

HELSINGIN HOVIOIKEUDEN JULKAISUJA

HELSINGIN HOVIOIKEUS
HELSINKI

Toimittaneet
Laura Ervo – Raimo Lahti – Jukka Siro

Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa

HELSINGIN HOVIOIKEUS
HELSINKI

copyright: Helsingin hovioikeus ja tekijät

ISBN 978-951-53-3402-2 (nid.)

ISBN 978-951-53-3403-9 (PDF)

Kannen suunnittelu: Taisto Jantunen

Kannen kuvassa on Helsingin hovioikeudessa sijaitseva Walter Runebergin patsas Lex.

Hakapaino Oy

Helsinki 2012

Sisällys

Esipuhe	
Hovioikeuden presidentti <i>Mikko Könkkölä</i>	7
Alkulause	
Kirjan toimittajat <i>Laura Ervo, Raimo Lahti ja Jukka Siro</i>	9
ARTIKKELIT	
<i>Markku Fredman</i>	
Asianosaisjulkisuus esitutkinnassa ja vangitsemisesta päätettäessä	11
<i>Kaira Gardemeister</i>	
Kirjatun todistajankertomuksen käyttö näytön arvioinnissa	77
<i>Heli Melander</i>	
Asianomistajan vaitiolo-oikeuden suhteesta vastaajan vastakuulustelu-oikeuteen ...	101
<i>Tero Kujala</i>	
Euroopan unionin perusoikeuskirja – perusoikeudet ja lainkäyttö	123
<i>Petra Spring-Reiman</i>	
Totuus vai oikeudenmukaisuus – milloin tuomioistuimen tulee jättää todistelu hyödyntämättä rikosprosessissa	147
<i>Tiina-Liisa Autio ja Anna Karjala</i>	
Ihmiskauppa ja ihmisoikeudet	175
<i>Tea Kangasniemi</i>	
Identiteettivarkaudet – haasteita rikostukinnalle ja -oikeudelle, paljon vaivaa ja harmia uhrille	217
<i>Jenni Korvenmaa</i>	
Itsekriminointisuoja korkeimman oikeuden viimeaikaisessa oikeuskäytännössä – tarkastelun kohteena erityisesti ratkaisut KKO 2009:80 ja KKO 2010:41	239
<i>Riikka Rask</i>	
Vihapuhe Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa	265
Kirjoittajat	296

Esipuhe

Helsingin hovioikeuspiirin ja Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan laatuhanke järjesti vuosina 2010–2011 opintojakson perus- ja ihmisoikeuksista rikosprosessi- ja rikosoikeudessa. Osallistujilla oli mahdollisuus laatia artikkeli osana kurssin seminaariopetusta. Kurssilaisten artikkelit on perinteiseen tapaan koottu täksi julkaisuksi.

Laatuhankkeen kurssi oli avoin alueen lainkäyttöhenkilökunnalle, niin tuomareille ja esittelijöille kuin syyttäjille ja asianajajillekin. Osallistujien kannalta laatuhanke on osa ammatillista lisensiaatintutkintoa; osallistumalla opintojaksoille voi suorittaa oikeustieteen lisensiaatin tutkinnon. Hovioikeuden kannalta kyse on muun ohella lainkäyttöhenkilökunnan täydennyskoulutuksesta, jossa saatu tietämys saatetaan näillä julkaisuilla laajemman piirin hyödynnettäväksi.

Tämän julkaisun artikkeleissa keskitytään, teoksen otsikon mukaisesti, arvioimaan rikos- ja rikosprosessioikeutta ihmisoikeusnäkökulmasta. Euroopan ihmisoikeussopimus on ollut Suomessa voimassa jo yli 20 vuotta, ja Strasbourgin tuomioistuimen ratkaisujen huomioimisesta on tänä aikana tullut arkea suomalaisissa tuomioistuimissa. Rikosprosessioikeuden kannalta keskeisellä sijalla on luonnollisesti ihmisoikeussopimuksen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeva 6 artikla ja ihmisoikeustuomioistuimen sitä koskeva laaja oikeuskäytäntö. Se näkyy hyvin selvästi tämänkin julkaisun artikkeleissa.

Opintojakson vastaavina opettajina ovat toimineet professori Raimo Lahti Helsingin yliopistosta ja professori Laura Ervo Örebron yliopistosta. He ovat vastanneet artikkeleiden tieteellisestä tarkastamisesta. Opintojakson suunnittelutyöryhmään ovat kuuluneet heidän lisäksi hovioikeudenneuvos Risto Jalanko, käräjätuomari Hannele Piisi, valtiosyyttäjä Mika Illman ja asianajaja Antti Sorjonen. Työryhmän sihteerinä on toiminut käräjätuomari Riikka Rask. Viskaali Jukka Siro on toimittanut artikkelit täksi julkaisuksi. Kiitän heitä ja artikkelien kirjoittajia tekemästään työstä.

Helsingissä, helmikuussa 2012

Mikko Könkkölä

Alkulause

Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessioikeudessa ja rikosoikeudessa -kurssi on ollut järjestyksessä 13. jatkokoulutustason opintojakso, joka on toteutettu Helsingin hovioikeuspiirin yliopistopainotteisessa laatuhankeessa yhteistyössä Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan kanssa. Kurssilla perehdyttiin perus- ja ihmisoikeuksien merkitykseen rikosprosessi- ja rikosoikeudessa. Luento-opetus järjestettiin syksyllä 2010 ja seminaariopetus keväällä 2011. Opetus suunnattiin hovioikeuspiirin laatuhankeeseen perusidean mukaisesti alueen lainkäyttöhenkilöstölle. Tällaisia lainkäyttötehtävissä toimivia osallistui 23 henkeä, heistä 12 suoritti kurssin hyväksytysti ja kymmenen kurssilaista on tämän julkaisun kirjoittajia.

Kurssin luento-opetuksessa oli seuraavia opetuskokonaisuuksia ja luennoitsijoita:

- 1) Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa I: Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan ja perustuslain 21 §:n soveltamisala, syyttömyysolettama, itsekriminointisuoja ja kielletyllä tavalla hankitun todistusaineiston hyödyntäminen. Luennoitsijana dosentti, sittemmin professori Laura Ervo.
- 2) Perus- ja ihmisoikeudet rikosoikeudessa: laillisuusperiaate, muiden kriminalisointiperiaatteiden merkitys sekä perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus rikosoikeuden vastuuoppiin ja rikosoikeudelliseen seuraamusjärjestelmään. Luennoitsijana professori Raimo Lahti.
- 3) Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa II: a) Equality of arms -periaate ja oikeudenkäynnin kontradiktorisuusvaatimus. Luennoitsijana ihmisoikeustuomari, OTT Päivi Hirvelä. b) Rikosoikeudenkäynnin tehokkuusvaatimus. Luennoitsijana tohtorikoulutettava, OTM Teemu Kastula.
- 4) Perus- ja ihmisoikeudet erityisesti valtioiden rajat ylittävissä rikosprosesseissa: a) Perus- ja ihmisoikeusnäkökohtia Suomen kansainvälisessä yhteistyössä rikosasioissa. Luennoitsijana tohtorikoulutettava, sittemmin PhD Annika Suominen.¹ b) Ne bis in idem -periaate. Luennoitsijana tohtorikoulutettava, JuK Dan Helenius.² Näistä aiheista käyttivät valmistellut puheenvuorot valtiosyyttäjä, OTT Mika Illman ja asianajaja Jussi Sarvikivi.
- 5) Poliisi-, esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistus ja sen vaikutukset perus- ja ihmis- oikeuksiin rikosprosessissa: a) Uudistuksen tausta ja tavoite. Luennoitsijana lainsäädäntöneuvos Janne Kanerva. b) Uudistuksen merkittävimmät vaikutukset rikosoikeudenkäynnin eri toimijoiden toimintavaltuuksiin. Luennoitsijoina valtiosyyttäjä Mika Illman ja asianajaja Markku Fredman.

¹ Ks. luento pohjautuvaa Annika Suominen samannimistä artikkelia, DL 2011 s. 37–51.

² Ks. aiheesta Dan Heleniuksen artikkelia Ne bis in idem -kiellon rakenne ja ongelmakohdat viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa. DL 2010 s. 764–777.

Kurssin seminaariopetus ja osallistujien kirjallisten töiden ohjaus jakaantui sen vastuuopettajien, professori Laura Ervon ja professori Raimo Lahden kesken siten, että edellinen ohjasi ja tarkasti rikosprosessioikeudellisesti ja jälkimmäinen rikosoikeudellisesti painottuvat työt. Siten myös niiden pohjalta laadituista kirjoituksista on Laura Ervo arvioinut tähän julkaisuun ottamista varten Markku Fredmanin, Kaira Gardemeisterin, Tero Kujalan, Heli Melanderin ja Petra Spring-Reimanin tekstit sekä Raimo Lahti Tiina-Liisa Aution ja Anna Karjalan yhteistekstin ja Tea Kangasniemen, Jenni Korvenmaan ja Riikka Raskin tekstit.

Tämän julkaisun kolmas toimittaja – kurssin vastuuopettajien Laura Ervon ja Raimo Lahden lisäksi – on ollut hovioikeudenviskaali, OTT Jukka Siro. Hän on käynyt julkaisuun otetut tekstit huolellisesti läpi, tarkistanut ja yhtenäistänyt niiden kielenkäyttöä ja muuta ulkoasua sekä huolehtinut painatuksen ja julkaisun valmistumisen vaatimista käytännön toimista.

Yhteistyö opintojakson suunnitteluun ja toteuttamiseen eri tavoin myötävaikuttaneiden kesken on sujunut erinomaisesti. Allekirjoittaneet kiittävät varsinkin kurssin suunnitteluryhmää ja laatuhankkeen koulutustoimintaa koordinoivaa ohjausryhmää hyvästä yhteistyöstä. Suunnitteluryhmän sihteerin, käräjätuomari Riikka Raskin työpanos ansaitsee aivan erityisen kiitoksen. Yliopiston ja hovioikeuden lainkäyttöhenkilöstön yhteinen laatuhanke on tämänkin kurssin perusteella osoittautunut oivalliseksi välineeksi lisätä teorian ja käytännön vuorovaikutusta sekä laajentaa yliopiston palvelutehtävää tuomioistuinlaitoksen lainkäyttötoiminnan kehittämiseen.

Örebrossa ja Helsingissä, joulukuussa 2011

Laura Ervo

Raimo Lahti

Jukka Siro

Kirjatun todistajankertomuksen käyttö näytön arvioinnissa

1. Johdanto

Oikeudenkäyntimenettelyn ehdoton prosessioikeudellinen oikeusperiaate on kontradiktorisuus ja asianosaisten tosiasiallinen tasavertaisuus. Keskeistä oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä on asianosaisten ja tuomioistuimen jäsenten välillä käytävä laaja-alainen keskustelu oikeudenkäynnin kohteesta ja ratkaisun pohjana olevasta oikeudenkäyntiaineistosta.¹ Tämä edellyttää, että asianosaisilla on oikeus saada kaikki oikeudenkäyntiaineisto tietoonsa ja tuottaa omaa oikeudenkäyntiaineistoa² ja että asianosaisilla olisi mahdollisuus esittää pääkäsittelyyn toimitetusta oikeudenkäyntiaineistosta oma käsityksensä.³ Tuomioistuimelle on kuitenkin lain säätämässä rajoissa varattu mahdollisuus rajoittaa asianosaiselle kuuluvaa oikeutta tuottaa ja kommentoida oikeudenkäyntiaineistoa ilman että asianosaisten tasa-arvoisuudesta sinänsä tingitään.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) on useissa ratkaisuissaan korostanut, että todistelun rajoittamisesta säädetään kansallisella tasolla. EIT ratkaisukäytäntö on kuitenkin kiistatta ohjannut laintulkintaa. Korkeimman oikeuden ja EIT:n antamista ratkaisuksista ja niistä löydettävistä oikeusohjeista voidaan todentaa, että vastaajan kuulusteluoikeuden rajoittaminen ja kaventaminen on sallittua tiettyjen edellytysten vallitessa. Kirjoituksessani tarkastelen näitä oikeudenkäyntimenettelyssä esiintyviä poikkeuksellisia tilanteita, joissa kontradiktorisuudesta voidaan laissa säädetyissä tilanteissa tinkiä. Rajaan kirjoitukseni todistelumenettelyyn ja siinä pääosin todistelun vastakuulustelutilanteisiin. Todistelumenettelyn välittömyys tähtää viime kädessä todistelun luotettavuuden edistämiseen.⁴ Tilanteita ohjaa tällöinkin lainsäädäntö sekä kotimainen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö. Oikeusministe-

¹ Virolainen 1998 s. 21, Jokela 2005 s. 78, Tirkkonen 1969 s. 81. Kontradiktorinen periaate eli *audiatur et altera pars* -sääntö edellyttää, että tuomioistuin ei saa antaa ratkaisua asiassa ennen kuin vastapuolelle on varattu tilaisuus antaa vastineensa.

² Ervo 2005c s. 454.

³ Frände 1999 s. 344. Tirkkonen 1969 s. 81 *Audiatur et altera pars*-sääntö edellyttää, että asianosaisilla tulee olla tilaisuus esittää sanottavansa jutun aikana ja vaikuttaa asia ratkaisemiseen.

⁴ Hormia 1978 s. 119.

riö on asettanut toimikunnan pohtimaan oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevan 17 luvun uudistamista. Nähtäväksi jää, tuleeko toimikunta esittämään muutosehdotuksia myös näihin säännöksiin, joita tulen tässä kirjoituksessani tarkemmin esittelemään. Toimikunnan ensimmäisen ehdotuksen pitäisi valmistua 30.4.2012 mennessä.

EIT:n oikeuskäytännössä keskeisenä näkökulmana on vastaajan oikeuksien toteutuminen, minkä olen valinnut myös omaksi näkökulmakseni. Tarkastelen kotimaisen lainsäädännön- ja oikeuskäytännön sekä EIT:n oikeuskäytännön valossa tilanteita, joissa vastaajan oikeutta ilmoittaa todisteita tai kuulustuttaa todistajia on rajoitettu.

2. Todistelun vapaaehtoinen rajoittaminen

Tuomioistuin voi rajoittaa todistelua viran puolesta. Syytetty voi lisäksi vapaaehtoisesti luopua oikeudestaan suulliseen käsittelyyn ja siten oikeudestaan tulla laajemmin kuulluksi ja esittää todistelua syyttömyytensä tueksi, mikä saattaa kaventaa tasapuolista kohtelua. Toisaalta tuomioistuimen on oikeudenkäymiskaaren mukaan huolehdittava viran puolesta siitä, että asia tulee joka tapauksessa riittävästi selvitettyksi.

Syytetty voi siis luopua oikeudestaan suulliseen käsittelyyn vapaaehtoisesti ennen asian käsittelyä ja ratkaisemista oikeudenkäynneistä rikosasioissa annetun lain 5 a luvun mukaisissa tapauksissa.⁵ Edellä mainituissa tilanteissa vastaajan oikeuksien kavennus perustuu vastaajan käräjäoikeudelle toimittamaan erilliseen kirjalliseen tunnustamiseen ja suostumukseen.

Oikeudenkäynneistä rikosasioissa annetun lain 5 a luvun 1 §:n mukaan asia voidaan ratkaista pääkäsittelyä toimittamatta, jos:

- 1) mistään syyttäjän syytteessä tarkoitetusta yksittäisestä rikoksesta ei syytteessä mainittujen seikkojen vallitessa tehtynä ole säädetty ankarampaa rangaistusta kuin sakko tai vankeutta enintään kaksi vuotta;
- 2) vastaaja tunnustaa syyttäjän syytteessä kuvatun teon sekä käräjäoikeudelle antamallaan nimenomaisella ilmoituksella luopuu oikeudestaan suulliseen käsittelyyn ja suostuu asian ratkaisemiseen kirjallisessa menettelyssä;
- 3) vastaaja on teon tehdessään ollut täysi-ikäinen;
- 4) asianomistaja on esitutkinnassa tai kirjallisesti myöhemmin ilmoittanut, ettei vaadi pääkäsittelyn toimittamista; ja
- 5) pääkäsittelyn toimittaminen on asian selvitettyyn tilaan nähden myös kokonaisuutena arvioiden tarpeetonta.

Kirjallisessa menettelyssä rangaistukseksi ei voida tuomita ankarampaa rangaistusta kuin yhdeksän kuukautta vankeutta.

⁵ Kysymyksessä ovat lähinnä yksinkertaiset rikosasiat, joissa todistelu on kirjallista.

Vastaajan vapaaehtoista kontradiktorisuuden kavennusta merkitsevät myös tilanteet, joissa syytetty oman harkintaansa perustuen jättää saapumatta asian pääkäsittelyyn, kun hänet on oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 8 luvun 11 §:n mukaisesti kutsuttu istuntoon uhalla, että asia voidaan ratkaista hänen poissaolosta huolimatta. Tällöin vastaajan poissaolo oikeudesta ei estä näytön ja muu todistelun vastaanottamista tai edes asian ratkaisemista. Myös näissä tilanteissa jutut ovat laadultaan usein yksinkertaisia rikosasioita, joissa rangaistuksena ei voi seurata kuin sakkorangaistus tai korkeintaan kolmen kuukauden vankeusrangaistus.

Jätän kirjoituksessani edellä mainitut vastaajan omaan vapaaehtoiseen toimintaan perustuvat rajoitustilanteet vähemmälle huomiolle. Edellä mainittuja tilanteita sivutaan kuitenkin myöhemmin kohdassa 4.2 kirjalliset todistajankertomukset.

3. Todistelun rajoittaminen viran puolesta

Euroopan ihmisoikeussopimuksen (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.

Todistelun tulee olla avointa ja tasa-arvoista siten, että asianosaisilla tulisi olla yhtäläinen oikeus esittää asiaan liittyvää aiheellista todistelua. Tämä edellyttää tuomioistuimelta puolueettomuutta päätöksenteon lisäksi myös todistusarvojen määrittämisessä.⁶ Kuulusteluoikeuden tehokas toteutuminen on luontevinta suullisessa ja välittömässä todistelumenettelyssä, missä selvitetään todistajan ja hänen kertomuksensa luotettavuus.⁷

Osapuolten tasapuolisen kohtelun periaate on tärkeä ja se ilmenee muun muassa syytetyn oikeutena ilmoittaa ja nimetä todistelua syyttömyytensä tueksi.⁸ Syytetyllä ei ole EIT:n mukaan kuitenkaan välttämättä aina ehdotonta oikeutta saada kuulustuttaa kaikkia todistajia, vaikkakin tarpeelliset todistajat on kuitenkin voitava kutsua. Todistelun rajoittaminen on sallittua, kun rajoittamiselle on laillinen peruste, esim. että asia on jo näytetty tai todiste ei ole relevantti. Tuomioistuimella on todisteen koskiessa jo selvitettyä tai jutun ratkaisun kannalta merkityksetöntä seikkaa oikeus harkintavaltaansa käyttäen rajoittaa todistelua. Tuomioistuin tekee tällöin viran puolesta harkinnan siitä, että todistelu on jutun ratkaisun kannalta jo selvitetty tai asiaan vaikuttamatonta.

⁶ Ervo 2005 s. 316.

⁷ Hormia 1978 s. 116 , 119. Tapanila 2004 s. 57.

⁸ Danelius 2002 s. 249.

OK 17:7:n mukaan jos todiste, jonka asianosainen tahtoo esittää, koskee seikkaa, joka on asiaan vaikuttamaton tai selvitetty, tahi jos näyttö on huomattavasti vähemmällä vaivalla tai kustannuksella saatavissa toisella tavoin, älköön oikeus salliko todisteen esittämistä

Vastaajan oikeuksien kannalta on huomioitava, että todistelun rajoittaminen edellyttää erillisen, perustellun päätöksen tekemistä tai että rajoittamisen syyt käyvät ilmi tuomiosta.⁹ Todistelun kontradiktorisuudesta on mahdollista poiketa myös pakottavan esteen johdosta. Näissä tapauksissa kuitenkin edellytetään, että tuomio ei perustu yksin tai pääasiallisesti ei-kontradiktoriseen näyttöön.¹⁰

Suomea koskeneessa ratkaisussa *Laukkanen ja Manninen v. Suomi* (2004) oli kysymys vastaajan oikeudesta uusien todistajien kuulustuttamiseen.

Vastaajat olivat syytettyinä Lahden käräjäoikeudessa, toinen moottoriajoneuvon luvattomasta käyttöönotosta ja kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta ja toinen kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta ja muusta vastaavasta. Vastaajat oli tuomittu tapahtumapaikalla olleen poliisitodistajan kertomuksen nojalla 60 päivän ja kuuden kuukauden vankeusrangaistuksiin. Vastaajat olivat vaatineet saada kuulustella muita paikalla olleita poliisivirkamiehiä, mihin käräjäoikeus ei ollut suostunut. Poliisimiesten henkilöllisyyttä ei ollut myöskään paljastettu. Kouvolan hovioikeus oli niin ikään evännyt vastaajien pyynnön todistajien kuulustuttamiselle.

EIT katsoi, että EIS 6 artiklan 3 (d)- kohtaa ei ollut rikottu, koska vastaajat eivät olleet perustelleet todistajien kuulustelun tarvetta tai tarpeellisuutta jutun faktojen kannalta.¹¹

Suomea koskevassa ratkaisussa *Uoti v. Suomi* (2007) oli kysymys siitä, oliko oikeuksia loukattu, kun hovioikeudessa ei kuultu syytetyn nimeämää todistajaa, jonka laatimiksi ilmoitettuihin asiakirjoihin syyttäjä oli vedonnut näyttönä.

Ratkaisussaan EIT totesi, että valittaja ei ollut nimennyt G:tä todistajaksi käräjäoikeudessa eikä häntä ollut kuultu hovioikeudessa. Valittajalle mahdollisesti aiheutunutta prosessuaalista haittaa oli kuitenkin vähentänyt se, että hänellä oli ollut tilaisuus kommentoida kyseistä kirjallista näyttöä ja riitauttaa sen kirjelmässään ja istunnoissa kahdessa oikeusasteessa. Tuomio ei ollut perustunut pelkästään G:n laatimiin asiakirjoihin vaan myös muuhun näyttöön kuten rahojen siirtoa koskeviin kirjallisiin todisteisiin ja S:n G:n kanssa käytyjen keskustelujen sisällöstä. Näissä oloissa EIT katsoi jääneen näyttämättä, että kontradiktorista periaatetta olisi rikottu.¹²

Rajoittaessaan todistelua tuomioistuimien valvoo viran puolesta välillisesti prosessiekonomian toteutumista ja oikeuskäsittelyn joutuisuutta. Lähtökohtana on siten asian-

⁹ Ervo 2005b s. 17.

¹⁰ Ervo 2005 s. 320. Danelius 2002 s. 249.: ”Liksälldhet innebär den inte att den tilltalade skall ha rätt att inkalla vittnen utan begränsning. Det är främst en fråga för de inhemska domstolarna att avgöra vilken bevisning som skall tillåtas, och det är bara i undantagsfall som Europadomstolen har anledning att med tillämpning av konventionen rikta invändningarmot det sätt på vilket de fullgjort denna uppgift.”

¹¹ *Laukkanen ja Manninen v. Suomi* 3.2.2004.

¹² *Uoti v. Suomi* 23.10.2007.

osaisten yhdenvertainen kohtelu ja oikeus esittää näyttöä oman syyttömyytensä tueksi. Merkityksettömäksi katsomaansa todistelua rajoittaessaan tuomioistuimen tulee kuitenkin käyttää harkintaansa huolellisesti ja ottaa huomioon niin asianosaisten asema, jutun laatu kuin myös ratkaistavana olevantapauksen asiakohdalliset vaatimukset. Tuomioistuimella on kuitenkin oltava mahdollisuus todisteiden rajoittamiseen silloin, kun todistelun merkitys on ilmeisen vaikutuksetonta itse pääasiaan tai tällaisen todistelun ilmoittamisen todennäköisenä tarkoituksena on vain viivästyttää tai hankaloittaa prosessia.

Tapanilan mukaan merkityksettömän todisteen sulkeminen oikeudenkäynnin ulkopuolelle ei loukkaa syytetyn kuulustelu-oikeutta, koska hylätty todiste jää kokonaan oikeudenkäynnin ja todistusharkinnan ulkopuolelle.¹³ Suhtaudun Tapanilan näkemykseen varovaisuudella. Todistelun rajoittamisessa ei saa mennä niin pitkälle, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiä vaarannetaan tai niitä venytetään liian pitkälle. Pienemmissä rikosasioissa vastaajan ajaessaan yksin omaa asiaansa ilman oikeudenkäyntiavustajaa hänen voi maallikkona olla vaikea ymmärtää, miksi hänen todistelu-oikeuttaan rajoitetaan. Tässä ollaan jo siinä sangen epätoivottavassa tilanteessa, että vastaaja kokee jo ennen itse pääkäsittelyä, etteivät ”oikeus ja kohtuus” hänen kohdallaan voi mitenkään toteutua. Todistelun rajoittaminen edellyttää muutoinkin, että rajoittamista koskevat ratkaisut tehdään avoimesti ja ne perustellaan. Tämä on käytännössä mahdollista tehdä pöytäkirjaan, erilliseen päätösasiakirjaan tai tuomioon selkeällä käsittelyratkaisulla.

