuutta. Tarkoituksena oli vastata *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön jäykkyyttä koskeneeseen kritiikkiin ja huomioida käytännön haasteet, jotka vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseen voi liittyä. Samalla EIT kuitenkin lievensi oikeudenkäynnin kontradiktorisuuden vaatimusta ja vastakuulustelu-oikeuden merkitystä tapauksissa, joissa poissaolevan todistajan esitutkintakertomus on ainoa tai ratkaiseva todiste syytetyn syyllisyydestä.<sup>154</sup> Ratkaisu ei ollut yksimielinen, vaan suuren jaoston tuomarit Sajó ja Karakaş jättivät osittain eriävän mielipiteen, jossa he ilmaisivat huolensa puolustuksen oikeuksien heikkenemisestä.

EIT otti ratkaisussa kantaa kahteen erilliseen tapaukseen. Valittaja *Al-Khawaja* oli tuomittu siitä, että hän oli lääkärinä työskennellessään käyttänyt kahta potilastaan seksuaalisesti hyväkseen heidän ollessaan hypnoosissa. Toinen asianomistajista oli tehnyt itsemurhan ennen oikeudenkäyntiä, joten hänen poliisille antamaa kertomustaan käytettiin oikeudenkäynnissä todisteena. Valittaja *Tahery* oli puolestaan tuomittu tappelun aikana tapahtuneesta puukotuksesta, jonka vain yksi henkilö oli nähnyt, vaikka paikalla oli ollut paljon ihmisiä. Silminnäkijä pelkäsi esiintyä oikeudessa, joten hänen esitutkintakertomuksensa luettiin valamiehistöille. EIT:n jaosto sovelsi kummassakin tapauksessa perinteistä *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntöä. Se totesi, että vastakuulustelu-oikeus on yksi jokaiselle syytetylle kuuluvista vähimmäisoikeuksista ja

---

<sup>150</sup> De Wilde 2013 s. 158. Kemppinen 2017 s. 392.

<sup>151</sup> Tapanila 2018 s. 741 ja 746.

<sup>152</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 560 ja 567.

<sup>153</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 19, 49, 97 ja 141. KKO 2013:97, KKO 2015:86, KKO 2016:88, KKO 2017:93, KKO 2018:54 ja KKO 2019:14.

<sup>154</sup> Tapanila 2019 s. 147–149.

siten oikeudenmukaisuuden nimenomainen tae, eikä vain yksi kokonaisharkinnassa huomioon otettava seikka. Sen mukaan EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia oli molempien valittajien kohdalla loukattu, koska poissaolevan todistajan esitutkintakertomus oli kummassakin tapauksessa ollut ratkaiseva todiste eikä puolustuksella ollut mahdollisuutta vastakuulusteluun.<sup>155</sup>

Suuri jaosto ei yhtynyt jaoston näkemykseen. Aikaisemmasta oikeuskäytännöstä poiketen se totesi, ettei *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntö ole ehdoton. Suuren jaoston mukaan EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ei ole automaattisesti loukattu, vaikka poissaolevan todistajan esitutkintakertomus olisi ainoa tai ratkaiseva todiste syytetyn syyllisyydestä, vaan huomioon on otettava muitakin seikkoja. Suuri jaosto kehitti *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön pohjalta kolmiportaisen ratkaisumallin, jonka avulla selvitetään, onko poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen käyttäminen loukannut vastakuulustelu-oikeutta ja tehnyt oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen. Kansalliset tuomioistuimet voivat hyödyntää tätä niin kutsuttua Al-Khawaja-testiä<sup>156</sup> arvioidessaan, onko oikeudenkäynnissä tapahtunut EIS 6 artiklan vastainen menettelyvirhe.<sup>157</sup> Testin mukaan ensimmäiseksi on selvitettävä, oliko todistajan poissaololle hyväksyttävä syy. Toiseksi on arvioitava, perustuiko langettava tuomio yksinomaan tai ratkaisevassa määrin poissaolevan todistajan kertomukseen, jota puolustus ei ole voinut koetella vastakuulustelussa missään oikeusprosessin vaiheessa. Kolmanneksi tarkastellaan, oliko vastakuulustelun puuttumisesta johtuvaa puolustuksen aseman heikentymistä kompensoitu riittävästi tasapainottavilla tekijöillä ja siten varmistettu, että puolustuksen oikeuksia ei ole rajoitettu liikaa.<sup>158</sup>

Suuren jaoston mukaan todistajan poissaololle oli Al-Khawajan tapauksessa hyväksyttävä syy. Se piti edesmenneen asianomistajan esitutkintakertomusta ratkaisevana, koska ilman sitä tuomitsemiskynnys ei todennäköisesti olisi ylittynyt häneen kohdistuneen hyväksikäytön osalta. Saatavilla oli kuitenkin esitutkintakertomuksen uskottavuutta vahvistavaa näyttöä, minkä suuri jaosto otti huomioon tasapainottavana tekijänä. Edesmennyt asianomistaja oli ensinnäkin kertonut tapahtumista kahdelle ystävälleen, jotka todistivat oikeudenkäynnissä. Puolustus pystyi esittämään heille kysymyksiä, ja heidän kertomuksensa olivat pieniä eroavaisuuksia lukuun ottamatta yhdenmukaisia esitutkintakertomuksen kanssa. Toiseksi asianomistajien kertomukset muistuttivat suuresti toisiaan, eikä ollut syytä epäillä, että he olisivat vaikuttaneet toistensa lausuntoihin. Puolustuksella oli myös mahdollisuus kuulustella tätä toista

---

<sup>155</sup> Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 89.

<sup>156</sup> Suuri jaosto käyttää termiä *Al-Khawaja-testi* esimerkiksi ratkaisussa Schatschaschwili vastaan Saksa, 15.12.2015. Ks. esim. kohdat 110–111. Testiä on kutsuttu myös *kolmen askeleen testi*. Ks. Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 567.

<sup>157</sup> Jämsä 2016 s. 823.

<sup>158</sup> EIT käyttää tasapainottavista tekijöistä termiä *counterbalancing factors* (ransk. *mesures compensatoires*), mikä voidaan vaihtoehtoisesti suomentaa esimerkiksi kompensoiviksi oikeusturvatakeiksi. Perustuslakivaliokunta käyttää termiä *kompensoivat oikeusturvatakeet* lausunnossaan PeVL 39/2014 vp. Koska suurimmassa osassa tätä tutkielmaa varten läpikäydyssä suomenkielisessä oikeuskirjallisuudessa ja korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä käytetään kuitenkin termiä *tasapainottavat tekijät*, sitä käytetään myös tässä tutkielmassa.

asianomistajaa. Suuri jaosto huomautti myös, että tämänyyppisestä hyväksikäytöstä olisi vaikeaa saada muuta näyttöä. Lisäksi tasapainottaviin tekijöihin kuului, että tuomari oli ohjeistanut valamiehistöä suhtautumaan varovaisesti todistajankertomukseen, jonka luotettavuutta ei ole koeteltu vastakuulustelussa. Suuri jaosto päätyi näillä uusilla arviointikriteereillä päinvastaiseen lopputulokseen kuin perinteistä linjaa seurannut jaosto. Se arvioi, että Al-Khawajan oikeudenkäynnissä oli ollut riittäviä tasapainottavia tekijöitä kompensoimassa vastakuulustelun puuttumista ja katsoi äänin 15–2, ettei EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ollut loukattu.

Myös Taheryn kohdalla suuri jaosto katsoi, että todistajan poissaololle oli hyväksyttävä syy. Hänen todistamista kohtaan tuntemansa pelko oli aitoa, ja sille oli objektiivisia perusteita. Suuri jaosto luonnehti hänen esitutkintakertomustaan ainoaksi tai vähintään ratkaisevaksi todisteeksi valittajan syyllisyydestä, koska kukaan muu ei ollut nähnyt puukottajaa. Suuren jaoston mukaan esitutkintakertomuksen erittäin suuren merkityksen vuoksi tasapainottavilta tekijöiltä vaadittiin vastaavaa painoarvoa, mutta puolustuksen heikentynyttä asemaa ei ollut kompensoitu lähes mitenkään. Myös tässä tapauksessa tuomari oli ohjeistanut valamiehistöä suhtautumaan esitutkintakertomukseen varovaisesti, mutta se ei suuren jaoston mukaan riittänyt. Tieto todistajankertomuksen mahdollisesta epäluotettavuudesta ei vastaa sitä, että asiaa olisi selvitetty vastakuulustelussa. Kansallinen tuomioistuin oli argumentoinut, että valittajalla oli ollut mahdollisuus kiistää silminnäkijälausunto todistamalla itse tai kutsumalla muita todistamaan puolestaan, mutta se ei vakuuttanut suurta jaostoa. Syytetyn puheenvuoro ei kuitenkaan voi korvata vastakuulustelua, eikä puolustus voinut kutsua todistajia, koska rikokselle ei ollut muita silminnäkijöitä. Saatavilla ei myöskään ollut muuta näyttöä, johon esitutkintakertomusta olisi voitu verrata. Suuren jaoston mukaan EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia oli loukattu, koska puolustuksen asemaa ei ollut kompensoitu riittävästi eikä oikeudenkäyntiä siksi voitu pitää kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukaisena.

#### 4.2 Hyväksyttävä syy

Al-Khawaja-testin ensimmäisessä kohdassa tarkastellaan, johtuiko todistajan poissaolo hyväksyttävästä syystä. Tarkoituksena on varmistaa, että esitutkintakertomuksia hyödynnetään vain silloin, kun se on välttämätöntä. Kansallisen tuomioistuimen on ensin selvitettävä, miksi todistaja ei tullut oikeudenkäyntiin ja voidaanko todistaminen järjestää esimerkiksi toisena ajankohtana tai jollain vaihtoehtoisella tavalla. Esitutkintakertomusta saa käyttää vasta sitten, kun puolustuksen oikeuksia vähemmän rajoittavia vaihtoehtoja on riittävästi selvitetty.

Suuren jaoston mukaan poissaolon syyn tarkastelu on esikysymys, johon on vastattava ennen kuin arvioidaan esitutkintakertomuksen näyttöosuutta. Se muistutti, että EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia on loukattu useassa tapauksessa, jossa todistajan poissaololle ei ollut hyväksyttävää syytä, vaikka esitutkintakertomuksella oli

vähemmän kuin ratkaiseva merkitys asian lopputuloksen kannalta. Suuri jaosto viittasi tässä yhteydessä tapauksiin *Lüdi v. Sveitsi* (1992), *Mild ja Virtanen v. Suomi* (2005), *Bonev v. Bulgaria* (2006) ja *Pello v. Viro* (2007). Se on hieman erikoista, koska esimerkiksi ratkaisussa *Bonev* poissaolevien todistajien esitutkintakertomuksia pidettiin ratkaisevana näyttönä.<sup>159</sup> Ratkaisussa *Lüdi* EIT puolestaan arvioi, ettei poissaolevan todistajan kertomus ollut ainoa syytteen tueksi esitetty todiste, mutta sillä oli osansa syytteen toteennäyttämässä. Ilmaisusta on vaikeaa päätellä, miten suuri näyttöosuus kertomuksella oli tarkalleen ottaen ollut.<sup>160</sup> Ratkaisussa *Pello* EIT taas viittasi kansallisten tuomioistuinten arvioon, jonka mukaan tuomio ei ollut perustunut yksinomaan tai ratkaisevassa määrin poissaolevien todistajien kertomuksiin, muttei yksiselitteisesti todennut olevansa samaa mieltä. EIT tyytyi huomauttamaan, että syytettä tuki myös muu syyttäjän esittämä näyttö. Toisaalta EIT korosti ratkaisun perusteluissa kansallisten oikeusviranomaisten velvollisuutta toimia aktiivisesti ja turvautua tarvittaessa poliisiin todistajien tavoittamiseksi.<sup>161</sup> Poissaolevien todistajien kertomuksen näyttöosuuden tarkastelu on epäselvää myös ratkaisussa *Mild ja Virtanen*.<sup>162</sup>

Suuren jaoston kannanotto viittaa siihen, että hyväksyttävän syyn puuttuminen johtaa EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkaukseen itsenäisesti riippumatta esitutkintakertomuksen näyttöosuudesta. Puolustuksen oikeuksien rajoittamiseen ei ole asianmukaista perustetta, jos todistaja olisi voinut todistaa, joten kansallisen tuomioistuimen ei silloin pidä hyväksyä esitutkintakertomusta todisteeksi.<sup>163</sup> Jos esitutkintakertomusta on siitä huolimatta hyödynnetty, EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia on loukattu. Al-Khawaja-testin kahta seuraavaa kohtaa ei toisin sanoen tarvitse tarkastella, kun todistajan poissaololle ei ole hyväksyttävää syytä. Seuraavana vuonna annettu ratkaisu *Gabrielyan v. Armenia* tukee tätä tulkintaa, sillä siinä EIS 6 artiklaa oli loukattu, koska kansallisten oikeusviranomaisten toimenpiteet todistamisen järjestämiseksi eivät olleet riittäviä.<sup>164</sup> Lisäksi vuonna 2014 annetussa tapauksessa *Efendiye v. Azerbaidzan* EIT nimenomaisesti vahvisti, että EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia on loukattu, jos todistajan poissaololle ei ole hyväksyttävää syytä. Ratkaisun mukaan tällaisessa tilanteessa on epäolennaista, että tuomio perustui pääasiassa muuhun näyttöön.<sup>165</sup>

Suuri jaosto esitti näkemyksensä hyväksyttävästä syystä kuin se olisi selkeä jatkumo EIT:n aiemmalle oikeuskäytännölle. Vaikka EIT on usein kiinnittänyt huomiota siihen, miksi todistaja oli poissa oikeudenkäynnistä, aiempi oikeuskäytäntö ei ole ollut yhdenmukaista. Hyväksyttävän syyn puuttumista ei pidetty itsenäisenä perusteena EIS 6 artiklan loukkaukselle esimerkiksi ratkaisussa *Mirilashvili v. Venäjä* (2009), jossa korostettiin perinteistä *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntöä. Kyseisessä tapauksessa EIT ei

---

<sup>159</sup> Bonev vastaan Bulgaria, 8.9.2006, kohta 44.

<sup>160</sup> Lüdi vastaan Sveitsi, 15.6.1992, kohta 47.

<sup>161</sup> Pello vastaan Viro, 10.12.2007, kohdat 29–30 ja 34.

<sup>162</sup> Mild ja Virtanen vastaan Suomi, 26.10.2005.

<sup>163</sup> De Wilde 2013 s. 168.

<sup>164</sup> Gabrielyan vastaan Armenia, 10.4.2012, kohdat 80–84.

<sup>165</sup> Efendiye v. Azerbaidzan, 18.12.2014, kohdat 41 ja 46–47.

tarkastellut erään todistajan poissaolon syytä tai muita hänen kertomukseensa liittyviä seikkoja, koska kertomuksella ei ollut ratkaisevaa merkitystä.<sup>166</sup> Poissaolon syytä ei ole aina tarkasteltu sellaisissaan tapauksissa, joissa esitutkintakertomus oli ratkaiseva todiste.<sup>167</sup> Aiemmasta oikeuskäytännöstä ei siksi voi tehdä johtopäätöstä, että poissaolon syillä olisi itsenäistä merkitystä sen suhteen, onko EIS 6 artiklaa loukattu.<sup>168</sup>

Ehdotonta hyväksyttävän syyn vaatimusta on kritisoitu prosessiekonomisilla syillä. Ei olisi järkevää, että kansallinen tuomioistuin siirtäisi pääkäsittelyä useita kertoja ja ryhtyisi kaikkiin mahdollisiin toimenpiteisiin saadakseen epäolennaisen tai tarpeettoman todistajan todistamaan. Oikeudenkäyntiä ei myöskään tulisi pitää epäoikeudenmukaisena siksi, ettei puolustus ole voinut esittää kysymyksiä todistajalle, jonka kertomuksella ei ollut merkitystä oikeudenkäynnin lopputulokseen.<sup>169</sup> Tuomioistuimella on velvollisuus evätä tarpeeton todistusaineisto (OK 17:8), mutta yksittäisen todisteen tarpeettomuutta ei aina pystytä arvioimaan etukäteen. Näin ollen on mahdollista, että jossain tapauksessa todistusaineistoon sisältyy esitutkintakertomus, joka ei vaikuta tuomioistuimen ratkaisuun. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että muut todisteet osoittavat samat seikat todeksi kuin esitutkintakertomus. Tiukasta hyväksyttävän syyn vaatimuksesta on toisaalta hyötyä, koska sitä noudattamalla vastakuulustelu-oikeutta ei rajoiteta tarpeettomasti. Syytetyn oikeusturva edellyttää, ettei poissaolevien todistajien esitutkintakertomuksia hyödynnetä, ellei se ole aivan välttämätöntä.

Tapauksessa *Al-Khawaja ja Tahery* esille tuli kaksi hyväksyttävää syytä, todistajan kuolema ja kostotoimenpiteiden pelko. Suuri jaosto tosin asetti tiettyjä kriteerejä sille, milloin pelkääminen voi oikeuttaa todistamatta jättämisen. Pelkästään subjektiivinen pelon tunne ei riitä, vaan sille on oltava todennettavissa olevia objektiivisia perusteita, ja ensisijaisesti on turvauduttava esimerkiksi anonymiteettiin tai muihin lievempiin järjestelyihin. Suuren jaoston mukaan pelkoa voidaan pitää hyväksyttävänä syynä erityisesti silloin, kun se johtuu syytetyn tai jonkun tämän puolesta toimivan henkilön toiminnasta. Syytetyn katsotaan luopuneen vastakuulustelu-oikeudestaan, jos hän pyrkii oikeudettomasti vaikuttamaan rikosasian selvittämiseen uhkailemalla tai pelottelemalla todistajaa. On toisaalta hieman arveluttavaa, että syytetyn vahingoksi voidaan katsoa se, että joku toinen henkilö on uhkaillut todistajaa. Oletettavasti tällöin kuitenkin edellytetään näyttöä siitä, että kyseinen henkilö on toiminut niin syytetyn pyynnöstä.

Oikeuskirjallisuudessa hyväksyttävät syyt on jaoteltu oikeudellisiin ja tosiasiallisiin esteisiin. Oikeudellinen este tarkoittaa, että todistaja vetoaa laissa säädettyyn oikeuteensa tai velvollisuuteensa olla todistamatta. Esimerkkinä voidaan mainita oikeus olla todistamatta lähiomaistaan vastaan, jota EIT ei ole koskaan

---

<sup>166</sup> Mirilashvili vastaan Venäjä, 5.6.2009, kohta 216–218.

<sup>167</sup> Caka vastaan Albania, 8.3.2010, kohdat 105–106. Carta vastaan Italia, 13.9.2006, kohta 52.

<sup>168</sup> De Wilde 2013 s. 168–169.

<sup>169</sup> De Wilde 2013 s. 169–170.

kyseenalaistanut.<sup>170</sup> Tosiasiallisella esteellä puolestaan viitataan siihen, ettei todistaminen ole käytännössä mahdollista.<sup>171</sup> Tosiasialliset esteet ovat hieman epäselvempi hyväksyttävien syiden ryhmä, ja niiden hyväksyttävyyden arvioiminen voi yksittäistapauksessa edellyttää perusteellista harkintaa ja rajanvetoa. Yleensä on varsin yksinkertaista todeta, kuuluuko todistaja henkilöpiiriin, jolla on oikeus tai velvollisuus olla todistamatta, mutta sen sijaan on tulkinnanvaraisempaa, onko esimerkiksi kateissa olevaa todistajaa etsitty tarpeeksi tai estääkö todistajan terveydentila todistamisen. Tulkinnanvaraisuuden takia EIT korosti seuraavana vuonna ratkaisussa *Karpenko v. Venäjä*, että kansallisen tuomioistuimen on arvioitava poissaololle esitettyjä perusteita syvällisesti ja kriittisesti. Kyseisessä ratkaisussa EIT kritisoi kansallista tuomioistuinta, koska se ei oikeudenkäynnin joutuisuuteen ja prosessiekonomiaan vedoten selvittänyt riittävästi, olisivatko poissaolevat todistajat tosiasiaa voineet todistaa.<sup>172</sup>

Olenneista tosiasiallisen esteen arvioinnissa on toimenpiteet, joihin on ryhdytty suullisen ja välittömän todistelun turvaamiseksi. Suuren jaoston mukaan kansallisen tuomioistuimen on pyrittävä kaikin kohtuullisin keinoin (*all reasonable efforts, toutes les mesures raisonnables*) varmistamaan todistajan läsnäolo oikeudenkäynnissä. Tarvittaessa viranomaisten on turvauduttava erityisiin järjestelyihin, jotta puolustuksella on mahdollisuus vastakuulusteluun.<sup>173</sup> Suuri jaosto tosin sanoen viittaa hyväksyttävällä syyllä siihen, että todistaminen ei ole ollut tuomioistuimen toimenpiteistä huolimatta mahdollista ja esitutkintakertomuksen hyödyntäminen on siksi oikeutettua. EIT vahvisti myöhemmin tapauksessa *Schatschaschwili v. Saksa* (2015), että hyväksyttävää syytä arvioidaan nimenomaan tuomioistuimen näkökulmasta.<sup>174</sup> Sen sijaan rikoksen törkeys tai valtion pyrkimys torjua esimerkiksi ihmiskauppaa, terrorismia tai huumekauppaa ei oikeuta rajoittamaan puolustuksen oikeuksia ja vastakuulustelu-oikeutta.<sup>175</sup> EIT on yleensä vastustanut EIS 6 artiklaan sisältyvien oikeuksien rajoittamista yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden tai yleisen edun nimissä.<sup>176</sup>

*Al-Khawaja ja Tahery* jättää avoimeksi, mitä kansallisen tuomioistuimen tulee ottaa huomioon arvioidessaan, ovatko toimenpiteet todistajan läsnäolon varmistamiseksi olleet riittäviä.<sup>177</sup> Sitä harkitaan tapauskohtaisesti, mutta oikeuskäytännön yhtenäisyys ja ennakoitavuus edellyttävät jonkinlaisia harkintaa ohjaavia suuntaviivoja. Tulkinta-apua voidaan hakea muista EIT:n ratkaisuksista. Esimerkiksi ratkaisusta *Bonev* ja

---

<sup>170</sup> Esim. *Hümmer vastaan Saksa*, 19.10.2012. *Asch vastaan Itävalta*, 26.4.1991. *Unterpertinger vastaan Itävalta*, 24.11.1986.