4. Vastakuulustelu-oikeuden rajoittaminen

4.1. Vastakuulustelusta

Vastakuulustelu on equality of arms -periaatteen¹⁴ ilmentymä ja se sisältyy Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 3 (d)-kohtaan

Vastakuulustelun tarkoituksensa on aineellisen totuuden kannalta tarjota vastapuolelle tilaisuus esittää kysymyksiä todistajalle ja näin kontrolloida todistajan ja hänen kertomuksensa luotettavuutta.¹⁵ Asianosaisien näkökulmasta vastakuulustelun tavoitteena on koetella vastapuolen todistajan kertomuksen uskottavuutta ja vaikuttaa sen näyttöarvoon ja siten pyrkiä horjuttamaan päätodistelua.¹⁶

¹³ Tapanila 2004 s. 67.

¹⁴ Summers 2007 s. 104–105 ja 143. Summers katsoo, että prosessuaalinen oikeudenmukaisuuden vaatimus tulee esiin artikkelissa 6(1) ja vastakuulustelu-oikeus artikkelissa 6(3) (d) ”the guarantee of Article 6(3)(d) could be interpreted only as requiring that the defendant has an absolute right to question witnesses against him.”

¹⁵ Pölönen 2003 s. 367.

¹⁶ Tapanila 2004 s. 63, Pölönen 2003 s. 512–513.

EIT on tapauksessa *A.M v. Italia* todennut, että kansallisen oikeuden säännöt määrittävät ensisijaisesti sen kysymyksen, mitä todisteita saatiin ottaa vastaan. Kansallisten tuomioistuinten asia on arvioida niille esitetty todistusaineisto. EIT:n asia ei ollut päättää siitä, oliko ollut oikein hyväksyä todistajien kertomukset todisteiksi. Sen sijaan EIT:n tehtävä on tutkia, oliko oikeudenkäynti kokonaisuudessaan, todistuskeinojen käyttäminen mukaan lukien, ollut oikeudenmukainen.

Tapauksessa oli kysymys siitä, oliko puolustuksen oikeuksia rikottu, kun syytetty ei ollut voinut kansainvälisen oikeusavun yhteydessä kuulustuttaa todistajia, joiden perusteella hänet tuomittiin rikoksesta. Ratkaisussaan EIT totesi ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappaletta ja 3 d-kohtaa rikotun, kun vastaajan asianajaja ei ollut saanut olla läsnä Yhdysvalloissa annettuja lausumia vastaanotettaessa, eikä missään vaiheessa puolustukselle ollut varattu tilaisuutta kuulustuttaa niiden antajia.¹⁷

Suomea koskeneessa ratkaisussa *Eskelinen ja muut v. Suomi (2006)* oli kysymys oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta, kun rikostuomio oli perustunut osin lainopilliseen asiantuntijan lausuntoon, jonka antajaa ei ollut istunnossa kuultu.

Poliisi oli pyytänyt lainopillista lausuntoa professori MC:ltä liikesalaisuuteen liittyvistä lainopillisista kysymyksistä. MC:lle annettiin valittajien ja 6 muun henkilön kuulusteluista laaditut pöytäkirjat. Käräjäoikeudessa ei ollut pyydetty professori MC:n kuulemista todistajana. Hänen lausuntonsa liittämistä asiakirja-aineistoon ei ollut vastustettu. Vastaajat tuomittiin sakkoihin. Hovioikeudessa vain yksi vastaajista oli vaatinut MC:n kuulemista. Hovioikeus ei ollut perustellut MC:n kuulemisen epäämistä ja tuomitsi vastaajat ehdollisiin vankeusrangaistuksiin. Korkein oikeus ei myöntänyt valituslupaa. MC:tä ei pidetty Suomen oikeudessa todistajana. Sanatarkasti luettuna EIS 6 artiklan 3 d)-kohta koski todistajia eikä asiantuntijoita.¹⁸ EIT katsoi, että MC ei ollut oikeudenkäynnissä sellainen henkilö, joka kertoi jutun tosiseikoista. Tuomio oli perustunut aineistoon, joka oli ollut asianosaisten saatavilla. Tuomioistuimet olivat saaneet tuon aineiston ja siitä oli otettu vastaan suullista todistelua. MC:n lausunto ei ollut oikeudellisesti sitonut tuomioistuimia, eivätkä ne olleet perustaneet johtopäätöksensä yksinomaan hänen lausuntoonsa. Tuomioistuinten oli tullut EIS:n nojalla lausua valittajien väitteistä ja ne olivat tehneet niin. EIT katsoi, ettei oikeudenkäynti ollut tullut epäoikeudenmukaiseksi sen johdosta, että MC:tä ei ollut kuultu hovioikeudessa. EIS 6 artiklan 1 kohtaa ei ollut rikottu.¹⁹

EIT:n suuren jaoston antamassa ratkaisussa *Gincarlo Perna v. Italia (2003)* oli kysymys vastaajan pyynnöstä saada kuulustella asianomistajaa.

Vastaaja oli pyytänyt saada kunnianloukkajutussa kuulustella asianomistajaa ja että oikeudenkäyntiaineistoon otettaisiin kaksi lehtiartikkelia. Alioikeus oli hylännyt mo-

¹⁷ *A.M v. Italia* 14.12.1999.

¹⁸ EIT on useissa muissa ratkaisuisaan vahvistanut autonomisen tulkinan periaatteen siitä, että EIT:n tehtävänä on arvioida oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta ei kansallisia todistusmenetelmiä tai näyttöä.

¹⁹ *Eskelinen ja muut v. Suomi* 8.8. 2006.

lemmat pyynnöt. Ylioikeus oli myös hylännyt pyynnöt, koska artikkelit ja asianomistajan kuuleminen ei ollut ollut relevanttia ratkaisun kannalta. Kassaatiotuomioistuin oli pystyttänyt ratkaisun. EIT katsoi, ettei todistelupyynnöjen epäämisestä tehtyjä kansallisten tuomioistuinten päätöksiä voitu kritisoida EIS 6 artiklan kannalta, koska valittaja ei ollut osoittanut, että pyydetyllä todistelulla olisi saatu lisänäyttöä toiminnasta, josta Casellia oli syytetty. EIS 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohtia ei ollut rikottu.²⁰

EIT:n ratkaisussa *Lorsé v. Alankomaat (2004)* syyttäjä oli tehnyt eräiden epäiltyjen kanssa sopimuksia näiden syyttämättä jättämisestä ja heidän kertomuksiaan oli käytetty todisteina, vaikka syytetty ei ollut voinut kuulustella heitä oikeudessa.

Tapauksessa EIT totesi, että EIS 6 artiklan mukaan oikeudenkäynnin tuli olla kontradiktorista ja syyttäjän ja syytetyn välillä tuli säilyttää osapuolten tasa-arvo. Tämä ei kuitenkaan tarkoittanut, että asianosaisen tuli olla täsmälleen samassa asemassa kuin vastapuolensa. Sen sijaan syyttäjälle ja syytetylle täytyi antaa tilaisuus saada tietoonsa vastapuolen väitteet ja todisteet sekä lausua mielipiteensä niistä.

EIT oli oikeuskäytännössään katsonut, että syytesuojan tai muiden etujen lupaamisen yhteydessä annettujen todistajankertomusten käyttäminen saattoi kyseenalaistaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden syytetyn kannalta ja tuoda esiin vaikeita kysymyksiä, koska luonteensa vuoksi sellaisia kertomuksia voitiin manipuloida ja ne oli voitu antaa pelkästään etujen saamiseksi tai henkilökohtaisen koston vuoksi. Tuollaisten kertomusten käyttö ei kuitenkaan itsessään tehnyt oikeudenkäyntiä epäoikeudenmukaiseksi. EIT totesi periaatteista vielä, että vaikka todistelu tuli normaalisti esittää syytetyn läsnä ollessa julkisessa istunnossa kontradiktorista käsittelyä silmällä pitäen, esitutkinnassa saatujen lausumien käyttäminen todisteina ei itsessään ollut EIS 6 artiklan 1 ja 3 d) -kohtien vastaista, jos samalla turvattiin syytetylle hänen oikeutensa.²¹

Tapanilan mukaan edellä mainitut ratkaisut osoittavat, että kansallisella tuomioistuimella on harkintavalta syytetyn vaatimien todistajankuulustelujen tarpeellisuudesta

²⁰ *Perna v. Italia* 6.5.2003.

²¹ *Lorsé v. Alankomaat* 27.1. 2004. EIT pani merkille, että syyttäjä oli tehnyt sopimukset kanssaepäiltyjen Stewartin ja De Brakeleerin kanssa eikä valittaja ollut voinut kuulustella heitä oikeudessa ja että lausumia oli käytetty näyttönä häntä vastaan. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta harkitessaan EIT kiinnitti huomiota ensinnäkin siihen, että vaikka olisi ollut perusteltua kuulla Stewartia ja De Brakeleeria valittajan läsnäollessa, kuulemisen mahdottomuus ei johtunut viranomaisten huolimattomuudesta. Valtio ei vastannut Stewartin kuolemasta eikä De Brakeleerin vankeudesta. Jälkimmäisen kuulemista varten oli ryhdytty toimenpiteisiin, jotka täyttivät kaikilta osin syytetyn oikeuksien vaatimukset. Lisäksi EIT totesi, että valittaja oli tiennyt sopimuksista sekä Stewartin ja De Brakeleerin henkilöstä. Oikeudenkäyntiä oli toimitettu niin, että tuomioistuimilla ja valittajalla oli ollut hyvä tilaisuus tutkia sopimuksia ja Stewartin ja De Brakeleerin uskottavuutta. EIT katsoi vielä, että oikeudenkäynti oli ollut kontradiktorista ja valittajalla oli ollut apunaan asianajajia ja hän oli kyennyt riitauttamaan häntä vastaan esitetyn näytön ja kansalliset tuomioistuimet olivat tarkoin tutkineet sopimuksia sekä Stewartin ja De Brakeleerin kertomuksia, EIT katsoi, että oikeudenkäynti oli ollut oikeudenmukainen. Valitus oli ilmeisesti perusteeton ja valitus jätettiin tutkimatta.

ja että tapauksissa Perna vastaan Italia sekä Laukkanen ja Manninen vastaan Suomi voidaan hänen mukaansa todentaa, että kuulustelu-oikeuden rajoittaminen koskee siten lähinnä tilanteita, missä kuulustelun toimittaminen olisi syytetyn kannalta tarpeetonta.²²

Ervo viittaa erityisesti edellä mainittuun tapaukseen *Lorsé v. Alankomaat* ja korostaa, että asianosaisen mahdollisuudet riitauttaa esitetty näyttö ilman vastakuulustelu-oikeutta olisi kuitenkin arvioitava erikseen. Todistelun kontradiktorisuudesta olisi mahdollista poiketa, kun vastakuulustelun este on pakottava eikä sitä voida välttää. Vastakuulustelu-oikeuden rajoittaminen ei saisi johtua pelkästään tarkoituksenmukaisuusnäkökohdista. Riitauttamismahdollisuuden tulisi olla myös järjestetty muulla tavoin, ja tämän lisäksi puolustuksen oikeuksien kavennus tulisi tasapainottaa korostamalla muita puolustuksen oikeusturvan takeita. Ervo korostaa, että näissä tilanteissa korostuvat erityisesti näyttöperustelut, joissa tulisi kiinnittää huomiota todistelun luotettavuuden arviointiin. Ervo korostaa, että tuomiota ei tällöin saisi perustaa yksinomaaisesti tai pääasiallisesti ei-kontradiktoriseen näyttöön.²³

Kansallisella tuomioistuimella on siten harkintavalta siitä, voisivatko vastaajan vaatimat todistajankuulustelut tuoda lisävalaistusta asiassa. Suhtautuisin tässäkin varovaisuudella tarpeettomuusarvioon. Ennen jutun pääkäsittelyä ja koko näytön vastaanottamista ei sinänsä tarpeettomaltakaan vaikuttava kuuleminen sitä kuitenkaan enää muun näytön vastaanottamisen jälkeen välttämättä ole. Tässäkin siis pitää käyttää huolellisesti punnintaa kun pohditaan tarpeettomuutta ja vastaajan oikeuksia. Olen Ervon kanssa samalla kannalla siitä, että pelkät tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat eivät saa muodostua ainakaan vastakuulustelu-oikeuden toteutumisen esteeksi.

4.2. Kirjalliset todistajankertomukset

Kuulustelu-oikeuden tehokas toteutuminen on luontevinta suullisessa ja välittömässä todistelumenettelyssä, missä selvitetään todistajan ja hänen kertomuksensa luotettavuus²⁴. Toinen merkittäväksi muotoutunut poikkeus vastaajan tasapuolisuuden kohtelun vaatimuksesta ovat poikkeustilanteet, joissa tuomioistuin voi rajoittaa syytetyn kuulustelu-oikeutta ja sallia kirjallisten todistajankertomusten käytön. Todistajan asemassa oleva henkilö on voinut prosessin kuluessa kadota, kuolla tai hänen kuulemisensa ei sairauden johdosta ole enää mahdollista. Tämä tarkoittaa, että vastaaja ei voi käyttää vastakuulustelu-oikeuttaan ja vastaajan oikeuksia voidaan joutua näissä tilanteissa kaventamaan.²⁵

²² Tapanila 2004 s. 66, *Laukkanen ja Manninen v. Suomi* 13.1.2004.

²³ Ervo 2005 s. 320.

²⁴ Hormia 1978 s. 116, 119. Tapanila 2004 s. 57.

²⁵ Tapanila 2004 s. 85.

Todistelun suullisuus ja välittömyys ovat keskeisiä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisessa.²⁶ Menettelyn suullisuusvaatimusta voidaan perustella myös EIS:n 6 artiklan 3 d-kohdan nojalla. Suomen lainsäädännössä lähtökohtana on kirjallisten todistajankertomusten kieltö. Todistelun välittömyyttä koskevilla säännösten taustalla on ajatus edistää todistelun luotettavuutta ja aineellista totuutta. Tähän pyrkimykseen tähtää myös kirjallisten todistajankertomusten käytön rajoittaminen todisteena ilman, että kertomuksen antajaa ei kuultaisi henkilökohtaisesti oikeudessa todistajana.²⁷ Pölösen mukaan säännösten kieltöluonne perustuu todistelun välittömyyden ja luotettavuuden turvaamiseen.²⁸

OK 17:32:n mukaan todistajan tulee suullisesti esittää kertomuksensa. Kirjalliseen todistajankertomukseen älköön viitattako; kuitenkin sallittakoon todistajan käyttäa muistintapöytäkirjan muistinsa tukemiseksi.

OK 17:11:n mukaan ei saa, ellei laissa toisin säädetä, käyttää todisteena:

- 1) yksityisluontoista kertomusta, jonka joku on vireille pannun tai alkavan oikeudenkäynnin varalta kirjallisesti antanut, ellei tuomioistuimella sitä syystä salli; eikä
- 2) esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa.

EIT:n linjauksista on havaittavissa, että mitä keskeisemmästä todisteesta on kysymys, sitä tärkeämpää on syytetyn oikeus kuulustella kertomuksen antanutta todistajaa.²⁹ Kirjallisten todistajankertomusten käyttäminen ei kuitenkaan välttämättä estä syytetyn kuulustelu-oikeuden toteutumista, jos syytetyille varataan tilaisuus esittää kysymyksiä esimerkiksi esitutkinnan aikana ja kysymyksessä ei ole painoarvoltaan tärkein näyttö.³⁰ Kirjallisten todistajankertomusten käyttö johtuu siitä, että todistajaa ei voida kuulla pääkäsittelyssä. Lainsäädäntömme mahdollistaa muun muassa esitutkintakertomusten hyödyntämisen. Esitutkintapöytäkirja saadaan ottaa poikkeuksellisesti huomioon, kun todistajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä, sen ulkopuolellakaan tai kun todistaja ei halua lausua mitään tai todistajankertomus poikkeaa siitä mitä hän on kertonut.

OK 17 luvun 11 §:n 3 momentin mukaan jos todistajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella, tuomioistuimella voi sallia, että 1 momentin 2 kohdassa tarkoitettu asiakirja tai lausuma voidaan ottaa oikeudenkäynnissä huomioon.

OK 17 luvun 32 §:n 2 momentin mukaan todistajan aikaisemmin oikeudelle, syyttäjälle tai poliisiviranomaiselle antama kertomus luetaan todistajaa kuulusteltaessa vain silloin, kun hän todistajanlausunnossaan poikkeaa siitä, mitä hän aikaisemmin on kertonut tai kun todistaja kuulustelussa selittää, että hän ei voi tai halua lausua mitään asiassa.

²⁶ Ervo 2005 s. 167.

²⁷ Jokela 2005 s. 159.

²⁸ Pölönen 2003 s. 187.

²⁹ *Unterpertinger v. Itävalta* 24.11.1991. Tapauksessa syytetty oli tuomittu rangaistukseen lähimomaisensa esitutkintakertomusten perusteella. Tapaus *Asch v. Itävalta* 26.4.1991.

³⁰ Tapanila 2004 s. 85 ja Danelius 2002 s. 209.

Jutun ratkaisijan ihannetilanne, missä kaikki asianosaiset ja todistajat ovat saapuvilla ja todistajan kertomus pysyy esitutkintakertomuksen rajoissa, voi osoittautua kuitenkin mahdottomaksi. Todistajan kertomus voi muuttua pääkäsittelyssä myös osittain tai kokonaan. Todistaja saattaa lisäksi päättää käyttää kieltäytymisoikeuttaan tai asianomistaja voi ilmoittaa yllättäen, ettei halukaan lausua asiassa mitään. Ongelmalliseksi tilanne voi muodostua etenkin silloin, kun vastaaja on kutsuttu pääkäsittelyyn uhalla, että hänen poissaolonsa ei estä asian ratkaisemista ja todistelu voidaan hänen poissaolostaan huolimatta ottaa vastaan. Jääkö tällöin vastaajan omalle riskille todistajan kertomuksen muuttuminen ja kertomuksen ”pilaantuminen”?

EIT:n oikeuskäytännön mukaan riski todistajan kertomuksen pilaantumisesta on selkeästi asianosaisilla. EIT on tulkinut ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 3 kappaaleen d-kohdan säännöksen velvoittavan tuomioistuinta huolehtimaan siitä, että asianosaiset ovat oikeudenkäynnissä³¹ todistajaa kuulusteltaessa tosiasiallisesti yhdenvertaisessa asemassa, ja että vastaajalle varataan riittävä ja asianmukainen mahdollisuus esittää kysymyksiä todistajalle, jota kuullaan häntä vastaan esitettyjen vaatimusten tueksi. Kotimaisessa oikeuskäytännössä prosessisääntöjä on sovellettu huomattavasti tiukemmin.

KKO 2000:71 syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta siitä, että tämä oli pahoinpidellyt B:tä ja B:n selitettyä häntä käräjäoikeudessa todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa, että hän ei halunnut lausua asiassa mitään. B:n ei asianomistajana tarvinnut kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. B:n esitutkinnassa antama kertomus saatiin tässä tapauksessa lukea käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja ottaa todisteena huomioon. Kun A:lla ei ollut B:n kieltäytymisen johdosta tilaisuutta kuulustuttaa B:tä ja kun muu jutussa esitetty näyttö ei ollut riittävä selvitys A:n syyllisyydestä, syyte hylättiin.

KKO 1991:84 ratkaisussa korkein oikeus katsoi, että oikeuden pöytäkirjaan merkittyä kertomusta ei voitu käyttää todisteena, jollei syytetyllä ole ollut mahdollisuutta kuulustella kertomuksen antajaa. Syytetty oli kiistänyt huumausainerikosta koskevan syyteen ja näyttönä oli esitetty eräiden huumausainerikoksista aikaisemmin tuomittujen henkilöiden poliisitutkinnassa antamia ja oikeudessa toistamia kertomuksia. Alemmat asteet olivat hyväksyneet kertomukset näytöksi syyllisyydestä varaamatta syytetylle tilaisuutta kuulustella kertomusten antajia. Korkein oikeus totesi menettelyn loukanneen vastaajan oikeutta kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan kutsuttuja todistajia.

Mariana Marinescu -tapauksessa (2.2.2010) EIT totesi, että joissakin tapauksissa tuomioistuimet joutuivat nojautumaan esitutkinnassa annettuihin kertomuksiin, mikä ei sinänsä ollut EIS 6 artiklan vastaista, jos syytetyllä oli asianmukainen ja riittävä tilaisuus kertomusten riitauttamiseen niitä annettaessa tai myöhemmin. Sen sijaan artiklaa

³¹ *Delta*, 19.12.1990 A 191, tapaus *Isgrò*, 19.2.1991 A 194 A ja tapaus *Saidi* 20.9.1993 A 261 C.

rikottiin, jos tuomio perustettiin yksinomaan tai ratkaisevassa määrin kertomukseen, jonka antajaa syytetty ei ollut voinut kuulustella esitutkinnaissa eikä oikeudessa.³²

Khametshin-tapauksessa (4.3.2010) oli kysymys siitä, voitiinko syytetyn katsoa luopuneen oikeudestaan kuulustella syyttäjän todistajia, kun hän oli näiden todistajien jäätyä pois istunnosta suostunut siihen, että heidän esitutkinnaissa antamansa kertomukset saatiin lukea oikeudessa.

Valittaja oli käsillä olevassa tapauksessa antanut suostumuksensa. Mikään ei osoittanut, että hän ei olisi kyennyt tekemään harkittuja päätöksiä jutun käsittelyn aikana. Hän oli itse kenenkään pakottamatta ilmoittanut, ettei hän halunnut puolustajan palveluksia. Puolustajan toiminta jutussa ei ollut antanut aihetta hänen tuolle menettelylleen. Hän oli hyvin tiennyt prosessuaalisista oikeuksistaan esim. todistajien kuulustelun suhteen. Hän oli nimennyt omia todistajia, mutta ei kuitenkaan ollut ryhtynyt mihinkään konkreettiseen toimeen poliisien kuulemiseksi. Ei ollut mitään syytä epäillä, että hän ei olisi ymmärtänyt sitä, että suostumus merkitsi luopumista kyseisten todistajien kuulemisesta oikeudessa. Valittaja oli nimenomaisesti luopunut oikeudestaan kuulustella poliiseja. EIT ei havainnut sellaista julkista etua, joka olisi estänyt luopumisen. EIS 6 artiklaa ei ollut rikottu.³³

Tsotsos-tapauksessa (30.4.2009) EIT totesi, että esitutkinnaissa annettujen kertomusten käyttäminen näyttönä saattoi olla tarpeen tietyissä tapauksissa eikä se ollut EIS 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohdan vastaista, jos syytetty oli saanut asianmukaisen ja riittävän tilaisuuden kertomusten riitauttamiseen.

Todistajia ei ollut tavoitettu kuultaviksi virallisen syyttäjän nostamassa esitutkinnaissa eikä sittemmin aloitetussa oikeudenkäynnissä. Todistajien poissaolostaan huolimatta ylioikeus oli katsonut valittajan aiheuttaneen tulipalon. Ylioikeuden kuulemat kolme todistajaa eivät olleet nähneet valittajaa palopaikalla. Vastaaja itse oli kertonut olleensa muualla. Niin ollen todistajien pelastuslaitokselle antamat kertomukset olivat ainoa näyttö valittajan syyllisyydestä. Siten hänet oli tuomittu ratkaisevassa määrin tai jopa yksinomaan nojautumalla kertomuksiin, joiden antajia hän ei ollut voinut kuulustella jutun missään vaiheessa. Hänen ei voitu katsoa luopuneen tuosta oikeudestaan sillä, että hän ei ollut vastustanut pakistanilaisten kertomusten lukemista oikeudessa. EIS 6 artiklan 3 d)-kohtaa oli rikottu.³⁴

³² *Mariana Marinescu v. Romania* 2.2.2010 Tapauksessa todistajaa oli kuulusteltu esitutkinnaissa valittajan ja tämän asianajajan olematta paikalla. Häntä ei ollut yrityksistä huolimatta saatu oikeuteen hänen huonon terveytensä vuoksi. Oikeudenkäyntiaineistoon oli hänen esitutkintakertomuksensa ohella otettu ylioikeudelle valittajan aviomiehen jättämä asiakirja, jossa todistaja oli vastaillut valittajan asianajajan tekemiin kysymyksiin. Tälle kertomukselle ei kuitenkaan ollut pantu samaa painoa kuin oikeudessa kuullun todistajan lausumalle. Todistajan kuulemista oikeudenkäynnin ulkopuolella valittajan asianajajan välityksin ei voitu pitää asianmukaisena ja riittävänä tilaisuutena todistajan esitutkinnaissa antaman kertomuksen riitauttamiseen. Toisaalta tuomio oli virka-aseman väärinkäytön osalta perustettu useiden ylioikeudessa kuultujen todistajien kertomuksiin sekä kirjallisiin todisteisiin. Niin ollen ei voitu katsoa, että tuomiota olisi perustettu yksinomaan tai ratkaisevassa määrin SI:n esitutkintakertomukseen. EIS 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohtaa ei siten ollut rikottu.