<sup>171</sup> Jämsä 2016 s. 826.

<sup>172</sup> *Karpenko vastaan Venäjä*, 24.9.2012, kohta 74.

<sup>173</sup> *Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta*, 15.12.2011, kohta 120. *Pello vastaan Viro*, 10.12.2007, kohta 34. *Bonev vastaan Bulgaria*, 8.9.2006, kohta 43. *Mild ja Virtanen vastaan Suomi*, 26.10.2005, kohta 45. *Lüdi vastaan Sveitsi*, 15.6.1992, kohta 49.

<sup>174</sup> *Schatschaschwili vastaan Saksa*, 15.12.2015, kohta 119.

<sup>175</sup> *Hulki Güneş vastaan Turkki*, 19.9.2003, kohta 96. *Saïdi vastaan Ranska*, 20.9.1993, kohta 44. *Kostovski vastaan Alankomaat*, 20.11.1989, kohta 44. Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 563–564.

<sup>176</sup> Goss 2014 s. 178–179.

<sup>177</sup> De Wilde 2013 s. 170.

*Karpenko* voidaan päätellä, että kansallisen tuomioistuimen on huomioitava syytteenalaisen rikoksen vakavuus ja maksimirangaistus. Mitä vakavammasta rikoksesta on kyse, sitä tärkeämpää oikeudenkäynnissä todistaminen on.<sup>178</sup> Joissain tapauksissa EIT on kuitenkin ottanut yllättäviä seikkoja huomioon arvioidessaan poissaolon hyväksyttävyyttä. Esimerkkinä voidaan mainita tapaus *Fąfrowicz v. Puola* (2012), jossa kansallinen tuomioistuin ei ollut tehnyt oikeusapupyyntöä Yhdysvaltoihin tavoittaakseen siellä asuvan todistajan. EIT ei syyttänyt kansallista oikeuslaitosta tästä laiminlyönnistä, koska se ei ollut tiennyt todistajan osoitetta.<sup>179</sup> Voidaan kuitenkin kysyä, eikö olisi ollut kohtuullista edellyttää, että yhdysvaltaisilta viranomaisilta olisi pyydetty apua todistajan osoitteen ja olinpaikan selvittämisessä.

Ulkomailla oleskelevien todistajien tavoittaminen on myös muissa tapauksissa aiheuttanut rajanveto-ongelmia. Ratkaisuissa *Karpenko*, *Gabrielyan* ja *Trampevski v. Makedonia* (2012) vahvistettiin EIS 6 artiklan loukkaus, koska kansalliset viranomaiset eivät olleet ryhtyneet tarpeellisiin toimenpiteisiin todistajien tavoittamiseksi. Tapauksessa *Tseber v. Tshekin tasavalta* EIT korosti sen olevan tärkeää, että viranomaiset ryhtyvät riittäviin toimenpiteisiin, mutta ei katsonut tehtäväkseen tehdä listaa toimenpiteistä, joihin on ryhdyttävä.<sup>180</sup> Ratkaisujen perusteella ei ole aivan selvää, mitä riittävät toimenpiteet tarkoittavat, mutta kansallisilla viranomaisilla vaikuttaa olevan niiden suhteen jonkin verran harkintavaltaa.

Ratkaisusta *Babkin v. Venäjä* (2009) voitaneen puolestaan päätellä, että esitutkintakertomuksen näyttöosuus on otettava huomioon toimenpiteiden mitoittamisessa. Tapauksessa oli kyse todistajasta, joka ei voinut todistaa terveydentilansa vuoksi. EIT:n mukaan päätös olla kuulematta todistajaa sairaalassa ei tapauksen olosuhteissa ollut kohtuuton eikä rajoittanut puolustuksen oikeuksia liikaa. Arvioinnissa otettiin erityisesti huomioon, ettei kyseessä ollut ratkaiseva todiste.<sup>181</sup> Keskeisemmän todistajan kohdalla EIT olisi saattanut arvioida asiaa toisin. Ratkaisu *Babkin* annettiin muutama vuosi ennen ratkaisua *Al-Khawaja ja Tahery*, mutta kansallisilta tuomioistuimilta luultavasti vaaditaan edelleen pidemmälle meneviä toimenpiteitä merkittävien todistajien kohdalla.

#### 4.3 Yksinomainen tai ratkaiseva todiste

Al-Khawaja-testin toinen kohta vastaa perinteistä *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntöä. Siinä tarkastellaan, oliko poissaolevan todistajan esitutkintakertomus yksinomainen tai ratkaiseva todiste syytetyn syyllisyydestä. Jos vastaus on myöntävä, siirrytään tarkastelemaan testin kolmatta kohtaa. Jos taas todistajan

---

<sup>178</sup> *Karpenko* vastaan Venäjä, 24.9.2012, kohta 74. *Bonev* vastaan Bulgaria, 8.9.2006, kohta 44.

<sup>179</sup> *Fąfrowicz* vastaan Puola, 17.7.2012, kohta 56.

<sup>180</sup> *Tseber* vastaan *Tshekin tasavalta*, 22.2.2013, kohdat 65–69.

<sup>181</sup> *Babkin* vastaan Venäjä, 8.1.2009, s. 8–9.

poissaolo johtui hyväksyttävästä syyistä ja hänen esitutkintakertomuksellaan oli vähemmän kuin ratkaiseva merkitys oikeudenkäynnin lopputuloksen kannalta, vastakuulustelu-oikeutta ei ole loukattu.<sup>182</sup>

Suuri jaosto lausui selvyuden vuoksi, että yksinomainen merkitsee samaa kuin ainoa. Sillä tarkoitetaan tilanteita, joissa asiaa ratkaisevalla tuomioistuimella ei ole käytettävissään muuta syytetä tukevaa todistusaineistoa kuin poissaolevan todistajan kertomus. Kuten aikaisemminkin, termi *ratkaiseva* on keskeisempi, ja sitä on suuren jaoston mukaan tulkittava suppeasti. Ratkaiseva todiste on niin merkittävä tai tärkeä, että se todennäköisesti määrittää oikeudenkäynnin lopputuloksen. Esitutkintakertomus on näin ollen sitä epätodennäköisemmin ratkaiseva todiste, mitä vahvempaa muu näyttö on.<sup>183</sup> Suuren jaoston tarkoituksena oli selventää termin merkitystä ja siten vastata sitä koskevaan kritiikkiin, muttei täysin onnistunut.<sup>184</sup> Ratkaisussa annettu määritelmä ei itsessään riitä ratkaisemaan tulkintaongelmia, vaan on pikemminkin suuntaa antava. Tulkinnanvaraisuutta korostaa eriävän mielipiteen jättäneiden tuomarien Sajó ja Karakaş näkemys, että ratkaiseva todiste tarkoittaa todistetta, jota ilman syyttäjä ei voisi nostaa syytetä.

Koska termi *ratkaiseva* ei ole täysin selkeä ja sen arviointi on Al-Khawaja-testissä keskeisestä, sitä tulisi epäselvissä tilanteissa tulkita syytetyn eduksi. Puolustuksen kannalta on parempi, jos esitutkintakertomusta pidetään ratkaisevana, koska vähäisempi näyttöosuus merkitsee, että oikeudenkäyntimenettely on EIT:n mukaan ollut sopusoinnussa EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien kanssa. Kannanotto termin suppeasta tulkinnasta viittaa kuitenkin siihen, että kynnys pitää todistetta ratkaisevana on kohtuullisen korkealla. Se saattaa puolestaan johtaa siihen, että EIT yhä useammin hyväksyy poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen käyttämisen, mikä on puolustuksen oikeuksien kannalta huolestuttavaa.

#### 4.4 Tasapainottavat tekijät

Al-Khawaja-testin kolmatta kohtaa voidaan kutsua kompensointiedellytykseksi, sillä siinä arvioidaan, onko puolustuksen heikentynyttä asemaa kompensoitu riittävästi tasapainottavilla tekijöillä.<sup>185</sup> Kun näin on, oikeudenkäyntiä pidetään kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukaisena eikä EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ole loukattu. Tarkoituksena on taata, että esitutkintakertomuksen luotettavuudesta ollaan riittävän varmoja eikä syytetyn oikeuksia rajoiteta EIS 6 artiklan kanssa yhteensopimattomalla tavalla. Suuri jaosto painotti, ettei rikostuomio saa perustua pinnalliseen vaikutelmaan kertomuksen uskottavuudesta.

Tasapainottavat tekijät ovat kansalliseen oikeudenkäyntimenettelyyn kuuluvia prosessuaalisia oikeusturvatekijä, jotka parantavat syytetyn puolustautumismahdollisuuksia. Niihin kuuluu suuren jaoston mukaan esimerkiksi huolellinen todistusharkinta, muut EIS 6 artiklan 3 kohdan mukaiset syytetyn

---

<sup>182</sup> Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 147.

<sup>183</sup> Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 131.

<sup>184</sup> De Wilde 2013 s. 164.

<sup>185</sup> Jämsä 2016 s. 826.

vähimmäisoikeudet ja *common law* -maissa valamiehistöön ohjeistaminen. Myös muuta syytettä tukevaa näyttöä pidetään tasapainottavana tekijänä. Niiden avulla puolustukselle ikään kuin hyvitetään se, että vastakuulustelu-oikeutta on loukattu hyödyntämällä poissaolevan todistajan esitutkintakertomusta.<sup>186</sup> Yksittäistapauksessa on arvioitava, mitä tasapainottavia tekijöitä oikeudenkäynnissä on ollut ja miten ne ovat toteutuneet.<sup>187</sup> Tasapainottavia tekijöitä on tosin kritisoitu siitä, että EIT on oikeuskäytännössään laskenut niihin oikeuksia, jotka syytetyllä on jo ennestään EIS 6 artiklan nojalla. Kun tasapainottaviksi tekijöiksi lasketaan esimerkiksi tiedonsaantioikeus tai oikeus oikeudelliseen avustajaan, perusteltuun päätökseen tai tuomarin puolueettomuuteen, syytetyn aseman heikentymistä kompensoidaan antamalla hänelle oikeuksia, jotka muutenkin kuuluvat hänelle. On hieman kyseenalaista, voiko yhden EIS 6 artiklan piiriin kuuluvan oikeuden kunnioittaminen oikeuttaa toisen loukkaamisen.<sup>188</sup>

Tuomarit Sajó ja Karakaş kritisoivat osittain eriävässä mielipiteessään sitä, että todistusharkintaa pidetään tasapainottavana tekijänä, koska tosiasiallisesti päätöksenteossa joko hyödynnetään tiettyä todistetta tai ei hyödynnetä. He huomauttivat, että vastakuulustelussa saatua tietoa esitutkintakertomuksen epävarmuustekijöistä ei voi korvata varovaisella ja huolellisella todistusharkinnalla. Väärin tuomitun henkilön näkökulmasta on yhdentekevää, että tuomari on ymmärtänyt, että esitutkintakertomukseen saattaa liittyä riskejä, jos hän on kuitenkin langettanut sen perusteella rangaistuksen. Tuomarien Sajó ja Karakaş mukaan syytetyn tuomitseminen luotettavalta vaikuttavan todistajankertomuksen nojalla, jota ei ole voitu tarkastella vastakuulustelussa, on kuin ohittaisi oikeudenkäynnin, koska syytetty vaikuttaa syylliseltä. Kannanotto on provosoiva, mutta ajatus sen taustalla on perusteltu. Al-Khawaja-testi perustuu olettamukselle, että tasapainottavat tekijät voivat korvata vastakuulustelun ja taata todistelun luotettavuuden, mutta se ei välttämättä pidä paikkaansa.

Ratkaisu *Al-Khawaja ja Tahery* jätti monia tasapainottavia tekijöitä koskevia kysymyksiä avoimeksi. Suuri jaosto ei selittänyt kovin perusteellisesti, mitä kompensointi tarkalleen ottaen tarkoittaa ja miten se käytännössä toimii.<sup>189</sup> Sen mukaan tasapainottavien tekijöiden on vastattava esitutkintakertomuksen näyttöosuutta ja puolustukselle aiheutuvaa riskiä, joka on korkeampi kertomuksen ollessa ainoa syytettä tukeva todiste kuin silloin, kun saatavilla on myös muuta näyttöä.<sup>190</sup> Ratkaisun perusteella jäi kuitenkin epäselväksi, millaista kompensoinnin tasoa näissä tilanteissa vaaditaan eikä tasapainottavien tekijöiden mitoittaminen liene yksinkertaista. Olemassa ei ole mittaria tai kaavaa, johon erilaisia oikeussuojakeinoja vähentämällä ja lisäämällä saataisiin selville oikeudenkäynnin kokonaisvaltaisen oikeudenmukaisuuden taso. Keskenään erilaisten prosessuaalisten seikkojen vertailu ja hierarkkiseen arvojärjestykseen asettaminen on

---

<sup>186</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 562.

<sup>187</sup> De Wilde 2013 s. 166.

<sup>188</sup> Goss 2014 s. 144–147.

<sup>189</sup> Goss 2014 s. 140–141.

<sup>190</sup> Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 139.

vaikeaa. Tuomarit Sajó ja Karakaş olivatkin huolissaan siitä, että kompensointi on epätarkkaa ja epävarmaa. Heidän mukaansa vastakuulustelu-oikeudesta tulisi voida poiketa tasapainottavien tekijöiden perusteella vain, kun poissaolevan todistajan kertomus on ollut vähäinen osa syytettä tukevaa näyttöä. On kieltämättä ongelmallista, että suuren jaoston näkemyksen mukaan tasapainottavien tekijöiden ollessa riittävän vahvoja syytetty voitaisiin tuomita rikoksesta, vaikka ainoa todiste hänen syyllisyydestään olisi poissaolevan todistajan esitutkintakertomus.

Al-Khawaja-testi vei oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointiin aikaisempaa pidemmälle. Muutos aikaisempaan havaitaan esimerkiksi vertaamalla tapauksissa *Lucà* (2001) ja *Al-Khawaja ja Tahery* käytettyjä sanamuotoja (ks. luku 3.2), mihin myös tuomari Bratza kiinnitti huomiota enemmistön kanssa yhtenevässä mielipiteessään. Tapauksen *Lucà* kohta 40 osoittaa *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön olevan joustamaton, kun taas tapauksen *Al-Khawaja ja Tahery* kohdassa 119 käytetään harkinnanvaraisuutta korostavaa ilmaisua. Sanamuodon muutos havaitaan myös molempien tapausten ranskankielisistä versioista, mikä vahvistaa oletusta, että se on tehty tietoisesti.<sup>191</sup> Pieni muutos ratkaisujen sanamuodossa heijastelee suurta periaatteellista muutosta siinä, miten EIT ymmärtää puolustuksen oikeudet, oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden ja niiden keskinäisen suhteen. Ennen Al-Khawaja-testiä vastakuulustelu-oikeus merkitsi oikeutta esittää kysymyksiä ratkaisevan tärkeille todistajille, kun taas testin myötä se pikemminkin merkitsee yleisempää oikeutta oikeudenmukaisuuteen ja todistelun luotettavuudesta varmistumiseen.<sup>192</sup>

Tästä huolimatta suuri jaosto esitti testin kuin se olisi yhdenmukainen aiemman oikeuskäytännön kanssa. Se korosti, että EIT on aina arvioinut EIS 6 artiklan 3 kohtaa osana kokonaisvaltaista oikeudenmukaisuutta ja katsonut 3 kohdan sisältämien vaatimusten olevan vain yksi EIS 6 artiklan 1 kohdan elementti. Periaatteella, jonka mukaan oikeudenmukaisuutta arvioidaan kokonaisuutena, on kieltämättä pitkät perinteet EIT:n oikeuskäytännössä, ja sitä on jopa kutsuttu yhdeksi vakiintuneimmista EIT:n soveltamista oikeusperiaatteista.<sup>193</sup> EIS 6 artiklan 3 kohdalla on kuitenkin ennen ollut huomattavasti enemmän itsenäistä merkitystä.<sup>194</sup> Aikaisemmin *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntö rajoitti kokonaisarviointia, ja sitä noudatettiin tapauksen yksityiskohdista huolimatta.<sup>195</sup>

Myös tuomarit Sajó ja Karakaş kiinnittivät huomiota siihen, että ratkaisu poikkesi EIT:n aiemmasta linjasta. Aiemmin syytetyn oikeuksia katsottiin rajoitetun EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan vastaisesti, jos tuomio perustui todistajankertomukseen, jota hän ei ollut voinut haastaa esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä. Tietynasteista kokonaisarviointia tehtiin silloinkin, mutta ratkaisussa *Al-Khawaja ja Tahery* esitelty kokonaisarviointin tapa

---

<sup>191</sup> De Wilde 2013 s. 162.

<sup>192</sup> De Wilde 2013 s. 181.

<sup>193</sup> Mirilashvili vastaan Venäjä, 5.6.2009, kohta 164–166.

<sup>194</sup> Goss 2014 s. 82 ja 138. Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohdat 143–145.

<sup>195</sup> De Wilde 2013 s. 172.

on uusi. Tuomarit Sajó ja Karakaş muistuttivat, ettei EIT koskaan poikennut kokonaisarvion perusteella *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännöstä syytetyn vahingoksi eikä pitänyt oikeudenkäyntiä oikeudenmukaisena, kun yksi siihen kuuluvista perustavanlaatuisista oikeuksista oli tehty merkityksettömäksi. Heidän mielestään Al-Khawaja-testissä annetaan vastakuulustelu-oikeuden kustannuksella liian paljon painoarvoa muille seikoille.

Tuomarit Sajó ja Karakaş argumentoivat myös, ettei aiemman linjan muuttamiselle ja ihmisoikeuksien suojan heikentämiselle ollut pakottavaa syytä. Suuri jaosto kuitenkin perusteli Al-Khawaja-testiä sillä, että *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntö oli liian jäykkä ja johti siksi toisinaan epätydyttäviin ratkaisuihin. Sääntö ei ottanut huomioon eri oikeusjärjestysten eroavaisuuksia eikä puolustuksen, asianomistajien, todistajien ja julkisen vallan kilpailevia intressejä.<sup>196</sup> Selitys vaikuttaa hieman pinnalliselta ottaen huomioon, kuinka merkittävästä muutoksesta on kyse, sillä joustavuus tuo mukanaan ennakoimattomuutta ja epävarmuutta. Tuomarit Sajó ja Karakaş toivat myös esille, että syytetyn vähimmäisoikeudet kirjattiin EIS 6 artiklaan syytetyn ja valtion vastakkaisia intressejä koskeneen punninnan tuloksena. Jos niitä punnitaan yksittäistapauksissa uudestaan kokonaisvaltaisen oikeudenmukaisuuden nimissä, rikosprosessiin väistämättä kuuluva rakenteellinen valtaepätasapaino vinoutuu entisestään syytetyn vahingoksi.

Tuomarien Sajó ja Karakaş huolta vastakuulustelu-oikeuden suojan heikentymisestä voidaan pitää perusteltuna. EIS 6 artiklaan on kirjattu useita täsmällisiä oikeuksia sen vuoksi, että oikeudenmukaisuus on epäselvä termi, jonka tarkkaa merkitystä on vaikea määritellä. Al-Khawaja-testi voi johtaa siihen, että EIS 6 artiklan kohdat ja alakohdat typistyvät sanoihin *oikeudenmukainen oikeudenkäynti*. Se puolestaan uhkaa tehdä oikeudenmukaisuudesta sisällöttömän käsitteen, heikentää puolustuksen oikeuksia ja vaikuttaa siihen, miten EIT käsittelee tapauksia, joissa epäillään EIS 6 artiklan loukkausta.<sup>197</sup>

## 5. Linjanmuutoksen uudelleenarviointi: *Schatschaschwili v. Saksa*

### 5.1 Tapauksen faktat

Tapauksen *Al-Khawaja ja Tahery* jälkeen EIT antoi lukuisia ratkaisuja, joissa sovellettiin Al-Khawaja-testiä.<sup>198</sup> Sitä kuitenkin arvioitiin uudelleen jo vuonna 2015 tapauksessa *Schatschaschwili v. Saksa*, joka liittyi maasta poistuneisiin todistajiin. Jaosto sovelsi Al-Khawaja-testiä sellaisena kuin se oli esitelty ratkaisussa *Al-Khawaja*

<sup>196</sup> Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 15.12.2011, kohta 146.

<sup>197</sup> Goss 2014 s. 82, 86–87 ja 139.

<sup>198</sup> Mm. Efendiyev vastaan Azerbaidzan, 18.12.2014. Vronchenko vastaan Viro, 18.7.2013. Štefančič vastaan Slovenia, 25.1.2013. Hümmer vastaan Saksa, 19.10.2012. Trampevski vastaan Makedonia, 10.10.2012. Karpenko vastaan Venäjä, 24.9.2012. Aigner vastaan Itävalta, 10.8.2012. Fąfrowicz vastaan Puola, 17.7.2012. Chmura vastaan Puola, 3.7.2012.

*ja Tahery* ja katsoi äänin 5–2, ettei EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ollut loukattu. Suuri jaosto päätyi kuitenkin äänin 10–7 päinvastaiseen lopputulokseen. Suuri jaosto halusi selventää ja täsmentää *Al-Khawaja*-testiä, mutta myös joustavoittaa sitä painottamalla entistä enemmän oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointia.<sup>199</sup> Suuri jaosto halusi tarkentaa erityisesti sitä, missä järjestyksessä kriteerejä tarkastellaan ja täytyykö kaikissa tapauksissa arvioida jokaista kriteeriä.<sup>200</sup> Ratkaisuun jätettiin kolme eriävää mielipidettä, mikä kertoo sen kiistanalaisuudesta. Oikeuskirjallisuudessa ratkaisua on arvosteltu, koska selventämisen sijaan se herätti uusia kysymyksiä.<sup>201</sup> Ratkaisua voidaan kuitenkin pitää yhtä merkittävänä ennakkopäätöksenä kuin ratkaisua *Al-Khawaja ja Tahery*, ja KKO on huomionnut sen ratkaisuisa KKO 2017:93, KKO 2018:54 ja KKO 2019:14.