³³ *Rafail Nagimovich Khametshin v. Venäjä* 4.3.2010.

³⁴ *Konstantinos Tsotsos v. Kreikka* 30.4.2009.

Syytetyn kuulustelu-oikeuden ei ole katsottava olevan absoluuttinen oikeus siten, että se tulisi aina automaattisesti syytetyn kannanotosta riippumatta järjestää.³⁵ Langettava tuomio ei saisi kuitenkaan perustua yksinomaisesti tai ratkaisevissa määrin sellaisen todistajan kertomukselle, jota syytetty ei ole voinut missään oikeudenkäynnin vaiheessa kuulustella.³⁶ Syyksilukevaa tuomiota ei saisi perustaa yksinomaisesti tai pääasiallisesti ei-kontradiktoriseen näyttöön. Todistajan vastakuulustelu-oikeuden puuttumisen hyväksyminen on helpompi hyväksyä, kun tällaisen todistajan kertomus ei ole painavin tai ainoa todiste syyksilukevalle tuomiolle.³⁷ Mitä olennaisemmasta ja keskeisemmästä todisteesta kysymys, sitä tärkeämpää on, että syytetty on voinut kuulustella kertomuksen antanutta todistajaa.³⁸ Olennaista EIT:n ratkaisussa on juuri vertailu kirjallisen todistajankertomuksen merkittävyttä suhteessa asian kokonaisu-näyttöön.³⁹ Ainoa ja yksinomaisesti tällaiseen todisteeseen nojautuva langettava tuomio edellyttää vastaajalle tilaisuutta saada käyttää vastakuulustelu-oikeuttaan.⁴⁰ Danelius on pitänyt EIT:n ratkaisukäytäntöä tältä osin jossain määrin epäselvänä. Langettava tuomio kuitenkin edellyttää, että vastaajalla on ollut mahdollisuus esittää kysymyksiä todistajalle tuomioistuimessa tai ainakin tutkinnan aikana. Oikeudenkäyntiä voidaan pitää oikeudenmukaisena, vaikka vastakuulustelu ei toteutuisikaan. Vastaajalla tulisi tällöin kuitenkin olla varattu tilaisuus vastakuulustelu-oikeuden käyttämiseen.⁴¹

Tuomioistuimen tehtävänä on punnita todistajankertomuksen ja muun vastaanottamansa todistelun näyttöarvo. Katsoisin lisäksi, että tuomioistuimen tulisi myös käyttää harkintaansa huolellisesti ja painoarvoa todistajankertomukselle antaessaan pohtia, onko kysymyksessä sellainen selvitys jolle syyksilukeminen yksinomaisesti tai ratkaisevissa määrin perustuu. Tuomioistuimen tulee myös huomioida, onko vastaajalle varattu tosiasiallinen tilaisuus kuulustuttaa todistajaa esimerkiksi esitutkinnan aikana. Vastaaja saa esitutkinta-aineiston haltuunsa ennen oikeudenkäyntiä. Huomion arvoista on myös se, että usein esitutkinta pienemmissä jutuissa suoritetaan puhelimitse ja kirjataan hyvinkin suppeana esitutkintakertomukseen. Tällainen ”liian suppeasti” kirjattu todistajankertomus esitutkintakertomuksessa saattaa siten antaa tosiasioita vastaamattoman kuvan. Tällöin todistaja saattaakin kertoa pääkäsitelyssä hyvinkin

³⁵ EIT:n ratkaisut *Unterpertinger v. Itävalta* 24.11.1991, *Asch v. Itävalta* 26.4.1991, *Laukkanen ja Manninen v. Suomi* 13.1.2004, *Perna v. Italia* 6.5.2003 sekä Tapanila 2004 s. 51.

³⁶ Tapanila 2004 s. 51.

³⁷ Danelius 2002 s. 209.

³⁸ Aall 1995 s. 397. ”Jo mer vedentilg en vitneforklaring er som bevis i saken, desto viktigare vil det vaere for anklagede og forsvareren å kunne krysseksaminere vitnet.” Aal katsoo, että periaate näkyy muun muassa EIT:n ratkaisussa *Unterpertinger*, missä ei syytetty oli tuomittu rangaistukseen pääosin lähi-omaistensa esitutkintakertomusten perusteella. Kertomukset oli luettu ääneen omaisten kieltäytyttyä todistamasta. Syytetty ei ollut voinut kuulustella todistajia näiden kieltäytyttyä todistamasta.

³⁹ Aall 1995 s. 402. Aal vertaa tapauksia *Artnet* 1992 ja *Asch* 1991 tapaukseen *Unterpertinger* 1986. Tapauksissa *Asch* ja *Artnet* todistajankertomus ei ollut keskeisin tekijä jutun näyttössä.

⁴⁰ Aall 1995 s. 403 ”Selv om den ikke er det eneste bevis eller er et bevis som i seg selv er tilstrekkelig til domfellelse, hvis beviset er nødvendig for å begrunne en fellelse dom.”

⁴¹ Ervo 2003 s. 338 ja myös Danelius 2002 s. 209.

seikkaperäisesti havainnoistaan ja muista olosuhteista, jota voivat tukea syytettä vastaajan kannalta odottamattomalla tavalla. Vastaaja näyttäisi siten poissaollessaan kantavan omalla riskillään myös vastuun siitä, että todistajankertomus voi pääkäsitellyssä muuttua.

4.3. Kieltäytymisoikeuden käyttäminen

OK 17:20:n mukaan todistaja ei saa kieltäytyä todistamasta. Vastoin tahtoansa älköön kuitenkaan todistamaan vaadittako:

- 1) sitä, joka on tai on ollut avioliitossa tahi on kihloissa jommankumman asianosaisen kanssa
- 2) sitä, joka on asianosaisen suoraan etenevässä tai takenevassa polvessa oleva sukulainen tahi joka on tai on ollut naimisissa asianosaiseen sanotunlaisessa sukulaisuussuhteessa olevan henkilön kanssa; eikä
- 3) asianosaisen sisaruskia tai näiden aviopuolisoita tahi asianosaisen ottovanhempia tai ottolapsia.

Hormian mukaan lainkohdan tarkoituksena on suojella perhesiteitä antamalla jommankumman asianosaisen lähiomaisille kokonaiskieltäytymisoikeuden todistaa asiaa. Lainkohdassa tarkoitettua sukulaisuuden ei tarvitse perustua aviolliseen syntyperään.⁴² Hormian mukaan tilanne kuitenkin mutkistuu, kun esitutkinnassa todistajana kuultu henkilö ilmoittaa alioikeuskäsittelyssä käyttävänsä kieltäytymisoikeuttaan. Silloin tulee pohdittavaksi, saadaanko tällaisissa tapauksissa kieltäytyvän henkilön kertomus korvata esitutkintapöytäkirjaan merkityllä kertomuksella.⁴³

Tapauksessa KKO 1995:66 vastaajan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 20 §:ssä tarkoitettu lähiomainen oli kieltäytynyt todistamasta oikeudenkäynnissä. Todistajana oli kuultu lähiomaista esitutkinnassa puhutellutta poliisia, joka oli kertonut, mitä lähiomainen oli alustavassa puhutellussa kertonut syytteessä tarkoitettusta teosta. Todistajankertomukseen ei voitu nojautua näyttönä asiassa.⁴⁴

Syytteen mukaan A oli kuljettanut henkilöautoa yleisellä tiellä nautittuaan alkoholia siten, että hänen verensä alkoholipitoisuus on ajon jälkeen ollut 2.42 promillea olosuhteiden ollessa sellaiset, että teko oli ollut omiaan vaarantamaan toisten turvallisuutta. Ajo oli tapahtunut siten, että A oli kuljettajan vieressä istuessaan tarttunut ajoneuvon ohjauspyörään ja vääntänyt ratista siten, että kuljettaja oli menettänyt ajoneuvon hallinnan. A oli kiistänyt missään vaiheessa tarttuneensa auton hallintalaitteisiin ja kuljettaneensa autoa. Esitutkinnassa antamassaan kertomuksessa A:n poika B oli kertonut, että A oli tarttunut auton ohjauspyörään. Tästä oli ollut seurauksena, että kuljettajana toiminut B oli menettänyt auton hallinnan ja ajoneuvo oli jarrutuksen jälkeen päätynyt tien oheen.

⁴² Hormia 1979 s. 56–57. Hormian mukaan käytännössä muun muassa vävyn ei tarvitsisi todistaa jutussa, jossa hänen appensa on asianosaisena. Apelta sitä vastoin kieltäytymisvelvollisuus puuttuisi. Laki rinnastaa kihlauksen aviosuhteeseen.

⁴³ Hormia 1979 s. 68.

⁴⁴ KKO 1995:66.

B:n kieltäytyttyä oikeuden istunnossa 27.1.1993 todistamasta lähisukulaisuuden takia kihlakunnanoikeus oli kuullut todistajana esitutkinna B:tä alustavasti puhutellutta konstaapeli C:tä, jonka todistajankertomuksen perusteella kihlakunnanoikeus oli katsonut A:n syyllistyneen hänen syykseen luettuihin rikoksiin.

Ratkaisussaan KKO kumosi alempien oikeuksien ratkaisut ja hylkäsi syytteet ja asetti nimenomaisen hyödyntämiskiellon poliisitodistajalle. Pölösen mukaan ratkaisun perusteluna on ensisijaisesti suojella lähiomaisen vaitiolo-oikeutta.⁴⁵

Oikeuskirjallisuudessa arvostelua herättäneessä korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2000:71 Syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta siitä, että tämä oli pahoinpidellyt B:tä. B oli kieltäytynyt pääkäsittelyssä häntä todistelutarkoituksessa kuultaessa, että hän ei halunnut lausua asiasta enää mitään.

Korkein oikeus katsoi ratkaisussaan, että asianomistajan kieltäytyttyä mitään asiassa lausumasta, oli tämän esitutkintakertomukseen saanut vedota. Oikeus kiinnitti huomiota siihen, että syytetyllä ei ollut tilaisuutta kuulustella tai kuulustuttaa asianomistajaa ja koska muu jutussa esitetty näyttö ei ole riittävä selvitys syytetyn syyllisyydestä, jutussa ei ole selvitetty, että syytetty olisi syyllistynyt siihen rikolliseen tekoon, josta hänelle on vaadittu rangaistusta.

Ervo on katsonut ratkaisun vahvistavan korkeimman oikeuden näkemyksen siitä, että OK 17:20 säännökset todistajan kokonaiskieltäytymisoikeudesta eivät koske asianomistajaa.⁴⁶ Ervon mukaan ”asianomistajan informointi mainitusta oikeudesta, lähiomaisasianomistajan aseman muodostuminen helposti lähiomaistodistajaa heikommaksi informoinnin puutteellisuuden vuoksi ja kertomuksen hyödyntäminen silloin, kun asianomistaja myöhemmin muuttaa mielensä vaitiolon osalta, ovat nykyisen käytännön valossa jossakin määrin ongelmallisia”⁴⁷. Tilannetta selkiyttäisi asianomistajan rinnastaminen todistajaan myös aktiivisen kertomisvelvollisuuden osalta.⁴⁸

KKO:n ratkaisussa 1671 vuodelta 2011 syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta siitä, että tämä oli pahoinpidellyt aviopuolisoaan B:tä, B oli käräjäoikeudessa selittänyt häntä todistelutarkoituksessa kuultuna, ettei halunnut lausua asiassa mitään. Käräjäoikeus katsoi, että B:n esitutkinna antamaa kertomusta ei voitu lukea ja ottaa todisteena huomioon. Hovioikeuden katsottua käsittelyratkaisussaan, että estettä esitutkintakertomuksen huomioon ottamiseen ei ollut, B oli hovioikeuden pääkäsittelyssä kertonut tapahtumista esitutkintakertomuksestaan poikkeavasti. Katsottiin, että B:n esitutkintakertomus voitiin oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n nojalla lukea ja ottaa todisteena huomioon.⁴⁹

EIT on antanut vastaavatyypisissä tapauksissa ratkaisuja, joista tapauksessa *Ash v. Itävalta* (1991) EIT on todennut, että puolustuksen vastakuulustelu-oikeutta oli ra-

⁴⁵ Pölösen 2003 s. 264–265.

⁴⁶ Ervo 2000 s. 985 Tältä osin korkeimman oikeuden ratkaisu on yksimielinen.

⁴⁷ Ervo 2000 s. 996.

⁴⁸ Ervo 2000 s. 996. Tällöinkin asianomistaja erottuisi todistajasta jatkossakin selkeästi kertomukselle annettavan näyttöarvon osalta.

⁴⁹ Tapaus ei ole prejudikaattitason ratkaisu.

joitettu, kun asianomistajan kertomus oli luettu oikeudessa tämän kieltäytyttyä todistamasta tuomioistuimessa.

Asianomistaja oli peruuttanut tekemänsä rikosilmoituksen ja kieltäytynyt todistamasta oikeudessa, ja jossa asianomistajankertomus kuitenkin oli luettu oikeudessa. Tuomioistuimessa kuultiin rikosilmoituksen vastaanottanutta poliisia. Poliisiin mukaan JL oli vaikuttanut pelästyneeltä ja hän oli näyttänyt poliisille mustelmia käsivarsissaan ja si-dettä selässään. JL:n kertomus määrättiin luettavaksi oikeudenkäynnissä. Tuomioistuin katsoi rikosilmoituksen vastaanottaneen poliisiin ja Aschin lausumien, poliisitutkinnan, lääkärintutkinnan sekä muun esitetyn näytön perusteella toteen näytetyksi, että asiat olivat tapahtuneet JL:n esitutkinnassa esittämän kertomuksen mukaisesti. EIT katsoi, että tuomioistuimen päätös ei ollut perustunut yksinomaisesti asianomistajan esitutkin-nassa antamaan todistajankertomukseen vaan myös muihin todisteisiin ja rikosilmoi-tuksen vastaanottaneen poliisin kertomukseen. Menettelyn ei katsottu rikkoneen EIS:n 6 1 artiklaa tai sen 3 d-kohtaa.⁵⁰

EIT on ratkaisussaan *Unterpertinger v. Itävalta* (24.11.1986) sitä vastoin katsonut, että yksinomaisesti esitutkintakertomuksiin perustunut syyksilukeminen oli rikkonut EIS 6 artiklaa1 ja 3 d-kohtaa. Tässä tapauksessa Unterpertingerin aviopuoliso ja tytärpuoli olivat kertoneet esitutkinnassa vastaajan pahoinpidelleen heitä, mutta kieltäytyneet oikeudessa todistamasta ja syyttäjä oli lukenut heidän kertomuksensa. Tapauksissa *Ash*, *Arnter*, *Ferrantelli* ja *Santangelo* ei syytetty ollut lainkaan kuulustellut syyttäjän todistajia.

Edellä mainittujen ratkaisujen perusteella voidaan todentaa, että EIT sallii todiste-luaineiston hyödyntämisen myös tilanteissa, missä vastakuulustelu-oikeus ei ole toteu-tunut. Edellytyksenä olisi kuitenkin silloin, että kysymyksessä ei saa olla syyksiluke-misen kannalta avainasemassa oleva tai ainoa näyttö.⁵¹

4.4. Todistajan poissaolo

OK 17:44:n mukaan jos todistaja ei sairauden tai muun syyn vuoksi voi saapua pääkä-sittelyyn tai jos todistajan saapumisesta pääkäsitteilyyn aiheutuu todisteen merkitykseen verrattuna kohtuuttomia kustannuksia tai kohtuutonta haittaa, tuomioistuin voi päättää, että todistajaa kuulustellaan pääkäsitteilyn ulkopuolella. Jos todistajaa ei hänen sairau-tensa johdosta voida kuulla tuomioistuimessa, kuulustelu voidaan toimittaa hänen luo-naan. Jos asian selvittämiseksi on erityisen tärkeää, asiaa saadaan tällöin käsitellä myös muilta osin.

Kirjalliseen todisteeseen tukeutuminen saattaa olla käsillä, kun todistaja on kuollut tai sairauden takia estynyt todistamasta. Hankalasti tavoitettavan todistajan kutsuminen

⁵⁰ *Ash v. Itävalta* 26.4.1991.

⁵¹ Ervo 2005 s. 326. Myös Maffei 2006 s. 82: It is crucial under ECHR law to determine when the state-ment of an absent witness constituted the only or main piece of evidence.

istuntoon saattaa myös aiheuttaa kustannuksia tai oikeudenkäynnin lykkääntymistä. Tällöin todistajan poissaololle istunnossa voi olla myös prossessitaloudelliset syyt.⁵² Todistajan kirjalliselle kertomukselle voi olla edellä lausutun ohella syynä myös todistajan henkilöllisyyden salassapito tai tämän suojeleminen.⁵³ Suomessa on käyty keskustelua mahdollisuudesta kuulla todistajaa anonyymisti. Anonyymi todistelu on suomalaisessa oikeusjärjestelmässä vieras elementti, enkä tästä johtuen syvenny kirjoituksessani enemmälti anonyymiin todisteluun. On selvää, että todistajan poissaolo suullisesta pääkäsittelystä vaikeuttaa todistajan kertomuksen luotettavuuden arviointia.⁵⁴ Lähtökohtana Pölösen mukaan on, että pöytäkirja ei kuulu lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon, mutta se voidaan tietyn edellytyksin lukea pääkäsittelystä ja siten sen kirjaukset tulevat osaksi oikeudenkäyntiä.⁵⁵

Kirjallisen todistajankertomuksen käyttäminen todistelumenettelyssä, kuten esitutkintakertomuksen käyttäminen todisteena, saattaa kuitenkin merkitä vastaajan kuulusteluoikeuden mitätöintiä.⁵⁶ Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa oikeudenvastaista esitutkintapöytäkirjan esittämistä on pyritty sanktioimaan hyödyntämiskiellon avulla. Hormia on muun muassa katsonut, että hyödyntämiskielto ohjaisi prosessia suulliseen, välittömään ja kontradiktoriseen suuntaan.⁵⁷

Korkein oikeus katsoi ratkaisussaan KKO 2007:101, että ulkomaalaista henkilöä ei voitu kuulla todistajina käräjäoikeuden pääkäsittelystä, kun heitä ei ollut saatu kutsuttua eikä kuuleminen ollut järjestynyt myöskään oikeusaputeitse. Heidän esitutkinnassa antamansa kertomukset voitiin ottaa oikeudenkäynnissä huomioon, koska heitä oli aktiivisesti yritetty tavoittaa eikä syyksi lukeva tuomio ratkaiseviltä osin perustunut näihin esitutkintakertomuksiin.⁵⁸

⁵² Frände 1999 s. 399: "Det skall föreligga något hinder för bevisupptagning vid huvudförhandlingen eller så skall bevisupptagningen ge upphov till oskäligen kostnader."

⁵³ Tapanila 2004 s. 85.

⁵⁴ Maffei 2006 s. 78–79. Maffei toteaa, että syytettyä ei EIT:n ratkaisujen valossa tule tuomita yksistään poissaolevan todistajan kertomuksen nojalla: a defendant cannot be convicted solely or mainly upon the evidence of an absent witness.

⁵⁵ Pölönen 2003 s. 254.

⁵⁶ Tapanila 2004 s. 85.

⁵⁷ Hormia 1978 s. 275.

⁵⁸ KKO 2007:101. Tapauksessa syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta muun muassa parituksesta tekoajan ollessa 20–25.8.2001. Syyttäjä oli nimennyt todistajiksi maksullisia seksipalveluja tarjonneet kolme ulkomailla asuvaa henkilöä sekä kaksi muuta henkilöä. Kutsu pääkäsittelyyn oli saatu annettua tiedoksi näistä seksipalveluja tarjonneista henkilöistä vain yhdelle ja käräjäoikeuden käsitellessä asiaa ensimmäisen kerran 4.10.2005 kukaan viimeksi mainituista henkilöistä ei ollut ollut saapuvilla pääkäsittelystä. Käräjäoikeus peruutti pääkäsittelyn ja pyysi oikeusapua henkilöiden kuulemiseksi tarkoituksenaan kuulla heitä videoneuvottelulaitteiston avulla. Käräjäoikeuden toimitettua uuden pääkäsittelyn 14.2.2006 videoneuvotteluyhteys todistajien kotimaassa sijaitsevaan maakuntaoikeuteen oli ollut toiminnassa, mutta paikallinen poliisi ei ollut löytänyt kuin yhden kuuluvista henkilöistä. Hänkin oli lailliseen esteeseen vedoten jäänyt saapumatta maakuntaoikeuteen. Virallisen syyttäjän vaatimuksesta käräjäoikeus katsoi, että maksullisia seksipalveluja tarjonneiden henkilöiden esitutkintakertomukset voitiin ottaa huomioon asiassa.

KKO 1991:84 huumausainerikosta koskevassa asiassa oli näyttönä esitetty huumausainerikoksista aikaisemmin tuomittujen henkilöiden poliisitutkinnassa antamia ja oikeudessa toistamia kertomuksia. Alemmat asteet olivat hyväksyneet kertomukset näytöksi syyllisyydestä varaamatta syytetyille tilaisuutta kuulustella kertomusten antajia. Korkein oikeus katsoi, että menettely loukkasi kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 14 artiklan 3 kappaleen e kohdasta ja ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 6 artiklan 3 kappaleen d-kohdasta ilmeneviä periaatteita, joiden mukaan syytetyn vähimmäisoikeuksiin kuuluu oikeus kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan kutsuttuja todistajia.

Tapauksessa KKO 1993:101 langettava tuomio oli perustettu lähisukulaisten esitutkinnassa antamiin kertomuksiin. Hovioikeus oli näyttöä arvioidessaan verrannut asianomistajan esitutkinnassa ja kihlakunnanoikeudessa henkilökohtaisesti kuultuna antamia toisistaan poikkeavia kertomuksia, vaikka tätä ei ollut kuultu hovioikeudessa. Kertomusten luotettavuutta arvioidessaan hovioikeus oli nojautunut myös asianomistajan vaimon esitutkinnassa antamaan kertomukseen, vaikka tämä oli kieltäytynyt todistamasta oikeudessa.⁵⁹

EIT:n ratkaisussa *Fertelli ja Santangelo v. Italia* todistaja oli kuollut ennen pääkäsittelyä, eikä vastaajilla ollut ollut tilaisuutta kuulustella todistajaa. Syyttäjä oli vedonnut todistajan esitutkintakertomukseen. EIT katsoi, ettei EIS 6 artiklaa 1 kappaletta ja 3 d-kohtaa ollut rikottu, eikä todistajan kuolema ei estänyt vetoamasta todistajankertomukseen, kun valitustuomioistuimien oli tehnyt yksityiskohtaisen analyysin todistajien kertomuksista ja todistajan lausumia oli tukenut myös muut todisteet.

EIT:n ratkaisussa *Artner v. Itävalta* oli todistajaa oli kuultu oikeudenkäynnin ulkopuolella.

Artner tuomittiin kolmeksi vuodeksi vankeuteen muun muassa kahdesta koronkiskomisesta. Toisessa koronkiskomistapauksessa langettava tuomio oli perustunut lausuntoihin ja asiakirjoihin, jotka L oli antanut poliisille. Ennen kyseistä oikeudenkäyntiä L:n ja Artnerin välillä oli yritetty useita kertoja järjestää tapaaminen. Tapaaminen ei useista yrityksistä huolimatta onnistunut joko L:n tai Artnerin poissaolon takia. EIT totesi, että L:n kuuleminen tuomioistuimissa ei ollut mahdollista, koska hänen olinpaikkansa oli tuntematon. Siksi päätöksenteossa oli saanut ottaa huomioon L:n poliisille ja tutkintatuomarille antamat lausunnot. Poliisilla oli hallussaan myös muuta lausuntoja tukevaa todistusaineistoa.⁶⁰

EIT on kuitenkin tapauksessa *Bricmont* (1989) todennut, että kun vaikeasti sairas todistaja ei ollut heikon terveydentilan johdosta päässyt saapumaan pääkäsittelyyn, olisi tuomioistuimen sen sijaan, että se nojasi todistajan kirjalliseen kertomukseen tullut järjestää todistajankuuleminen todistajan kotona.⁶¹

⁵⁹ KKO 1993:101, Ervo 2005 s. 328. Ervon mukaan KKO olisi voinut perustella ratkaisua myös todistelun kontradiktorisuudella.

⁶⁰ *Artner v. Itävalta* 28.8.1992. Tässäkin EIT:n ratkaisussa tuomio oli perustunut myös muuhun syytettä tukevaan näyttöön.

⁶¹ *Bricmont v. Belgia* 7.7.1989.

Totean, että Bricmont-tapaus on jo kahdenkymmenen vuoden takaa ja tässä mielessä tapaukseen rinnastettavat karikot ovat varsinkin kotimaisessa lainkäytössä nykyisin helposti väistettävissä. Sairaiden, heikkojen tai hankalasti tavoitettavien todistajien kuuleminen on järjestettävissä oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 41 §:n nojalla pääkäsittelyn ulkopuolella toimitettavassa kuulemisessa. Pääkäsittelyn ulkopuolella tapahtuva todistajan kuuleminen on joustava keino jouduttaa oikeudenkäyntiä. Sitä kuitenkin käytetään vähemmän kuin olisi suotavaa. Täysin ongelmatonta kuuleminen pääkäsittelyn ulkopuolella ei kuitenkaan ole. Pääkäsittelyn aloittamisen jälkeen asian lykkäämisestä johtuvat määräajat ovat tiukat. Yllättävien ongelmien ilmaantuessa ehdottomat määräajat voivat enemmänkin hidastaa prosessia ja pääkäsittely voidaan joutua aloittamaan kokonaan alusta. Tässä suhteessa järkevintä olisi toimittaa kuuleminen ennen pääkäsittelyn aloittamista, jolloin pääkäsittelyn lykkäämistä koskevat määräajat eivät kulu. Tämä vaihtoehto ei ole mielestäni vastaajankaan kannalta huonoin. Hänellä on jo siten ennakkotiedossa pääkäsittelyn ulkopuolella vastaanotetun todistajan kertomus. Vastaajalle jää siten aikaa valmistella ja suunnitella puolustustaan itse pääasiaan.

Tämän lisäksi varsin tavanomainen ja joustavaksi osoittautunut tekniikka helpottaa todistajien kuulemisessa. Hankalat ja kalliit matkat toiselle paikkakunnalle voidaan hoitaa myös viranomaisten yhteistyössä videokuulemisen välityksin toisesta tuomioistuimesta. Videoyhteyksien hyödyntäminen lienee edelleen kuitenkin harvinaisempaa kuin puhelinyhteyden järjestäminen. Molemmat tekniset keinot toteuttavat sekä kontradiktorisuuden että prosessiekonomian toteutumista. Videokuulemisessa näköyhteyden kautta myös tunnistamiseen liittyvät ongelmat ovat ratkaistavissa. Tätä etua ei puhelinkuulemisessa ole. Puhelin- ja videokuulemisten käyttäminen edellyttää oikeudenkäynnin osapuolten yhteistä suostumusta. Puhelinkuulemiseen voi kuitenkin liittyä ongelmia.⁶² Huomion arvoista on, että menettelyn sopivuusarvionnin tekee kuitenkin loppujen lopuksi tuomioistuin.⁶³ Samoin puhelinkuuleminen joka ulottuu ulkomaille, vieraan valtion alueelle sisältää rajat ylittävän prosessioikeuden alaan liittyviä ongelmia.⁶⁴

⁶² Puhelinkuuleminen ei sovellu rikosasiaan, missä kysymys on muun ohella henkilön tunnistamisesta. Puhelin- ja videokuulemisessa riskinä ovat myös tekniset ongelmat, kun tekniikka pettää ja puhelin- tai videoyhteys ei toimikaan odotetusti.

⁶³ Kysymyksessä ei ole asianosaisten dispoitavissa oleva todistelukeino, vaikkakin sen käyttäminen tulee sopia kaikille asianosaisille.

⁶⁴ Ulkomailta kuultavan todistajan puhelinkuuleminen/videokuuleminen edellyttää toisen valtion suvereniteetin huomioon ottamista. Kuulemista tulee pyytää virka-aputeitse siltä valtiolta, missä kuultava oleskelee. Menettelysäännöksiä on pyritty EU-maiden kesken tehdä joustaviksi. Tästäkin huolimatta kuulemisen toteutumiseen virka-apuuyntöineen voi joutua varautumaan useamman kuukauden ajan.

4.5. Alaikäisen kuuleminen

Kirjallisen tai audiovisuaalisten todistajankertomusten käyttäminen pääkäsittelyssä ei sinänsä vaaranna syytetyn oikeusturvaa tai estä syytetylle kuuluvan kuulusteluolueuden toteutumista. Tämä kuitenkin edellyttää että syytetylle on prosessin aikana varattu tilaisuus esittää kysymyksiä todistajalle. Kirjallisia todistajankertomuksia käytetään usein silloin, kun todistajaa ei voida pääkäsittelyssä kuulustella.⁶⁵ Tällaisia todistajia ovat alaikäiset ja muut erityisryhmiin kuuluvat henkilöt.

OK 17:11 §:n 2 momentin mukaan jos henkilön, joka ei ole täyttänyt 15 vuotta tai jonka henkinen toiminta on häiriintynyt, esitutkinnassa antama kertomus on tallennettu videotallenteeseen tai siihen rinnastettavaan muuhun kuva- ja äänitallenteeseen, kertomusta saadaan kuitenkin käyttää tuomioistuimessa todisteena, jos syytetylle on varattu mahdollisuus esittää kuulusteltavalle kysymyksiä. Tällaisen henkilön kuulemisesta todistajana tai todistelutarkoituksessa säädetään 21 §:ssä

Lapsen kuuleminen edellyttää suojelua tämän lapsen ihmisoikeuksien ja henkisen kehityksen turvaamiseksi.⁶⁶ Harkintavalta alaikäisen kuulemisesta on tuomioistuimella. Jos lasta ei voida kuulla hänen ikänsä tai kehitystasonsa vuoksi pääkäsittelyssä, lapsen esitutkinnassa antama kertomus saattaa olla tärkein asiassa saatavissa oleva näyttö.⁶⁷

Esitutkintakertomuksen käyttäminen todisteena voi olla ongelmallista näytön vällisyyteen ja syytetyn oikeusturvaan nähden. Varsinaisen kertomuksen lisäksi kuulusteluolosuhteet ja kuulustelumenetelmät pitäisi voida riittävän luotettavasti todeta myös jälkikäteen.⁶⁸ Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset taas edellyttävät, että syytetyllä on jossain vaiheessa prosessia oikeus esittää todistajalle kysymyksiä.⁶⁹ Edellä mainittu lainsäädännös on huomioitu myös esitutkintalain, missä esitutkintaa suorittavalle viranomaiselle on asetettu velvollisuus videoida asianomistajan tai todistajan kertomus.

Esitutkintalain 39a §:n mukaan asianomistajan ja todistajan kuulustelu on tallennettava videotallenteeseen tai siihen rinnastettavaan muuhun kuva- ja äänitallenteeseen, jos kuulustelukertomusta on tarkoitus käyttää todisteena oikeudenkäynnissä eikä kuultavaa tämän nuoren iän tai henkisen toiminnan häiriintyneisyyden vuoksi todennäköisesti voida siinä haittaa kuulusteltavalle aiheuttamatta kuulla henkilökohtaisesti. Kuulustelussa on otettava huomioon kuulusteltavan kehitystason asettamat erityisvaatimukset kuulustelumenetelmille, kuulusteluun osallistuvien henkilöiden määrälle ja muille kuulusteluolosuhteille.

⁶⁵ Tapanila 2004 s. 85.

⁶⁶ Danelius 2002 s. 207. Ervo 2005 s. 378. Ervon mukaan EIT ei ole toistaiseksi antanut ratkaisuja ihmis-oikeuksien kollisiotilanteissa.

⁶⁷ HE 190/2002 vp s. 19.

⁶⁸ HE 190/2002 vp s. 19.

⁶⁹ HE 190/2002 vp s. 19.

Tutkinnanjohtaja voi päättää, että muukin kuin esitutkintaviranomainen voi kuulustelijan valvonnassa esittää kysymykset kuulusteltavalle. Rikoksesta epäillylle on varattava mahdollisuus esittää kysymyksiä kuulusteltavalle. Jos rikoksesta epäilty niin pyytää, hänen kysymyksensä saa esittää myös asiamies tai avustaja. Kuulustelija voi kuitenkin määrätä, että kysymykset on esitettävä kuulustelijan välityksellä kuulusteltavalle.

EIT on todennut tapauksessa *S.N. v. Ruotsi* (2002), ettei se, että todisteina käytettiin esitutkinnassa saatuja kertomuksia itsessään rikkonut EIS 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohtia, jos syytetyn oikeuksia oli suojattu. Yleensä nuo oikeudet edellyttivät, että syytetylle annettiin riittävä ja asianmukainen tilaisuus riitauttaa häntä vastaan kuultu todistaja ja tehdä tälle kysymyksiä joko kertomusta annettaessa tai myöhemmin. EIS 6 artikla ei antanut syytetylle rajoittamatonta oikeutta saada todistajia kuulluiksi oikeudessa. Seksuaalirikoksia koskevien oikeudenkäyntien erityisiin piirteisiin nähden 3 d)-kohtaa ei voitu tulkita niin, että sen mukaan syytetyllä tai hänen puolustajallaan tulisi kaikissa tapauksissa olla mahdollisuus suoriin kysymyksiin kuulusteluin tai muin keinoin.

Tapauksessa tuomio lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä perustettiin lähes yksinomaan lapsen kertomuksiin esitutkintakuulusteluissa, joista tehtyjä videoita ja audiotallennetta esitettiin asian käsittelyssä oikeudessa.

EIT totesi, että alaikäistä asianomistajaa oli kuultu toisen kerran esitutkinnassa valittajan avustajan pyynnöstä tämän pidettyä lisäselvityksiä tarpeellisina. Hän ei ollut paikalla kuulustelussa asianomistajan avustajan poissaolon vuoksi eikä hänellä ollut tilaisuutta seurata sitä teknisin laittein viereisestä huoneesta. Kuitenkin hän oli suostunut olemaan poissa siitä puolustukselle aiheutuneesta haitasta huolimatta ja hän oli myös hyväksynyt tavan, jolla kuulustelu tuli toimittaa. Hän olisi voinut pyytää kuulustelun siirtämistä siten, että asianomistajan avustajalla ei olisi ollut estettä olla paikalla. Myös hän olisi voinut pyytää kuulustelun videointia, jolloin hän olisi voinut varmistua siitä, että kuulustelu oli toimitettu oikeudenmukaisesti. Hän ei kuitenkaan ollut käyttänyt kumpaakaan mahdollisuutta.

EIT totesi, että valittajan avustajalla oli ollut tilaisuus tehdä kysymyksiä asianomistajalle kuulustelua toimittaneen poliisin välityksin. EIT pani merkille, että ensimmäisestä kuulustelusta tehty video oli esitetty ensi- ja valitusasteessa. Toisesta kuulustelusta tehty pöytäkirja oli luettu kärjäoikeudessa ja ääninauha oli kuunneltu hovioikeudessa. EIT katsoi, että tapauksen oloissa näiden toimenpiteiden täytyi katsoa antaneen valittajalle riittävän tilaisuuden riitauttaa asianomistajan lausumat ja hänen uskottavuutensa.⁷⁰

EIT on lapsen videokuulustelua koskeneessa ratkaisussa *A.S. v. Suomi* (2010) oli kysymys oikeudenkäynnistä seksuaalirikosta koskeneessa jutussa, jossa tuomio perustettiin osin alaikäisen asianomistajan videohaastatteluun, vaikka syytetty ei ollut saanut tilaisuutta tehdä hänelle kysymyksiä. Asiassa oli esillä myös kysymys siitä, oliko syytetty luopunut oikeuksistaan, kun hän oli tietyin edellytyksin suostunut videon katseluun.

⁷⁰ Tapauksessa EIT totesi, ettei EIS:n 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohtia ollut rikottu.

A oli oikeudenkäynnin aikaan ollut 6–8-vuoden ikäinen. S:n mukaan häntä ei ollut tullut kuulla uudelleen. Tähän lausuntoon oli viitattu päätöksissä. Niin ollen sillä, että valittaja ei ollut vaatinut A:n kuulemistä, ei ollut olennaista merkitystä. Valittaja oli voinut yhdessä oikeuden kanssa tarkkailla A:n käyttäytymistä ja arvioida ainakin jossakin määrin hänen luotettavuuttaan videota katsellessaan. Hän oli voinut riitauttaa näytön ja tehdä siitä huomautuksia. Vaikka videoidulla kertomuksella oli huomattava merkitys näyttönä, sitä ei yksistään voitu pitää riittävänä syytetyn oikeuksien kannalta silloin, kun hänellä ei ollut ollut tilaisuutta tehdä kertomuksen antajalle kysymyksiä. Kun A:n videohaastattelu oli jäänyt ainoaksi välittömäksi näytöksi eikä valittaja ollut voinut tehdä hänelle kysymyksiä, EIS 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohdan vaatimuksia ei ollut noudatettu.

Hiljainen luopuminen EIS 6 artiklan takaamista tärkeistä oikeuksista edellytti, että syytetty oli kohtuudella voinut ennakoita käyttäytymisensä seuraukset. EIT ei havainnut mitään syytä epäillä, että valittaja ei olisi asianajajansa avustamana ymmärtänyt, että suostumalla videon katseluun hän oli antanut oikeudelle tilaisuuden arvioida tuota näyttöä kaikilta osin kaiken muun näytön valossa. Hänen ei kuitenkaan tuolla menettelystään voitu katsoa luopuneen oikeudestaan tehdä A:lle kysymyksiä. Hän oli koko ajan vedonnut tuohon puutteeseen. Suomen katsottiin rikkoneen Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 ja 3 d)-kohtaa.⁷¹

EIT:n ratkaisussa *A.L. v. Suomi* (2009) tuomioistuin totesi, että etenkin alaikäisten seksuaalirikosten asianomistajat saattoivat tuntea oikeudenkäynnin piinalliseksi, jos nämä joutuisivat kohtaamaan syytetyn vastoin tahtoaan. EIT katsoi, että tietyt järjestelyt olivat hyväksyttävissä, kun niiden tarkoituksena oli suojata seksuaalisen hyväksikäytön kohteeksi joutuneen asianomistajan yksityiselämää. Järjestelyjen täytyi kuitenkin olla yhteen sovitettavissa syytetyn oikeuksien kanssa.

Tapauksessa vastaaja oli vaatinut lapsen kuulustelemista oikeudessa. Vaatimuksen hän oli tehnyt vasta hovioikeudessa. Hovioikeus oli evännyt vaatimuksen edes hankkimatta asiantuntijalausuntoa siitä, voitiinko lasta kuulla oikeuden istunnossa tai muussa sopivammassa ympäristössä. Lapsen videonauhoitettu kertomus oli ollut ainoa välitön näyttö valittajaa vastaan.⁷²

Lapsen oikeudet eivät oikeuta syytetyn oikeuksista luopumiseen, mutta niitä on mahdollisuus kaventaa. Tapauksien *S.N. v. Ruotsi*, *A.S. v. Suomi ja A.L. v. Suomi* pohjalta voidaan todeta, että syytetyn kuulustelu-oikeutta on mahdollista rajoittaa, ja että kirjallisten kertomusten ja videotallenteiden käyttöä voidaan varsinkin seksuaalirikoksissa pitää hyväksyttävänä. Tapauksissa on lisäksi korostettu, että vastaajalla tulee näissäkin tilanteissa olla mahdollisuus esittää kysymyksiä ja riitauttaa asianomistajan kertomus.

⁷¹ *A.S. v. Suomi* 28.9.2010.

⁷² *A.L. v. Suomi* 27.1.2009 Lisäksi tuomio oli perustettu haastatteluista tehtyihin videonauhoituksiin, joita oli katseltu oikeudessa. Valittaja oli tuolloin muiden ohella kyennyt kuuntelemaan lapsen omaa kertomusta ja tarkkailemaan haastattelujen toimittamistapaa sekä arvioimaan ainakin tietyssä määrin lapsen kertomuksen uskottavuutta. Hän oli voinut riitauttaa kertomuksen ja kommentoida sitä tuomioistuimissa. Todistelumenettelyyn ei kuitenkaan ollut liittynyt riittäviä takeita syytetyn oikeuksien kannalta, koska hän ei ollut saanut tilaisuutta tehdä kysymyksiä lapselle missään vaiheessa oikeudenkäyntiä tai esitutkintaa. EIT totesi, että menettely oli ollut 6 artiklan vastainen.

5. Lopuksi

EIT on useissa ratkaisuisaan korostanut, että todistelun rajoittamisesta säädetään kansallisella tasolla. EIT ratkaisukäytäntö on tästä huolimatta kuitenkin kiistatta ohjannut lain tulkintaa myös todistelun osalta. EIT:n oikeuskäytännön perusteella voidaan todeta, että asianosaisilla tulee olla yhtäläiset mahdollisuudet kuulustella todistajia sekä kommentoida ja riitauttaa kaikki asiassa esitetty näyttö. KKO:n ja EIT:n oikeuskäytännön perusteella vastaajan kuulusteluoikeuden rajoittaminen ja kaventaminen on kuitenkin tietyin edellytyksin sallittua

EIT ja KKO:n ratkaisuista voidaan todentaa, että syytetyn pääasiallinen ja syyksilukeva näyttö ei saisi perustua yksinomaisesti juuri siihen todisteluun, mihin hän ei ole voinut osallistua tai mitä hän ei ole voinut riitauttaa.

Vastaajan oikeuksien kaventamista tulee kuitenkin tarkastella kriittisesti. Yksinomaiset tarkoituksenmukaisuusnäkökulmat eivät sovellu rajoittamisperusteiksi.⁷³ Kuulusteluoikeuden edellytysten tulee täyttää lain kriteerit sekä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytykset. Todistajan suojelullisista syistä kaikkia todistajia – kuten lapsia ja henkisesti häiriintyneitä – ei välttämättä voida kuulustella suullisessa ja keskitetyssä prosessissa. Oikeudenkäynnin tasapuolisen kohtelun ihanteesta voidaan joutua tinkimään myös tilanteissa, joissa todistaja on kadonnut, kuollut tai vaikeasti tavoitettavissa. Edellä mainituissa tilanteissa esitutkintakertomusten merkitys korostuu, jolloin myös esitutkinnassa asianosaisten tasapuolisen kohtelun vaatimus tulee ottaa huomioon. Tuomioistuimien voi siten joutua tilanteeseen, missä se omalta osaltaan kontrolloi, onko vastaajalla ollut mahdollisuus kysymysten esittämiseen esitutkinnan aikana ja ovatko oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytykset riittävässä määrin toteutuneet. Käytännössä voi ilmetä tilanteita, joissa todetaan että juttu on puutteellisin osin ohjattava lisätutkintaan, jotta vastaajalle varataan tilaisuus vastakuulusteluoikeuden toteuttamiseen.

Kuulusteluoikeuden kavennus edellyttää aina tapauskohtaista harkintaa. Kun asiassa vedotaan näyttönä todistajien esitutkintakertomuksiin, tuomioistuimen vastuu näyttää ainakin jossain määrin kohdentuvan ainakin epäsuorasti tietyiltä osin jopa esitutkinnan oikeudenmukaisuuden kontrollointiin.

⁷³ Ervo 2005 s. 320.

Lähteet

Oikeuskirjallisuus

- Aall, Jörgen*: Retterganag og menneskerettigheter, Bergen 1995
Danelius, Hans: ”Mänskliga rättigheter i europeisk praxis” 2. painos, Stockholm 2002
Ervo, Laura: Oikeustapauskommentti KKO 2000:71, Lakimies 6/2000 s. 980–996
Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti, Helsinki 2005a
Ervo Laura: Suomalaisen prosessin kompastuskivet Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä, teoksessa Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä, toim. *Jokela, Antti*, Turun yliopisto 2005b
Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti keskusteluna, Lakimies 3/2005c.
Frände, Dan: Finsk Straffprocessrätt I, Helsingfors 1999
Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi oikeudenkäymiskaaren eräiden todistelua, kiireelliseksi julistamista ja ylimääräistä muutoksenhakua koskevien säännösten muuttamisesta (*HE 190/2002 vp*)
Hormia, Lauri: Todistamiskiellosta rikosprosessissa I, Vammala 1978
Hormia, Lauri: Todistamiskiellosta rikosprosessissa II, Vammala 1979
Jokela, Antti: Oikeudenkäynnin perusteet, Oikeudenkäynti I, Helsinki 2005
Maffei, Stefano: The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings
Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses, Groningen 2006
Pölonen, Pasi: Henkilötodistelu rikosprosessissa, Jyväskylä 2003
Summers, Sarah J.: Fair trials, the European criminal procedural tradition and the European court of Human rights, Oxford and Portland 2007
Tapanila, Antti: Syytetyn oikeus syyttäjän todistajien kuulemiseen, Lapin yliopisto 2004
Tirkkonen, Tauno: Suomen Rikosprosessioikeus I, Porvoo 1969
Virolainen, Jyrki: Lainkäyttö, Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa, Helsinki 1995

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

- Unterpertinger v. Itävalta* 24.11.1986
Bricmont v. Belgia 7.7.1989
Delta, 19.12.1990 A 191
Isgrò, 19.2.1991 A 194 A
Ash v. Itävalta 26.4.1991
Atrner v. Itävalta 28.8.1992
Saidi 20.9.1993 A 261 C
Ferntelli ja Santangelo v. Italia 7.8.1996
A.M. v. Italia 14.12.1999
S.N v. Ruotsi 6.7.2002
Gincarlo Perna v. Italia 6.5.2003
Perna v. Italia 6.5.2003
Lorsé v. Alankomaat 27.1.2004
Laukkanen ja Manninen v. Suomi 3.2.2004
Eskelinen ja muut v. Suomi 8.8.2006

Uoti v. Suomi 23.10.2007
A.L v. Suomi 27.1.2009
Konstantinos Tsotsos v. Kreikka 30.4.2009
Mariana Marinescu v. Romania 2.2.2010
Khametshin v. Venäjä 4.3.2010
A.S. v. Suomi 28.9.2010

Korkein oikeus

KKO 1991:84
KKO 1993:101
KKO 1995:66
KKO 1997:128
KKO 2000:71
KKO 2007:101
KKO julkaisematon nro 1671, 2011

Heli Melander

Asianomistajan vaitiolo-oikeuden suhteesta vastaajan vastakuulustelu-oikeuteen

1. Johdanto

Rikosoikeudenkäynnin yhtenä tavoitteena on rikosoikeudellisen vastuun toteuttaminen. Tämän tavoitteen toteuttamiskeinona on perinteisesti pidetty aineellisen totuuden selvittämistä ja sitä ilmentävän ratkaisun antamista.¹ Oikeudenkäymiskaaren (OK) 17 luvun 2 §:n 1 momenttiin kirjatun vapaan todistusteorian periaatteen on osaltaan katsottu edistävän aineellisen totuuden selvittämistä ja sen myötä oikean ratkaisun antamista. Vapaan todistusteorian mukaan tuomioistuimella on rajaton oikeus käyttää todisteena mitä tahansa tietoonsa saamaa tosiseikkaa (vapaa todistelu) ja määrittää todisteen näyttöarvo vapaasti ja sääntöihin sitomattomana (vapaa todistusharkinta).² Aineellista totuutta ei kuitenkaan voida nykyaikaisessa asianosaisten perus- ja ihmis-oikeuksia kunnioittavassa rikosprosessissa selvittää keinolla millä hyvänsä. Asianosaisten ja todistajien joukossa saattaa olla henkilöitä, jotka pystyisivät valottamaan rikosoikeudellisen vastuun toteuttamisen kannalta keskeistä aineellista totuutta, mutta eivät syystä tai toisesta halua tehdä niin. Heidän oikeutensa olla lausumatta on turvattu erilaisten vaitiolo-oikeussäännösten nojalla. Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 6 artiklan takaama oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaate asettaa tiettyjä rajoituksia vapaalle todistelulle tilanteissa, joissa vastaajalla ei ole ollut riittävää ja asianmukaista mahdollisuutta riitauttaa esitettyä näyttöä.

Esitutkintakertomuksen käyttämistä todisteena voidaan rajoittaa joko vastaajan vastakuulustelu-oikeuden takaamisen tai kuultavan vaitiolo-oikeuden kunnioittamisen perusteella. Joissakin tilanteissa tästä aiheutuva käytettävissä olevan todistusaineiston rajoittuminen saattaa olla ristiriidassa aineellisen totuuden selvittämisyrittämisen kanssa.