Tapauksessa oli kyse siitä, että valittaja oli tuomittu kahdesta törkeästä ryöstöstä ja törkeästä kiristyksestä yhdeksän vuoden ja kuuden kuukauden vankeusrangaistukseen. Hän ja tuntematon rikoskumppani olivat aitoa asetta muistuttavalla kaasupistoolilla uhaten tunkeutuneet liettualaisten seksityöntekijöiden asunnolle ja vieneet sieltä rahaa ja matkapuhelimia. Muutaman kuukauden kuluttua valittaja oli tunkeutunut muiden henkilöiden kanssa kahden latvialaisen seksityöntekijän asunnolle ja veitsellä uhaten pakottanut heidät luovuttamaan rahaa ja matkapuhelimen. Jälkimmäisen ryöstön asianomistajat olivat rikoksen ainoat silminnäkijät, mutta he kertoivat tapahtumista kahdelle tuttavalleen. Pian he kertoivat rikoksesta myös poliisille ja tutkintatuomarille, joille he ilmoittivat aikovansa palata mahdollisimman pian Latviaan. Valittajalle ei varattu esitutkinnassa tilaisuutta esittää asianomistajille kysymyksiä, koska hänen läsnäolonsa epäiltiin vaikuttavan heidän kertomuksiinsa. Valittajalla ei myöskään ollut oikeudellista avustajaa, koska hänelle ei ollut vielä tässä vaiheessa ilmoitettu rikosepäilyistä.

Saksalainen tuomioistuin kutsui Latviaan palanneet asianomistajat todistamaan, mutta he kieltäytyivät lääketieteellisistä syistä. Lääkärintodistusten mukaan he olivat epävakaassa post-traumaattisessa tilassa. Tuomioistuin yritti kirjeitse suostutella heitä todistamaan erilaisten erityisjärjestelyjen avulla. Toinen asianomistajista ei vastannut, ja toinen kertoi pelkäävänsä kostotoimenpiteitä ja olevansa liian traumatisoitunut todistaakseen. Tuomioistuin teki Latviaan kaksi oikeusapupyyntöä asianomistajien kuulemiseksi videoyhteydellä, mutta yritykset eivät johtaneet mihinkään. Todistamisen osoittauduttua mahdottomaksi tuomioistuin hyväksyi asianomistajien esitutkintakertomukset todisteeksi. Tuomioistuin luonnehti poissaolevia todistajia avaintodistajiksi ja langetti tuomion erityisesti heidän esitutkintakertomustensa perusteella. Saatavilla oli kuitenkin myös muuta syytettä tukevaa näyttöä. Syytettyjen puhelimista ja autoista oli saatu GPS- ja lokitietoja, ja sen lisäksi poliisi oli kuunnellut heidän puhelimiaan. Oikeudenkäynnissä kuultiin poliiseja, tutkintatuomaria ja sivullisia, joille poissaolevat todistajat olivat kertoneet tapahtumista. Valittaja oli lisäksi myöntänyt olleensa asianomistajien asunnolla tapahtuma-

---

<sup>199</sup> Jokela 2018 s. 628. Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 567.

<sup>200</sup> Schatschaschwili vastaan Saksa, 15.12.2015, kohdat 111–118.

<sup>201</sup> Tapanila 2019 s. 150.

aikaan ja lähteneensä pakenevan asianomistajan perään. Tuomioistuin otti harkinnassaan huomioon myös ryöstöjen samankaltaisuuden ja todistajanlausunnot ensimmäisestä ryöstöstä. Se arvioi oikeudenkäynnin olleen oikeudenmukainen vastakuulustelun puuttumisesta huolimatta.

## 5.2 Täsmennykset Al-Khawaja-testiin

### 5.2.1 Johtaako hyväksyttävän syyn puuttuminen EIS 6 artiklan loukkaukseen?

Suuri jaosto tarkasteli ratkaisun *Schatschaschwili* perusteluissa ensinnäkin sitä, merkitseekö hyväksyttävän syyn puuttuminen automaattisesti EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkausta. Se huomautti, että ratkaisulla *Al-Khawaja ja Tahery* pyrittiin eroon jäykistä ja sattumanvaraiseen lopputulokseen johtavista säännöistä, eikä tarkoituksena ollut kehittää uusia sellaisia. Näin ollen EIS 6 artiklan loukkausta ei voi aiheuttaa pelkästään se, ettei todistajan poissaololle ole tuomioistuimen näkökulmasta hyväksyttävää syytä. Testin seuraavia kohtia on toisin sanoen tarkasteltava, vaikka ensimmäiseen kohtaan vastattaisiin kielteisesti. Muunlainen tulkinta tarkoittaisi, että epäolennainen tai vain marginaalisesti merkittävä esitutkintakertomus johtaisi oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen. Suuri jaosto kuitenkin totesi, että hyväksyttävän syyn puuttuminen on erittäin tärkeä kokonaisarvostelussa huomioitava seikka, joka saattaa kallistaa vaa'ankielen EIS 6 artiklan loukkauksen kannalle. Kansallisilla tuomioistuimilla on näin ollen velvollisuus arvioida tarkasti todistajan poissaolon syytä ja toimia aktiivisesti varmistaakseen hänen läsnäolonsa oikeudenkäynnissä. Tarvittaessa on turvauduttava poliisiin tai kansainväliseen oikeusapuun, jossa valtion oikeusviranomainen ryhtyy toisen valtion oikeusviranomaisen pyynnön perusteella johonkin prosessuaalisen toimenpiteeseen.<sup>202</sup> Oikeusapupyynnön vastaanottanut oikeusviranomainen voi esimerkiksi kutsua todistajan paikalliseen tuomioistuimeen, jotta hän voi osallistua oikeudenkäyntiin videoyhteydellä.

Tuomarit Spielmann, Karakaş, Sajó ja Keller olivat enemmistön kanssa samaa mieltä EIS 6 artiklan loukkauksesta, mutta eri mieltä periaatteellisista linjauksista. Heidän mukaansa Al-Khawaja-testin tarkoituksena oli tuoda oikeudenmukaisuuden arviointiin konkreettisuutta, minkä vuoksi sen kolmesta kriteeristä ja erityisesti hyväksyttävän syyn vaatimuksesta ei pitäisi joustaa näin paljon. He painottivat, että puolustuksella on oltava mahdollisuus kuulustella jokaista todistajaa, jonka kertomus vaikuttaa tuomioon. Sen tähden EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia loukataan, jos todistajan poissaololle ei ole hyväksyttävää syytä ja hänen kertomuksellaan on jonkin verran merkitystä tuomion langettamisessa. Tällöin testin kahta seuraavaa kohtaa ei tarvitsisi tarkastella. He huomauttivat, että vastakuulustelu-oikeudesta tulee hyvin heikko, jos oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointi sallitaan hyväksyttävän syyn puuttumisesta huolimatta.

---

<sup>202</sup> Fredman ym. 2014 s. 228.

Erillisen eriävän mielipiteen jättänyt tuomari Kjølbros oli muiden kanssa samaa mieltä siitä, ettei hyväksyttävän syyn puuttumisen tule automaattisesti merkitä EIS 6 artiklan loukkausta. Hän ei asettanut esitutkintakertomuksen näyttöarvolle rajaa, jonka ylittyessä oikeudenkäynti on epäoikeudenmukainen, jos kertomusta hyödynnetään ilman hyväksyttävää syytä. Hän kuitenkin korosti, että syytetyn oikeuksien vuoksi poissaolevan todistajan esitutkintakertomusta ei pääsääntöisesti tule hyväksyä todisteeksi. Kaikki suuren jaoston jäsenet olivat toisin sanoen samaa mieltä siitä, ettei hyväksyttävän syyn vaatimuksen tule olla täysin ehdoton, mutta erimielisyyttä aiheutti se, mihin raja vedetään. Eriävän mielipiteen jättäneet tuomarit kannattivat tiukempaa linjaa kuin enemmistö.

#### 5.2.2 Missä järjestyksessä Al-Khawaja-testin kriteerejä arvioidaan?

Ratkaisussa *Al-Khawaja ja Tahery* testin kriteerit esiteltiin selkeässä järjestyksessä, jota noudatettiin myös sen jälkeen annetuissa ratkaisuissa. Tässä tapauksessa suuri jaosto kuitenkin katsoi, että järjestystä oli tarkasteltava uudelleen. Sen mukaan alkuperäinen järjestys on yleensä käytännön syistä perusteltu, koska tuomarin on harkittava poissaolon hyväksyttävyyttä ajallisesti ensin voidakseen tehdä päätöksen esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä. Tuomari pystyy arvioimaan esitutkintakertomuksen näyttöarvoa vasta oikeudenkäynnin lopussa tutustuttuaan kaikkeen asiassa esitettyyn näyttöön. Esitutkintakertomuksen näyttöarvo puolestaan määrittää, kuinka vahvoja tasapainottavia tekijöitä oikeudenmukaisuus vaatii. Tuomioistuimien ei kuitenkaan saa olla sidottu mihinkään tiettyyn järjestykseen, koska eri järjestys voi olla yksittäistapauksessa järkevämpi. Al-Khawaja-testin kriteerit liittyvät toisiinsa ja ovat osa kokonaisuutta, mutta yksi niistä voi jossain tapauksessa olla muita merkittävämpi. Tuomari Kjølbros puolestaan korosti alkuperäistä järjestystä enemmän kuin suuri jaosto ja katsoi, että sitä tulisi noudattaa jatkossakin. Hän piti kuitenkin suotavana, että järjestyksestä on mahdollista poiketa tarvittaessa.

Suuren jaoston kannanotto on osa laajempaa kokonaisvaltaisuutta korostavaa suuntausta, jota myös hyväksyttävän syyn vaatimuksen lieventäminen kuvastaa. Suuren jaoston mainitsemien käytännön syiden vuoksi sen ei olisi välttämättä tarvinnut ohjeistaa kansallisia tuomioistuimia kriteerien joustavuudesta, mutta katsoi sen kuitenkin jostain syystä tarpeelliseksi. Se ei myöskään antanut tarkempia ohjeita siitä, milloin alkuperäisestä järjestyksestä on syytä poiketa ja miten paljon painoarvoa milläkin kriteerillä tulisi olla, vaan antoi kansallisille oikeuslaitoksille vapauden toimia parhaaksi katsomallaan tavalla. On kuitenkin mahdollista, että EIT joutuu myöhemmin puuttumaan tästä aiheutuvaan epätietoisuuteen.

#### 5.2.3 Milloin tasapainottavia tekijöitä arvioidaan?

Suuri jaosto arvioi uudelleen myös Al-Khawaja-testin toisen ja kolmannen kriteerin suhdetta. Sen mukaan tasapainottavia tekijöitä tulee arvioida myös silloin, kun poissaolevan todistajan kertomuksella on merkittävä painoarvo (*significant weight, un poids certain*) syytetyn syyllisyyden toteennäyttämässä ja sen

hyödyntäminen saattaa heikentää puolustuksen asemaa. Suuri jaosto perusteli kantaansa sanoen, että toisinaan on ilmeistä, että poissaolevan todistajan kertomuksella on merkittävä painoarvo, vaikka olisi epäselvää, voidaanko sitä pitää ratkaisevana todisteena.

Uutta käsitettä *merkittävä painoarvo* on arvosteltu oikeuskirjallisuudessa epäselvyydestä, tulkinnanvaraisuudesta ja tarpeettomuudesta. On pohdittu, korvaako se testin toisen kriteerin tai onko se *ainoan todisteen ja ratkaisevan todisteen* ohelle kehitetty kolmas kategoria. Tapaus *Schatschaschwili* ei tarjoa tulkinta-apua, koska siinä oli runsaasti syytettä tukevaa todistusaineistoa etenkin verrattuna tapaukseen *Al-Khawaja ja Tahery*. Epäselvyyttä korostaa, että ratkaisun ranskankielisessä versiossa käytetty ilmaisu *un poids certain* merkitsee suomeksi *tiettyä painoarvoa* ja viitanee matalampaan painoarvoon kuin englanninkielinen *significant weight*. Myös lisäedellytys puolustuksen aseman mahdollisesta heikentymisestä on kyseenalaistettu, koska se vähättelee vastakuulustelun merkitystä ja esitutkintakertomukseen liittyviä riskejä.<sup>203</sup> Puolustuksen aseman voidaan lähtökohtaisesti katsoa heikentyneen aina, kun todisteena on käytetty poissaolevan todistajan esitutkintakertomusta.

Tuomari Kjølbrotta kuitenkin korosti, että suuri jaosto ei luonut uutta kategoriaa esitutkintakertomuksen näyttöosuudelle, vaan ohjeisti kansallisia tuomioistuimia arvioimaan tasapainottavia tekijöitä hankalissa rajanvetotilanteissa. Termillä *merkittävä painoarvo* puututaan tilanteisiin, joissa on selvää, että esitutkintakertomus on merkittävä todiste, mutta on tulkinnanvaraista, ratkaiseeko juuri se näyttökynnyksen ylittymisen. Hänen mukaansa linjausta tarvitaan, koska yksi keskeisimmistä oikeudellisista kysymyksistä sekä ennen ratkaisua *Al-Khawaja ja Tahery* että sen jälkeen on ollut, oliko esitutkintakertomus ratkaiseva todiste.

On totta, että EIT on tapauksesta *Unterpertinger* alkaen arvioinut, onko tuomio perustunut yksinomaan tai ratkaisevassa määrin esitutkintakertomukseen, jota ei ole voitu tarkastella vastakuulustelussa. Yhtä kauan termin *ratkaiseva* tulkittamiseen ja soveltamiseen on liittynyt hankaluuksia. Todistusharkinta on jossain määrin subjektiivista, joten erilaiset näkökulmat samaan todistusaineistoon voivat olla perusteltuja. Esimerkiksi tässä tapauksessa suuren jaoston vähemmistö piti muuta asiassa esitettyä näyttöä merkittävämpänä kuin enemmistö, jonka näkemys voitti vain kolmella äänellä. Uusi käsite ei kuitenkaan välttämättä tuo *Al-Khawaja*-testiin lisäarvoa tai ratkaise tulkintaongelmia, jotka saattavat vain siirtyä uuteen käsitteeseen. Selvennyksen sijasta terminologian muutokset saattavat aiheuttaa väärinkäsityksiä ja epätietoisuutta. Toistaiseksi on epäselvää, mitä merkittävällä painoarvolla tarkalleen ottaen tarkoitetaan ja mihin sen mukainen kynnys asettuu.<sup>204</sup> Myös se on toistaiseksi epäselvää, onko tasapainottavia tekijöitä syytä tarkastella, jos esitutkintakertomuksella on vähemmän kuin merkittävä painoarvo. Suuren jaoston kanta viittaa kielteiseen vastaukseen, mutta näin ei voida sanoa varmasti. Tällä ratkaisulla madallettiin kynnystä

---

<sup>203</sup> Tapanila 2019 s. 150. Tapanila 2018 s. 752–754. Jämsä 2016 s. 829–830.

<sup>204</sup> Kempainen 2017 s. 396.

tarkastella tasapainottavia tekijöitä, ja sama kehityskulku saattaa jatkua. Oikeuskirjallisuudessa on myös esitetty, että tasapainottavia tekijöitä tulisi arvioida aina, kun todistusaineistoon kuuluu poissaolevan todistajan esitutkintakertomus.<sup>205</sup> Se olisi ainoa tapa päästä eroon esitutkintakertomuksen näyttöosuuspunninnan hankaluuksista, mutta silloin oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointia koskevat ongelmat korostuisivat.

Tuomarit Spielmann, Karakaş, Sajó ja Keller olivat huolissaan siitä, että enemmistön kanta johtaa Al-Khawaja-testin toisen kohdan merkityksen heikkenemiseen. Esitutkintakertomusten näyttöarvon määrittäminen saattaa jatkossa jäädä vähemmälle huomiolle, sillä kansalliset tuomioistuimet todennäköisesti arvioivat vain, onko todistajan poissaololle hyväksyttävä syy ja ovatko tasapainottavat tekijät olleet riittäviä. Koska hyväksyttävän syyn vaatimus ei ole ehdoton, enemmistön linjaus vähentää sekä ensimmäisen että toisen kriteerin merkitystä. Yritys selventää Al-Khawaja-testiä saattaa siten tosiasiasa johtaa yksiportaiseen ”Schatschaschwili-testiin”, jonka ainoa kysymys on, onko oikeudenkäynti ollut kokonaisuutena arvioiden oikeudenmukainen. Tällainen lähestymistapa heikentää huomattavasti vastakuulustelu-oikeuden velvoittavuutta.

Suuri jaosto antoi esimerkkejä tasapainottavista tekijöistä ja muistutti, että niillä pyritään edistämään poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen luotettavuuden arviointia. Yksi tärkeimmistä tasapainottavista tekijöistä on, että kansallinen tuomioistuin lähestyy esitutkintakertomusta varovaisuudella ja osoittaa ymmärtävänsä, että sillä on vähemmän näyttöarvoa kuin oikeudenkäynnissä suullisesti annettulla todistajankertomuksella. Tuomion perusteluissa on oltava yksityiskohtainen selostus todistusharkinnasta ja erityisesti siitä, miksi tuomioistuin pitää esitutkintakertomusta luotettavana. Todistusharkintaan on perusteltua kiinnittää huomiota, mutta on kuitenkin syytä muistaa, että myös EIT:n tuomarit ovat kritisoineet sitä, että todistusharkinta katsotaan tasapainottavaksi tekijäksi (ks. luku 4.4). *Common law* -maissa tuomioistuimen on puolestaan ohjeistettava valamiehistöä esitutkintakertomuksen hyödyntämisen riskeistä.

Tasapainottaviin tekijöihin kuuluu myös se, että syytetylle annetaan mahdollisuus kertoa näkemyksensä tapahtumista ja kommentoida esitutkintakertomusta. Tällä tavoin hän voi tuoda esiin poissaolevan todistajan mahdollisia motiiveja valehteluun ja muita esitutkintakertomuksen luotettavuuteen vaikuttavia seikkoja. Oikeus kommentoida syytettä ja sen tueksi esitettyä näyttöä on kuitenkin oikeudenmukaiseen rikosprosessiin niin perustavanlaatuisesti kuuluva seikka, että on kyseenalaista, voiko sen toteutuminen kompensoida vastakuulustelu-oikeuden loukkausta. Perustellumpaa olisi, jos ainoastaan sen puuttuminen otettaisiin kokonaisarviossa huomioon oikeudenmukaisuutta huomattavasti heikentävänä tekijänä.

---

<sup>205</sup> Jämsä 2016 s. 829.

Myös esitutkinnassa toteutettu vastakuulustelu ja esitutkintakuulustelujen videoiminen ovat tasapainottavia tekijöitä. Video voidaan tarvittaessa näyttää oikeudenkäynnissä, jotta tuomari, syyttäjä ja puolustus voivat paremmin arvioida todistajan luotettavuutta ja kuulustelun kulkua. Kun on kyse todistamista pelkäävästä todistajasta, syytetylle voitaisiin oikeudenkäynnissä järjestää mahdollisuus kysyä todistajalta kysymyksiä kirjallisesti tai muulla tavoin epäsuorasti. Se, että suuri jaosto pitää näitä todistajan kuulemisen muotoja tasapainottavina tekijöinä eikä vastakuulustelu-oikeuden toteuttamisena, korostaa sitä, miten tärkeänä lähtökohtana se pitää todistajan henkilökohtaista ja suullista kuulemistä pääkäsittelyssä.

Tuomari Kjølbrosuhtautui kuitenkin epäilevästi siihen, että esitutkinnassa järjestetty vastakuulustelu olisi tasapainottava tekijä. Hänen mukaansa EIS 6 artiklan 3 (d) kohtaa ei ole ollenkaan loukattu, jos puolustus on esitutkinnassa voinut esittää todistajalle kysymyksiä. Hänen näkökulmastaan tärkeintä lienee tosiasiallinen mahdollisuus vastakuulusteluun, kun taas enemmistön mukaan vastakuulusteluja esitutkinnassa ja pääkäsittelyssä ei voi verrata toisiinsa. Esimerkiksi Suomessa esitutkinta ja oikeudenkäynti poikkeavat merkittävästi toisistaan, joten enemmistön näkökulmaa voidaan pitää perustellumpana.

Syytettä ja esitutkintakertomusta tukeva näyttö on myös tärkeä tasapainottava tekijä, vaikka se poikkeaa muista luonteeltaan menettelyllisistä tasapainottavista tekijöistä. Erytistä painoarvoa on sillä, jos poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen ja oikeudenkäynnissä esiintyvän todistajan kertomuksen välillä on yhtäläisyyksiä, kunhan heidän ei epäillä vaikuttaneen toisiinsa. Se on merkittävää etenkin silloin, kun puolustus on vastakuulustellut tätä toista todistajaa. Muun syytettä tukevan näytön huomioiminen on perusteltua, koska siten voidaan varmistua esitutkintakertomuksen luotettavuudesta. On kuitenkin mielenkiintoista, että se otetaan huomioon kahdesti. Se vaikuttaa sekä esitutkintakertomuksen näyttöosuuteen että puolustuksen heikentyneen aseman kompensointiin.

Suuri jaosto pyrki esimerkkien avulla havainnollistamaan, mitä se tarkoittaa tasapainottavilla tekijöillä, mutta kaikki niihin liittyvät ongelmat eivät kuitenkaan ratkenneet *Schatschaschwilin* myötä. Puolustuksen heikentyneen aseman kompensointiin liittyy edelleen samat tasapainottavien tekijöiden mitoittamista ja keskinäistä vertailua koskevat vaikeudet kuin ennenkin.

### 5.3 Uudistetun testin soveltaminen tapaukseen

Suuri jaosto arvioi Al-Khawaja-testin kriteerejä alkuperäisessä järjestyksessä, vaikka toikin esille, ettei se ole kaikissa tapauksissa perusteltua. Sen mukaan todistajien poissaololle ja siten esitutkintakertomusten hyödyntämiselle oli tässä tapauksessa kansallisen tuomioistuimen näkökulmasta hyväksyttävä syy. Todistaminen ei ollut onnistunut, koska kansallinen tuomioistuin ei voinut velvoittaa Latviassa oleskelevia asianomistajia todistamaan eikä kansainvälinen oikeusapu tuottanut tulosta. Suuri jaosto arvioi esitutkintakertomusten olleen ratkaisevia, koska jälkimmäiselle ryöstölle ei ollut muita silminnäkijöitä ja muu

näyttö oli kuulopuhetta ja epäsuoraa aihetodistelua. Johtopäätös on hieman yllättävä, sillä muu näyttö vaikutti kansallisen tuomioistuimen päätöksentekoon suhteellisen paljon ja se oli vahvaa verrattuna erityisesti tapaukseen *Al-Khawaja ja Tahery*. Suuri jaosto saattoi toisaalta antaa harkinnassaan merkitystä kansallisen tuomioistuimen arviolle, jonka mukaan asianomistajat olivat avaintodistajia. On myös mielenkiintoista, että suuri jaosto esitteli tässä ratkaisussa uuden käsitteen *merkittävä painoarvo*, mutta ei tilaisuudesta huolimatta käyttänyt sitä.