Antti Jokela on määritellyt nykyaikaisen oikeusvaltion rikosprosessin tavoitteeksi aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääsemisen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin

¹ Aineellisen totuuden selvittämisen periaatetta on myös kritisoitu katsomalla, että aineellisen totuuden sijaan ratkaisun tulee perustua prosessuaaliseen totuuteen eli siihen, mitä kyseisessä oikeudenkäynnissä saadun selvityksen perusteella on pidettävä totena. Ks. esim. Lehtimaja 1981, Virolainen – Pölönen 2003 s. 171–173 ja Tolvanen 2006.

² Pölönen 2003 s. 144 .

edellyttämällä ja eettisesti hyväksyttävällä tavalla.³ Tämän kirjoituksen tarkoituksena on tarkastella tuon tavoitteen saavuttamista vastaajan vastakuulustelu-oikeuden näkökulmasta tilanteesta, jossa todistajaan rinnastettavalla asianomistajalla on oikeus olla kertomatta tiedossaan mahdollisesti olevista rikosprosessin kannalta olennaisista seikoista.

2. Asianomistajan vaitiolo-oikeus

2.1. Yleistä

OK 17 luvun 20 §:n 1 momentin mukaan todistaja ei saa kieltäytyä todistamasta. Lähtökohtaisesti jokaisella todistamaan nimetyllä on siis lakiin perustuva velvollisuus toimia asiassa todistajana. Tietyillä perusteilla todistajalla voi kuitenkin olla oikeus kieltäytyä todistamasta. Todistamiskiellojen taustalla on erilaisia oikeusperiaatteita. Esimerkiksi Pölösen mukaan todistamiskiellot voidaan oikeusperustansa mukaan jakaa neljään pääryhmään seuraavasti: a) tarve edistää rikosvastuun toteuttamisintressiä (mm. todistelun luotettavuus), b) tarve turvata asianosaisten oikeusturvaintressejä ja kunnioittaa heidän perusoikeuksiaan (mm. yksityisyyden, kotirauhan ja perhesiteiden kunnioittaminen), c) ulkoprosessuaalisten päämäärien toteuttaminen (mm. ammattilisten luottamussuhteiden edistäminen) ja d) rikosprosessin eettisen ja moraalisen moitteettomuuden takaaminen.⁴ Tämän kirjoituksen kannalta keskeiset todistamiskieltosäännökset ovat lähiomaissuojaan perustuvat OK 17 luvun 20 § ja 24 §:n 1 momentti, joiden oikeusperusta lienee vahvimmin kytkettävissä edellä mainitun luokituksen kohtaan b) ja lisäksi kohtiin a) ja d).

Asianomistajan⁵ kuulemisella on useassa jutussa keskeinen merkitys aineellisen totuuden selvittämisen kannalta.⁶ Oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (ROL) esitöissä asianosaisten läsnäolosta säätävän 8 luvun 1 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa⁷ todetaankin asianosaisten henkilökohtaisen läsnäolon pääkäsittelyssä olevan tärkeää muun muassa siitä syystä, että asianosainen itse on yleensä jutun selvittämisen kannalta paras tietolähde, koska hän tietää parhaiten juttuun liittyvistä yksityiskohdista. Myös Fränden mukaan asianomistajan kuulemisella on aineellisen totuuden selvittämisen kannalta niin olennainen merkitys, että hänet tulisi aina tarvittaessa kutsua kuultavaksi tuomioistuimeen.⁸

³ Jokela 2008 s. 6–7. Ks. myös Lehtimaja 1981.

⁴ Pölönen 2003 s. 197–198.

⁵ Rikoslain tiettyjä erityissäännöksiä lukuun ottamatta laissa ei ole yleistä määritelmää siitä, ketä on pidettävä jutussa asianomistajana. Kysymys on jäänyt oikeuskäytännössä ja -tieteessä määriteltäväksi. Tähän ei kuitenkaan tässä kirjoituksessa tarkemmin puututa. Ks. lisää esim. Virolainen-Pölönen 2004 s. 156–167.

⁶ Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 322.

⁷ HE 82/1995 vp s. 109.

⁸ Frände 2009 s. 410.

Vaikka asianomistajan kertomus voidaan usein tosiasialliselta merkitykseltään rinnastaa todistajan kertomukseen, asianomistajan ja todistajan asema on lakitasolla erotettu toisistaan.⁹ OK 17 luvun 18 §:n mukaan jokaista muuta paitsi jutun asianosaista voidaan kuulustella todistajana. Saman luvun 61 §:n 1 momentin mukaan asianosaista voidaan kuulustella todistelutarkoituksessa. Koska vastaajalla ei ole valan tai vakuutuksen nojalla mahdollisuutta ”vannoa itseään vapaaksi”, asianosaisten tasa-arvoisuuden periaatteesta johtuen myöskään asianomistajan kertomukselle ei ole haluttu antaa valan tai vakuutuksen tuomaa lisäarvoa.¹⁰ Toisaalta todistelutarkoituksessa kuultavalla asianomistajalla on ROL 6 luvun 5 §:n 3 momentin nojalla totuusvelvollisuus silloin, kun hän ei käytä vaitiolo-oikeuttaan. Tätä totuusvelvoitetta ei ole kuitenkaan sanktioitu.¹¹

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien (EIT) on oikeuskäytännössään¹² todennut, että todisteiden sallittavuus kuuluu kansallisella tasolla säädeltäviin kysymyksiin ja edelleen, että asiassa esitetyn todistelun harkinta on lähtökohtaisesti kansallisten tuomioistuinten toimivaltaan kuuluva asia.¹³ EIT:n tehtävänä on todeta lähinnä, onko oikeudenkäynti kokonaisuudessaan todistelun vastaanottaminen mukaan lukien ollut oikeudenmukainen. Kuitenkin *Unterpertinger*-tapauksessa¹⁴ EIT on nimenomaisesti todennut, että lakiin perustuva oikeus kieltäytyä todistamasta ei ole vastoin EIS:n 6 artiklan määräyksiä ja että syytetyn ja hänen todistamaan nimetyn perheenjäsenensä suhteesta johtuvia ongelmatilanteita torjumaan tarkoitettuja säännöksiä sisältyy monien Euroopan neuvoston jäsenmaiden lakeihin. EIT:n oikeuskäytännön nojalla todistajan käsitteelle tulee antaa autonominen merkitys siten, että EIS 6 (3 d) artiklan tarkoittamana todistajana on pidettävä esimerkiksi myös asianomistajaa silloin, kun hänen kertomuksensa on tosiasiaa otettu huomioon näyttönä vastaajaa vastaan.¹⁵

Todistajalla on oikeus kieltäytyä todistamasta lähisukulaisuuden perusteella edellä mainittujen OK 17 luvun 20 § ja 24 §:n perusteella. Tässä luvussa tarkastellaan, onko myös asianomistajalla oikeus vaitioloon ja mihin tämä oikeus perustuu.

2.2. Normiperusta

Vastaajan oikeutta passiivisuuteen tai jopa suoranaiseen valehteluun voidaan perustella yleisellä rikosoikeudellisella periaatteella, jonka mukaan kenenkään ei tarvitse

⁹ Rikoksen uhrin asemasta asianosaisena ja todistelussa ks. kootusti Virolainen 2006 s. 650.

¹⁰ Ervo 2005 s. 279, Virolainen-Pölonen s. 208-209. Tässä kirjoituksessa ei käsitellä lainkaan OK 17 luvun 61 §:n 3 momentin mukaista asianomistajan kuulustelua totuusvakuutuksen nojalla.

¹¹ Toisin esituttinnassa. Ks. Rikoslaki (RL) 15 luku 2 §.

¹² Mm. *Delta v. Ranska* (19.12.1990), *Saidi v. Ranska* (20.9.1993), *Minguez Villar del Amo v. Espanja* (1.3.2005), *Kovac v. Kroatia* (12.7.2007).

¹³ Pellonpää 2005 s. 428–429.

¹⁴ *Unterpertinger v. Itävalta* (24.11.1986).

¹⁵ Ks. jäljempänä 3.2.

myötävaikuttaa oman syyllisyytensä selvittämiseen.¹⁶ Periaate ei sellaisenaan sovellu asianomistajaan. Kun asianomistajan kuulemisella usein voitaisiin edellä todetuin tavoin parhaiten edistää aineellisen totuuden selvittämistä, voidaan kysyä, mihin asianomistajan vaitiolo-oikeus perustuu. Olisiko asianomistajalle perusteltua asettaa myötävaikutusvelvollisuus prosessissa? Miksi asianomistaja pitäisi asettaa eri asemaan kuin todistaja, jolla on positiivinen totuusvelvollisuus?¹⁷

Asianomistajan oikeudesta kieltäytyä OK 17 luvun 61 §:n 1 momentin mukaisesti todistelutarkoituksessa tapahtuvasta niin sanotusta vapaasta kuulustelusta ei ole nimenomaista säännöstä laissa. Oikeustieteessä onkin esitetty eriäviä käsityksiä asianomistajan totuusvelvollisuuden sisällöstä ja etenkin vanhemmassa prosessi-oikeudellisessa kirjallisuudessa katsottiin asianomistajan totuusvelvollisuuden olevan positiivinen.¹⁸ Sittemmin säädetyn ROL 6 luvun 5 §:n 3 momentin¹⁹ on katsottu ilmentävän ainoastaan asianomistajan negatiivista totuusvelvollisuutta ja sen myötä oikeutta olla lausumatta asiasta.²⁰ Tämä kanta on vakiinnutettu korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2000:71. Ratkaisussa on tarkemmin perustelematta todettu, että asianomistajan ei tarvitse häntä todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa kertoa mitään, eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. Asianomistajan vaikenemisoikeuden on siten katsottu perustuvan asianomistajan asemaan sinänsä. Tästä asianomistajan yleisestä vaikenemisoikeudesta johtuen korkein oikeus katsoi, ettei OK 17 luvun 20 §:ssä säänneltyä lähisukulaisen todistamiskielto-oikeutta voitu soveltaa asianosaiseen silloinkaan, kun hän täytti kyseisessä lainkohdassa säädetyt edellytykset. Ratkaisua tarkastellaan tarkemmin jäljempänä.

Ratkaisun KKO 2000:71 perusteella voidaan tehdä yksiselitteinen johtopäätös siitä, että asianomistajalla on halutessaan asemaansa perustuva oikeus kieltäytyä kertomasta asiasta. Toisin kuin todistajan, asianomistajan ei tarvitse OK 17 luvun 25 §:ssä säädetyn tavoin tehdä selkoa kieltäytymisensä syistä.²¹ Hänellä on oikeus vaitioloon yksin asianomistaja-asemansa perusteella. Toisaalta on kuitenkin huomattava, että mikäli asianomistaja vetoaa vaitiolo-oikeuteensa ilman pätevää syytä, tuomioistuimella on OK 17 luvun 5 §:n nojalla valta harkita, mikä merkitys vaitiololle on todisteena annettava.²² Kysymys ei ole kuitenkaan sanktioluonteisesta säännöksestä, koska asian-

¹⁶ Ervo 2000 s. 985–986.

¹⁷ Positiivisella totuusvelvollisuudella tarkoitetaan, että henkilön tulee oma-aloitteisesti kertoa totuuden mukaisesti kaikki mitä hän asiasta tietää ja vastata samalla tavalla myös hänelle esitettyihin kysymyksiin. Negatiivinen totuusvelvollisuus sen sijaan tarkoittaa, ettei henkilöllä ole oma-aloitteista ilmaisuvelvollisuutta eikä hänen myöskään tarvitse vastata esitettyihin kysymyksiin, mutta jos hän halua kertoa itse tai vastata, hänen on puhuttava totta. Ks. esim. Virolainen 1998 s. 312.

¹⁸ Jokela 2002 s. 20–21, Viljanen 1993 s. 1016–1017.

¹⁹ Rikosasian asianomistajan on pysyttävä totuudessa, kun hän ilmoittaa ne seikat, joihin hän vetoaa asiassa, lausuu käsityksensä vastapuolen esittämistä seikoista ja vastaa tehtyihin kysymyksiin.

²⁰ Virolainen 2000 s. 673, Rautio 2000 s. 478. Vrt. Niemi-Kiesiläinen s. 326.

²¹ Virolainen 2000 s. 673.

²² Virolainen 2000 s. 673.

omistajan vaikeneminen voi puhua yhtä lailla syytteen puolesta kuin sitä vastaan.²³ Harkinnalla voi olla merkitystä esimerkiksi tilanteessa, jossa asianomistaja on esitutkinnassa kertonut tapahtumista tietyllä tavalla, mutta ei enää oikeudessa halua kertoa asiasta mitään eikä edes kiistä esitutkintakertomustaan ”pikaistuksissa” tai muutoin väärin perustein annettuna. Tällöin oikeudella on valta harkita päätöksen vaitiolosta syntyneen esimerkiksi uhkailun seurauksena ja se voi ottaa aiemmin esitutkinnassa annettun kertomuksen huomioon todisteena. Asianomistaja-asemaan perustuva vaitiolo-oikeus on tässä suhteessa merkittävästi erilainen kuin lähisukulaisuuteen perustuva todistajan kieltäytymisoikeus. Todistajan kieltäytyessä todistamasta sukulaisuuteen vedoten todistajan mahdollinen aiempi esitutkintakertomus ikään kuin katoaa olemasta todisteena, eikä esitutkintakertomukselle tai vaitiololle muutoinkaan voida antaa minkäänlaista näyttöarvoa asiaa ratkaistaessa.²⁴

Kun asianomistaja ei välttämättä aina ole vastaajan lähiomainen, asianomistajan asianomistaja-asemaan perustuvan vaitiolo-oikeuden oikeusperusta jää jossain määrin epäselväksi. Vaitiolo-oikeus ei voine perustua todistelun luotettavuuden takaamiseen, kun asianomistajan suostuessa kuulemiseen todistelutarkoituksessa hänen kertomuksellaan on yleensä vahva painoarvo todisteena, vaikkei kertomusta annetakaan edellä mainituista syistä valan tai vakuutuksen nojalla. Vaitiolo-oikeuden perustana lieneekin asianomistajan yksityisyyden kunnioittaminen sallimalla asianomistajan päättää, kertooko hän itseensä kohdistuneista teoista mitään vai ei. Kun virallisen syytteen alaisissa rikoksissa rikoksen selvittämistä on kuitenkin muistakin kuin rikoksen kohteeksi joutuneen asianomistajan oikeushyvien suojelusta johtuen niin painava, ettei asianomistajalla muun muassa ole valtaa päättää rikosprosessin käynnistämisestä, on jokseenkin epä johdonmukaista, että asianomistajalla on vaitioloonsa vedoten tosiasiassa valta disponoida asian käsittelystä.²⁵

Asianomistajan velvollisuus myötävaikuttaa prosessiin rajoittuu siten velvollisuuteen saapua pääkäsittelyyn (ROL 8 luku 1 ja 2 §) ja – mikäli hän ei käytä vaitiolo-oikeuttaan – velvollisuuteen puhua totta esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä (esitutkintalaki 25 §, ROL 6 luku 5 § 3 momentti).²⁶

2.3. Esitutkintakertomuksen käytöstä todisteena

2.3.1. Hyödyntämiskiellon käsitteestä yleisesti

Oikeuskirjallisuudessa mainitaan usein todisteen hyödyntämiskiellosta määrittelemättä kuitenkin tarkemmin, mitä hyödyntämisellä itse asiassa tarkoitetaan. Hyödyn-

²³ Niemi-Kiesiläinen s. 326.

²⁴ Esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä todisteena lisää seuraavassa kappaleessa.

²⁵ Pölönen 2003 s. 266.

²⁶ Asianomistajan velvollisuudet asianomistajan yksin ajamassa rikosprosessissa on jätetty tämän kirjoituksen ulkopuolelle.

tämisen voidaan ymmärtää tarkoittavan joko sitä, ettei tiettyä todistetta voida lainkaan hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon tai sitä, että oikeudenkäyntiaineistoon sinänsä hyväksyttyä aineistoa ei voida tosiasiasa käyttää tuomioharkinnassa. Ratkaisun enustettavuuden ja oikeudenkäynnin avoimuuden näkökulmasta tarkasteltuna voitaneen pitää perustellumpana vaihtoehtona sitä, että oikeudenkäyntiaineistoon hyväksytään vain sellaista aineistoa, josta ilmeneviin seikkoihin ratkaisu voidaan tosiasiasa perustaa.²⁷

Hormian mukaan todisteen hyödyntäminen tarkoittaa viime kädessä todistelutuloksen hyödyntämistä. Hänen mukaansa todisteiden hyödyntämiskielto on todistamiskiellon prosessuaalinen tehoste, jonka asettaminen kuulu tuomarille. Hyödyntämiskiellon asettaminen merkitsee siten, että tuomari jättää jonkin merkityksellisen todistelutuloksen huomioon ottamatta todisteiden harkinnassa.²⁸ Hormian kanta vaikuttaisi siten olevan, ettei hyödyntämiskielto estä tietyn todisteen vastaanottamista ja merkitsemistä tuomioon todisteeksi, vaan ainoastaan sananmukaisesti todisteen hyödyntämisen varsinaisessa tuomioharkinnassa.

Pölösen mukaan hyödyntämiskiellossa on kysymys siitä, voidaananko kiellonvastaisesti hankittu tai muuten (perus)oikeuksien rajoittamiseen johtava todiste hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon, eli voidaanko sitä hyödyntää (käyttää) todistus- ja tuomioharkinnassa. Pölösen mukaan hyödyntämiskiellon sijasta voidaan puhua myös todisteen käyttökiellosta.²⁹ Tämän perusteella Pölösen kanta vaikuttaisi olevan, että hyödyntämiskielto estäisi myös tietyn todisteen hyväksymisen todisteeksi eli ettei sitä lainkaan hyväksyttäisi oikeudenkäyntiaineistoon. Kuitenkin hän toteaa myös, että toisaalta todisteen hyödyntämisellä voidaan ymmärtää tuomioistuimen todistusharkinnassa oikeudenkäyntiaineistoon tarjotulle todisteelle annettavaa merkitystä. Hyödyntämiskielto tarkoittaisi tämän mukaisesti sitä, että tuomioistuin jättää jonkin todistelutuloksen huomioon ottamatta todistusharkinnassa jonkin hyödyntämiskielloa tukevan argumentin perusteella. Vielä Pölönen toteaa, että hänen tarkoittamassaan mielessä hyödyntämiskiellosta voidaan puhua, kun tuomioistuin jättää jonkin todisteen todistusharkinnassa kokonaan huomioimatta. Jos todistetta tosiasiasa arvioidaan ja sillä on vähänkin vaikutusta tuomioperusteisiin, kyse ei ole hyödyntämiskiellon soveltamisesta.³⁰

Hyödyntämiskiellon käsite on edellä todetuin perustein jokseenkin epäselvä. Selkeämpää olisi puhua todisteen huomioon ottamisen kiellosta, jolloin todistetta ei tietyn perustein hyväksyttäisi lainkaan lopulliseen oikeudenkäyntiaineistoon. Tällöin

²⁷ Ks. esim. OK 25:17:ssä säädetty riita-asioiden uusien todisteiden esittämiskielto hovioikeudessa, jolloin uutta todistelua ei oteta lainkaan vastaan hovioikeudessa. ”Epämääräisen” asiakirjavihkoon liitettävän aineiston karsimiseksi olisi erityisen tärkeää, ettei tuomioistuin ottaisi vastaan muuta kuin nimettyjä kirjallisia todisteita ja oikeudenkäyntiaineistoa, jotka merkitään asianmukaisesti tuomioon ja voidaan siten ottaa avoimesti huomioon päätöksenteossa.

²⁸ Hormia s. 256–257.

²⁹ Pölönen 2003 s. 205.

³⁰ Pölönen 2003 s. 205–206 ja 276.

päätös tietyn todisteen käyttämisestä tuomioharkinnassa tehtäisiin prosessiratkaisuna ennen varsinaista lopullista näytön sisällöllistä arviointia. Mikäli todisteen tai muun oikeudenkäyntiaineiston huomioon ottamista ei kiellettäisi, tuomioistuimen tehtävänä olisi näyttöä kokonaisuutena arvioidessaan harkita, mikä merkitys todisteelle olisi annettava. Korkein oikeus ei ole ratkaisussaan KKO 2007:101 esitutkimuskertomuksen huomioon ottamista arvioidessaan käyttänyt hyödyntämisen käsitettä, vaan on puhunut ”esitutkimuspöytäkirjan huomioon ottamisesta oikeudenkäynnissä” ja ”esitutkimuskertomusten merkityksestä näyttönä asiassa”. Tällaisella jaottelulla on merkitystä myös arvioitaessa esitutkimuskertomuksen käyttämistä todisteena EIS:n 6 artiklan 3 d kohdan takaaman vastakuulusteluoikeuden näkökulmasta.³¹

2.3.2. Asianomistajan esitutkimuskertomuksen hyväksyminen oikeudenkäyntiaineistoksi

OK 17 luvun 11 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaan tuomioistuimessa ei saa, ellei laissa toisin säädetä, käyttää todisteena esitutkimuspöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa. Lainkohdan esitöiden yksityiskohteisissa perusteluissa säännöksen on todettu olevan tarpeen muun muassa rikosasian pääkäsittelyn suullisuus ja välittömyys- vaatimusten toteuttamiseksi sekä EIS:n 6 artiklan 3 d kohdan takaaman vastaajan vastakuulusteluoikeuden vuoksi.³² Lainkohdan 3 momentin nojalla tuomioistuin voi sallia edellä mainitun asiakirjan tai lausuman huomioon ottamisen oikeudenkäynnissä, jos todistajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella.³³

OK 17 luvun 32 §:n 2 momentin mukaan todistajan aikaisemmin oikeudelle tai viralliselle syyttäjälle tai poliisiviranomaiselle antama kertomus luettakoon todistajaa kuulusteltaessa vain silloin, kun hän todistajanlausunnossaan poikkeaa siitä, mitä hän aikaisemmin on kertonut, tahi kun todistaja kuulustelussa selittää, että hän ei voi tai halua lausua mitään asiassa. ROL 6 luvun 7 §:n 2 momentin nojalla edellä mainittua säännöstä noudatetaan soveltuvin osin kuulusteltaessa asianosaista todistelutarkoituksessa.

Asianomistajan esitutkimuksessa antaman kertomuksen hyödyntämistä tarkasteltaessa keskeistä merkitystä on etenkin kolmella korkeimman oikeuden ratkaisulla KKO 1987:93, KKO 1995:66 ja KKO 2000:71.

³¹ Ks. jäljempänä 4.

³² HE 82/1995 vp s. 143.

³³ Tämän momentin osalta esitöissä on todettu, että vaikka sanottu asiakirja tai lausuma voidaan ottaa oikeudenkäynnissä huomioon, momenttiin ei sisälly kannanottoa siitä, mikä todistusarvo sellaisella asiakirjalla tai lausumalla asiassa on. Esitöiden mukaan aineiston hyödyntämistä todisteena rajoittaa muun muassa EIS:n 6 artiklan 3 d kohta. Vaikuttaisi siis siltä, että esitöissä todisteen hyödyntämisen käsite on ymmärretty näytön arvioinnissa tapahtuvana todisteelle annettavan merkityksen arvioimisena.

Ratkaisussa KKO 1995:66 korkein oikeus on katsonut, että tilanteessa, jossa OK 17 luvun 20 §:ssä tarkoitettu lähiomainen B oli oikeudenkäynnissä kieltäytynyt todistamasta, todistajana ei saatu kuulla myöskään B:tä esitutkinnassa puhutellutta poliisia, joka olisi kertonut siitä, mitä B oli alustavassa puhutellussa kertonut syytteessä tarkoitettusta teosta. Ratkaisussa on todettu, että poliisin kuuleminen siitä, mitä B oli alustavassa puhutellussa kertonut, olisi tosiasiallisesti merkinnyt OK 17 luvun 20 §:ssä säädetyn lähisukulaisuuden suojan murtamista. OK 17 luvun 20 §:ssä säädettyyn kieltäytymisoikeuteen vetoamista on vakiintuneesti tulkittu siten, että jos läheistodistaja on esitutkinnassa antanut kertomuksen, mutta oikeudenkäynnissä käyttänyt kieltäytymisoikeuttaan, kertomuksen hyödyntäminen suoraan tai välillisesti on kiellettyä.