Lopuksi suuri jaosto arvioi tasapainottavia tekijöitä. Sen mukaan kansallinen tuomioistuin oli suhtautunut esitutkintakertomuksiin varovaisesti ja ymmärtänyt niiden heikomman näyttöarvon. Tuomioistuin oli ottanut kattavasti huomioon niiden luotettavuuteen vaikuttavia seikkoja ja vertaillut useita todistajankertomuksia keskenään. Valittajalla oli lisäksi ollut mahdollisuus kertoa oman näkemyksensä tapahtumista, kyseenalaistaa todistajien luotettavuus ja kysyä kysymyksiä muilta todistajilta. Valittajalla ei kuitenkaan ollut mahdollisuutta esittää poissaoleville todistajille kirjallisia kysymyksiä oikeudenkäynnin aikana eikä vastakuulustelua ollut järjestetty esitutkinnassa. Suuri jaosto kiinnitti erityistä huomiota siihen, että valittajalle olisi saksalaisen lainsäädännön mukaan voitu nimetä puolustaja, joka olisi voinut osallistua esitutkintakuulusteluihin, mutta näin ei ollut tehty. Esitutkintakuulusteluja ei ollut myöskään videoitu, joten niiden jälkikäteen arviointi oli mahdotonta.

Suuri jaosto katsoi kokonaisarvion perusteella, että oikeudenkäynti oli näissä olosuhteissa ollut epäoikeudenmukainen. Puolustukselle vastakuulustelun puuttumisesta aiheutunutta haittaa ei ollut sen mukaan kompensoitu juuri lainkaan. Erityisen raskauttavana suuri jaosto piti sitä, ettei valittajalle ollut järjestetty esitutkintavaiheessa mahdollisuutta esittää asianomistajille kysymyksiä edes avustajan välityksellä. Suuri jaosto tähdensi, että esitutkintaviranomaisten velvollisuus tällaisen tilaisuuden järjestämiseen määräytyy sen mukaan, epäilläänkö todistajien myöhemmän kuulustelemisen olevan mahdotonta. Tässä tapauksessa kansalliset viranomaiset olivat ottaneet tietoisien riskin, ettei puolustus voisi kuulustella asianomistajia missään oikeusprosessin vaiheessa. Tietoiseen riskinottoon viittasi, että asianomistajat olivat ilmoittaneet lähtevänsä maasta ja tutkintatuomari oli kuulustellut heitä. Saksalaisen lainsäädännön mukaan esitutkintakertomus voidaan hyväksyä todisteeksi helpommin, jos esitutkintakuulustelu on käyty tutkintatuomarin eikä poliisin johdolla.

Tuomarit Spielmann, Karakaş, Sajó ja Keller olivat huolissaan puolustuksen oikeuksien heikentymisestä, koska suuren jaoston enemmistö ei ohjeistanut kansallisia oikeusjärjestyksiä riittävän selkeästi *Al-Khawaja*-testin soveltamisessa. He eivät myöskään hyväksyneet sitä, että ratkaisu siirtää puolustajan nimittämisen, vastakuulustelun ja muita perinteisesti pääkäsitteeseen kuuluvia prosessuaalisia suojakeinoja oikeudenkäynnistä esitutkintaan. EIS 6 artiklan 3 kohdan on yleisesti katsottu koskevan oikeudenkäyntiä

ensimmäisessä asteessa ja valitusasteessa, mutta ei esitutkintavaihetta.<sup>206</sup> Jos tällainen muutos kuitenkin sallitaan, esitutkintaviranomaisten on huolehdittava EIS 6 artiklan 3 kohdan suojakeinojen toteuttamisesta sääntillisesti, ettei vastakuulustelu-oikeus menetä merkitystään.

Myös tuomarit Hirvelä, Popovic, Pardalos, Nussberger, Mahoney ja Kuris jättivät eriävän mielipiteen. He yhtyivät enemmistön periaatteellisiin linjauksiin, mutta eivät siihen, miten niitä oli tässä tapauksessa sovellettu. Heidän näkemyksensä mukaan EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ei ollut loukattu, koska tasapainottavat tekijät olivat olleet riittävän vahvoja takaamaan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden. He korostivat todistusharkinnan perusteellisuutta, muun näytön vahvuutta. Heidän mukaansa kansallisilla viranomaisilla ei ollut syytä olettaa, että todistajien paluu Latviaan estäisi esimerkiksi videoyhteyden avulla toteutetun kuulemisen, sillä Latviassa on kansainvälisiin sopimuksiin perustuva velvollisuus antaa Saksalle oikeusapua. Kansallinen tuomioistuin oli lisäksi katsonut toimivansa lain salliman poikkeussäännöksen nojalla jättäessään puolustajan määräämättä asianomistajien esitutkintakuulustelujen aikaan. Tuomari Kjølbros oli samaa mieltä tasapainottavista tekijöistä ja erityisesti syytettä tukevasta näytöstä, jotka hänen mukaansa riittivät laadukkaasti todistusharkinnan ja näytön luotettavuuden takaamiseen. Hän katsoi, että enemmistö ylikorosti esitutkintavaiheen ja puolustajan nimittämättä jättämisen merkitystä, eikä kiinnittänyt tarpeeksi huomiota siihen, miksi syytetylle ei vielä silloin ollut kerrottu rikosepäilyistä.

## 6. *Schatschaschwili* jälkeen: EIT:n uusin oikeuskäytäntö

### 6.1 Tapaukset *Bátěk* ja *Štulíř*

Tapauksen *Schatschaschwili* jälkeen EIT sovelsi täsmennettyä Al-Khawaja-testiä muun muassa tapauksissa *Bátěk ym. v. Tšekin tasavalta* ja *Štulíř v. Tšekin tasavalta* (2017). Molemmissa päädyttiin äänin 5–2 siihen, ettei EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ollut loukattu. Ratkaisut ovat EIT:n aiemman oikeuskäytännön ja etenkin ratkaisun *Schatschaschwili* valossa yllättäviä.

Tapauksessa *Bátěk* käsiteltiin sitä, että kolme tullivirkailijaa oli tuomittu ehdolliseen vankeusrangaistukseen lahjusten ottamisesta. Esitutkinnassa 20 kuorma-autonkuljettajaa kuultiin todistajina erityisessä menettelyssä, jossa kiireellinen tai ei-toistettavissa oleva todistelu otetaan tuomarin johdolla vastaan. Tuomioistuin ei kutsunut kuorma-autonkuljettajia oikeudenkäyntiin, koska ulkomaalaisina ja paljon matkustelevalle heidän oletettiin olevan tavoittamattomissa. Valittajat pitivät kuorma-autonkuljettajien esitutkintakertomuksista neljää painoarvoltaan merkittävänä.

---

<sup>206</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 562.

EIT:n mukaan kansallinen tuomioistuin oli laiminlyönyt velvollisuutensa ryhtyä kaikkiin kohtuullisiin toimenpiteisiin todistajien tavoittamiseksi, eikä todistajien poissaololle siten ollut hyväksyttävää syytä. EIT otti kuitenkin huomioon, että niin monen todistajan tavoittaminen olisi voinut olla hankalaa eikä Tshekissä ollut siihen aikaan tavallista käyttää videoyhteyttä todistamiseen. Eriävän mielipiteen jättäneet tuomarit Lazarova Trajkovska ja Bianku pitivät hyväksyttävän syyn puuttumista vakavampana kuin se oli enemmistön mielestä. He korostivat, ettei kansallinen tuomioistuin edes aikonut yrittää tavoitella todistajia, vaikka velvollisuus siihen oli ratkaisun *Schatschaschwili* perusteella selvästi olemassa. Tuomioistuimen olisi pitänyt turvautua kansainväliseen oikeusapuun ennen esitutkintakertomusten hyväksymistä. Todistajat oli sitä paitsi tavoitettu esitutkintaa varten, joten ei ollut syytä olettaa sen olevan mahdotonta tässä prosessin vaiheessa.

EIT ei pitänyt poissaolevien todistajien esitutkintakertomuksia ratkaisevina todisteina, koska sen arvion mukaan tuomio oli ensisijaisesti perustunut tullissa peitetehtävissä työskennelleen ja anonyymisti todistaneen poliisin lausuntoon sekä muihin asiakirjoihin. Esitutkintakertomuksilla oli kuitenkin merkittävä painoarvo ja niiden hyödyntäminen saattoi heikentää puolustuksen asemaa. Hieman epä johdonmukaisesti EIT myöhemmin ratkaisun perusteluissa luonnehti esitutkintakertomuksia vain vahvistavaksi näytöksi, joka ei suoraan osoittanut valittajien syyllisyyttä.

EIT:n tuomarien enemmistö ja vähemmistö olivat eri mieltä tasapainottavista tekijöistä. Enemmistön mukaan puolustuksen asemaa oli kokonaisuutena arvioiden kompensoitu riittävästi suhteessa esitutkintakertomusten painoarvoon. Sen mukaan näytönarviointi oli yleisesti ottaen ollut tarkkaa, vaikka kritisoikin sitä, ettei kansallinen tuomioistuin ollut lähestynyt esitutkintakertomuksia varovaisesti eikä ilmaissut niillä olevan tavanomaista todistajankertomusta vähemmän näyttöarvoa. Poissaolevien todistajien henkilöllisyys oli myös ollut valittajien tiedossa, ja esitutkintakuulustelut oli käyty tuomarin johdolla. Valittajilla oli lisäksi mahdollisuus kertoa oma näkemyksensä tapahtumista ja kyseenalaistaa esitutkintakertomukset kommentoimalla niiden sisältöä ja rakennetta. Tuomarien Lazarova Trajkovska ja Bianku mukaan puolustuksen oikeuksia ei kuitenkaan ollut kompensoitu riittävästi ottaen erityisesti huomioon puutteet, joita esitutkintakertomusten arviointiin liittyi. Enemmistön näkemys onkin tältä osin erikoinen, koska ratkaisussa *Schatschaschwili* korostettiin huolellisen todistusharkinnan merkitystä ja sitä pidettiin yhtenä tärkeimmistä tasapainottavista tekijöistä. Tässä tapauksessa todistusharkinnan puutteet ovat vakavia ja muut tasapainottavat tekijät varsin yleisluontoisia.<sup>207</sup> Tuomarit Lazarova Trajkovska ja Bianku olivat myös sitä mieltä, ettei esitutkinnassa noudatettu erityinen kuulemismenettely voi korvata vastakuulustelua. He katsoivat, että enemmistön näkemys vaarantaa periaatteet, joiden mukaan todistajien on todistettava oikeudenkäynnissä ja viranomaisten on toimittava aktiivisesti varmistaakseen heidän läsnäolonsa oikeudenkäynnissä.

---

<sup>207</sup> Tapanila 2019 s. 152.

Tapauksessa *Štulíř* oli puolestaan kysymys kiristämisestä. Asianomistajaa oli kuultu samassa menettelyssä kuin kuorma-autonkuljettajia tapauksessa *Bátěk*. Hän ei saapunut oikeudenkäyntiin, koska hän asui Iso-Britanniassa ja asia oli hänelle raskas. EIT:n mukaan poissaololle ei ollut hyväksyttävää syytä, koska tshekkiläinen tuomioistuin ei ollut tehnyt Iso-Britanniaan oikeusapupyynnöitä. EIT arvioi asianomistajan esitutkintakertomuksen olleen pääasiallinen näyttö valittajan syyllisyydestä, muttei pitänyt sitä ainoana tai ratkaisevana todisteena. Todistusaineistoon kuului myös valittajan lähettämiä sähköposteja, valittajan väkivaltaisuuksia koskeva kirje, asiantuntijalausuntoja ja asianomistajan psykoterapeutin, ystävän ja äidin oikeudenkäynnissä antamat todistajankertomukset. Esitutkintakertomuksella oli kuitenkin ollut merkittävä painoarvo ja sen käyttäminen saattoi heikentää puolustuksen asemaa.

EIT kiinnitti tasapainottavien tekijöiden osalta huomiota siihen, että päätös kuulustella asianomistajaa esitutkinnassa erityisessä menettelyssä oli perusteltu huolellisesti ja kuulustelua johti tuomari. Alioikeus ja muutoksenhakutuomioistuin olivat arvioineet esitutkintakertomusta perusteellisesti, ja muu todistelu tuki sen uskottavuutta. Valittajalla oli myös ollut mahdollisuus kyseenalaistaa asianomistajan kertomus, koska he olivat olleet läheisiä ja tunteneet toisensa pitkään. EIT katsoi, että tasapainottavat tekijät olivat olleet riittäviä takaamaan oikeudenkäynnin kokonaisvaltaisen oikeudenmukaisuuden. Tuomarit Lazarova Trajkovska ja Bianku jättivät ratkaisuun eriävän mielipiteen samoista syistä kuin tapauksessa *Bátěk*.

Tapaukset *Bátěk* ja *Štulíř* ovat oikeudellisesti samankaltaisia, ja ne olisi todennäköisesti ratkaistu eri tavalla ennen tapausta *Schatschaschwili*.<sup>208</sup> *Yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön aikakautena pelkästään esitutkintakertomusten painoarvo olisi voinut riittää EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkaukseen. EIT ei kummassakaan tapauksessa pitänyt esitutkintakertomuksia ratkaisevina todisteina, mutta käsitteen *merkittävä painoarvo* epäselvyyden vuoksi ei voida olla varmoja, että samaan lopputulokseen olisi päädytty ennen sen kehittämistä. Myös alkuperäisen Al-Khawaja-testin nojalla olisi todennäköisesti päädytty EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkaukseen, koska hyväksyttävän synn puuttumiselle olisi annettu enemmän painoarvoa. Tapaukset *Bátěk* ja *Štulíř* ovat ristiriidassa sen kanssa, että hyväksyttävän synn puuttumisen tulisi edelleen olla erittäin tärkeä kokonaisarviointissa huomioon otettava seikka, ja Al-Khawaja-testiä sovellettiin niissä muutenkin väljästi. Tapauksissa oli ilmeistä, ettei todistajien poissaololle ollut painavaa syytä eikä esitutkintakertomusten käyttäminen siten ollut välttämätöntä.<sup>209</sup> Argumentit, joilla niiden hyödyntämistä perusteltiin, eivät olleet vakuuttavia. Todistamisen järjestämiseksi ei ollut ryhdytty juuri mihinkään toimenpiteisiin, eikä kansainvälistä oikeusapua ollut edes yritetty. Kuten eriävän mielipiteen jättäneet tuomarit Lazarova Trajkovska ja Bianku totesivat, tapauksessa *Štulíř* todistaja oleskeli toisessa EU-valtiossa,

---

<sup>208</sup> Kemppinen 2017 s. 398.

<sup>209</sup> Tapanila 2018 s. 752–754.

joten hänen tavoittamisensa olisi ollut helpompaa kuin tapauksessa *Bátěk*. On erittäin ongelmallista, jos todistajan oleskelu ulkomailla oikeuttaa miltei automaattisesti vastakuulustelusta luopumisen.<sup>210</sup>

Ratkaisuja on pidetty EIT:n aiempaan oikeuskäytäntöön verrattuna epätavallisina, koska esitutkintakertomukset olivat hyvin tärkeitä todisteita. Ratkaisussa *Štulíř* EIT kuvaili esitutkintakertomusta pääasialliseksi näytöksi, ja tapauksessa *Bátěk* esitutkintakertomusten näyttöarvoa lisäsi niiden lukumäärä ja sisällöllinen samankaltaisuus. Ratkaisuissa ei perustella kunnolla, miksi esitutkintakertomukset olivat painoarvoltaan merkittäviä eikä ratkaisevia, joten niistä ei ole hyötyä tämän uuden käsitteen tulkitsemisessa. EIT toisti näkemyksensä, jonka mukaan kyse on rajatilanteista sen suhteen, voiko todistetta pitää ratkaisevana. Lausunto on kuitenkin ristiriidassa sen kanssa, mitä EIT lausui esitutkintakertomuksista etenkin ratkaisussa *Bátěk*. Jotkin EIT:n sanavalinnat viittaavat siihen, että ero ratkaisevaan todisteeseen olisi hyvin selkeä.<sup>211</sup> Ratkaisujen perusteella vaikuttaa siltä, että EIT on tuomari Kjølbrown ennakoimalla tavalla luonut poissaolevan todistajan kertomuksen painoarvolle kolmannen kategorian.<sup>212</sup> *Merkittävä painoarvo* on joka tapauksessa edelleen monitulkintainen ja siksi varsin ongelmallinen arviointikriteeri. Voidaan pohtia, käyttäkö EIT sitä tarkoitushakuisesti voidakseen arvioida tasapainottavia tekijöitä ja oikeuttaakseen vastakuulustelun sivuuttamisen. EIT:n tarkoitusperiä olisi helpompi ymmärtää, jos se perustelisi johtopäätöksensä tarkemmin.

On myös mielenkiintoista, että näissä kahdessa tapauksessa ei arvioitu sitä, ettei valittajille ollut määrätty puolustajaa edustamaan heitä esitutkinnassa. Tapauksessa *Schatschaschwili* puolustajan määräämättä jättäminen oli keskeinen seikka, jonka perusteella EIT vahvisti EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkauksen. Syynä saattaa olla erot Saksan ja Tshekin lainsäädännössä. EIT:n tapauksessa *Schatschaschwili* selostamista säännöksistä käy ilmi, että Saksassa syytetty voi pääsääntöisesti osallistua tutkintatuomarin johdolla tapahtuvaan kuulemiseen tai hänelle voidaan määrätä sitä varten puolustaja. EIT myös viittasi Saksan liittotuomioistuimen 25.7.2000 antamaan ratkaisuun, jonka mukaan puolustaja on määrättävä erityisesti silloin, kun syytetyltä evätään pääsy tällaiseen kuulemiseen. Tämän takia tapauksessa *Schatschaschwili* arvioitiin ensisijaisesti, olisiko kansallisten viranomaisten tullut osata ennakoita asianomistajien myöhempi poissaolo oikeudenkäynnistä. Tshekkiläisessä lainsäädännössä näihin kysymyksiin ei sen sijaan oteta kantaa. EIT ei kuitenkaan tapauksissa *Bátěk* ja *Štulíř* ottanut kantaa kansallisen lainsäädännön merkitykseen, joten asia jäi epäselväksi. Ratkaisun *Schatschaschwili* perusteella tshekkiläisiltä viranomaisilta olisi kuitenkin voinut edellyttää vastakuulustelun järjestämistä esitutkintavaiheessa edes puolustajan välityksellä. Kiireellistä ja ei-

---

<sup>210</sup> Kemppinen 2017 s. 398.

<sup>211</sup> *Bátěk* ym. vastaan Tshekin tasavalta, 12.4.2017, kohdat 49 ja 52.

<sup>212</sup> Kemppinen 2017 s. 398.

toistettavissa olevaan erityiseen menettelyyn turvautuminen osoittaa, että viranomaisille oli selvää, ettei todistajia todennäköisesti voida kuulla oikeudenkäynnissä.<sup>213</sup>

Ratkaisut *Bátěk* ja *Štulíř* olisi helpompi hyväksyä, jos esitutkintakertomuksilla olisi ollut vähemmän painoarvoa.<sup>214</sup> Vertailuna voidaan mainita tapaus *Seton v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2016), jossa oli kyse murhasta. Myös siinä EIT katsoi, ettei EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ollut loukattu, vaikka todistajan poissaololle ei ollut kansallisen tuomioistuimen passiivisuuden vuoksi hyväksyttävää syytä. Tässä tapauksessa esitutkintakertomusta pidettiin tärkeänä, mutta muu syyttäjän esittämä näyttö oli ylivoimaista, joten esitutkintakertomus ei ollut tuomion langettamisessa yhtä keskeinen kuin tapauksissa *Bátěk* ja *Štulíř*.<sup>215</sup>

## 6.2 Oikeuskäytäntöä vuosilta 2018–2020

EIT on antanut vuosina 2018–2020 joitain poissaolevien todistajien esitutkintakertomusten hyödyntämistä koskevia ratkaisuja. EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan arviointikriteereihin ei ole tapauksen *Schatschaschwili* jälkeen tullut suuria muutoksia, vaan EIT on pyrkinyt vakiinnuttamaan oikeustilaa ja luomaan ennakoitavampaa oikeuskäytäntöä. EIT on arvioinut Al-Khawaja-testin kriteerejä niiden alkuperäisessä järjestyksessä ja tarkastellut laajasti tasapainottavia tekijöitä.

EIT kommentoi tasapainottavia tekijöitä mielenkiintoisella tavalla ratkaisussa *Kuchta v. Puola* (2018), jossa se katsoi, että näytön arviointi tuomioistuimessa on puutteellinen tapa kontrolloida todisteiden luotettavuutta. Totuudenmukaisuutta ei ole mahdollista selvittää vain abstraktilla pohdiskelulla, joten näytön luotettavuuden arviointia ei voida verrata vastakuulusteluun eikä se voi korvata vastakuulustelua. Kyseisessä tapauksessa vastakuulustelu olisi ollut erityisen tärkeää, koska esitutkintakertomuksen todistusteemana oli valittajan rikollinen tarkoitus, joka oli osa syytteenalaisen rikoksen tunnusmerkistöä.<sup>216</sup> Vastakuulustelussa olisi voitu esimerkiksi selvittää, mihin konkreettisiin seikkoihin väite rikollisesta tarkoituksesta perustui vai oliko todistaja vain tulkinnut tilannetta niin. Toisaalta EIT on painottanut näytönarvioinnin merkitystä esimerkiksi ratkaisussa *Dimitrov ja Momin v. Bulgaria* (2018).

EIT on arvioinut hyväksyttävää syytä useassa uudemmassa ratkaisussa varsin suppeasti, mutta esimerkiksi tapauksessa *Ürek ja Ürek v. Turkki* (2019) EIT painotti kansallisten viranomaisten velvollisuutta aktiivisiin toimenpiteisiin vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseksi.<sup>217</sup> Siinä kansallinen tuomioistuin ei tarkastellut kriittisesti todistajien ilmoitusta, etteivät he voisi saapua tuomioistuimeen työkiireiden vuoksi. Kansalliset viranomaiset olivat muutenkin passiivisia, mistä oli syytetyille haittaa.

<sup>213</sup> Kemppinen 2017 s. 398. Huom. säännökset löytyvät selostettuina em. ratkaisuista.

<sup>214</sup> Tapanila 2018 s. 752–754. Kemppinen 2017 s. 398.

<sup>215</sup> Seton vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, 12.9.2016, kohdat 62–70.

<sup>216</sup> Kuchta vastaan Puola, 23.4.2018, kohdat 63, 65, 67 ja 69.

<sup>217</sup> Ürek ja Ürek vastaan Turkki, 9.12.2019, kohdat 52–55 ja 63–64.

EIT:n uusin oikeuskäytäntö on toistaiseksi jättänyt käsitteen *merkittävä painoarvo* arvoitukseksi, sillä sitä ei ole yleensä arvioitu eikä edes mainittu. Esimerkiksi tapauksessa *Dimitrov ja Momin* EIT arvioi asianomistajan esitutkintakertomuksen näyttöosuutta hyvin lyhyesti toteamalla sen olevan ratkaiseva todiste.<sup>218</sup> EIT ei tarkastellut merkittävää painoarvoa myöskään ratkaisussa *Kuchta v. Puola* (2018), *Bondar v. Ukraina* (2019) ja *Avagyan v. Armenia* (2019), joissa se vahvisti EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkauksen. Niissä tapauksissa, joissa EIT on katsonut esitutkintakertomuksen olleen painoarvoltaan merkittävä, se ei ole perustellut johtopäätöstään eikä ohjeistanut kansallisia tuomioistuimia arviointikriteerin soveltamisessa. Esimerkiksi ratkaisussa *Garbuz v. Ukraina* (2019) EIT totesi lyhyesti yhdessä kappaleessa, että todistajan esitutkintakertomus ei ollut ratkaiseva, mutta sillä oli merkittävä painoarvo ja se saattoi heikentää puolustuksen asemaa.<sup>219</sup> Perustelujen puuttuessa ratkaisusta ei saada tulkinta-apua.

Käsitettä *merkittävä painoarvo* ei arvioitu myöskään tapauksessa *Dimović ja muut v. Serbia* (2019), vaikka tapauksessa olisi ollut edellytykset sen soveltamiseen. Siinä oli kyse murtovarkaudesta, josta oli tuomittu kolme henkilöä. Todisteena käytettiin erään epäillyn esitutkintakertomusta, jonka hän oli perunut pian sen annettuaan. Epäilty kuoli äkillisesti vakavaan sairauteen ennen oikeudenkäyntiä. Kahden valittajan osalta EIT katsoi, että syyllisyyttä tukeva näyttö oli heikkoa ja esitutkintakertomus oli ratkaiseva todiste rikokseen syyllistymisestä, joten EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia oli heidän kohdallaan loukattu. Kolmannen valittajan tilannetta arvioitiin eri tavalla, koska hänen DNA:taan oli autossa, jonka läheltä löytyi murtovarkauden varastamia tavaroita. EIT piti sitä niin painavana todisteena, ettei katsonut esitutkintakertomuksen olleen ratkaiseva todiste hänen syyllisyydestään.<sup>220</sup> EIT päätyi tähän lopputulokseen siitä huolimatta, että arvioi tasapainottavien tekijöiden olleen heikkoja ja kritisoi erityisesti puutteellista näytönarviointia. Kansallinen tuomioistuin ei ollut suhtautunut esitutkintakertomukseen varovaisesti eikä ottanut tuomion perusteluissa kantaa sen jälkikäteiseen perumiseen.<sup>221</sup> On erikoista, että EIT ei tässä tilanteessa arvioinut, oliko esitutkintakertomus painoarvoltaan merkittävä. DNA-jälki olisi periaatteessa voinut tarttua autoon muussa yhteydessä ennen murtovarkautta tai sen jälkeen, eikä suoraan osoita valittajan olleen murron kohteena olleessa talossa, josta DNA-jälkiä ei löydetty. Nämä huomiot yhdistettynä heikkoon näytönarviointiin herättää kysymyksiä esitutkintakertomuksen merkityksestä ja yleisemmin täsmennetyin Al-Khawaja-testin soveltamisesta. Vertailun vuoksi voidaan mainita tapaus *N.K. v. Saksa* (2018), jossa esitutkintakertomusta pidettiin painoarvoltaan merkittävänä ja puolustuksen asemaa mahdollisesti heikentävänä, vaikka muuta todistelua oli runsaasti.

---

<sup>218</sup> *Dimitrov ja Momin vastaan Bulgaria*, 7.9.2018, kohdat 60–61.

<sup>219</sup> *Garbuz vastaan Ukraina*, 19.5.2019, kohta 45.

<sup>220</sup> *Dimović ja muut vastaan Serbia*, 6.5.2019, kohdat 57–59.

<sup>221</sup> *Dimović ja muut vastaan Serbia*, 6.5.2019, kohdat 61–64.

Tapaus *N.K.* koski vakavaa parisuhdeväkivaltaa ja muistutti lähtöasetelmaltaan tapausta *Hümmer v. Saksa* (2012), jossa todettiin EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkaus. Tapauksessa *N.K.* asianomistaja kertoi väkivallasta esitutkinnassa poliisille ja tutkintatuomarille, mutta myöhemmin kieltäytyi todistamasta. EIT totesi lyhyesti, että asianomistajan ja valittajan avioliiton vuoksi esitutkintakertomuksen hyödyntäminen oli hyväksyttävää. Se ei ollut ainoa syytettä tukeva todiste, sillä oikeudenkäynnissä oli kuultu useita todistajia ja esitetty joitain asiakirjoja. Valittajan syyllisyyden puolesta puhuva todistusaineisto oli vahvaa, vaikka väkivallanteoille ei ollut silminnäköjä. Useat naapurit, kaksi poliisia ja turvakodin työntekijä olivat tavanneet hätäntyneen asianomistajan lähes välittömästi rikoksen jälkeen, kuulleet häneltä tapahtumista ja nähneet hänen vammansa. Lisäksi asianomistajan poika oli kuullut asianomistajan ja valittajan riidelleen tapahtumiaikaa. Tapaus eroaa tässä suhteessa tapauksesta *Hümmer*, sillä siinä oli ehtinyt kuluä useita kuukausia ennen kuin valittajan omaiset olivat kertoneet tapahtumista viranomaisille, eikä asianomistajasta ollut tehty havaintoja välittömästi rikoksen jälkeen. Siinä oli myös vähemmän muuta syytettä tukevaa näyttöä.

EIT arvioi asianomistajan esitutkintakertomuksen olleen vähintään painoarvoltaan merkittävä ja saattaneen heikentää puolustuksen asemaa.<sup>222</sup> Muu näyttö oli ilmeisesti niin vahvaa, ettei EIT pitänyt esitutkintakertomusta ratkaisevana todisteena. Saksalainen tuomioistuin olisi luultavasti voinut tuomita valittajan syytteenkuvauksen mukaisista teoista, vaikka esitutkintakertomus ei olisi sisällynyt todistusaineistoon. Muut todisteet olivat yhdenmukaisia ja tukivat toisiaan ja asianomistajan kertomusta. EIT olisi siten voinut katsoa, että asianomistajan kertomuksella oli todistusharkinnassa vain vähäinen syytettä tukeva merkitys eikä oikeudenkäynnissä sen vuoksi loukattu EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia. Toisaalta asianomistaja oli tapauksen ainoa silminnäköjä, mitä EIT on perinteisesti pitänyt merkittävänä, ja muiden todistajien kertomukset perustuivat osittain siihen, mitä asianomistaja oli heille kertonut. On kuitenkin huomattava, ettei EIT perustele, miksi se katsoi esitutkintakertomuksella olleen nimenomaan merkittävä painoarvo. Tässä kappaleessa tehdyt huomiot perustuvat EIT:n oikeuskäytännön laajempaan analysointiin. EIT ei myöskään käsitellyt tarkemmin lisäedellytystä, jonka mukaan esitutkintakertomuksen käyttäminen on saattanut heikentää puolustuksen asemaa, eikä sillä vaikuttanut olevan itsenäistä merkitystä.

Tasapainottavien tekijöiden osalta EIT totesi heti ensimmäiseksi, että valittajalle olisi tullut määrätä puolustaja käyttämään vastakuulusteluoikeutta valittajan puolesta asianomistajan esitutkintakuulustelussa. EIT:n mukaan kansalliset viranomaiset ottivat tietoisien riskin, että asianomistaja käyttää oikeuttaan olla todistamatta puolisoaan vastaan eikä puolustus siksi voi käyttää vastakuulusteluoikeuttaan.<sup>223</sup> EIT kuitenkin piti muita tasapainottavia tekijöitä riittävinä. Kansallinen tuomioistuin oli arvioinut näyttöä huolellisesti, syytettä tukeva näyttö oli vahvaa ja valittajalla oli tilaisuus kertoa oma näkemyksensä tapahtumista.

---

<sup>222</sup> *N.K.* vastaan Saksa, 3.12.2018, kohdat 58–59.

<sup>223</sup> *N.K.* vastaan Saksa, 3.12.2018, kohta 60.

Valittajalla oli myös mahdollisuus esittää kysymyksiä tutkintatuomarille, joka todisti oikeudessa siitä, mitä asianomistaja oli hänelle kertonut. EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtia ei näin ollen ollut loukattu.<sup>224</sup>

On mielenkiintoista, että EIT painotti puolustajan määräämisen merkitystä samoin kuin tapauksessa *Schatschaschwili*, kun taas tapauksissa *Bátěk* ja *Štulř* siihen ei lainkaan kiinnitetty huomiota. Myös tapauksissa *Kuchta* ja *Dimitrov ja Momin* EIT kiinnitti erityistä huomiota siihen, miten esitutkintavaiheessa oli toimittu. Puolustajan käyttämisen ja muiden esitutkintavaiheeseen liittyvien seikkojen korostaminen osoittaa, että EIS 6 artiklan 3 (d) kohtaa koskevissa tapauksissa ollaan enenevässä määrin kiinnostuneita esitutkintavaiheesta. Esitutkintaviranomaisten on tärkeää ennakoida, miten todennäköisesti todistaja ei tule todistamaan oikeudenkäynnissä, ja toimittava aktiivisesti riskin hallitsemiseksi.

Kirjoitushetkellä uusin tutkielman aihetta koskeva EIT:n ratkaisu on *Oddone ja Pecci v. San Marino* (2020), jossa vahvistettiin EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkaus. Valittajat oli tuomittu petoksesta, koska heidän rikoskumppaninsa olivat kertoneet poliisille ja tutkintatuomarille heidän järjestäneen tahallisia auto-onnettomuuksia saadakseen vakuutuskorvauksia. Esitutkinnassa ei järjestetty vastakuulustelua, eikä se ollut mahdollista myöskään oikeudenkäynnissä, koska kanssasyytetyt eivät tulleet paikalle ensimmäisen alustavan käsittelyn jälkeen. Kansalliset viranomaiset eivät ryhtyneet toimenpiteisiin vastakuulustelun järjestämiseksi vedoten oikeuteen olla todistamatta itseään vastaan.

EIT:n mukaan kanssasyytettyjen poissaolo ei johtunut hyväksyttävästä syystä, vaan heidät olisi pitänyt tuoda oikeuden istuntoon. Heidä ei syytetyn aseman vuoksi olisi voitu pakottaa vastaamaan kysymyksiin, mutta heidän käyttäytymistään olisi voitu havainnoida. EIT meni lausunnossaan varsin pitkälle toteamalla, että lainsäädäntö on riittämätöntä, jos siihen ei sisälly keinoja, joilla voidaan varmistaa, että kanssasyytetyt ovat vastakuulustelua varten läsnä oikeudenkäynnissä. Puutteellinen lainsäädäntö voi myötävaikuttaa siihen, että puolustuksen oikeuksia katsotaan loukatun.<sup>225</sup> Kannanotto on ristiriidassa sen kanssa, että EIT on perinteisesti pitänyt todistelun sääntelyä kansallisten oikeusjärjestysten tehtävänä. Toisaalta se edistää vastakuulustelu-oikeutta, mikä on positiivista vaihtelua EIT:n viime vuosien oikeuskäytäntöön, jossa sen merkitys on viimeisen kymmenen vuoden aikana heikentynyt. EIT kiinnitti huomiota myös siihen, että kanssasyytetyt olivat pyytäneet tuomioistuimelta tunnustustensa perusteella pienempää rangaistusta, joten he saattoivat antaa kertomuksensa puhtaasti hyödyn tai henkilökohtaisen koston vuoksi. Tällaisessa tilanteessa syytettyä voi myös olla tavanomaista helpompaa manipuloida. Näissä olosuhteissa tuomioistuimen olisi pitänyt pyrkiä varmistamaan, että kanssasyytetyt ovat läsnä oikeudenkäynnissä, eikä esitutkintakertomusten käyttäminen ollut oikeutettua. EIT painotti, että se on hyvin tärkeä seikka

---

<sup>224</sup> N.K. vastaan Saksa, 3.12.2018, kohdat 61–62.

<sup>225</sup> Oddone ja Pecci vastaan San Marino, 17.1.2020, kohta 96.

kokonaisarviossa, vaikka ei itsessään johda EIS 6 artiklan loukkaukseen.<sup>226</sup> Voi olla, että EIT halusi tällä tapauksella korostaa hyväksyttävän syyn vaatimusta saatuaan osakseen kritiikkiä, jonka mukaan siihen ei kiinnitetty tarpeeksi huomiota ratkaisuisissa *Bátěk* ja *Štulíř*.

EIT otti näyttöosuuspunninnassa huomioon, että muu näyttö oli kohtalaisen heikkoa. Se koostui lähinnä onnettomuuksien epätavanomaisista piirteistä ja tiedosta, että toinen valittajista ja toinen kanssasyytetyistä olivat onnettomuuksien jälkeen keskustelleet puhelimesta. EIT otti kuitenkin harkinnassaan huomioon, etteivät kanssasyytettyjen kertomukset olleet kansallisten tuomioistuinten mukaan ratkaisevia todisteita. EIT katsoi, että kanssasyytettyjen esitutkintakertomukset olivat ratkaisevia tai vähintäänkin painoarvoltaan merkittäviä todisteita, jotka olivat heikentäneet puolustuksen asemaa.<sup>227</sup> Merkittävän painoarvon käsittely jäi kuitenkin vain maininnan tasolle, eikä EIT tässäkin ratkaisussa tarkentanut sen merkitystä. Muu näyttö oli kuitenkin huomattavasti heikompaa kuin esimerkiksi tapauksessa *N.K.*

EIT ei ollut tyytyväinen tasapainottaviin tekijöihin ja kiinnitti erityisesti huomiota heikkoon näytönarviointiin. Kansalliset tuomioistuimet eivät olleet arvioineet esitutkintakertomusten luotettavuutta, niiden antamiseen liittyvää hyötyaspektia eikä sitä, että kanssasyytetyt olivat ensin kiistäneet ja sitten myöntäneet heihin kohdistuneet rikosepäilyt ja lopulta jääneet pois oikeuskäsittelystä ilman perusteltua syytä. Kansalliset tuomioistuimet eivät myöskään vaikuttaneet ymmärtävän, että poissaolevien todistajien esitutkintakertomusten näyttöarvo on tavanomaista todistajankertomusta alempi.<sup>228</sup>

EIT korosti myös tässä tapauksessa esitutkintavaiheen merkitystä. Se katsoi, että todistajien esitutkintakuulustelujen toteuttamisen tapa on oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta erittäin tärkeää ja voi jopa vaarantaa sen, kun oikeudenkäynnissä hyödynnetään todistamisen sijaan esitutkintakertomusta. Tässä tapauksessa valittajilla ei ollut mahdollisuutta esittää esitutkintakuulusteluissa kanssasyytetyille kysymyksiä itse, avustajan välityksellä tai edes kirjallisesti. Tutkintatuomari ei ollut myöskään sisällyttänyt kanssasyytettyjä oikeudenkäynnissä kuultavien todistajien listaan, joten hän oli ottanut vastakuulustelun puuttumisesta tietoisin riskin. Valittajat olivat saaneet kertoa oman versionsa tapahtumista, mutta se ei riittänyt siihen, että oikeudenkäyntiä voitaisiin pitää kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukaisena.<sup>229</sup>

*Oddone ja Pecci* on siitä mielenkiintoinen, että se tiivistää hyvin EIT:n tämänhetkisen näkökulman vastakuulustelu-oikeuteen. Kysymys EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan loukkauksesta ratkaistaan kokonaisarviointilla, jossa tietyt seikat otetaan huomioon. Esitutkintakertomuksen hyödyntämisen on oltava

---

<sup>226</sup> Oddone ja Pecci vastaan San Marino, 17.1.2020, kohdat 101 ja 106.

<sup>227</sup> Oddone ja Pecci vastaan San Marino, 17.1.2020, kohta 102–103.

<sup>228</sup> Oddone ja Pecci vastaan San Marino, 17.1.2020, kohdat 108–110.

<sup>229</sup> Oddone ja Pecci vastaan San Marino, 17.1.2020, kohdat 111–116.

välttämätöntä, joten viranomaisilta edellytetään aktiivisuutta, vaikka vastakuulustelu-oikeuden loukkauksen vahvistaminen vaatii tuekseen myös muita seikkoja. Näyttöosuuspunninnalla on keskeinen rooli, vaikka se on hieman muuttunut *yksinomainen tai ratkaiseva* -säännön ajoilta. Syytetyn heikentyneen aseman kompensoinnin arvioinnissa kenties tärkeimpiä tasapainottavia tekijöitä ovat puolestaan huolellinen näytönarviointi ja esitutkintavaiheen menettelyt.

## 7. Poissaoleva todistaja suomalaisessa lainsäädännössä

### 7.1 Esitutkintavaihe

#### 7.1.1 Esitutkintavaiheen korostuneesta merkityksestä

Lähtökohtaisesti vastakuulustelu-oikeus merkitsee oikeutta kuulustella todistajaa pääkäsittelyssä asian ratkaisevan tuomarin edessä,<sup>230</sup> mutta EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien uudemmat tulkinnat painottavat aiempaa enemmän esitutkintavaiheen vaikutusta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen. Näkökulmaa, jonka mukaan esitutkintavaiheessa on noudatettava ainakin joitain EIS 6 artiklan vaatimuksia, voidaan pitää perusteltuna, sillä epäilty on esitutkinnan aikana haavoittuvassa asemassa.<sup>231</sup> Rikosprosessi voi tuntua epäilystä monimutkaiselta, hän ei välttämättä tunne sen kulkua eikä tiedä oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan. Esitutkinta vaikuttaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen myös siksi, että se määrittää, nostaako syyttäjä syytteen ja millaiseksi oikeudenkäynti muodostuu.<sup>232</sup>

Esitutkinnassa voidaan menetellä niin, että todistajan myöhempään poissaoloon liittyviä riskejä voidaan hallita. Esitutkintaviranomaiset voivat videoida esitutkintakuulustelun, huolehtia oikeudellisen avustajan käyttämisestä ja järjestää puolustukselle jo tässä vaiheessa tilaisuuden vastakuulusteluun. Lisäksi esitutkinnassa kerätyllä näytöllä voidaan kompensoida sitä, ettei vastakuulustelua ole mahdollista järjestää pääkäsittelyssä. Jos esitutkintaviranomaiset ovat onnistuneet keräämään todisteita mahdollisimman laajasti, tuomioistuimella on oikeudenkäynnissä paremmat mahdollisuudet arvioida esitutkintakertomuksen luotettavuutta ja syytteenkuvauksen uskottavuutta. Näihin seikkoihin on tärkeää kiinnittää huomiota, koska esitutkintavaiheen virheitä ja laiminlyöntejä voi olla mahdotonta korjata jälkikäteen. Esimerkiksi esitutkintakuulustelun videointi on luonnollisesti mahdollista vain silloin, kun todistajaa kuulustellaan, ja joitain todisteita voi olla mahdotonta kerätä myöhemmin.<sup>233</sup> Esimerkiksi eräässä raiskauksen yrityksen

---

<sup>230</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 563.

<sup>231</sup> Jämsä 2016 s. 831.

<sup>232</sup> Salduz vastaan Turkki, 27.11.2008, kohta 54.

<sup>233</sup> Rantaeskola 2019 s. 24. Tapanila 2004 s. 24.

tutkintaa koskevassa apulaisoikeusasiamiehen päätöksessä tuotiin esille, että suurin osa tekijän vaatteista tarttuneista kuiduista häviää noin neljän tunnin kuluessa tapahtuneesta.<sup>234</sup>

Oikeuskirjallisuudessa on suhtauduttu varauksella siihen, että oikeudenkäyntejä varten laaditun EIS 6 artiklan oikeusturvatakeita laajennetaan esitutkintavaiheeseen. Myös osa EIT:n tuomareista kritisoi tätä kehityskulkua tapaukseen *Schatschaschwili* jättämässään mielipiteessä. EIS 6 artiklan soveltumispiirin laajentuminen voi aiheuttaa epäselvyyttä oikeista menettelytavoista, mikä saattaa puolestaan johtaa oikeuskäytännön epä johdonmukaisuuteen ja oikeusvarmuuden heikkenemiseen. Näin on etenkin silloin, jos EIT:n asiaa koskevat ohjeistukset jäävät epämääräisiksi viittauksiksi oikeudenkäynnin kokonaisvaltaiseen oikeudenmukaisuuteen. Oikeudenkäynnin kokonaisvaltaista oikeudenmukaisuutta on sitä paitsi mahdollista arvioida vasta jälkikäteen, joten se ei ole esitutkintaviranomaisten näkökulmasta hyödyllinen arviointikriteeri. Summers on sen vuoksi ehdottanut, että EIT:n tulisi laatia esitutkintavaiheelle erilliset säännöt. Esitutkintaviranomaisten olisi silloin helpompaa huolehtia, että heidän menettelytapansa ovat oikeudenmukaisia ja sopusoinnussa EIS:n kanssa.<sup>235</sup> Summers on kirjoittanut kannanottonsa vuonna 2007, mutta se on edelleen ajankohtainen, koska esitutkintavaiheen merkitys EIT:n oikeuskäytännössä on korostunut viimeisen reilun kymmenen vuoden aikana. EIT on tarkentanut ohjeistuksiaan nimeämällä joitain esitutkintavaiheeseen kuuluvia toimenpiteitä tasapainottaviksi tekijöiksi, mutta se ei välttämättä riitä. Oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointia painottavassa oikeuskäytännössä ei ole asetettu ehdottomia edellytyksiä esitutkinnan suorittamistavalle. Kansallisilla esitutkintaviranomaisilla on runsaasti harkintavaltaa siinä, miten rikosepäilyä tutkitaan ja ryhdytäänkö tasapainottavien tekijöiden toteuttamiseen. Valintojen seurauksia arvioidaan huomattavasti myöhemmin, jos niitä ylipäänsä arvioidaan. EIT:n oikeuskäytännön nojalla kansallisen tuomioistuimen ei välttämättä tarvitse tarkastella tasapainottavia tekijöitä, vaikka esitutkintakertomusta hyödynnettäisiin todistamisen asemesta.