Todistajana kuultavan lähiomaisen vedotessa OK 17 luvun 20 §:ssä turvattuun erityiseen vaitiolooperusteeseen kysymys ei siten ole kummastakaan edellä mainitusta tilanteesta (OK 17 luku 11 § 3 momentti tai 32 § 2 momentti). Läheistodistajan esitutkintakertomus ei voikaan koskaan tulla lailliseksi oikeudenkäyntiaineistoksi, jos lähiomaisen kuuleminen tuomioistuimessa estyy OK 17 luvun 20 §:n kokonaiskieltäytymisoikeuden perusteella.³⁴ Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 1985 II 93 ilmenevän oikeusohjeen nojalla läheistodistaja kuitenkin menettää kieltäytymisoikeutensa, jos hän on jo suostunut todistamaan jutussa jonkun asianosaisen nimeämänä. Lähiomaisella on siten oikeus vedota kokonaiskieltäytymisoikeuteensa aina siihen saakka, kun hän ensi kerran oikeudenkäynnissä suostuu todistamaan.³⁵

Kuten jo edellä kohdassa 2.1 on todettu, asianomistajan ja todistajan asemat eroavat toisistaan, vaikka heidän molempien kertomusta tosiasiaa käytettäisiin näyttönä asiassa. Toisin kuin todistajalla, asianomistajalla on oikeus vaitioloon yksin asianosaisasemansa perusteella. Asianomistajan vaitiolo-oikeuden oikeusvaikutukset poikkeavat kuitenkin ratkaisevasti läheistodistajan vaitiolo-oikeuden oikeusvaikutuksista. Tämän kysymyksen kannalta keskeinen korkeimman oikeuden ratkaisu on KKO 2000:71, joka on saanut osakseen laajaa kommentointia oikeuskirjallisuudessa.³⁶

Kyseisessä tapauksessa B oli esitutkinnassa kertonut kihlattunsa A:n pahoinpidelleen häntä. Käräjäoikeudessa todistelutarkoituksessa kuultaessa B kuitenkin ilmoitti, ettei hän halunnut lausua asiassa mitään. Korkein oikeus on ratkaisussaan todennut ilman tarkempia perusteluja, että asianomistajan ei tarvitse häntä todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin, ja edelleen, että näin ollen oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 20 §:n säännökset todistajan oikeudesta kieltäytyä todistamasta eivät koske asianomistajaa. Ratkaisussa on lisäksi ROL 6 luvun 7 §:n 2 momenttiin ja OK 17 luvun 32 §:n 2 momenttiin viitaten katsot-

³⁴ Pölönen 2003 s. 267.

³⁵ Ks. todistamiskiellosta informoimisen merkityksestä Viljanen 2001 s. 1013–1014, Ervo 2000 s. 993–994, Ervo 2005 s. 285–286 ja Virolainen 2000 s. 678.

³⁶ Tässä yhteydessä käsitellään kyseistä oikeustapausta vain asianomistajan esitutkintakertomuksen huomioinnin kannalta. Kertomukselle näytön arvioinnissa annettavasta merkityksestä on kysymys jäljempänä kohdassa 3.3.2.

tu, että B:n kieltäytyttyä lausumasta asiassa käräjäoikeudessa, hänen esitutkintakertomuksensa saatiin lukea käräjäoikeuden pääkäsitelyssä.

Asianomistajan asianomistaja-asemaan perustuvan vaihtolo-oikeuden on siis katsottu olevan merkitykseltään toisenlainen kuin ehdottomana pidetyn läheistodistajan kokonaiskieltäytymisoikeuden. Kuten todistaja, myös asianomistaja saattoi vielä käräjäoikeuden pääkäsitelyssä vedota vaihtolo-oikeuteensa, mutta tämä hänen oikeutensa saatettiin tosiasiallisesti murtaa lukemalla hänen esitutkintakertomuksensa.

Etenkin Virolainen on voimakkaasti kritisoinut korkeimman oikeuden ratkaisua ja huomauttanut ensinnäkin, että korkeimman oikeuden ratkaisun lopputulosta vastannut käräjäoikeuden ratkaisu, jossa OK 17 luvun 20 §:n soveltumattomuutta asianomistajaan perusteltiin sillä, ettei asianosaisen vapaata kuulustelua koskevassa OK 17 luvun 61 §:ssä ollut nimenomaista viittaussäännöstä saman luvun 20 §:ään, oli virheellinen. Virolaisen mukaan OK 17 luvun 61 §:ssä ei säännellä asianosaisen kieltäytymisoikeutta, vaan lainkohdassa on kysymys ainoastaan kuulustelumenettelyn järjestämisestä.³⁷ Mielestäni Virolaisen kanta on tässä suhteessa perusteltu.

Virolainen katsoo, että lähiomaisen todistamiskielto-oikeus olisi yhtä lailla ulotettavissa asianomistajaan silloin, kun hän täyttää OK 17 luvun 20 §:ssä mainitut edellytykset. Todistelutarkoituksessa kuultavaa henkilöä ei saa pakottaa kertomaan läheisensä vahingoksi riippumatta siitä, missä roolissa henkilöä kuulustellaan.³⁸ Virolainen perustelee näkemystään asianomistajan kokonaiskieltäytymisoikeudesta muun muassa perustuslain yksityiselämän suojaa koskevan 10 §:n ja EIS:n yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamista koskevan 8 artiklan määräyksillä.³⁹ Vielä Virolainen huomauttaa, että korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2000:71 on ristiriidassa aikaisemman ratkaisun KKO 1987:93 kanssa. Viimeksi mainitussa ratkaisussa katsottiin, että asianomistajaan voitiin soveltaa muodollisesti vain todistajaa koskevaa OK 17 luvun 24 §:n 1 momentin säännöstä, jonka perusteella todistaja saa kieltäytyä kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, jos hän ei voisi tehdä sitä saattamatta syytteen vaaraan itseään tai toista, joka on häneen OK 17 luvun 20 §:ssä mainitussa suhteessa.⁴⁰ Kun tämän osittaisen todistamiskielto-oikeuden yhtenä oikeusperustana on selkeästi edellä luvussa 2.1. tarkastellun jaottelun b-kohdan mukainen yksityis- ja perhe-elämän kunnioittaminen, voidaan perustellusti kysyä, miksi tämä todistamiskielto soveltuisi asianomistajaan, jos lähisukulaisuuden suojaamiseen perustuva OK 17 luvun 20 § ei sovellu.

Virolainen on vielä vielä korostanut, että OK 17 luvun 32 §:n 2 momentin säännös asianosaisen esitutkintakertomuksen lukemisesta⁴¹ tulee sovellettavaksi ainoastaan

³⁷ Virolainen 2000 s. 672–673.

³⁸ Näin myös Pölonen 2003 s. 278 -279.

³⁹ Virolainen 2000 s. 673.

⁴⁰ Virolainen 2000 s. 673, Viljanen 2001 s. 1012.

⁴¹ Vaikka säännöksessä käytetään termiä ”saadaan lukea” tämän on katsottava tosiasiallisesti tarkoittavan esitutkintakertomuksen ottamista oikeudenkäyntiaineistoksi eli todistelussa huomioon otettavaksi. Ks. myös Virolainen 2000 s. 674.

silloin, kun todistaja (tai asianomistaja) on velvollinen antamaan kertomuksensa. Säännös ei tule lainkaan sovellettavaksi silloin, kun henkilöllä on joko lakiin perustuva täydellinen tai osittainen oikeus olla lausumatta asiassa. Virolaisen mukaan todistelutarkoituksessa kuulusteltavan asianomistajan esitutkintakertomus saadaan lukea ja ottaa todisteena huomioon vain, jos hän ei ilmoita mitään hyväksyttävää syytä kieltäytymiselleen tai vaitiololleen.⁴²

Myös Pölönen katsoo, että muun kuin läheisasianomistajan vaitiolon perustessa vain tämän yleiseen negatiiviseen totuusvelvollisuuteen, jolloin mikään erityisesti suojeltava vaitioloon oikeuttava peruste ei aktualisoidu, asianomistajan esitutkinnassa antama kertomus voitaisiin ottaa todisteena huomioon.⁴³ Tätäkin näkemystä voidaan kritisoida. Mikäli asianomistajan asianomistaja-asemaan perustuva yleinen vaitiolo-oikeus asetetaan muita vaitiolo-oikeuksia huonompaan asemaan, voidaan perustellusti kysyä, mihin oikeusperustaan asianomistajan yleinen vaitiolo-oikeus perustuu ja miksei tätä oikeutta haluta suojata yhtä painokkaasti kuin muitakin vaitiolo-oikeuksia.

Vaikka korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2000:71 on kritiikille altis, sen tarjoama oikeusohje on selkeä. Asianomistajan vaitiolo-oikeus ei perustu missään olosuhteissa OK 17 luvun 20 §:n lähiomaissuojaan, vaan vaitiolo-oikeutta on arvioitava yksin yleisen asianomistaja-asemaan perustuvan vaitiolo-oikeuden perusteella. Näin ollen asianomistajan kieltäytyessä lausumasta asiassa oikeudessa, estettä hänen esitutkintakertomuksensa huomioon ottamiseen todisteena ei ole.

2.4. Arviointia

Asianomistajalla on yleisesti tunnustettu oikeus olla kertomatta asiasta sekä esitutkinnassa että oikeudenkäynnissä. Vaitiolo-oikeudesta ei kuitenkaan ole nimenomaista säännöstä laissa ja sen oikeusperusta on jokseenkin epäselvä. Asianomistajan vaitiolo-oikeuden oikeusperustana ei voi olla oikeusprosessin oikeellisuuden ja todistelun luotettavuuden takaaminen, sillä asianomistajan halutessaan antama kertomus otetaan kuitenkin huomioon näyttönä. Asianomistajan yksityisyyden suojan kunnioittaminen vaitiolon takaamalla ei liene perusteltua silloin, kun kysymyksessä on virallisen syyteen alainen rikos, josta rikoksentehtyjä on saatava vastuuseen asianomistajan tahdosta riippumatta. Vaitiolo-oikeus ei voi perustua myöskään lähiomaissuojaan silloin, kun kysymyksessä on muu kuin läheisasianomistaja.

Oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty, että asianomistajalle voisi olla perusteltua asettaa aktiivinen kertomisvelvollisuus ja evätä yksin hänen asemaansa perustuva vaikeusosoikeus. Tämä palvelisi myös asian ratkaisemista aineellisen totuuden selvittämisen näkökulmasta. Ervo lähtee kuitenkin siitä, että mikäli asianomistajan yleisestä

⁴² Virolainen 2000 s. 675.

⁴³ Pölönen 2003 s. 279.

vaitiolo-oikeudesta luovuttaisiin, häneen tulisi OK 17 luvun 20 §:ssä säädettyjen edellytysten täytyessä soveltaa lähiomaisen vaitiolo-oikeutta.⁴⁴

Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on esitetty näkemyksiä myös sen puolesta, ettei asianomistajan vaitiolo-oikeutta ole perusteltua perustella läheissuhteen suojaamisella silloin, kun hän on itse väkivaltarikoksen uhrina.⁴⁵ Niemi-Kiesiläisen mukaan asianomistajan yleisestä vaitiolo-oikeudesta on kuitenkin syytä pitää kiinni muilla perusteilla.⁴⁶ Niemi-Kiesiläinen ei kyseenalaista asianomistajan esitutkintakertomuksen käyttämistä todisteena, vaan hän tulkitsee OK 17 luvun 32 § 2 momenttia jopa niin pitkälle, että esitutkintapöytäkirjaan voitaisiin vedota myös silloin, kun *todistaja* (korostus tässä) käyttää kieltäytymisoikeuttaan. Niemi-Kiesiläinen katsoo, etteivät todisteiden käyttökieltoa koskevat säännökset sovellu vapaan näytön arvioinnin järjestelmään.⁴⁷

Myös Jokela on puhunut esitutkintakertomuksen huomioon ottamisen puolesta toteamalla, että ”rikosten uhreja on omiaan turvaamaan asiattomilta painostusyrityksiltä se, jos tiedetään, ettei mahdollisella painostuksella saatu asianomistajan vaikeneminen oikeudessa poista hänen aikaisemmin esitutkinnassa antamansa kertomuksen käyttöä”.⁴⁸ Virolainen on kuitenkin päinvastaisella kannalla ja katsoo, että ”jos ja kun tuomioistuimien ei voi varmuudella tietää, mistä rikoksen uhrin vaikeneminen kulloinkin johtuu, sen tulisi pidättäytyä kaikenlaisista spekuloinneista ja holhoavasta asenteesta, kunnioittaa asianomistajan määräämisoikeutta ja jättää hänen esitutkintakertomuksensa huomiotta”.⁴⁹

Pölönen on jossain määrin välittävällä kannalla esitellessään teoreettista mallia, jossa läheisasianomistajalle taattaisiin OK 17 luvun 20 §:n mukainen vaitiolo-oikeus, joka voitaisiin kuitenkin murtaa ”lähiomaisen omaksi parhaaksi” tilanteessa, jossa vaitioloon tiedetään vedottavan painostuksen seurauksena. Pölönen katsoo kuitenkin lähiomaistodistajien/asianomistajien perusoikeussuojan asettavan rajoituksia edellä kuvatun mallin soveltamiselle.⁵⁰

Kun asianomistaja on se taho, jonka oikeushyvää rikokseksi säädetyllä teolla on loukattu, katson, että hänelle yksityisyyden tai perhe-elämän suojaamisen näkökulmasta taattavaa vaitiolo-oikeutta voidaan perustellusti arvioida toisin kuin teosta täysin ulkopuolisen läheistodistajan kohdalla. Virallisen syytteen alaisten tekojen osalta

⁴⁴ Ervo 2003 s. 277–282.

⁴⁵ Niemi-Kiesiläinen s. 326.

⁴⁶ Esimerkkeinä hän mainitsee todistamisvelvollisuuden ristiriidan ja todistelun luotettavuuden. Ks. Niemi-Kiesiläinen s. 327–329.

⁴⁷ Niemi-Kiesiläinen s. 336–337. Vrt. kuitenkin Virolainen 2000 s. 677. Virolaisen mukaan vapaan todistusteorian periaatetta tarkoittavaa OK 17 luvun 2 §:n 1 momenttia ei voida tulkita siten, että se oikeuttaisi tuomioistuimen hyödyntämään myös todistamiskieltojen vastaisesti esitettyä ja vastaanotettua näyttöä.

⁴⁸ Jokela 2003 s. 725.

⁴⁹ Virolainen 2000 s. 678.

⁵⁰ Pölönen 2003 s. 271–272.

asianomistajan ei voida sallia täydelliseen läheistodistajalle säädetyn kaltaiseen vai- tiolo-oikeuteen vedoten tosiasiaa päättää siitä, tullaanko vastaaja tuomitsemaan vai ei, etenkin kun otetaan huomioon mahdollisuus siitä, että asianomistajan vai tiolo oi- keudenkäynnissä saattaa johtua vastaajan häneen kohdistamasta painostuksesta. Vaik- ka asianomistajan vai tiolo oikeudenkäynnissä perustuisikin vastaajan ja asianomista- jan esitutkinnan jälkeen tekemään sovintoon, asianomistajaan kohdistettu teko on silti tapahtunut ja asianomistajan tahdosta huolimatta tekijää on siitä rangaistava.

Korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2000:71 lopputulos asianomistajan esitut- kintakertomuksen huomioon ottamisesta on siten lopputuloksen osalta perusteltu. Mi- käli asianomistajalle halutaan sallia jonkinasteinen vai tiolo-oikeus, siitä, samoin kuin hänen esitutkintakertomuksensa huomioon ottamisesta, tulisi säätää selkeästi lakita- solla. Lisäksi, jotta voitaisiin olla varmoja, että esimerkiksi perheväkivaltilanteessa esitutkinnassa kuulusteluun suostuva asianomistaja todella haluaa lausua asiassa, jo esitutkinnassa tulisi varmistaa, että asianomistaja on tietoinen vai tiolo-oikeudestaan. Tämä tulisi myös kirjata näkyviin esitutkinta-aineistoon. Tällöin asiaa myöhemmin arvioiva tuomioistuin voisi paremmin edellytyksin arvioida, mistä asianomistajan vai tiolo vasta oikeudenkäynnissä mahdollisesti johtuu. Asianmukaista olisi kaiketi informoida asianomistajaa vai tiolo-oikeudesta vielä oikeudessakin, vaikka tällainen velvollisuus tuomioistuimella onkin OK 17 luvun 28 §:n 2 momentin nojalla vain todistajan suhteen.⁵¹

3. Vastaajan vastakuulustelu-oikeus

3.1. Yleistä

EIS 6 (3 d) artiklan mukaan jokaisella rikoksesta syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, joita kutsutaan todistamaan häntä vastaan, ja saada hänen puo- lestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samoissa olosuhteissa kuin häntä vastaan todistamaan kutsut todistajat.

Kuten jo edellä kohdassa 2.1. on todettu, EIT:n mukaan todisteiden sallittavuus kuuluu kansallisella tasolla säädettäviin kysymyksiin. Kuitenkin EIT on oikeuskäy- tännössään⁵² katsonut, että vaikka kontradiktorisen menettelyn takaamiseksi kaikki näyttö tulee lähtökohtaisesti esittää oikeudenkäynnissä syytetyn läsnäollessa, esitut- kintakertomuksen käyttäminen oikeudenkäynnissä ei itsessään riko EIS 6 (3 d) ja 6 (1) artiklan määräyksiä, mikäli samalla turvataan vastaajalle hänen oikeutensa.

Edellä todetun mukaisesti Suomen tämänhetkiset rikosprosessisäännökset sallivat vai tiolo-oikeuteen vetoavan asianomistajan esitutkintakertomuksen huomioon otta-

⁵¹ Ks. Viljanen 2001 s. 1014. Vrt. Virolainen 2000 s. 678.

⁵² Esim. *Unterpertinger v. Itävalta* (24.11.1986), *Asch v. Itävalta* (26.4.1991), *Minguez Villar del Amo v. Espanja* (1.3.2005).

misen todisteena. Tässä luvussa tarkastellaan, millaisia rajoituksia EIS 6 (3 d) artiklan takaamasta vastaajan vastakuulustelu oikeudesta aiheutuu esitutkintakertomuksen käyttämiselle syytettä tukevana näyttönä.

3.2. Vastakuulustelu oikeuden sisällöstä

Vastakuulustelu oikeuden toteutumista oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen näkökulmasta on tarkasteltava sekä EIS 6 artiklan 1 kohdan että 3 d kohdan valossa, koska 3 d kohta sääntelee 1 kohdan takaaman oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin erityisiä piirteitä.⁵³ EIS 6 (3 d) kohdan määräys konkretisoi ”aseiden yhtäläisyyden” (equality of arms) periaatteen⁵⁴ takaamalla vastaajalle oikeuden riitauttaa häntä vastaan esitetty näyttö kuulustelemalla syyttäjän todistajia ja saada tasapuolisesti kutsutuksi omia todistajiaan.⁵⁵ Syytetyn kuulustelu oikeuden taustalla on todistelun kontradiktorisuuden ja luotettavuuden turvaaminen. Vastakuulustelu oikeudella mahdollistetaan todistajan luotettavuuden testaaminen, mikä toteutuu parhaiten esitetäessä kysymykset todistajalle julkisesti, suullisesti ja molempien osapuolten läsnä ollessa.⁵⁶ Tehokkaan vastakuulustelun tarkoituksena on paljastaa todistajankertomuksen heikkoudet ja ristiriitaisuudet.⁵⁷ Vastaajan oikeus riitauttaa häntä vastaan esitettävä näyttö edistää siis omalta osaltaan aineellisen totuuden selvittämisen periaatteen toteutumista. Huomattava on, ettei EIS 6 (3 d) artikla sääntelee tapaa, jolla vastakuulustelu oikeus on järjestettävä.⁵⁸

Romaniaa koskeneessa *Mariana Marinescu*-tapauksessa (2.2.2010) EIT on kuitenkin todennut, että todistajan vastaaminen pääkäsitteilyn ulkopuolella vastaajan avustajan kirjallisesti esittämiin kysymyksiin ei täyttänyt EIS 6 (3 d) artiklassa vastakuulustelulle asetettuja edellytyksiä. Oikeudenkäyntiä voidaan kuitenkin pitää oikeudenmukaisena, vaikka vastakuulustelu ei tosiasiaa täytyisikään, jos vastaajalle on varattu asianmukainen tilaisuus vastakuulustelun toteuttamiselle.⁵⁹ Vastaajalla on myös oikeus luopua vastakuulustelu oikeudestaan.⁶⁰ Vaikka oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus edellyttää lähtökohtaisesti todistelun vastaanottamisen välittömyyttä oikeuden käsittelyssä, EIT:n oikeuskäytännön perusteella ratkaisevaa on, että vastaajalla on jossain vaiheessa – joko esitutkinnassa tai varsinaisessa oikeudenkäynnissä – ollut mahdollisuus todistajan kertomuksen riitauttamiseen.⁶¹

⁵³ Ks. esim. *A.M. v. Italia* (14.12.1999).

⁵⁴ Ks. Tapanila 2004 s. 31-36.

⁵⁵ Pellonpää 2005 s. 428.

⁵⁶ Tapanila 2004 s. 99, Ervo 2003 s. 336.

⁵⁷ Tapanila 2004 s. 19.

⁵⁸ Tapanila 2004 s. 87.

⁵⁹ Ervo 2003 s. 338.

⁶⁰ Ks. esim. *Khametsin v. Venäjä* (4.3.2010) vrt. *Tsotsos v. Kreikka* (30.4.2009).

⁶¹ Pellonpää 2005 s. 429.

Kuten aikaisemmin on todettu, EIT on oikeuskäytännössään⁶² katsonut, että vastaajan vastakuulustelu oikeuden toteutumista arvioitaessa käsitteelle todistaja tulee antaa itsenäinen, yleisesti käytetystä todistajan käsitteestä riippumaton tulkinta. Tässä mielessä myös asianomistajaa on pidettävä EIS 6 (3 d) artiklan tarkoittamana todistajana silloin, kun hänen kertomuksensa on tosiasiaa otettu huomioon näyttönä vastaajaa vastaan.

EIT on suhtautunut pidättyvästi erilaisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien huomioon ottamiseen arvioidessaan vastakuulustelu oikeuden toteutumista.⁶³ Oikeuksien ja ristikkäisten intressien törmätessä EIT ei ole asettanut toisia oikeuksia toisten edelle, vaan on pyrkinyt ratkaisemaan tapaukset punninnalla.⁶⁴ Kuitenkin lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten kohdalla EIT ei ole uhrin suojattomasta asemasta johtuen edes lähtökohtaisesti vaatinut, että lapsen tulisi vastoin tahtoaan kohdata vastaaja vastakuulustelutilanteessa, vaan puolustuksen oikeuksien toteutuminen on varmistettava muilla tavoin.⁶⁵ Silloin, kun vastakuulustelu oikeuden toteutumatta jääminen johtuu valtion vastuulle jäävästä syystä kuten, ettei kadonnutta todistajaa ole tarpeeksi painokkaasti pyritty saamaan oikeuteen, EIS 6 (3 d) artiklaa on EIT:n oikeuskäytännössä katsottu usein loukatun.⁶⁶

EIT:n oikeuskäytännön valossa on jossain määrin epäselvää, mikä merkitys vastakuulustelu oikeuden toteutumisen puutteisiin on annettava tilanteissa, joissa puute johtuu kuultavan oikeudesta vaieta.⁶⁷ Yhtenä esimerkkinä tällaisesta tilanteesta voidaan mainita Norjaa koskenut *Kaste ja Mathisen*-tapaus (9.11.2006), jossa vastakkain olivat vastaajan vastakuulustelu oikeuden toteutuminen ja todistelutarkoituksessa kuultavan kanssavastajan oikeus kieltäytyä todistamasta itsekriminointisuojaan nojalla. EIT on ratkaisussaan katsonut, että asiassa ei ilmennyt, ettei vastakuulustelua olisi voitu toteuttaa ilman itsekriminointisuojaan loukkausta. Koska vastaajilta oli evätty mahdollisuus kaikenlaiseen vastakuulusteluun ja koska kanssavastajan poliisille antamille lausumilla oli ollut ratkaiseva merkitys jutun lopputulokselle, EIT katsoi, että EIS 6 (3 d) ja 6 (1) artiklaa oli rikottu.⁶⁸ Vaikka ratkaisu ilmentää vastakuulustelu oikeuden toteutumisen tärkeää merkitystä, on huomattava, ettei EIT tässäkin tapauksessa ole asettanut toista oikeutta toisen edelle, vaan on pyrkinyt ratkaisemaan tapauksen oikeuksien punninnalla.

⁶² Mm. *Delta v. Ranska* (19.12.1990), *Asch v. Itävalta* (26.4.1991), *Minguez Villar del Amo v. Espanja* (1.3.2005).

⁶³ Tapanila 2008 s. 142.

⁶⁴ Ervo 2003 s. 326–327.

⁶⁵ Pellonpää 2005 s. 432. Ks. myös esim. *Kovac v. Kroatia* (12.7.2007).

⁶⁶ Ks. esim. *Trofimov v. Venäjä* (4.12.2008).

⁶⁷ Danelius 1997 s. 183. Esimerkiksi Espanjaa koskeneessa *Minguez Villar del Amo*-tapauksessa 1.3.2005 ei ole kannanottoa siitä, mikä merkitys oli annettava sille, ettei esitutkintakertomuksen antajaa voitu kuulla oikeudessa hänen henkisestä sairaudestaan johtuen. Ks. *Pacula v. Latvia* (15.9.2009), jossa EIS 6 artiklaa katsottiin rikotun muun muassa siksi, kun epäselväksi jäi, olivatko viranomaiset tehneet kaikkensa sairautensa vuoksi oikeuteen tulemaan estyneen todistajan kuulemisen varmistamiseksi.

⁶⁸ Ks. Tapanila 2008 s. 142.

3.3. Esitutkintakertomuksesta näyttönä

3.3.1. Yleistä

Aikaisemmin todetuin tavoin EIT on oikeuskäytännössään selkeästi todennut, ettei EIS sinänsä sääntelee todisteiden sallittavuutta ja edelleen, että ehdotonta kieltoa esitutkintakertomusten käyttämiseen todisteena ei ole. Esimerkiksi tapauksessa *Reiner ja muut v. Romania* (27.9.2007) EIT on todennut, ettei sen asiana ollut lausua siitä, oliko todistajankertomus voitu ottaa näytöksi. Sen sijaan EIT:n oli tutkittava, oliko oikeudenkäynti kokonaisuutena tarkastellen, todistelun tapa mukaan lukien, ollut oikeudenmukainen.

Kirjallisen todistajankertomuksen sallittavuutta pohtiessaan EIT on kiinnittänyt erityistä huomiota todistajankertomuksen näyttöarvoon langettavaa tuomiota silmällä pitäen.⁶⁹ Esitutkintakertomuksen hyödyntämismahdollisuudet riippuvat EIT:n ratkaisukäytännön valossa ensinnäkin siitä, onko vastaajalla ollut jossain vaiheessa mahdollisuus vastakuulustella todistajaa.⁷⁰ Vaikka tätä mahdollisuutta ei olisikaan ollut, esitutkintakertomuksen käyttämisestä ei välttämättä ole pidetty kiellettynä. Merkitystä on kuitenkin annettava erityisesti niille syyille, minkä vuoksi vastakuulustelu-oikeutta ei ole voitu toteuttaa.⁷¹ Lisäksi esitutkintakertomusaineiston hyödyntämisen edellytyksenä on, ettei kyse ole ainoastaan tai ratkaisevasta näytöstä asiassa. Mikäli kontradiktorisella todistusaineistolla hankittu näyttö olisi jo yksinään kokonaan tai lähes kokonaan riittävä, estettä ei-kontradiktorisen todistusaineiston käyttämiselle muun näytön ohella ja lisäksi ei ole katsottu olleen.⁷²

Vastakuulustelu-oikeuden heikentyminen on siten EIT:n näkemyksen mukaan helpommin hyväksyttävissä silloin, kun kirjallinen todistajankertomus ei ole ollut ainoa tai ratkaisevin näyttö asiassa.⁷³ Niin kutsutun avaintodistajan kertomuksen vastaanottamisen kirjallisesti ilman mahdollisuutta kertomuksen riitauttavaan vastakuulusteluun voidaan katsoa kaikkein olennaisimmin loukkaavan vastaajan oikeusturvaa, koska häneltä evätään mahdollisuus vapauttavaan tuomioon kyseenalaistamalla todistajan luotettavuus.⁷⁴

EIT:n kanta esitutkintakertomuksen merkityksestä näytön arvioinnissa on kiteytetty informatiivisesti esimerkiksi Italiaa koskeneessa *Kollcaku*-tapauksessa (8.2.2007) seuraavasti:

EIT totesi, että näyttö tuli periaatteessa esittää syytetyn läsnäollessa julkisessa istunnossa kontradiktorista käsittelyä silmälläpitäen. Tästä periaatteesta voitiin poiketa

⁶⁹ Tapanila 2003 s. 129.

⁷⁰ Ervo 2003 s. 322.

⁷¹ Ks. esim. *Asch v. Itävalta* (26.4.1991), *Artner v. Itävalta* (28.8.1992). Tapanila 2003 s. 134.

⁷² Ervo 2003 s. 326.

⁷³ Danelius s. 183.

⁷⁴ Tapanila 2003 s. 129.

vain syytetyn oikeuksien turvaamista koskevin edellytyksin. Yleisen säännön mukaan syytetylle oli annettava asianmukainen ja riittävä tilaisuus riitauttaa hänelle vastainen todistajankertomus ja kuulla sen antajaa joko kertomusta annettaessa tai myöhemmin. EIT:n oikeuskäytännön mukaan oli tiettyjä tapauksia, joissa oli välttämätöntä turvautua esitutkinnassa annettuihin kertomuksiin. Sellainen ei itsessään ollut EIS 6 artiklan 1 ja 3 d kohdan vastaista, jos syytetyllä oli asianmukainen ja riittävä tilaisuus riitauttaa asianomaiset lausumat. Kuitenkin syytetyn oikeuksia loukattiin EIS 6 artiklan vastaisesti, jos hänet tuomittiin yksinomaan tai ratkaisevassa määrin nojautumalla kertomukseen, jonka antajaa hän ei ollut voinut kuulustella esitutkinnassa eikä oikeudessa.⁷⁵

3.3.2. Oikeuskäytäntöä

Suurin osa EIT:n vastakuulustelu-oikeuden toteutumista koskevista ratkaisuksista käsittelee muita kuin sellaisia tilanteita, joissa vastakuulustelumahdollisuus on jäänyt toteutumatta todistajan vaitiolo-oikeudesta johtuen. Kuten edellä on todettu, näissä muissa tilanteissa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista arvioitaessa merkitystä on annettu myös sille, kuinka painokkaasti todistaja on pyritty saamaan oikeuden istuntoon vastakuulustelun toteuttamiseksi.

Asianomistajan vaitiolo-oikeuden kannalta keskeiset EIT:n ratkaisut ovat Itävaltaa koskeneet tapaukset *Unterpertinger* (24.11.1986) ja *Asch* (26.4.1991). Molemmissa kysymys oli miehen naisen kohdistamasta parisuhdeväkivallasta. Naiset olivat tehneet rikosilmoitukset ja suostuneet kuulusteltaviksi esitutkinnassa, mutta olivat oikeudenkäynnissä kieltäytyneet todistamasta, jolloin heidän esitutkintakertomuksensa oli luettu oikeudenkäynnissä. Kun *Unterpertinger*-tapauksessa langettava ratkaisu oli perustunut esitutkinnassa annettuihin kertomuksiin⁷⁶, joita vastaan puolustuksen oikeudet olivat olleet varsin rajoitetut, EIT katsoi, ettei vastaaja ollut saanut osakseen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä. *Asch*-tapauksessa EIT päätyi päinvastaiseen lopputulokseen, kun muu näyttö tuki asianomistajan esitutkinnassa antamaa kertomusta, eikä tuomioistuimen langettava ratkaisu ollut perustunut ainoastaan esitutkintakertomukseen. EIT totesi lisäksi, että vastaajalla oli ollut mahdollisuus tehdä väitteitä asianomistajan esitutkinnassa esittämää kertomusta vastaan ja esittää siitä oma näkemyksensä. Vastaaja oli kuitenkin esittänyt tapahtumista erilaisia versioita, mikä oli heikentänyt hänen kertomuksensa uskottavuutta.

Ratkaisevaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen kannalta on siten ollut muun syytettyä tukevan näytön määrä ja laatu. Vaikka EIT onkin oikeuskäytännössään kiinnittänyt huomiota myös siihen, millainen prosessi on ollut vastaajan kannalta ja kuinka vastaajan oikeuksista on muutoin huolehdittu, on huomattava, ettei

⁷⁵ Lähteenä on käytetty Finlexin ratkaisutiivistelmää.

⁷⁶ Esitutkintakertomuksen merkitystä ratkaisevana todisteena voidaan ”testata” kysymällä, tuomittaisiinko vastaaja ilman tätä kertomusta. Ks. Aall 1995 s. 403.

näillä muilla tekijöillä voida sellaisenaan korvata vastakuulustelu-oikeuden puuttumista.⁷⁷ EIT:n ratkaisukäytännön valossa langettava tuomio ei voi perustua yksinomaan tai ratkaisevasti sellaiseen todistusaineistoon, jota vastaaja ei ole voinut riitauttaa vastakuulustelu-oikeutensa nojalla.

Korkein oikeus on noudattanut EIT:n tulkintalinjaa edellä mainitussa ratkaisussaan KKO 2000:71 ja hylännyt syytteen, koska asianomistajan esitutkinnassa antama kertomus oli ollut pääasiallinen näyttö asiassa eikä vastaajalla ollut ollut tilaisuutta kuulustella tai kuulustuttaa asianomistajaa.

Käytännössä tilanteessa, jossa asianomistaja on esitutkinnassa kertonut tapahtumista, mutta vetoaa oikeudessa vaitiolo-oikeuteensa, oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten takaamisen näkökulmasta olisi kaiketi riittävää, että molemmat asianosaiset kutsutaan pääkäsittelyyn, syyttäjä lukee asianomistajan esitutkintakertomuksen ja vastaajalle varataan nimenomainen mahdollisuus riitauttaa asianomistajan esitutkintakertomuksesta ilmenevä tapahtumainkulku. Kun esitutkintakertomus ei voi olla ratkaiseva näyttö vastaajan tuomitsemiseksi, pääkäsittelyssä olisi tärkeää käydä huolella läpi myös muu syytettä tukeva näyttö, kuten lääkärintausunnot ja kotihälytysraportit, ja antaa vastaajalle mahdollisuus esittää myös näiden osalta omat näkemyksensä. Suotavaa olisi myös, että mahdollinen kotihälytyksen perusteella asianosaisten kotona käynyt ja asianomistajan esitutkintakuulustelun suorittanut poliisi haastettaisiin todistajaksi pääkäsittelyyn kertomaan omista havainnoistaan ja mahdollistettaisiin vastaajalle vastakuulustelu-oikeus näiden muiden todistajien suhteen.

4. Arviointia

Näytön arvioinnin kannalta merkitykseltään todistajaan rinnastettavan asianomistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämiselle tuomioharkinnassa saattaa aiheutua rajoituksia paitsi tietyistä vaitiolon sallivista syistä myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamisen näkökulmasta. Näiden rajoitteiden oikeusperusta poikkeaa kuitenkin ratkaisevasti toisistaan. Kun vaitioloon perustuvan hyödyntämiskiellon taustalla on pääosin asianomistajan yksityisyyden ja perhe-elämän kunnioittaminen, oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus rajoittaa langettavan tuomion perustamista esitutkintakertomukseen lähinnä kertomuksen riitauttamismahdollisuuksien puuttumisen johdosta.

EIT on ratkaisuisaan todennut, että todisteiden sallittavuus on kansallisesti säädettävä asia eikä EIT:n tehtäviin kuulu arvioida, onko tietty todistajankertomus voitu ottaa näytöksi asiassa vaan tarkastella sitä, onko oikeudenkäynti kokonaisuutena arvostellen ollut oikeudenmukainen. Kuitenkin EIT on ratkaisuisaan jossain määrin edellä todetun kanssa ristiriitaisesti lausunut, että esitutkintakertomusten käyttäminen

⁷⁷ Tapanila 2003 s. 136.

näyttönä ei ole EIS:n vastaista, jos vastaaja on saanut asianmukaisen ja riittävän tilaisuuden kertomusten riitauttamiseen. Joka tapauksessa vastakuulustelu-oikeuden puuttuessa esitutkintakertomus ei voi olla ainoa tai ratkaiseva näyttö asiassa.

Danelius onkin katsonut, että EIT:n kantaa vastaajan vastakuulustelu-oikeuden asianmukaisesta toteuttamisesta ei ole lainkaan helppoa ymmärtää.⁷⁸ EIT:n lausumista lienee tehtävä johtopäätös, että kansallisen lain niin salliessa esitutkintakertomus voidaan aina hyväksyä osaksi oikeudenkäyntiaineistoa, mutta sen merkitystä näytön arvioinnissa tulee tarkastella suhteessa vastaajan vastakuulustelu-oikeuden toteutumiseen. Tämä näytön arvioinnin merkitystä korostava tulkinta olisi sopusoinnussa myös vastakuulustelu-oikeuden perimmäisen tavoitteen eli näytöstä ilmenevien seikkojen riitauttamisen kanssa. Kun Suomessa ei ole tapana järjestää vastaajan vastakuulustelua esitutkintavaiheessa, eikä vastaajalla siten juuri koskaan ole ollut mahdollisuutta vastakuulusteluun ennen oikeudenkäyntiä, tilanteissa, joissa asianomistajan tuleva vaitiolo-oikeuteen vetoaminen on otaksuttavaa, olisi tärkeää, että myös muuta syytettä tukevaa näyttöä olisi saatavilla. Tällöin paineet riittävän näytön hankkimisesta kohdistuvat poliisiin ja esitutkintaan.⁷⁹

Myös Virolainen korostaa asianmukaisen esitutkinnan toimittamisen tärkeyttä. Tosin hän perustelee tätä lähinnä sillä, että myös läheisasianomistajalla tulisi olla läheistodistajalle säädetyn kaltainen täydellinen vaitiolo-oikeus, joka estäisi myös mahdollisen esitutkintakertomuksen käyttämisen todisteena. Asianmukaisen esitutkinnan suorittamisen seurauksena aineellinen totuus olisi mahdollista selvittää myös ilman asianomistajan esitutkintakertomuksen huomioon ottamista tilanteessa, jossa hän haluaa vedota vaitiolo-oikeuteensa.⁸⁰

EIT:n ratkaisukäytännön nojalla etenkin ei-kontradiktorisen esitutkintakertomuksen hyödyntäminen⁸¹ näytön arvioinnissa on ratkaisevasti riippuvainen muusta asiassa esitetystä näytöstä. Esitutkintakertomuksella on siten sattumanvaraista merkitystä syytettä tukevana näyttönä. Tämä on oikeusvarmuuden kannalta jokseenkin kyseenalaista, kun ennen pääkäsittelyn päättymistä asianosaiset eivät voi vielä varmuudella tietää, mihin oikeudenkäyntiaineistoon asian ratkaisu tulee lopullisesti perustumaan. Myöskään oikeudessa vaitiolo-oikeuteensa vetoava asianomistaja ei välttämättä vielä ennen tuomion antamista tiedä, onko hän tosiasiallisesti voinut käyttää vaitiolo-oikeuttaan eli tullaanko vastaaja tuomitsemaan (osittain) hänen esitutkintakertomuksensa perusteella vai ei.⁸² Lisäksi on huomattava, että kun EIS:n näkökulmasta esitutkintakertomus saadaan lähtökohtaisesti aina hyväksyä todisteeksi kansallisen lain niin

⁷⁸ Danelius s. 183.

⁷⁹ Niemi-Kiesiläinen s. 211–216.

⁸⁰ Virolainen 2000 s. 678 ja Virolainen 2006 s. 662.

⁸¹ Tässä hyödyntämisellä tarkoitetaan todisteen merkitystä näytön arvioinnissa.

⁸² Ks. myös Pölonen 2003 s. 277. Läheisasianomistajan todistamiskiellon puolesta puhuva Pölonen lähtee siitä, että ratkaisussa KKO 2000:71 lähiomaisen oikeus päättää itse lopullisesti läheiselleen raskauttaviin tietojen käytöstä tulee tavallaan ”sattumanvaraisesti” suojelluksi sen mukaan, miten merkittävästä todisteesta kulloinkin on kysymys.

salliessa, arvio sen tosiasiallisesta merkityksestä asian ratkaisemiselle ja tosiasialliselle hyödynnettävyydelle tehdään ”takaperoisesti” vasta tuomioharkinnassa riippuen muun asiassa esitetyn näytön painoarvosta. Selkeämpää olisi, jos vastakuulustelu oikeuden puuttumisen johdosta esitutkintakertomuksen huomioon ottaminen todisteena kiellettäisiin kaikissa tilanteissa kokonaan, eikä esitutkintakertomusta siten otettaisi lainkaan osaksi oikeudenkäyntiaineistoa. Esitutkintakertomuksen käyttökiellosta olisi tällöin päätettävä prosessiratkaisuna jo ennen muun näytön vastaanottamisen aloittamista.

Tällaisen todistusaineiston rajoittumiseen johtavan tulkinnan voidaan toisaalta katsoa olevan ristiriidassa aineellisen totuuden selvittämisyrittämysten kanssa. Siten olisikin syytä vakavasti pohtia, heikentääkö vastakuulustelu oikeuden puuttuminen esitutkintakertomuksen näyttöarvoa todisteena (eli jääkö esitutkintakertomuksen totuudenmukaisuus vastakuulustelun puuttuessa ikään kuin testaamatta) jopa siinä määrin, ettei esitutkintakertomusta hyväksyttäisi lainkaan todisteena huomioon otettavaksi. Kun aineellisen totuuden selvittämisen voidaan katsoa olevan kaikkien asianosaisten etu – syytön ei tule tuomituksi, asianomistaja saa hänelle kuuluvan suojan, yleistä etua palveleva rikosvastuu toteutuu –, olisi tärkeää pitää mielessä, mistä syyttä jotakin tapahtumien kulkua valottavaa todistusaineistoa ei voida päätöksenteossa huomioida. Todistajalla tai asianomistajalla sen paremmin kuin vastaajallakaan ei voi olla oikeutta rajoittaa tietyn aineiston huomioon ottamista ilman asianmukaista oikeusperustaa. Kuten Viljanen on ratkaisua KKO 2000:71 kommentoidessaan todennut ”ihmisoikeusperiaatteiden kunnioittaminen sen varmistamiseksi, ettei syytön tule tuomituksi, on ehdottomasti paikallaan, mutta niiden käyttämiseen sen turvaamiseksi, ettei syyllinen joudu vastuuseen edes siitä, mitä hän on tehnyt, suhtaudun varauksellisesti”⁸³. Aineellisen totuuden selvittämistä rajoittavien todisteiden käyttökieltojen oikeusperustan tulisi siten olla selkeästi määriteltä.

Oikeuskirjallisuudessa käytetty todisteen hyödyntämisen käsite on epäselvä. Selkeämpää olisi puhua todisteen huomioon ottamisesta ja merkityksestä näytön arvioinnissa. Ainakin asiaa ratkaisevan tuomarin tulisi kyetä selkeästi erottamaan, onko käsillä tilanne, jossa jo esitutkintakertomuksen hyväksyminen osaksi oikeudenkäyntiaineistoa on kiellettyä (esim. kun läheistodistaja vetoaa vasta oikeudenkäynnissä OK 17 luvun 20 §:ään) vai oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takaamisesta johtuva rajoite perustaa tuomio yksinomaan sellaiseen esitutkintakertomukseen, jota vastaaja ei ole voinut asianmukaisesti riitauttaa. Tällöin esitutkintakertomus siis hyväksyttäisiin oikeudenkäyntiaineistoon, mutta syytettä ei välttämättä voitaisi katsoa toteennäytetyksi yksin tällaisen ei-kontradiktorisen aineiston perusteella.

Asianomistajan vaitiolo-oikeutta sääntelevän säännöksen puuttuminen laista on kestänyt. Koko asianomistajan vaitiolo-oikeuden oikeusperusta on epäselvä. Mikäli läheisasianomistajalle halutaan taata läheistodistajan todistamiskieltoon rin-

⁸³ Viljanen 2001 s. 1005.

nasteinen vaitiolo-oikeus, myös tästä tulisi säätää lailla. Tällöin läheisasianomistajan vaitiolo-oikeuden murtaminen ei olisi mahdollista myöskään ottamalla todisteena huomioon hänen mahdollinen esitutkintakertomuksensa.

Tätä artikkelia kirjoitettaessa korkein oikeus oli myöntänyt valitusluvan VL:2010–97, jossa valituslupakortin tietojen perusteella oli kysymys tapauksen KKO 2000:71 kanssa identtisestä tilanteesta. Valitusluvan myöntäminen antoi aiheita olettaa, että asianomistajan esitutkintakertomuksen huomioon ottamista tulnaisiin arvioimaan aiemmasta tapauksesta poiketen. Asia ratkaistiin korkeimman oikeuden julkaisematomalla ratkaisulla 10.8.2011 nro 1671. Ratkaisusta kävi ilmi, että asianomistaja oli luopunut vaitiolo-oikeudestaan hovioikeudessa, eikä ratkaisu siten tarjonnut uusia näkökulmia tässä artikkelissa käsitelyihin kysymyksiin.⁸⁴ Asianomistajan vaitiolo-oikeutta ja hänen esitutkintakertomuksensa huomioon ottamista arvioitaessa keskeinen oikeuslähde on siten edelleen ennakkoratkaisu KKO 2000:71.

Lähteet

Kirjallisuus ja virallislähteet

- Aall, Jorgen*: Rettegang og menneskerettigheter, Universitetsforslaget, Bergen 1995
Danelius, Hans: Mänsliga rättigheter i europeisk praxis, Tukholma 1997
Ervo, Laura: Oikeustapauskommentti KKO 2000:71. Lakimies 2000, s. 980–996
Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti, WSOY, Vantaa 2005
Frände, Dan: Finsk straffprocessrätt, Edita Publishing, Helsinki 2009
Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi 82/1995 vp
Hormia, Lauri: Todistamiskielloista rikosprosessissa I, Oikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys. Vammala 1978
Jokela, Antti: Oikeudenkäynti II, Talentum, Helsinki 2002
Jokela, Antti: Kommenttipuheenvuoro Pasi Pölösen väitöskirjaan. Lakimies 2003 s. 714–730
Jokela, Antti: Rikosprosessi, Talentum, Helsinki 2008
Lehtimaja, Lauri: Aineellinen totuus ja järkevä epäily. Lakimies 1981 s. 170–174
Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta, WSOY, Juva 2004
Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus, Talentum, Helsinki 2005
Pölönen, Pasi: Henkilötodistelu rikosprosessissa, Suomalainen lakimiesyhdistys, Jyväskylä 2003
Rautio, Jaakko: KKO:n ratkaisut kommentein I/2000 s. 477–480

⁸⁴ Tapauksessa syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta aviopuolisonsa B:n pahoinpitelystä. B oli käräjäoikeudessa selittänyt häntä todistelutarjoituksessa kuultuna, ettei halunnut lausua asiassa mitään. Käräjäoikeus katsoi, että B:n esitutkinnassa antamaa kertomusta ei voitu lukea ja ottaa todisteena huomioon. Hovioikeuden katsottua käsittelyratkaisussaan, että estettä esitutkintakertomuksen huomioon ottamiseen ei ollut, B oli hovioikeuden pääkäsitelyssä kertonut tapahtumista esitutkintakertomuksestaan poikkeavasti. Korkein oikeus totesi ratkaisussaan lyhyesti, että ei ollut aiheita muuttaa hovioikeuden ratkaisua, jonka mukaan B:n esitutkintakertomus voitiin oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n nojalla lukea ja ottaa todisteena huomioon.

Tapanila, Antti: Korkeimmasta oikeudesta: oikeustapauskommentti KKO 2007:101. Defensor Legis 1/2008, s. 136–150

Tolvanen, Matti: Asianosaisten ja tuomioistuimen roolit todistelussa. Lakimies 2006 s. 1325–1343

Viljanen, Pekka: Salaamisen ja valehtelemisen oikeudesta. Lakimies 1993 s. 1008–1029

Viljanen, Pekka: Asianosaisten totuusvelvollisuudesta rikosasioissa, Defensor Legis 6/2001 s. 1004–1023

Virolainen, Jyrki: Rikosprosessioikeus I, Pandecta Oy, Rovaniemi 1998

Virolainen, Jyrki: Oikeustapauskommentti KKO 2000:71. Defensor Legis 4/2000 s. 669–678

Virolainen, Jyrki: Parisuhdeväkivallan uhrin asemasta todistelussa. Terttu Utraisen juhlaKirja s. 647–662. Talentum, Helsinki 2006

Virolainen, Jyrki- Pölönen, Pasi: Rikosprosessin perusteet, WSOY, Jyväskylä 2003

Virolainen, Jyrki- Pölönen, Pasi: Rikosprosessin osalliset, WSOY, Porvoo 2004

Oikeustapaukset

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Unterpertinger v. Itävalta (24.11.1986)

Delta v. Ranska (19.12.1990)

Asch v. Itävalta (26.4.1991)

Artner v. Itävalta (28.8.1992)

Saidi v. Ranska (20.9.1993)

A.M. v. Italia (14.12.1999)

Minguez Villar del Amo v. Espanja (1.3.2005)

Kaste ja Mathisen v. Norja (9.11.2006)

Kollcaku v. Italia (8.2.2007)

Kovac v. Kroatia (12.7.2007)

Reiner ja muut v. Romania (27.9.2007)

Trofimov v. Venäjä (4.12.2008)

Tsotsos v. Kreikka (30.4.2009)

Pacula v. Latvia (15.9.2009)

Mariana Marinescu v. Romania (2.2.2010)

Khametsin v. Venäjä (4.3.2010)

Korkein oikeus

KKO 1987:93

KKO 1995:66

KKO 2000:71

KKO 2007:101

Julkaisematon KKO:n ratkaisu 10.8.2011/1671 (R2010/279)

Tero Kujala

Euroopan unionin perusoikeuskirja – perusoikeudet ja lainkäyttö

1. Johdanto

Perusoikeuksien merkitys lainkäytössä on 2000-luvulla korostunut erityisesti rikos-, mutta myös riita- ja hallintoasioita koskevissa oikeudenkäynneissä. Yhä useammin tuomioistuimissa joudutaan ratkomaan kysymyksiä perusoikeuksien tulkinnasta ja perusoikeuksien merkityksestä yksittäisessä oikeudenkäynnissä.