Oikeuskirjallisuudessa on myös esitetty näkemys, ettei EIS 6 artiklan 3 kohdan mukaisia puolustuksen oikeuksia ole ihanteellista toteuttaa etupainotteisesti esitutkinnassa oikeudenkäynnin sijaan.<sup>236</sup> Esitutkinta ja oikeudenkäynti eroavat huomattavasti toisistaan, eivätkä epäillyn asema esitutkinnassa ja syytetyn asema oikeudenkäynnissä ole vertailukelpoisia. Huomiota on kiinnitettävä tuomioistuimen puolueettomuuteen ja riippumattomuuteen, oikeudenkäynnin julkisuuteen ja todistelun välittömyyteen. Esitutkinta ei puolestaan ole julkinen, eikä siinä ole oikeudenkäynnin tapaan puolustuksen, syyttäjän ja tuomarin erillisiä rooleja.<sup>237</sup> Esitutkinnassa vasta selvitetään, mitä tarkalleen ottaen on tapahtunut, täyttyykö jonkin rikoksen tunnusmerkistö ja onko joku rikosoikeudellisessa vastuussa tapahtumista.<sup>238</sup> Yleensä poliisi mielletään

<sup>234</sup> AOA 26.1.2010, dnro 3889/4/08, s. 4.

<sup>235</sup> Summers 2007 s. 128–130 ja 182.

<sup>236</sup> Jämsä 2016 s. 827.

<sup>237</sup> Leanza 2014 s. 184. Summers 2007 s. 148.

<sup>238</sup> Fredman ym. 2014 s. 20.

epäillyn vastapuoleksi, koska sillä on aktiivinen rooli rikoksen selvittämisessä ja todistusaineiston keräämisessä. Sen vuoksi esimerkiksi esitutkintakuulusteluja ei voida pitää yhtä puolueettomina, luotettavina ja pohjimmiltaan yhtä oikeudenmukaisina kuin oikeudenkäynnissä tuomarin valvonnassa käytyjä kuulusteluja.<sup>239</sup> Esitutkinnassa kuulustelut saattavat olla esimerkiksi johdattelevampia kuin oikeudenkäynnissä, jossa tuomioistuin valvoo kuulustelua ja kieltää epäasialliset kysymykset.<sup>240</sup> Esitutkintapöytäkirjojen laatu vaihtelee, eikä esitutkintakertomusta ole yleensä tarkoitettu lopulliseksi todistuskeinoksi, ellei kyse ole OK 17:24.3:ssa tarkoitetuista tilanteista. Tavallisesti todistajaa kuulustellaan esitutkinnassa olettaen, että hän todistaa oikeudenkäynnissä, jos syyttäjä katsoo tapauksessa olevan todennäköisiä syitä epäillyn syyllisyyden tueksi (ROL 1:6). Esitutkintakertomuksen kirjaaminen ja hyödyntäminen edellyttävät tulkintaa, joten virheellisten johtopäätösten tekeminen on mahdollista.<sup>241</sup> Yleensä esitutkintakertomus on lähinnä pääkäsittelyn suunnittelun ja kuulustelun apuväline.<sup>242</sup>

EIT on katsonut jo 1990-luvulla, ettei vastakuulustelun järjestäminen esitutkintavaiheessa ole EIS 6 artiklan vastaista.<sup>243</sup> Nykyään EIT jopa kannustaa siihen katsomalla, että se vahvistaa syytetyn asemaa ja voi estää EIS 6 artiklan 3 (d) kohdan loukkauksen. EIT:n näkemys perustuu luultavasti siihen, että monessa Euroopan maassa esitutkintaa johtaa ja valvoo tutkintatuomari, joka on tuomioistuimen jäsen. Tutkintatuomarin suorittamaa kuulustelua ei kuitenkaan voida rinnastaa suomalaiseen esitutkintaan.<sup>244</sup> Suomessa esitutkinnan toimittaa pääsääntöisesti poliisi ja joissain tapauksissa rajavartio-, tull- tai sotilasviranomaiset (ETL 2:1). Tällaisessa esitutkinnassa toteutettu vastakuulustelu ei välttämättä ole yhtä laadukas kuin tutkintatuomarin johdolla toteutettu, eikä Suomessa ei ole menettelyä, joka mahdollistaisi todistelun vastaanottamisen esitutkinnassa tuomarin johdolla.<sup>245</sup> OK 17:64:ssä säädetään todistelusta vastaisen varalta, mutta sen piiriin kuuluvat vain riita-asiat, joissa oikeudenkäynti ei vielä ole vireillä. Rikosasiat on rajattu sen ulkopuolelle oikeusturvasyistä.<sup>246</sup> Todistajan vastakuulusteleminen esitutkinnassa siksi, ettei hän todennäköisesti todista oikeudenkäynnissä, saattaa kuitenkin tosiasiallisesti muistuttaa todistelua vastaisuuden varalle. Vastakuulustelun tarkoituksenaan on tällöin varmistaa, että esitutkintakertomusta voidaan käyttää syytettä tukevana todisteena tulevassa oikeudenkäynnissä.

Koska suomalainen esitutkintamenettely eroaa monen muun eurooppalaisen valtion esitutkintamenettelystä, vastakuulustelun toteuttamiseen esitutkintavaiheessa on hyvä suhtautua pienellä

---

<sup>239</sup> Summers 2007 s. 141–142.

<sup>240</sup> Tapanila 2004 s. 112.

<sup>241</sup> Tapanila 2019 s. 168. Tapanila 2004 s. 127.

<sup>242</sup> Jokela 2018 s. 414.

<sup>243</sup> Isgrò vastaan Italia, 19.2.1991, kohta 34.

<sup>244</sup> Tapanila 2004 s. 145.

<sup>245</sup> Tapanila 2019 s. 213.

<sup>246</sup> HE 46/2014 s. 115.

varauksella.<sup>247</sup> Vastakuulustelun järjestämistä esitutkinnassa on kritisoitu juuri siksi, että oikeudenkäyntiin kuuluvat oikeusturvatakeet puuttuvat esitutkintavaiheesta.<sup>248</sup> Toisaalta voi olla epärealistista vaatia, että todistelun kontradiktorisuus pystyttäisiin aina toteuttamaan pääkäsittelyssä ottaen huomioon, miten paljon rikosasiat ja todistajien henkilökohtaiset tilanteet vaihtelevat. Oikeudenkäynnissä todistamista voidaan kuvata ideaaliksi, jota ei aina ole mahdollista toteuttaa.<sup>249</sup>

Esitutkinnassa järjestettyä vastakuulustelua on vastustettu myös siksi, ettei se ole kaikissa EIS:n jäsenvaltioissa mahdollista, minkä takia eri valtioissa oikeutta käyvät henkilöt joutuvat keskenään eriarvoiseen asemaan.<sup>250</sup> Jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä on tosin muutenkin suuria eroavaisuuksia, eikä EIS:n tarkoituksena ole muuttaa niitä yhden rikosprosessioikeudellisen mallin mukaiseksi.<sup>251</sup> Tietynasteinen esitutkintakertomusten hyödyntämistä koskevan sääntelyn harmonisointi voisi toisaalta olla hyödyllistä, koska se edistäisi oikeusvarmuutta ja menettelyllisiä perusoikeuksia rajat ylittävissä rikosasioissa.<sup>252</sup>

Vastakuulustelu-oikeuden kannalta paras ratkaisu olisi, että vastakuulustelu voitaisiin toteuttaa pääkäsittelyssä mahdollisimman pian rikoksen tapahtumisen jälkeen.<sup>253</sup> Kotimainen ja eurooppalainen oikeuskäytäntö kuitenkin osoittaa, ettei se ole kaikissa tapauksissa mahdollista, minkä vuoksi käytännön näkökohdat puoltavat vastakuulustelu-oikeuden toteuttamista esitutkinnassa. Yhtenä vaihtoehtona on, että esitutkintakertomusten hyödyntämistä ei sallittaisi missään tilanteessa, mikä käytännössä estäisi monien rikosasioiden selvittämisen. Vaikutukset kohdistuisivat erityisesti tiettyihin rikostyyppeihin. Toisena vaihtoehtona on, että esitutkintakertomukset voidaan hyväksyä, mutta vastakuulustelua ei järjestettäisi lainkaan. Se puolestaan huomattavasti heikentäisi puolustuksen asemaa. Esitutkinnassa järjestetty vastakuulustelu voi sitä paitsi olla tehokas menettelytapa, koska epäilystä rikoksesta on kulunut vähemmän aikaa. Todistaja todennäköisesti muistaa tapahtumat sen vuoksi paremmin kuin oikeudenkäynnissä, mikä lisää esitutkintakertomuksen luotettavuutta. Esitutkinnassa järjestetty vastakuulustelu myös edistää rikosepäilyn perusteellista selvittämistä ja tekee esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä oikeutetumpaa.<sup>254</sup>

### 7.1.2 Vastakuulustelun järjestäminen esitutkinnassa

Suomalaisessa esitutkinnassa puolustukselle voidaan järjestää tilaisuus vastakuulusteluun, mutta vastakuulustelu on esitutkinnan intresseihin nähden toissijainen ja voidaan toteuttaa vain esitutkinnan

---

<sup>247</sup> Tapanila 2019 s. 155–156.

<sup>248</sup> Summers 2007 s. 141.

<sup>249</sup> Heikkilä ja Hirvelä 2017 s. 562 ja 565.

<sup>250</sup> Summers 2007 s. 141.

<sup>251</sup> Tapanila 2019 s. 144.

<sup>252</sup> Bachmaier Winter 2013 s. 145.

<sup>253</sup> Tapanila 2004 s. 17.

<sup>254</sup> Tapanila 2004 s. 17 ja 19.

ehdoilla. Puolustuksen on pyydettävä vastakuulusteluun lupaa, ja tutkija voi kontrolloida esitettäviä kysymyksiä ja poistaa kuulustelua häiritsevän henkilön kuulustelutilaisuudesta (ETL 7:18).<sup>255</sup> ETL 7:13.1:n mukaan tutkija saa sallia asianosaisen ja hänen avustajansa osallistumisen toisen asianosaisen tai todistajan kuulusteluun, jollei siitä voi aiheutua haittaa rikoksen selvittämiseksi. Osallistumisen sallimista harkittaessa on otettava lisäksi huomioon hienotunteisuusnäkökohdat ja se, ettei epäillyn läsnäolosta saa aiheutua kärsimystä tai sitä vastaavaa muuta haittaa asianomistajalle. Osallistumispyynnön saa toisin sanoen evätä ainoastaan tutkinnallisista syistä tai kuulusteltavan suojaamiseksi.<sup>256</sup> Pyyntöä harkittaessa huomioon voidaan ottaa tutkittavan rikoksen laatu ja kuulusteltavan, erityisesti asianomistajan, mielipide.<sup>257</sup> Säännös koskee myös tilanteita, joissa kuulustelu tapahtuu videoneuvottelun tai muun teknisen tiedonvälitystavan avulla.<sup>258</sup> Syyttäjällä on myös oikeus osallistua esitutkintakuulusteluun (ETL 7:13.2).

Tutkinnallisilla syillä on enemmän painoarvoa tutkinnan alkuvaiheessa.<sup>259</sup> Silloin epäillyltä saatetaan haluta pitää salassa joitain tietoja, ettei hän esimerkiksi hävittäisi todisteita tai varoittaisi tekijäkumppaneita. Kun tutkinta on edennyt pidemmälle, osallistumispyynnön epäämiseksi ei ole enää yhtä painavia tutkinnallisia perusteita. Epäillyn osallistuminen kuulustelutilaisuuteen saattaa tosin haitata tutkintaa myös siitä syystä, että hänen läsnäolonsa voi vaikuttaa todistajan halukkuuteen kertoa tapahtumista. Se oli huolenaiheena esimerkiksi tapauksessa *Schatschaschwili*. Lisäksi etenkin seksuaali- ja pahoinpitelyrikoksia koskevissa kuulusteluissa on tärkeää suojata asianomistajaa, jolle epäillyn läsnäolo voi aiheuttaa kärsimystä.<sup>260</sup> Asianomistajaa ja muuta kuulusteltavaa, joka ei halua kohdata epäiltyä, voidaan suojata antamalla vain epäillyn avustajalle lupa osallistua kuulusteluun. Tällaisesta menettelystä ei tosin ole hyötyä, kun tavoitteena on suojata puhtaasti tutkinnallisia intressejä.<sup>261</sup>

ETL 7:17:n mukaan asianosainen ja hänen avustajansa tai asiamiehensä voivat kuulustelussa tutkijan luvalla esittää kuulusteltavalle kysymyksiä asian selvittämiseksi. Tutkija saa päättää, että kysymykset on esitettävä hänen välityksellään. Myös syyttäjä voi esittää kuulusteltavalle kysymyksiä. Asianosaisella, hänen avustajallaan ja asiamiehellään on muulloinkin oikeus pyytää tutkijaa kysymään kuulusteltavalta asian selvittämiseksi tarpeellisia seikkoja. Tärkeä näkökohta onkin, että epäillyllä on oltava oikeudellinen avustaja, jotta hän pystyy käyttämään vastakuulustelu-oikeuttaan tehokkaasti. Ratkaisun *Schatschaschwili* perusteluissa ja ETL:n esitöissä painotetaan sitä, miten tärkeää avustajan käyttäminen on.<sup>262</sup> Ilman avustajaa epäillyn voi olla miltei mahdotonta arvioida, tarvitaanko vastakuulustelua ja mitä sen

---

<sup>255</sup> Tapanila 2019 159–160.

<sup>256</sup> Fredman ym. 2014 s. 93.

<sup>257</sup> Tapanila 2019 s. 158.

<sup>258</sup> HE 222/2010 vp s. 222.

<sup>259</sup> Tapanila 2019 s. 36–37.

<sup>260</sup> HE 222/2010 vp s. 222.

<sup>261</sup> Tapanila 2019 s. 158.

<sup>262</sup> HE 222/2010 vp s. 229–230.

laiminlyömisestä voi seurata. Epäilty todennäköisesti tarvitsee avustajaa myös kysymysten laatimiseen. Epäilty tuntee tapahtumat avustajaa paremmin, mutta avustaja osaa puolestaan kertoa, mitkä seikat ovat oikeudellisesti merkityksellisiä ottaen huomioon epäillyn rikoksen tunnusmerkistön ja vastuuvapausperusteet. Myös monimutkaiset näyttökysymykset heikentävät epäillyn mahdollisuuksia huolehtia vastakuulustelusta yksin.<sup>263</sup> Avustaja osaa arvioida tilanteen ja esimerkiksi pyytää esitutkintaviranomaisia videoimaan esitutkintakuulustelun ja vastakuulustelun.

Esitutkintakertomuksen hyödyntämistä koskevassa OK 17:24.2:ssa ei edellytetä, että puolustus olisi saanut esitutkinnassa tilaisuuden vastakuulusteluun. On epäillyn ja hänen avustajansa vastuulla pyytää sen järjestämistä, kun kuulusteltava ei kuulu OK 17:24.3:ssa tarkoitettuihin henkilöryhmiin. Puolustuksen kannalta olisi parempi, että vastuu vastakuulustelutilaisuuden järjestämisestä olisi ensisijaisesti esitutkintaviranomaisilla. He voisivat huolehtia siitä ainakin silloin, kun todistajan myöhempi poissaolo vaikuttaa varteenotettavalta vaihtoehdolta ja epäilty on jo tiedossa.<sup>264</sup> Esitutkintaviranomaisilla on todistajaa ensimmäisen kerran kuultuaan puolustusta paremmat mahdollisuudet arvioida, onko todistaminen vaarassa estyä. Esitutkintaviranomaiset saattavat saada kuulustelussa tietoonsa, että todistaja esimerkiksi sairastaa vakavaa sairautta tai aikoo muuttaa ulkomaille, ja heidän tulisi reagoida tällaisiin tietoihin herkästi. Esimerkiksi tapauksessa *Dimitrov ja Momin* esitutkintaviranomaiset tiesivät asianomistajan sairastavan syöpää, mutta vastakuulustelua ei siitä huolimatta toteutettu. Asianomistaja oli kuvaillut oloaan hyväksi, mutta menehtyi ennen oikeudenkäyntiä. Jälkikäteen tilannetta on mahdotonta korjata ja tuomioistuimen voi olla vaikeaa tietää, olivatko esitutkintaviranomaiset arvioineet tilanteen ja mitoittaneet toimenpiteensä oikein. EIT on useassa tapauksessa painottanut, että kansalliset viranomaiset ottavat tietoisesti riskin vastakuulustelu-oikeuden toteutumatta jäämisestä, jos arvelevat todistamisen olevan myöhemmin mahdotonta eivätkä ryhdy toimenpiteisiin vastakuulustelun toteuttamiseksi esitutkinnassa.

Vastakuulustelu olisi järkevää järjestää esitutkinnassa esimerkiksi silloin, kun esitutkinta koskee paritusrikosta (RL 20:9–9 a). Parituksen asianomistajat ovat yleensä ulkomaalaisia, joten on olemassa riski siitä, että he poistuvat Suomesta ennen oikeudenkäyntiä.<sup>265</sup> Sama pitänee paikkansa myös muiden toisten ihmisten laitonta hyväksikäyttöä koskevien rikosten kuten ihmiskaupan (RL 25:3), seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäytön (RL 20:8) ja kiskonnantapaiseen työsyrynnän (RL 47:3 a) kohdalla. Mahdollisuutta järjestää vastakuulustelu henkilökohtaisesti, avustajan välityksellä tai kirjallisesti tutkijan kautta tulisi selvittää myös tilanteissa, joissa on olemassa riski siitä, että kuulusteltava myöhemmin kieltäytyy todistamasta esimerkiksi OK 17:17.1:n nojalla. Esitutkintakuulustelussa voi tulla esiin myös muita seikkoja, jotka viittaavat siihen, että vastakuulustelutilaisuus kannattaa järjestää jo esitutkintavaiheessa. Tällainen

---

<sup>263</sup> Tapanila 2019 s. 155.

<sup>264</sup> Frände 2016 s. 168.

<sup>265</sup> Kemppinen 2017 s. 400.

tilaisuus tulisi tarjota erityisesti silloin, kun todistajalla on kerrottavanaan seikkoja, joilla voi olla EIT:n tarkoittamalla tavalla merkittävä painoarvo oikeudenkäynnin lopputuloksen kannalta. Koska kertomuksen merkittävyyden ja todistamisen estymisen todennäköisyyden arviointi saattaa olla haastavaa, vastakuulustelun järjestämistä koskeva päätös tulisi epävarmassa tilanteessa tehdä syytetyn eduksi. On myös perusteltua, että näissä tilanteissa esitutkintakuulustelut ja mahdolliset vastakuulustelut videoitaisiin. Kyse olisi toisin sanoen samanlaisesta menettelystä, jota edellytetään OK 17:24.3:ssa tarkoitetuissa tilanteissa.

### 7.1.3 Esitutkintakuulustelujen videoiminen

Suomessa ei ole tapana äänittää tai kuvata kaikkia esitutkintakuulusteluja, eikä se olisi esimerkiksi yksinkertaisissa rutiiniasioissa tarkoituksenmukaista. Esitutkintakuulustelun tallentamista koskee ETL 9:3, jonka mukaan kuulustelutilaisuus saadaan ottaa kokonaan tai osittain ääni- ja kuvatallenteeseen. Se on tallennettava kokonaan tai osittain, jos siihen on asian laatuun tai kuulusteltavan henkilöön liittyvät seikat huomioon ottaen syytä kuulustelun suorittamistavan, kuulustelun aikaisten tapahtumien tai kuulusteltavan kertomuksen jälkikäteistä todentamista varten. Esitutkintaviranomaisilla on toisin sanoen tietyissä tilanteissa velvollisuus esitutkintakuulustelun videoimiseen, muuten he voivat käyttää sen suhteen vapaata harkintaa.

ETL 9:3:n esitöissä todetaan, ettei tarkoituksena ole asettaa videoinnin kynnyistä korkealle, vaan pikemminkin edistää sen käyttöä. Asian laatuun liittyvällä seikalla viitataan epäillyn muun muassa rikoksen vakavuuteen ja todistajankertomusten ristiriitaisuuteen. Kuulusteltavan henkilöön liittyvällä seikalla puolestaan tarkoitetaan esimerkiksi tämän nuorta ikää, päihtyneisyyttä, mielentilan häiriintyneisyyttä ja ulkomaalaisuutta. Hallituksen esityksessä nostetaan lisäksi esille tilanteet, joissa kuulusteltavaa ei ilmeisesti voida kuulla pääkäsittelyssä. Esimerkkinä mainitaan tilanne, jossa todistaja on kuolemanvakavasti sairas. Näissä tilanteissa, joissa esitutkintakuulustelu videoidaan, rikoksesta epäillylle on varattava mahdollisuus esittää kysymyksiä kuulusteltavalle kaikista asian selvittämisen kannalta merkityksellisistä seikoista (ETL 9:4.2). Jos rikoksesta epäilty niin pyytää, hänen kysymyksensä saa esittää myös asiamies tai avustaja. Säännöksen mukaan kuulustelija voi kuitenkin määrätä, että kysymykset on esitettävä kuulustelijan välityksellä kuulusteltavalle. Säännös on otettu esitutkintalakiin EIT:n oikeuskäytännön vaikutuksesta.<sup>266</sup>

Esitutkintakuulustelu tulisi videoida erityisesti silloin, kun epäillyn ei hienotunteisuusyistä anneta osallistua kuulustelutilaisuuteen. Epäilty voisi esitutkinnan aikana tutustua videotallenteeseen ja esittää sen pohjalta täydentäviä kysymyksiä todistajalle. Tällaista menettelyä tulisi suosia myös niissä tilanteissa, joissa kuulusteluun osallistuisi epäillyn sijasta hänen avustajansa. Epäillyn henkilökohtaisella panoksella on vastakuulustelun suunnittelussa ja toteuttamisessa merkitystä, koska hän tuntee tapahtuman tosiseikat

---

<sup>266</sup> HE 222/2010 vp s. 228–229.

paremmin kuin hänen avustajansa.<sup>267</sup> Videon hyödyntäminen on myös parempi vaihtoehto kuin se, että epäilty toimittaisi kirjalliset kysymykset etukäteen kuulustelijalle.<sup>268</sup> Etukäteen voi olla vaikeaa ennakoida kaikkia olennaisia kysymyksiä, ja esitutkintakuulustelussa voi tulla esiin seikkoja, joista puolustus haluaa lisätietoja.

Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin argumentoitu, että kaikki todistajankuulustelut tulisi videoida, koska video on aina kirjallista esitutkintakertomusta parempi vaihtoehto. Videointi parantaa todistelun välittömyyttä, koska sen avulla tuomioistuin ja asianosaiset voivat oikeudenkäynnissä havainnoida kuulustelun kulkua ja todistajan käyttäytymistä. Sen avulla voidaan todentaa, mitä todistajalta on kysytty, onko häntä mahdollisesti johdateltu, mitä hän on vastannut ja miten hän on käyttäytynyt. Videotallenteen käyttöä puoltaa myös se, ettei se muutu ajan myötä, toisin kuin todistajan muistikuvat. Koska videoidun esitutkintakuulustelun perusteella on helpompi arvioida kertomuksen luotettavuutta, sillä on todennäköisesti kirjallista esitutkintakertomusta suurempi näyttöarvo silloinkin, kun ei ole esitutkinnassa järjestetty vastakuulustelua.<sup>269</sup>

Videointiin voi liittyä joitain käytännön ongelmia. Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin, että esitutkintaviranomaisilla voi olla puutetta ajasta, rahasta ja mahdollisesti sopivista laitteista. Myös videoiden säilyttämiseen liittyvät tietoturvanäkökulmat on otettava huomioon.<sup>270</sup> Nykypäivänä kuvaamiseen sopivien laitteiden saatavuuden ei kuitenkaan pitäisi tuottaa ongelmia, ja kuvaamisesta tuskin aiheutuu kohtuuttomasti vaivaa suhteessa videotallenteella potentiaalisesti saavutettavaan hyötyyn. Tietoturvaongelmat ovat puolestaan ratkaistavissa, ja esitutkintaviranomaiset säilyttävät myös muuta arkaluontoista materiaalia. Koska esitutkintakuulustelun videointi on tärkeä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta lisäävä tekijä ja tällaista tekniikkaa on nykyään saatavilla, videoimista tulisi tukea ja edistää. EIT on suositellut todistajan esitutkintakuulustelun videointia esimerkiksi tuoreessa tapauksessa *Dimović ja muut*, jossa kansallinen lainsäädäntö ei mahdollistanut tällaista menettelyä.<sup>271</sup> Videointi saattaa myös pienentää oikeusprosessin kokonaiskuluja vähentämällä esitutkintakertomuksen hyödyntämiseen ja vastakuulustelun puuttumiseen liittyviä muutoksenhakuja.

Esitutkintaviranomaisten tulee näin ollen videoida esitutkintakuulustelu vähintään niissä tapauksissa, joissa he epäilevät, ettei oikeudenkäynnissä todistaminen tule olemaan mahdollista. Ennakointi on kuitenkin usein hyvin vaikeaa, kuten esimerkiksi tapauksesta *Schatschaschwili* huomataan. ETL 9:3:n esitöistä ei myöskään selviä, kuinka todennäköistä todistamisen estymisen tulee olla, jotta esitutkintaviranomaisilla on velvollisuus

---

<sup>267</sup> Kemppinen 2017 s. 399.

<sup>268</sup> Tapanila 2019 s. 159.

<sup>269</sup> Tapanila 2004 s. 17 ja 19. Bachmaier Winter 2013 s. 144–145.

<sup>270</sup> Stanikić 2015 s. 292–293.

<sup>271</sup> Dimović ja muut vastaan Serbia, 6.5.2019, kohta 62.

kuulustelun videoimiseen. Ennakoinnin vaikeuden vuoksi videoinnin ja vastakuulustelun järjestämisen kynnyksen tulisi olla matala, sillä epävarmassa tilanteessa on parempi ryhtyä niihin varmuuden vuoksi kuin laiminlyödä niiden toteuttaminen.

## 7.2 Esitutkintakertomuksen hyödyntäminen OK 17:24.2:n nojalla

### 7.2.1 Todistajaa ei voida kuulustella

OK 17:24.2 (732/2015) on yleissäännös poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä. Sen mukaan tuomioistuimessa ei saa käyttää todisteena esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa, ellei laissa toisin säädetä, paitsi jos lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää. Muulla tavalla tallennettu lausuma voi olla esimerkiksi äänite tai video.<sup>272</sup> Säännöksessä ei edellytetä, että syytetyllä on täytynyt olla tilaisuus vastakuulusteluun, eikä siinä muutenkaan kiinnitetä huomiota vastakuulustelu-oikeuteen.

Säännöksen soveltamisalassa on kysymys siitä, milloin todistajan poissaololle on EIT:n edellyttämällä tavalla hyväksyttävä syy, jonka vuoksi esitutkintakertomuksen hyödyntäminen on välttämätöntä. Siinä on erotettu toisistaan kaksi erilaista tilannetta, joissa esitutkintakertomusta on sallittua käyttää todisteena. Säännöksessä tai hallituksen esityksessä 46/2014 vp ei selvennetä, mitä tarkoittaa, että todistajaa ei voida kuulustella, mutta sillä viitataan ainakin todistajan kuolemaan ja vakavaan sairauteen.<sup>273</sup> Todistajan kuolema mainitaan esimerkinomaisesti aikaisemman säännöksen (entinen OK 17:11) esitöissä. Myös aiempaa säännöstä koskevassa lakivaliokunnan mietinnössä ja ratkaisussa KKO 2007:101 todetaan, että säännöksessä on kyse tilanteista, joissa todistaja on kuollut tai vakavasti sairas. Lakivaliokunnan mukaan säännöstä voidaan myös soveltaa todistajan ollessa esimerkiksi ulkomailla, jos se arvioidaan sopivaksi ottaen huomioon asian laatu ja todistajankertomuksen todistusarvo.<sup>274</sup>

Tapauskohtaisen harkinnan varaan jää, milloin todistajan terveydentila on niin vakava, ettei hän voi lainkaan todistaa. Esitutkintakertomuksen hyödyntämisen tulisi olla viimesijainen vaihtoehto, ja oikeudenkäymiskaarissa säädetään todistelukeinoista, jotka rajoittavat syytetyn oikeuksia vähemmän. Kohtuullisuusnäkökohdat on otettava ensisijaisesti huomioon, kun esitutkintakertomuksen käyttämistä harkitaan terveydentilasta syistä. Kaikissa terveydentilaan liittyvissä tilanteissa ei kuitenkaan ole kyse siitä, ettei todistaja fyysisesti kykene saapumaan oikeudenkäyntiin. Todistaminen voi estyä myös siksi, ettei

---

<sup>272</sup> Frände 2016 s. 166.

<sup>273</sup> Kemppinen 2017 s. 399. Tapanila 2004 s. 158.

<sup>274</sup> HE 82/1995 vp s. 25. LaVM 9/1997 vp s. 24.

todistaja tosiasiaa kykene vastamaan kysymyksiin esimerkiksi muistiongelmiä tai muiden psyykkisten oireiden vuoksi.<sup>275</sup> Kaikki fyysiset ja psyykkiset vaivat eivät kuitenkaan ole sellaisia, ne tekisivät todistamisesta mahdotonta tai kohtuutonta. Harkinnassa on huomioitava asiantuntijoiden näkemykset siitä, millainen todistajan terveydentila on, onko siihen lähiaikoina odotettavissa muutoksia ja voiko todistamisesta seurata terveydellistä haittaa.

Se, ettei todistajaa voida kuulustella pääkäsittelyssä tai sen ulkopuolella, voi johtua myös siitä, että hän on vedonnut OK 17:17.1:n mukaiseen oikeuteensa olla todistamatta lähiomaistaan vastaan. Tuomioistuimien voi OK 17:18.2:n mukaan rikosasiassa päättää, ettei todistajana kuultavalla asianomistajalla, jolla ei ole vaatimuksia, ole vaitiolo-oikeutta, jos on syytä epäillä, ettei hän ole itse päättänyt vaitiolo-oikeuden käyttämisestä. Säännöksessä on kyse tilanteista, joissa niin sanottua asianomistaja-todistajaa on peloteltu tai painostettu. Tavoitteena on torjua lähisuhdeväkivaltaa, sillä uhrille läheinen tekijä saattaa painostaa häntä olemaan vaatimatta rangaistusta ja käyttämään vaitiolo-oikeuttaan.<sup>276</sup> OK 17:18.2:n soveltaminen edellyttää jonkin verran näyttöä painostamisesta tai taivuttelemisesta, mutta *syytä epäillä* -kynnys ei ole kovin korkea.<sup>277</sup> Arvioinnissa voidaan ottaa huomioon esimerkiksi asianomistaja-todistajan perustelut sille, miksi hän ei halua todistaa, ja syytetyn mahdolliset aikaisemmat tuomiot hänen pahoinpitelystään. Tuomioistuimen murtaessa vaitiolo-oikeuden hänellä on periaatteessa yhtäläinen velvollisuus todistaa kuin muillakin todistajilla. Pakkokeinoja ei kuitenkaan voida käyttää, jos hän kieltäytyy todistamasta (ks. luku 2.2), mutta hänen esitutkintakertomustaan voidaan hyödyntää.<sup>278</sup> Korkein oikeus vahvisti asian lähisuhdeväkivaltaa koskevassa tapauksessa KKO 2019:17, jossa se salli esitutkintakertomuksen hyödyntämisen OK 17:18.2:n nojalla.

EIT:n oikeuskäytännössä esitutkintakertomusta on usein käytetty todisteena siksi, että todistaja on pelännyt todistamisen johtavan kostotoimenpiteisiin. EIT:n mukaan se on hyväksyttävä syy todistajan poissaololle, kunhan pelolle on objektiivisia perusteita, joten voidaan pohtia, kuuluvatko tällaiset tapaukset OK 17:24.2:n soveltamisalaan. Siihen on kuitenkin lähtökohtaisesti suhtauduttava torjuvasti, koska EIT:n mukaan puolustuksen oikeuksia vähemmän rajoittavia keinoja on käytettävä mahdollisuuksien mukaan. Oikeudenkäymiskaassa ja oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetussa laissa säädetään vaihtoehtoisista todistamisen tavoista, jotka rajoittavat puolustuksen oikeuksia poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämistä vähemmän ja joihin voidaan turvautua todistajan pelätessä todistamista. Raskain vaihtoehto on anonyymi todistelu, joka on ollut mahdollista vuodesta 2016 alkaen ja jota on toistaiseksi käytetty Suomessa vain kerran.<sup>279</sup> Sen käyttämiselle on tiukat edellytykset, ja se on rajattu

---

<sup>275</sup> Tapanila 2019 s. 180.

<sup>276</sup> Rautio 2016 s. 710. HE 46/2014 vp s. 78.

<sup>277</sup> Tapanila 2019 s. 194.

<sup>278</sup> HE 46/2014 vp s. 78–79.

<sup>279</sup> Tapanila 2019 s. 2017. Pirkanmaan käräjäoikeus 24.5.2017 (dnro R16/6930).

koskemaan vain hyvin vakavia rikosasioita (OK 17:33, ROL 5:11 a–e), joten siihen ei aina voida turvautua todistajan ollessa peloissaan. Lisäksi sen hyödyt vaihtelevat tapauskohtaisesti, koska joissain tapauksissa todistajan henkilöllisyys voi esimerkiksi olla pääteltävissä rikoksen olosuhteista ja yksityiskohdista. Lievemmat erityisjärjestelyt kuten todistaminen sermin takaa tai syytetyn olematta paikalla eivät taas välttämättä riitä hälventämään todistajan kokemaa pelkoa niissä tilanteissa, joihin anonyymi todistelu ei laissa säädettyjen rajoitusten vuoksi sovellu. Erilaiset vaihtoehtoiset todistamisen tavat lienevät kuitenkin suurimmassa osassa tapauksia riittäviä. Oikeudenkäynnissä on käytettävä keinoja, jotka rajoittavat puolustuksen oikeuksia vähiten, turvaavat vastakuulustelu-oikeuden parhaiten ja samalla objektiivisesti arvioiden suojaavat todistajia riittävästi.

#### 7.2.2 Todistajaa ei tavoiteta eikä asian ratkaisemista voida viivyttää

OK 17:24.2:in lisättiin OK 17 luvun uudistuksessa kohta, jonka mukaan esitutkintakertomus voidaan hyväksyä todisteeksi todistajan jäätyä asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää. Lain esitöissä todetaan yleisluontoisesti, että esitutkintakertomuksen käyttö on tällaisessa tilanteessa perustelua ja EIT on oikeuskäytännössään hyväksynyt sen.<sup>280</sup> Lisäksi siinä viitataan OK 17:8:n 5 kohdan perusteluihin, koska säännökset liittyvät vahvasti toisiinsa. OK 17:8:n 5 kohdan mukaan tuomioistuimen on evättävä näyttö, joka on asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamattomiin, eikä asian ratkaisemista tule enää viivyttää. Se soveltuu erityisesti tilanteisiin, joissa todistajaa ei rikosasiassa tavoiteta eikä hänen kuulemistaan kannata enää odottaa. Tuomioistuin voi silloin päättää, että todistajaa ei kuulla, vaan hänen esitutkintakertomustaan hyödynnetään OK 17:24.2:n nojalla. OK 17:8:n 5 kohdan perusteluissa korostetaan oikeudenkäynnin osapuolten intressien välistä punnintaa ja näytön merkittävyyden huomioon ottamista. Perusteluissa viitataan tapaukseen KKO 2007:101 ja todetaan nimenomaisesti, että 5 kohta soveltuu vasta sitten, kun todistajaa on aktiivisesti tavoiteltu.<sup>281</sup> Näin ollen se on edellytyksenä myös esitutkintakertomuksen käyttämiselle.

OK 17:24.2:n esitöissä ei selosteta tarkemmin, millaisia aktiivisten toimenpiteiden on oltava, kuinka monta kertaa todistajaa tulee tavoitella ja milloin on kulunut niin pitkä aika, että asia on ratkaistava. Tällaiset seikat jäävät EIT:n ja KKO:n oikeuskäytännön varaan, mutta huomioon on otettava ainakin käsiteltävän rikosasian luonne.<sup>282</sup> On kuitenkin huomattava, että asian ratkaisemista ei voi viivyttää ainakaan tapauksissa, joissa on noudatettava ROL 5:13:n ja 6:10–11:n mukaisia määräaikoja. Säännökset koskevat tilanteita, joissa syytetty on vangittuna, matkustuskiellossa, virantoimituksesta pidätettynä tai alle 18-vuotias (ROL 5:13), aloitettua pääkäsittelyä on lykätty (ROL 6:10) tai asiassa on toimitettava uusi pääkäsittely (ROL 6:11).

---

<sup>280</sup> HE 46/2014 vp s. 28 ja 83–84.

<sup>281</sup> He 46/2014 vp s. 56.

<sup>282</sup> Frände 2016 s. 168.

Paritusta koskevasta tapauksesta KKO 2007:101 saadaan tulkinta-apua siihen, milloin todistajaa on tavoiteltu riittävästi. Käräjäoikeus oli tavoitellut kolmea ulkomailla asuvaa todistajaa kirjeitse, jotta he voisivat todistaa videoyhteyden välityksellä. Heistä vain yksi tavoitettiin, eikä hän saapunut kuulemiseen. Käräjäoikeus siirsi pääkäsittelyn myöhempään ajankohtaan ja teki kyseisen valtion oikeusviranomaiselle oikeusapupyynnön. Ulkomainen poliisi tavoitti ainoastaan yhden todistajan, ja hän kieltäytyi todistamasta terveydentilansa vuoksi. Käräjäoikeus hyväksyi todistajien esitutkintakertomukset todisteeksi, minkä lisäksi syytettä tukevaan näyttöön kuului erään poliisimiehen ja paritukseen käytetyn asunnon omistajan todistajankertomukset. Käräjäoikeus tuomitsi syytetyn, eikä hovioikeus muuttanut ratkaisua.

Korkeimmassa oikeudessa käsiteltiin sitä, oliko esitutkintakertomusten hyödyntäminen sallittua. Korkein oikeus viittasi kotimaiseen oikeuteen, EIS 6 artiklan 3 (d) kohtaan ja EIT:n oikeuskäytäntöön. Tältä osin on huomattava, että ratkaisu annettiin ennen tapauksia *Al-Khawaja ja Tahery* ja *Schatschaschwili*. Korkein oikeus keskittyi arvioimaan käräjäoikeuden toimenpiteitä todistajien tavoittamiseksi ja asiassa esitettyjen todisteiden näyttöarvoa, eikä tarkastellut tasapainottavia tekijöitä. Korkein oikeus huomautti, että EIT edellyttää todistajan tavoittamisen olleen mahdotonta ja toimivaltaisten viranomaisten etsineen todistajaa aktiivisesti. Korkein oikeus piti käräjäoikeuden toimia riittävinä, koska se oli pyrkinyt siihen, että todistajia voitaisiin kuulla, eikä kuuleminen olisi todennäköisesti onnistunut myöhemminkään. Koska todistajat olivat tavoittamattomissa, esitutkintakertomusten hyödyntäminen oli silloisen OK 17:11:n mukaan sallittua. Korkein oikeus kiinnitti huomiota myös siihen, ettei esitutkintakertomus saa olla ainoa tai ratkaiseva seikka, johon tuomio perustetaan. Sen mukaan pääkäsittelyssä annetut todistajankertomukset osoittivat syytetyn syyllistyneen paritukseen ja esitutkintakertomukset vain tukivat niitä. Esitutkintakertomukset eivät olleet ratkaisevia todisteita, joten niiden huomioon ottamiseen ei ollut tästäkään syystä estettä.

Korkein oikeus arvioi riittäviä toimenpiteitä myös tuoreemmassa tapauksessa KKO 2018:54, jossa oli kyse törkeästä ryöstöstä. Tapaus on OK 17:24.2:n kannalta olennainen, vaikka sen tosiseikat poikkeavat hieman tässä tutkielmassa käsitellystä tilanteesta, jossa todistaja ei ole paikalla oikeudenkäynnissä. Tässä tapauksessa asianomistaja oli ollut läsnä käräjäoikeudessa, jossa hän ei lausunut käsiteltävästä asiasta mitään. Hovioikeuteen hän ei saapunut, joten syyttäjä luopui hänen kuulemisestaan, mihin syytetty suostui. Esitutkintakertomus oli molemmissa oikeusasteissa keskeinen todiste. Hovioikeuden mukaan sitä saatiin hyödyntää, koska asianomistaja oli jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta eikä asian ratkaisemista tullut enää viivyttää. Se katsoi tuomion perustuneen pääasiallisesti lääkärinlausuntoihin, joihin sisältyi kuvaus asianomistajan vammoista ja niiden alkuperästä. Esitutkintakertomus oli vain tukevaa näyttöä, joten vastakuulusteluoikeuden toteutumatta jäämisellä ei ollut merkitystä.

Korkein oikeus arvioi, oliko hovioikeudessa menetelty oikein, kun esitutkintakertomus oli hyväksytty todisteeksi OK 17:24.2:n nojalla. Se huomautti, että OK 17:24.2:ssa säädettyä uutta poikkeusperustetta ei

tule soveltaa laajentavasti ja molempien siinä mainittujen edellytysten on täyttyvä. Esitutkintakertomuksen hyväksymistä harkittaessa on huomioitava, mihin toimenpiteisiin todistajan tavoittamiseksi on ryhdytty, millaista viivästystä tavoittelun jatkaminen aiheuttaisi ja kuinka todennäköisesti todistaja onnistuttaisiin tavoittamaan. Huomioon voidaan myös ottaa asian ja todistajan kuulemisen merkitys. Korkein oikeus viittasi tapauksiin *Al-Khawaja ja Tahery* ja *Schatschaschwili* ja totesi, että todistajaa tulee tarvittaessa tavoitella poliisin tai muiden viranomaisten avulla ennen kuin esitutkintakertomusta voidaan käyttää. Todistaja voidaan myös määrätä tuotavaksi myöhempään istuntoon. Riittävää ei ole, että todistaja on kerran kutsuttu saapumaan sakon uhalla henkilökohtaisesti pääkäsittelyyn. Tässä tapauksessa asianomistajan poissaolon syytä ei tiedetty eikä häntä ollut kutsua lukuun ottamatta tavoiteltu, vaikka hänen kertomuksensa oli keskeinen. Asian käsittely ei ollut myöskään viivästynyt. Korkeimman oikeuden mukaan hovioikeus ei ollut tavoitellut asianomistajaa riittävästi eivätkä OK 17:24.2:n soveltamisedellytykset siten olleet täyttyneet. Korkein oikeus huomautti myös, että tuomioistuimien soveltaa OK 17:24.2:sta viran puolesta eikä asianosaisten suostumus ole säännöksen sanamuodon mukaan peruste esitutkintakertomuksen käyttämiselle. Sillä ei näin ollen ollut merkitystä, että syytetty oli hovioikeudessa suostunut esitutkintakertomuksen hyödyntämiseen. Asia palautettiin hovioikeuteen uudelleen käsiteltäväksi.

KKO 2007:101 ja KKO 2018:54 valaisevat jonkin verran OK 17:24.2:n soveltamisalaa. Niiden perusteella on selvää, että tuomioistuimelta edellytetään kutsun lähettämisen lisäksi ylimääräistä vaivaa todistajan tavoittamiseksi. Tapauksessa KKO 2007:101 käräjäoikeus oli ryhtynyt varsin pitkälle meneviin toimenpiteisiin, kun taas tapauksessa KKO 2018:54 hovioikeus ei ollut lainkaan yrittänyt tavoittaa asianomistajaa. Asianomistajalle soittaminen tai yritys noutaa hänet istuntoon olisi saattanut riittää.<sup>283</sup> Ratkaisujen perusteella ei kuitenkaan voida olla varmoja, millaisia toimenpiteitä edellytetään todistajan oleskellessa ulkomailla, mutta tapauksen *Schatschaschwili* perusteella tuomioistuimen on turvauduttava kansainväliseen oikeusapuun. Olisi virheellistä olettaa, kuten tapauksissa *Bátěk* ja *Štulíř* tehtiin, että ulkomailla oleskeleva todistaja on aina tavoittamattomissa. Jos ulkomainen osoite on tuomioistuimen tiedossa, se voi tavoitella todistajaa kirjeitse, ja muussa tapauksessa sen on pyydettävä kansainvälistä oikeusapua. Täytäntöönpanovaltio voi kutsua todistajan paikalliseen tuomioistuimeen todistamaan esimerkiksi videoyhteyden avulla ja asettaa hänelle velvollisuuden ilmoittaa viranomaisille mahdollisista osoitteenmuutoksista. Videoneuvottelu tulisi myös nauhoittaa, jotta sitä voidaan tarvittaessa hyödyntää myöhemmin esimerkiksi valitusasteessa. Todistamista ei myöskään tule pitää mahdottomana, jos todistaja kerran jättää tulematta sovittuun videoneuvotteluun. Täytäntöönpanovaltio voi turvautua pakkokeinoihin,

---

<sup>283</sup> Tapanila 2019 s. 175.

jotta todistaja saadaan osallistumaan uutena ajankohtana järjestettävään käsittelyyn. Esitutkintakertomusta voitaisiin hyödyntää, jos kuuleminen ei tämänkään jälkeen onnistu.<sup>284</sup>

Oikeusapupyynnöstä on yleensä hyötyä, kun todistaja oleskelee toisessa EU:n jäsenvaltiossa. Euroopan unionin neuvosto on antanut suosituksen oikeusalan rajat ylittävien videoneuvottelujen käytön ja parhaiden käytäntöjen edistämisestä jäsenvaltioissa ja EU:n tasolla (2015/C 250/01), jossa jäsenvaltioita kannustetaan videoneuvottelujen käytön edistämiseen. Kansainvälistä oikeusapua EU:n jäsenvaltioiden kesken käsittelee puolestaan direktiivi rikosasioita koskevasta eurooppalaisesta tutkintamääräyksestä (2014/41/EU), joka saatettiin Suomessa voimaan täytäntöönpanolailla 430/2017. Oikeusapuprosessissa voi kuitenkin mennä huomattavan kauan, eikä se välttämättä johda tuloksiin. Täytäntöönpanovaltio voi kieltäytyä 11 artiklassa mainituilla perusteilla. Jos todistaja on taas lähtenyt EU:n ulkopuolelle, hänen tavoittamisensa saattaa olla hyvin vaikeaa tai jopa mahdotonta. Suomella ei ole sopimusta oikeudellisesta yhteistyöstä esimerkiksi Venäjän kanssa.<sup>285</sup>

Oikeustieteen professori Bachmaier Winter on ehdottanut, että EU-tasolla voitaisiin omaksua käytäntö, jossa todistajalla olisi velvollisuus matkustaa toiseen EU:n jäsenvaltioon todistamaan, jos välimatka alittaa tietyn kilometrimäärän eikä matkustaminen olisi todistajalle kohtuutonta. Oikeusapupyynnön tehnyt valtio korvaisi matkustamisen kustannukset.<sup>286</sup> Menettely voisi olla perusteltu tapauksissa, joissa on kyse vakavasta rikoksesta, todistajan kertomus on keskeinen todiste ja tuomioistuin ja todistajan asuinpaikka sijaitsevat esimerkiksi naapurivaltioissa hyvien kulkuyhteyksien päässä toisistaan. Todistajien voitaisiin tietyissä tilanteissa edellyttää liikkuvan esimerkiksi Helsingin ja Tallinnan välillä. Toisaalta todistaminen videoyhteyden välityksellä niin, että se videoidaan ja syytetty on paikalla avustajansa kanssa, lienee riittävää vastakuulustelu-oikeuden kannalta.

EIT ei enää vaadi, että todistajan poissaolon taustalla on ehdottomasti oltava hyväksyttävä syy, jotta esitutkintakertomusta voitaisiin käyttää. Viranomaisten passiivisuus ei itsessään merkitse EIS 6 artiklan 1 ja 3 (d) kohtien loukkausta, eikä heidän aktiivisuutensa automaattisesti estä sitä. Vaikka poissaolon syy otetaan edelleen huomioon, EIS 6 artiklan kannalta on tärkeämpää, millainen oikeusprosessi on ollut kokonaisuutena ja miten syytetyn heikentynyt asemaa on kompensoitu.<sup>287</sup> Tapauksen KKO 2018:54 perusteella on kuitenkin selvää, että korkein oikeus pitää viranomaisten aktiivisuutta erittäin tärkeänä edellytyksenä OK 17:24.2:n soveltamiselle. Puolustuksen oikeuksien kannalta on perusteltua, että Suomessa pidetään myös jatkossa EIT:ta tiukempi linja arvioitaessa esitutkintakertomuksen käyttämisen välttämättömyyttä.

---

<sup>284</sup> Bachmaier Winter 2013 s. 137–138 ja 144–145.

<sup>285</sup> Tapanila 2019 s. 135–136 ja 185.

<sup>286</sup> Bachmaier Winter 2013 s. 143.

<sup>287</sup> Kemppinen 2017 s. 399.

### 7.3 Menettely oikeudenkäynnissä

OK 17:24.2:ssa ei oteta kantaa siihen, miten oikeudenkäynnissä on meneteltävä sen jälkeen, kun tuomioistuin on hyväksynyt poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen todisteeksi. Tuomioistuimella on tällöin kuitenkin pohdittavaan hankalia kysymyksiä, jotka koskevat muun muassa esitutkintakertomuksen luotettavuutta ja näyttöosuutta, tasapainottavia tekijöitä ja oikeusprosessin oikeudenmukaisuutta. Tuomioistuimen on EIT:n oikeuskäytännön mukaan tarkasteltava tasapainottavia tekijöitä ainakin silloin, kun esitutkintakertomus on vähintään painoarvoltaan merkittävä ja sen hyödyntäminen on saattanut heikentää puolustuksen asemaa. Oikeudenkäyntimenettelyllä ja tuomioistuimen prosessinjohtolla on korostunut merkitys toisaalta myös silloin, kun todistajan poissaoloa ei ole osattu ennakoita esitutkintavaiheessa.<sup>288</sup>

Lähtökohtaisesti suomalaisilla tuomioistuimilla on vapaaseen todistusteoriaan kuuluva oikeus määritellä todisteen näyttöarvo vapaasti ilman harkintavallan rajoituksia.<sup>289</sup> EIT:n oikeuskäytäntö jossain määrin rajoittaa vapaata todistusharkintaa, mutta tarkoituksena on huolehtia puolustuksen asemasta. EIT:n oikeuskäytännön mukaan huolellinen näyttöarviointi on kenties tärkein tasapainottavista tekijöistä, minkä vuoksi se on asettanut sille tiettyjä kriteerejä. Kansallisen tuomioistuimen on arvioitava poissaolevan todistajan esitutkintakertomusta erityisellä huolellisuudella, suhtauduttava siihen varovaisesti ja kirjattava tuomion perusteluihin kaikki sen luotettavuuteen vaikuttavat tekijät. Tuomioistuimen on lisäksi osoitettava, että esitutkintakertomuksella on vähemmän todistusarvoa kuin pääkäsittelyssä suullisesti ja välittömästi annetulla todistajankertomuksella. Suomessa on tosin muutenkin perinteisesti suhtauduttu esitutkintakertomuksen näyttöarvoon pidättyväisesti. Esimerkiksi hallituksen esityksen 82/1995 vp mukaan esitutkintakertomukselle voidaan jossain tapauksissa antaa muuta todistelua jossain määrin täydentävä vaikutus.<sup>290</sup>

EIT:n oikeuskäytännön vuoksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annettuun lakiin on päätetty ottaa säännös erityisestä perusteluvelvollisuudesta.<sup>291</sup> ROL 11:4.3:n mukaan tuomioistuimen on erityisesti perusteltava, mikä merkitys todistajan tai asianomistajan kertomuksella oli näyttönä asiassa ja mihin toimenpiteisiin ryhdyttiin puolustuksen oikeuksien turvaamiseksi, jos tämän henkilökohtaisen kuulemisen asemasta todisteena käytettiin esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa. Tuomioistuimen on myös erityisesti perusteltava, miksi asianomistajaa tai todistajaa ei kuultu henkilökohtaisesti oikeudenkäynnissä.

---

<sup>288</sup> Kemppinen 2017 s. 399–400.

<sup>289</sup> Rantaeskola 2019 s. 232. Pölönen 2015 s. 227. Fredman ym. 2014 s. 521–522.

<sup>290</sup> HE 82/1995 vp s. 144.

<sup>291</sup> HE 46/2014 vp s. 141.

ROL 11:4.3:n esitöiden mukaan tuomioistuimen on arvioitava jäsennellysti ja perusteellisesti esitutkintakertomuksen luotettavuuteen ja näyttöarvoon liittyviä kysymyksiä. Sen on nimenomaisesti todettava, onko esitutkintakertomus ainoa tai ratkaiseva todiste, ja käsiteltävä siinä yhteydessä kattavasti myös muun näytön merkitystä. Todisteiden arvioinnissa on huomioitava, miltä osin ne tukevat syytettä ja miltä osin ne vaikuttavat syytetyn eduksi. Lisäksi perusteluissa on erityisesti otettava kantaa puolustuksen näkemykseen esitutkintakertomuksen merkityksestä.<sup>292</sup> Ratkaisua *Schatschaschwili* ei ollut vielä annettu hallituksen esitystä kirjoitettaessa, mutta oletettavasti tuomioistuimen tulee nykyään arvioida myös sitä, oliko esitutkintakertomus painoarvoltaan merkittävä ja saattoiko sen hyödyntäminen heikentää puolustuksen asemaa. Lisäksi tuomion perusteluissa on käsiteltävä huolellisesti sitä, miksi poissaolevaa todistajaa ei ole kuultu henkilökohtaisesti, miten hänet on yritetty saada tuomioistuimeen kuultavaksi ja miksi siitä on luovuttu. Perusteluvollisuuden laajuuteen vaikuttaa poissaolon syy, joten todistajan kuoleman mainitseminen riittää, kun se on OK 17:24.2:n soveltamisen syy.<sup>293</sup>

EIT:n oikeuskäytännön perusteella esitutkintakertomukseen voidaan asettaa niin sanottu hyödyntämisrajoitus. Hyödyntämisrajoitus tarkoittaa, että joltain osin puutteellinen todiste hyväksytään todistusaineistoon, mutta sen näyttöarvoa alennetaan. Poissaolevan todistajan esitutkintakertomus on kontradiktorisuuden kannalta puutteellinen, joten sen näyttöarvoa alennetaan ottaen huomioon puolustukselle aiheutunut haitta ja kertomuksen merkitys osana koko näyttöä. Hyödyntämisrajoitusta voidaan pitää perusteltuna, koska riski tuntemattomiksi jääneistä virhelähteistä heikentää esitutkintakertomuksen luotettavuutta.<sup>294</sup> Hyödyntämisrajoitusta on tosin kritisoitu teoreettisuudesta. Siitä ei välttämättä ole käytännön hyötyä, vaan se saattaa lähinnä vaikuttaa kikkailulta, jolla esitutkintakertomuksen hyödyntäminen oikeutetaan. Hyödyntämisrajoitus ei myöskään välttämättä riitä vakuuttamaan syytettyä siitä, että puolustuksen asemaa on kompensoitu riittävästi.<sup>295</sup> Tuomarit Sajó ja Karakaş viittasivat juuri tähän huomauttaessaan tapauksessa *Al-Khawaja ja Tahery*, että vaikka esitutkintakertomukseen pyrittäisiin suhtautumaan varovaisesti, sitä tosiasiasa joko hyödynnetään tai ei hyödynnetä syytetyn tuomitsemisessa.<sup>296</sup>

EIT:n oikeuskäytännön nojalla on syytettyä ei saa tuomita, jos esitutkintakertomus on vähintään painoarvoltaan merkittävä eivätkä tasapainottavat tekijät ole riittäviä. ROL 11:4.3:n esitöiden mukaan tuomion perusteluissa onkin selostettava tarkasti, mihin puolustuksen oikeuksia turvaaviin toimenpiteisiin on ryhdytty. Merkitystä voi olla sillä, miten esitutkintakuulustelu on toimitettu, onko puolustuksella ollut

---

<sup>292</sup> HE 46/2014 vp s. 141.

<sup>293</sup> HE 46/2014 vp s. 141.

<sup>294</sup> Bachmaier Winter 2013 s. 138, 144–145.

<sup>295</sup> Tapanila 2019 s. 236.

<sup>296</sup> *Al-Khawaja ja Tahery vastaan Yhdistynyt kuningaskunta*, 15.12.2011, tuomarien Sajó ja Karakaş eriävä mielipide, s. 64.

aiemmassa vaiheessa mahdollisuus vastakuulusteluun ja miten viranomaisten ja puolustus ovat muuten toimineet. Puolustuksen oikeuksia tulisi rajoittaa mahdollisimman vähän.<sup>297</sup>

Tasapainottavia tekijöitä arvioidessaan tuomioistuimen on kiinnitettävä huomiota muun muassa esitutkintavaiheen menettelytapoihin, syytetyn puolustautumismahdollisuuksiin, oikeudellisen avustajan käyttöön ja asiassa esitettyyn näyttöön. Muun näytön tulisi olla esitutkintakertomuksesta riippumatonta ja mahdollisimman kattavaa, jotta esitutkintakertomuksen luotettavuutta ja syytteen uskottavuutta pystyttäisiin paremmin arvioimaan.<sup>298</sup> EIT:n ratkaisussa *Schatschaschwili* antama lista tasapainottavista tekijöistä ei kuitenkaan ole tyhjentävä, joten tuomioistuimet voivat harkintansa mukaan ottaa huomioon muitakin prosessuaalisia suojatekijöitä. Yhtenä tasapainottavana tekijänä voitaisiin pitää esimerkiksi sitä, että tuomioistuin on käyttänyt OK 17:7:n mukaista oikeuttaan hankkia näyttöä, joka todennäköisesti ei tue syytettä, tai asiantuntijalausunnon.

## 8. Johtopäätökset

Poissaolevan todistajan esitutkintakertomuksen käyttämiseen liittyy väistämättä riskejä ja sisäisiä jännitteitä. Kun tehdään rajanvetoa sen suhteen, mihin EIS 6 artiklan 3 (d) kohta velvoittaa, on punnittava julkisen vallan, asianomistajien, todistajien ja syytetyn intressejä. Valtion ja asianomistajien näkökulmasta keskeisintä on selvittää rikokset ja toteuttaa rikosvastuu, kun taas todistajat haluavat saada suojaa mahdollisilta kostotoimenpiteiltä. Syytetyn intressissä taas on, että hän saa tosiasiallisen mahdollisuuden tehokkaaseen puolustukseen ja että epävarmassa tilanteessa hänet vapautetaan syytteistä. Valtion, asianomistajien ja todistajien intressit vahvistuvat syytteen koskiessa vakavaa rikollisuutta, mutta silloin korostuu myös syytetyn oikeusturvan tarve. Koska nämä intressit ovat osittain vastakkaisia, kaikkia niistä ei voida toteuttaa samanaikaisesti täysimääräisinä. Yksittäisessä rikosasiassa tuomarin on pohdittava, minkä tahon intressejä tulee priorisoida, mutta intressipunninnassa on huomioitava, että syytetyn oikeusturva rajaa rikosvastuun toteuttamista. On niin yksilön kuin yhteiskunnan näkökulmasta vahingollisempaa julistaa syytön syylliseksi kuin vapauttaa syyllinen.<sup>299</sup>

Kun esitutkintakertomuksen hyödyntämistä harkitaan, vastakkain ovat myös oikeudenmukaisuutta vaalivat oikeusperiaatteet ja käytännöllisyyttä korostavat näkökulmat. Prosessiekonomia on toisinaan ristiriidassa aineellisen totuuden ja menettelyllisen oikeudenmukaisuuden tavoittelun kanssa.<sup>300</sup> Esitutkintaviranomaisten on pohdittava, millaisiin vastakuulustelu-oikeutta turvaaviin toimenpiteisiin on

---

<sup>297</sup> HE 46/2014 vp s. 141.

<sup>298</sup> Tapanila 2019 s. 237–238.

<sup>299</sup> Stanikić 2015 s. 44–45. Fredman ym. 2014 s. 13. Pridal 2014 s. 208. Tapanila 2004 s. 138. HE 82/1995 vp s. 83.

<sup>300</sup> Tapanila 2004 s. 11.

syytä ryhtyä, vaikka he eivät tiedä varmasti, estyykö todistaminen. Tuomioistuinten on puolestaan harkittava, miten paljon todistajaa on tavoiteltava ja millaisia erityisjärjestelyjä on yritettävä ennen kuin hänen kuulemisensa voidaan korvata esitutkintakertomuksella. Tällaiset toimenpiteet vievät aikaa ja resursseja, eivätkä välttämättä johda tuloksiin, joten esitutkintakertomuksen hyödyntäminen voi tuntua houkuttevalta vaihtoehdolta. EIT on kuitenkin todennut, että demokraattisessa yhteiskunnassa oikeudenmukaisuutta ei saa uhrata tarkoituksenmukaisuuden nimissä, ja tätä periaatetta on syytä noudattaa.<sup>301</sup> Vastakuulustelu-oikeudesta on huolehdittava asianmukaisesti, koska se edistää merkittävästi puolustautumismahdollisuuksia ja siten myös oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Kun todistaja ei todista oikeudenkäynnissä, puolustuksen asema väistämättä heikkenee, koska se ei voi hyödyntää erilaisia kuulustelullisia keinoja selvittääkseen kertomuksen luotettavuutta eikä tarkastella esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä annettujen kertomusten eroavaisuuksia. Ilman vastakuulustelua puolustus voi vain pintapuolisesti kommentoida esitutkintakertomusta ja kertoa oman käsityksensä syytteenalaisista tapahtumista.

EIT:n oikeuskäytännössä on havaittavissa puolustuksen oikeuksia heikentävä ja oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointia painottava kehityssuunta, jossa vastakuulustelu-oikeudella on aiempaa vähemmän itsenäistä merkitystä. Siinä missä *yksinomainen tai ratkaiseva* -sääntö takasi oikeuden vastakuulustella keskeisiä todistajia, päivitetyn Al-Khawaja-testin myötä vastakuulustelu-oikeudesta on tullut yksi useasta kokonaisarvioinnissa huomioon otettavasta seikasta. EIT ratkaisee kokonaisuuden perusteella, onko EIS 6 artiklan 3 (d) kohtaa loukattu, kun oikeudenkäynnissä on käytetty todisteena poissaolevan todistajan vastakuulustelussa koettelematonta esitutkintakertomusta.

Oikeudenmukaisuuden kokonaisarviointi on tiettyyn pisteeseen asti perusteltua, mutta puolustuksen vähimmäisoikeuksista ei tulisi tinkiä suurella määrällä, koska ne tuovat sisältöä oikeudenmukaisuuteen. Vaikuttaa siltä, että EIS 6 artikla ei enää suojaa useita oikeudenmukaisuutta takaavia erillisiä oikeuksia, kuten vastakuulustelu-oikeutta, vaan merkitsee yhtä laajaa ja joustavaa oikeutta saada kokonaisuutena arvostellen oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Kehitystä ei voida pitää toivottavana, koska on aivan eri asia, onko syytetty saanut osakseen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vai onko hän saanut asianmukaisen ja riittävän mahdollisuuden esittää kysymyksiä syyttäjän kutsumalle todistajalle ennen asian ratkaisemista.<sup>302</sup> EIT ei ole myöskään perustellut, miksi kokonaisuutena harkinta, jossa puolustuksen vähimmäisoikeudet voivat jäädä nimellisiksi, olisi parempi vaihtoehto kuin vähimmäisoikeuksien itsenäinen tarkastelu. EIT on halunnut luopua jäykistä säännöistä, mutta joustavuus tuo mukanaan ennakoimattomuutta ja epävarmuutta. Voidaan vain pohtia, millaiseksi vastakuulustelu-oikeuden rooli muodostuu tulevaisuudessa, jos nykyinen kehityssuunta

---

<sup>301</sup> Kostovski vastaan Alankomaat, 20.11.1989, kohta 44.

<sup>302</sup> Ks. Goss 2014 s. 65–66.

jatkuu. Jos vastakuulustelu oikeudesta ei huolehdita, voi syntyä uusi normaali, jossa vastakuulustelu oikeus supistuu poikkeukseksi ja puolustuksen oikeudet heikkenevät lopullisesti.

EIT ei kuitenkaan ole toistaiseksi luopunut kaikista vastakuulustelu oikeuden loukkauksen arviointikriteereistä ja siirtynyt täydelliseen kokonaisharkintaan. Tällä hetkellä tärkeimpiä kriteerejä ovat esitutkintakertomuksen näyttöosuus ja puolustuksen heikentyneen aseman kompensointi, joihin tosin liittyy tiettyjä ongelmia. Käsite *merkittävä painoarvo* on toistaiseksi arvoitus, ja kompensointi on epävarmaa. Vastakuulustelun puuttumista ei välttämättä voida hyvittää tehokkaasti tasapainottavilla tekijöillä, eikä ole täysin selvää, mitä seikkoja niihin voidaan laskea ja miten niitä arvioidaan.

On myös huomattava, että EIS ja EIT:n oikeuskäytäntö asettavat syytetyn oikeusturvalle vain minimitason.<sup>303</sup> Suomi ei saa heikentää puolustuksen oikeuksia siitä, millaiseksi ne muotoiltiin ratkaisussa *Schatschaschwili*, mutta voi halutessaan vahvistaa niitä. Näin ollen suomalaisten oikeusviranomaisten tulisi OK 17:24.2:a soveltaessaan tulkita päivitettyä Al-Khawaja-testiä mahdollisimman ihmisoikeusmyönteisesti ja syytetyn oikeusturvaa painottaen. Suomessa on pidettävä ihmisoikeustuomioistuinta tiukemmin kiinni hyväksyttävän syyntä vaatimuksesta ja asetettava riittävän kompensoinnin kynnyks korkealle. Esitutkintavaiheen menettelytapoihin, avustajan käyttämiseen, muuhun saatavilla olevaan näyttöön ja tarkkaan näytönarviointiin on kiinnitettävä huomiota, mutta tuomion tulee olla sitä herkemmin vapauttava, mitä keskeisempi todiste poissaolevan todistajan esitutkintakertomus on. Syytettyä ei tulisi tuomita etenkin silloin, kun ainoa näyttö hänen syyllisyydestään on poissaolevan todistajan esitutkintakertomus, vaikka se on EIT:n oikeuskäytännön nojalla sallittua.

---

<sup>303</sup> Tapanila 2004 s. 9.