Kysymykset ovat eri muodoissaan ns. yläkäsitteen tasolla liittyneet erityisesti oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin sisältöön. Ajankohtaisia oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyviä ratkaisuja ovat olleet muun muassa kahdenkertaisen oikeudenkäynnin kieltoon¹, itsekriminointisuojaan² sekä todisteiden hyödynnettävyyteen³ liittyneet oikeustapaukset. Rikosprosessissa myös esimerkiksi esitutkintatoimenpiteiden oikeellisuuden sekä toisaalta myös oikeudenkäyntiaineiston asianosaisjulkisuuden vaikutuksesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on käyty keskustelua.⁴

Samalla kun perusoikeuksien merkitys lainkäytössä on lisääntynyt, on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin käsitteen sisältö kansainvälistynyt. EU-oikeudellisesti perusoikeuksien merkitystä on pidetty yhtenä tämän hetken tärkeimmistä EU-oikeuden kehityssuunnista.⁵

Euroopan unionin lainsäädännössä Lissabonin sopimuksen voimaantulo 1.12.2009 korosti perusoikeuksien asemaa myös unionilainsäädännön tasolla. Lissabonin sopimukseen perusoikeuksien kunnioittaminen on kirjattu unionin valtiosäännön peruspe-

¹ Esim. KKO 2010:45, 2010:46, 2010:82, 2011:35, 2011:80 sekä KHO 2011:41.

² Esim. KKO 2009:27, 2009:80, 2010:41, 2010:49 ja 2011:46. Asiassa KKO 2009:80 korkein oikeus purki itsekriminointisuojaan perusteella aikaisemman oman tuomionsa 2009:27. KKO:n ratkaisun perustelujen mukaan aikaisemmin omaksuttu tulkinta itsekriminointisuojaan sisällöstä oli ristiriidassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen kanssa.

³ KKO 2007:58.

⁴ Ks. esim. Fredmanin kirjoitus tässä julkaisussa. Fredman käsittelee artikkelissaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin näkökulmasta niitä ongelmia, joita käytännön tasolla on aiheutunut esitutkintaviranomaisten menettelystä olla antamatta kaikkia esitutkinnassa kertyneitä tietoja jutun asianosaiselle. Poliisin peitetoiminnasta annettavien tietojen osalta esimerkiksi KKO 2011:27.

⁵ Näin mm. Ojanen 2009 s. 1107–1108.

riaatteeksi. Lissabonin sopimuksen myötä EU-oikeus on myös laajentunut ”inhimillisen elämän kaikille alueille”.⁶

Lissabonin sopimuksen yhteydessä hyväksyttiin osaksi EU:n primaarilainsäädäntöä EU:n perusoikeuskirja, sopimuksen liitteenä oleva perusoikeuksien julistus. Perusoikeuskirjan säännökset ovat sellaisinaan sitovia ja suoraan sovellettavaa oikeutta.⁷ Viranomaisten toimintaa ohjaavaa merkitystä perusoikeuskirjalla voidaan katsoa olleen jo vuodesta 2000 lukien, jolloin perusoikeuskirja julkaistiin EU:n toimielinten yhteisellä juhlallisella julistuksella.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien ohjaa omalla oikeuskäytännöllään lainkäyttöä antamalla ratkaisuja Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan tulkinna.⁸

Tämän artikkelin tarkoituksena on käsitellä niitä kansallisiin oikeudenkäynteihin ja oikeudenkäyntimenettelyihin heijastuvia kysymyksiä, jotka ovat syntyneet EU:n perusoikeuskirjan säännösten oikeudellisen sitovuuden myötä. Erityisesti huomiota artikkelissa kiinnitetään kysymykseen, millä tavoin perusoikeuskirja eroaa soveltamisalaltaan ja sisällöllisesti muista perusoikeuslähteistä, erityisesti Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksesta sekä toisaalta Suomen perustuslain 2 luvun perusoikeusluettelosta.

Artikkelissa on tarkoitus myös selvittää, missä tilanteissa ja minkälaisissa asioissa kansallisen tuomioistuimen tulisi tunnustaa, että asiaa ratkaistaessa tulisi ottaa huomioon myös EU:n perusoikeuskirjan säännöksiä ja millä tavoin perusoikeuskirjan säännökset voivat vaikuttaa yksittäisen asian lopputulokseen. Artikkelissa keskitytään erityisesti niihin kysymyksiin, joiden osalta perusoikeuskirja eroaa Suomen perustuslain säännöksistä tai muista kansallisia tuomioistuimia sitovista perusoikeusvelvoitteista. Artikkelin tutkimusnäkökulma on näin ollen ihmisoikeuslähtöinen muiden perusoikeuksiin liittyvien näkökulmien jäädessä taka-alalle.⁹

2. Perusoikeuksien kehityksestä Euroopan unionissa

Ennen vuonna 2000 julkaistua ja 2009 oikeudellisen sitovuuden saavuttanutta perusoikeuskirjaa Euroopan unionin lainsäädännön tasolla ei määritelty unionin tai sen kansalaisen perusoikeuksia. Sitovan lainsäädännön puutteellisuudesta huolimatta pe-

⁶ Rosas 2011 s. 198–199.

⁷ Tämä kanta on vahvistettu useilla unionin tuomioistuimen tuomioilla, kuten esimerkiksi asiat C-243/09, Fuß (tuomion 66 kohta), C-92/09 ja C-93/09 Volker und Markus Schecke ja Eifert (tuomion kohdasta 45 eteenpäin), C-339/10 Asparuhov Estov (tuomion kohta 12) ja C-145/09 Tsakouridis (tuomion kohta 30).

⁸ Tätä kirjoittaessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeustapauskokoelmasta löytyy oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan 6 artiklan alta 630 tuomiota, joista 113 on luokiteltu sisällöltään merkittäväksi tuomioistuimen omalla kolmiportaisella merkittävyysasteikolla.

⁹ Perusoikeuksien tutkimuksen erilaisista näkökulmista ks. esim. Hautamäki 2011 s. 83 alkaen.

rusoikeuksilla on kuitenkin ollut jo pitkään vankka asema erityisesti unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä.¹⁰ Unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään jo 1960-luvulta alkaen korostanut perusoikeuksien merkitystä EU-oikeuden tulkinnassa.¹¹

Kysymys EU:n perustuslaillistumisesta eli ”EU:n oikeusjärjestyksen matkasta valtiosääntöoikeudelliseen suuntaan” on elänyt erityisesti viimeisen 20 vuoden aikana oikeuskehityksessä sekä myös oikeuskirjallisuudessa.¹²

Ensimmäinen unionin tuomioistuimen tuomio, jossa tuomioistuin perusteli ratkaisuaan perusoikeuksien noudattamisen näkökulmasta, on asia 29/69 Stauder. Tuomion perusteluissa unionin tuomioistuin lausui, että ”perusoikeudet kuuluvat yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin ja että tuomioistuin varmistaa niiden noudattamisen”.¹³ Ratkaisusta voidaan katsoa käytännössä alkaneen perusoikeuksien aseman kehitys Euroopan unionissa.

Unionin tuomioistuin on 1970-luvulta lähtien jatkanut tuomioiden perustelemista perusoikeuksilla ja kehittänyt oikeuskäytäntöä eteenpäin. Asiassa C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft unionin tuomioistuin on viitannut perusoikeuksien kunnioittamiseen olennaisena osana niitä yleisiä oikeusperiaatteita, joiden noudattamista tuomioistuin valvoo, ja että näiden oikeuksien suojaamisessa tukeudutaan *jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen*.¹⁴ Asia liittyi Saksan perustuslakituomioistuimen ratkaisuun, jonka mukaan EU-lainsäädäntö oli tietyin osin ristiriidassa Saksan perustuslain kanssa.¹⁵ Unionin tuomioistuin ei omassa tuomiossaan lähtenyt ns. vastakkainasettelun tielle korostamalla asiassa Costa vs. Enel¹⁶ vahvistettua EU-oikeuden

¹⁰ Artikkelissa käytetään selvyden vuoksi unionin tuomioistuimesta sen nykyistä nimeä riippumatta siitä, miksi tuomioistuinta on kutsuttu viitattujen oikeustapausten julkaisemisen ajankohtana.

¹¹ Perus- ja ihmisoikeuksien kehityksestä osana EU:n lainsäädännön kehitystä ks. esim. Ojanen 2009 s. 1106 alkaen. Ojanen korostaa edelleen EU-oikeutta ensisijaisesti sisämarkkinavapauksien sekä kilpailuoikeuden varaan rakentuvana järjestelmänä, mutta katsoo EU-oikeuden olevan murrostilassa, jossa sisämarkkinavapauksien ja kilpailuoikeuden merkitys on kuitenkin vähentymässä ja perusoikeuksien korostumassa. Ojaseen mukaan käsitys perus- ja ihmisoikeuksiin ankkuroituvasta EU-oikeudellisesta oikeuskäsityksestä on toistaiseksi liian kiistanalainen ja selkiytymätön.

¹² EU:n perustuslaillistumisesta tarkemmin esim. Jääskinen 2008 s. 57–81.

¹³ Vrt. kuitenkin unionin tuomioistuimen vuonna 1958 antama ratkaisu asiassa 1/58 Stork, jossa tuomioistuin katsoi, että ”toimielinten toteuttamien toimenpiteiden pätevyyttä voidaan arvioida ainoastaan yhteisön oikeuden perusteella, ei suhteessa perusoikeuksiin, sellaisina kuin nämä oikeudet on kirjattu jäsenvaltion perustuslakiin tai jäsenvaltion valtiosääntöjärjestykseen.”

¹⁴ Tosin ainakin tässä vaiheessa vielä käsitteen ”jäsenvaltioiden yhteinen valtiosääntöperinne” sisältö jäi avoimeksi.

¹⁵ Saksan perustuslakituomioistuin pidätti itsellään toimivallan tutkia EU-oikeuden perustuslainmukaisuutta ”siihen saakka, kunnes perusoikeuksien suoja yhteisössä saavuttaa Saksan perustuslain mukaisen perusoikeussuojan vähimmäistason”. Oikeuskirjallisuudessa EU-oikeuden etusijaperiaatteen ja kansallisten perustuslakien välistä jännitettä on kuvattu termillä ”vastavuoroisen tuhon uhka”, jolla viitataan kylmän sodan aikaiseen terminologiaan sekä siihen, että unionin tuomioistuin ja kansalliset tuomioistuimet voisivat ajautuessaan erimielisyyteen EU-oikeuden etusijasta ja kansallisista perustuslaeissa vaarantaa EU-oikeuden olemassaolon. Näin esim. Jääskinen s. 69 alaviittauksin. Jääskinen katsoo, että vastavuoroisen tuhon uhka on ollut poliittinen peruste unionintason perusoikeusjärjestelmän oikeudellistamiselle.

¹⁶ Asia Costa vs Enel, 6/64, tuomio 15.7.1964.

etusijaperiaattetta suhteessa kansalliseen lakiin, vaan perusoikeuksien merkitystä korostamalla katsoi, että ristiriitaa ei lainkaan olisi, koska viime kädessä unionin tuomioistuimien valvoo, että EU-oikeutta sovellettaessa kunnioitetaan jäsenvaltioiden yhteistä valtiosääntöperinnettä.¹⁷

Perusoikeuksiin on unionin tuomioistuimen varhaisemmassa oikeuskäytännössä viitattu myös asioissa 4/73 Nold, 36/75 Rutili sekä 44/79 Hauer. Asia 4/73 Nold liittyi ensisijaisesti ns. EY-oikeuden etusijaperiaatteeseen, mutta tässä ratkaisussa tuomioistuin perusteli EY-oikeuden etusijaa nimenomaisesti perusoikeusnäkökulmasta. Tuomioistuimen mukaan ”varmistaa perusoikeuksien suojaamisen tuomioistuimen on otettava huomioon jäsenvaltioiden yhteiset valtiosääntöoikeudelliset perinteet, eikä se näin ollen voi hyväksyä jäsenvaltioiden valtiosäännöissä tunnustettujen ja taattujen perusoikeuksien kanssa ristiriidassa olevia toimenpiteitä”.

Unionin tuomioistuin on asiassa 222/84 Johnston nimenomaisesti vahvistanut, että velvollisuus kunnioittaa perusoikeuksia EY-oikeuden yleisinä periaatteina koskee myös jäsenvaltioita. Myös asiassa 63/83 Kent Kirk tuomioistuin on katsonut, että jäsenvaltio ei voi yhteisön lainsäädäntöön tukeutuen toteuttaa kansallisia lainsäädäntötoimenpiteitä, jotka ovat perusoikeuksien vastaisia.¹⁸ Asioissa 46/87 ja 227/88 Hoechst vs. komissio tuomioistuin katsoi, että Euroopan ihmisoikeussopimuksella on erityinen merkitys tuomioistuimen valvoessa perusoikeuksien noudattamista osana yhteisön oikeuden yleisiä periaatteita. Tämän jälkeen unionin tuomioistuin on myös viitannut yksittäisiin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin omien tuomioidensa perusteluissa.¹⁹ Vielä tästäkin syvemmälle unionin tuomioistuin meni ratkaisussaan C-94/00 Roquette Frères, jossa tuomioistuin muutti omaa aikaisempaa oikeuskäytäntöään ihmisoikeustuomioistuimen vakiintunutta oikeuskäytäntöä vastaavaksi.²⁰

Perustamissopimusten tasolla ensimmäinen maininta unionin perusoikeuksista sisältyi vuoden 1992 Maastrichtin sopimuksen F artiklaan, jonka mukaan ”unioni pitää arvossa yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina perusoikeuksia, sellaisina kuin ne taataan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja sellaisina kuin ne ilmenevät jäsen-

¹⁷ Ojosen mukaan (Ojanen 2009 s. 1109) Saksan perustuslakituomioistuimen lausuma siitä, että ”yhteisöjä ei koskenut jäsenvaltioiden perustuslaeille ominainen kirjoitettu ja oikeudellisesti sitova perusoikeusluettelo” antoi alkusysäyksen teemalle, onko syytä laatia unionille sitova perusoikeusasiakirja.

¹⁸ Asiassa oli kysymys kalastusta koskevista rajoituksista ja taannehtivan rikoslainsäädännön kiellon periaatteen rikkomisesta. Tuomioistuin perusteli omaa ratkaisuaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklan kuulumisella ”osaksi kaikkien jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksille yhteistä periaatetta, joka on ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn Euroopan yleissopimuksen 7 artiklassa vahvistettu perusoikeudeksi ja joka on erottamaton osa niitä yleisiä oikeusperiaatteita, joiden noudattamisen yhteisöjen tuomioistuin varmistaa.”

¹⁹ Esim. asia C-13/94 *P vs. S ja Cornwall County Council*, jossa unionin tuomioistuin haki viittasi transseksuaalin käsitettä määriteltessään ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisun perusteluihin.

²⁰ Tapauksessa oli kysymys komission toimeenpanemasta kilpailuoikeudellisesta tarkastuksesta yrityksen tiloihin. Asia kulminoitui muun ohella kysymykseen oikeushenkilön oikeudesta kotirauhan suojaan. Tuomionsa perusteluissa unionin tuomioistuin otti huomioon ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön ja katsoi, että kotirauhan käsitettä on laajennettava siitä, miksi unionin tuomioistuin aikaisemmin oli sen tapauksessa *Hoechst* määritellyt.

valtioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä. Artikla sisältyi samansisältöisenä myös vuoden 1997 Amsterdamin sopimukseen (sopimuksen 6 artiklan 1 kohta). Amsterdamin sopimukseen lisättiin Maastrichtin sopimuksesta poiketen sanktioista sääntelevä 7 artikla, jonka mukaan ”jäsenvaltio, joka rikkoo vakavasti ja jatkuvasti 6 artiklan 1 kohdassa mainittuja periaatteita, voi joutua sanktitoimenpiteiden kohteeksi”.

Euroopan unionin perusoikeuskirjan laatiminen sai alkunsa Kölnin vuoden 1999 Eurooppa-neuvostosta. Neuvoston loppupäätelmien mukaan:

”Perusoikeuksien kunnioittaminen on yksi Euroopan unionin peruseriaateista ja sen laillisuuden välttämätön edellytys. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on oikeuskäytännössään vahvistanut ja kehittänyt edelleen unionin velvollisuutta noudattaa perusoikeuksia. Unionin nykyisessä kehitysvaiheessa on tarpeen laatia näitä oikeuksia käsittelevä peruskirja, jotta perusoikeuksien ensiarvoisen tärkeää merkitystä ja niiden kattavuutta unionin kansalaisten kannalta lujitettaisiin näkyvästi.”

Euroopan parlamentti, neuvosto ja komissio antoivat perusoikeuskirjasta juhlallisen julistuksen Nizzassa joulukuussa 2000. Perusoikeuskirja kuului osana EU:n perustamissopimusten uudistamiseen, joka kuitenkin ajautui vastatuuleen Ranskan ja Hollannin kielteisten kansanäänestysten vuoksi. Näin ollen perusoikeuskirja ei tuolloin saavuttanut oikeudellista sitovuutta.

Perusoikeuskirjasta annettiin uusi julistus joulukuussa 2007, jossa muodossa se myös hyväksyttiin osaksi 1.12.2009 voimaantullutta Lissabonin sopimusta. Perusoikeuskirjan julkaisemiseen mennessä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön merkitys osana EU-oikeutta oli jo siten vakiintunut, että perusoikeuskirjan johdantoon on otettu erillinen viittaus myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön osana perusoikeuksia.²¹

Perusoikeuskirjan oikeudellista sitovuutta ja asemaa säädöshierarkiassa määrittelee Lissabonin sopimuksen 6 artiklan 1 kohta, jonka mukaan unioni tunnustaa EU:n perusoikeuskirjaan sisältyvät oikeudet, vapaudet ja periaatteet. Säädöksestä voidaan tehdä johtopäätös, että perusoikeuskirja asettuu EU:n normihierarkiassa samalle tasolle muiden perustamissopimusten kanssa. Lissabonin sopimuksen 6 artiklan 2 kohta mahdollistaa ja toisaalta myös edellyttää Euroopan unionin liittyvän Euroopan ihmisoikeussopimukseen.²² Sopimuksen 6 artiklan 3 kohdan mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa taatut ja jäsenvaltioiden yhteisestä valtiosääntöperiaatteesta johtuvat perusoikeudet ovat yleisinä periaatteina osa unionin oikeutta.

²¹ Perusoikeuskirjan johdanto-osan 5 kappale: ”Tässä perusoikeuskirjassa vahvistetaan unionin toimivallan ja tehtävien sekä toissijaisuusperiaatteen mukaisesti oikeudet, jotka perustuvat erityisesti jäsenvaltioille yhteisiin valtiosääntöperinteisiin ja kansainvälisiin velvoitteisiin, ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn yleissopimukseen, unionin ja Euroopan neuvoston hyväksymiin sosiaalisiin peruskirjoihin sekä Euroopan unionin tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön”.

²² Unionin tuomioistuin on lausunnossaan 2/94 nimenomaisesti todennut, että unionilla ei olisi toimivaltaa ilman perustamissopimusten muuttamista liittyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen.

Huomioon tulee otettavaksi myös EU-sopimuksen 2 artikla, jonka mukaan unionin perustana olevat arvot ovat ihmisarvon kunnioittaminen, vapaus, kansanvalta, tasa-arvo, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen.

Unionin tuomioistuin on viitannut ensimmäisen kerran perusoikeuskirjaan ratkaisussaan C-540/03, parlamentti vs. neuvosto. Asiassa oli kysymys siitä, oliko neuvoston direktiiviä oikeudesta perheenyhdistämiseen ja siinä säädettyjä jäsenvaltioille annettuja poikkeusvaltuuksia pidettävä pätevänä suhteessa perhe-elämän kunnioittamista koskevaan oikeuteen ja lasten oikeuteen.²³

Toistaiseksi on vaikea arvioida, minkälainen merkitys perusoikeuskirjalla tulee jatkossa olemaan toisaalta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja toisaalta unionin muiden instituutioiden toiminnassa. Myös se, mihin asemaan perusoikeuskirja kansallisissa tuomioistuimissa asettuu suhteissa muihin perusoikeussäännöksiin, on vielä toistaiseksi avoin kysymys.

On kuitenkin huomattava, että vaikka perusoikeuskirjan soveltamisala on laaja ja sen säätämät oikeudet koskevat kaikkea viranomaistoimintaa, unionin tuomioistuimen tulkintaratkaisujen antamista rajoittaa se, että unionin tuomioistuin pääsee antamaan tulkintaratkaisujaan perusoikeuskirjan artikloista vain asioissa, jotka asiallisesti liittyvät jonkin toisen EU-tason lainsäädännön tulkintaan.²⁴ Ennako-oletuksena kuitenkin on, että nimenomaisesti unionin tuomioistuimen perusoikeuskirjaa koskeva oikeuskäytäntö nousee jo unionin tuomioistuimen tärkeimmän tehtävän, EU-lainsäädännön soveltamisen valvonnan, vuoksi merkittävään asemaan.

3. Euroopan unionin perusoikeuskirjasta yleisesti

Sisällöllisesti perusoikeuskirja koostuu johdanto-osasta sekä 54 artiklasta jakaantuneena seitsemään eri pääosastoon, jotka ovat 1) ihmisarvo, 2) vapaudet, 3) tasa-arvo, 4) yhteisvastuu, 5) kansalaisten oikeudet, 6) lainkäyttö sekä 7) tulkintaa ja soveltamista koskevat yleiset määräykset. Perusoikeuskirjassa on piirteitä toisaalta periaate-tasoisesta ihmisoikeuksien julistuksesta, toisaalta sen määräykset ovat viranomaisten toiminnan lainmukaisuutta yksityiskohtaisestikin ohjaavia ja subjektiivisia oikeuksia luovia.

Perusoikeuskirjan johdanto-osassa todetaan unionin perustuvan ihmisarvon, vapauden, yhdenvertaisuuden ja yhteisvastuun jakamattomin ja yleismaailmallisiin arvioihin sekä rakentuvan kansanvallan ja oikeusvaltion periaatteille. Johdannon mu-

²³ Tuomion perusteluissa unionin tuomioistuin käsitteli laajasti eri kansainvälisoikeudellisia ihmisoikeus-sopimuksia ja niiden sisältöä, ei ainoastaan perusoikeuskirjan taikka neuvoston ihmisoikeussopimuk-sen määräyksiä.

²⁴ Ks. jäljempänä perusoikeuskirjan 51 artiklan soveltamisalarajoituksesta lausuttua. Toisaalta unionin tuomioistuin on jo asioissa C-260/89 *ERT* sekä asiassa C-159/90 *Society for the Protection of the Unborn Children* nimenomaisesti todennut, että tuomioistuin tutkii kansallisen oikeuden perusoikeu-den mukaisuutta ainoastaan EU-oikeuden soveltamisalalla.

kaan ”Euroopan kansat ovat päättäneet jakaa keskenään rauhanomaisen, yhteisiin arvoihin perustuvan tulevaisuuden. Unioni asettaa ihmisen toiminnan keskipisteeksi ottamalla käyttöön unionin kansalaisuuden ja luomalla vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueen”. Yleisellä tasolla perusoikeuskirjan voidaan katsoa saaneen vaikutteita ainakin EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössään viittaamasta jäsenvaltioiden yhteisestä valtiosääntöperinteestä, kansainvälisistä ihmisoikeusvelvoitteista, Euroopan ihmisoikeussopimuksesta sekä EU:n tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöistä.²⁵

Sisällöllisesti EU:n perusoikeuskirjaa lähempänä perusoikeuskokoelmana voidaan pitää Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimusta, jossa EU:n perusoikeuskirjan taivoin on yksityiskohtaisia ratifiointivaltioita velvoittavia säännöksiä ihmisoikeuksien sisällöstä. Ihmisoikeussopimuksen merkitystä ja erityisesti ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä myös perusoikeuskirjan säännösten tulkitsijana kasvattaa se, että myös Euroopan unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään 1980-luvulta lähtien perustellut päätöksiään mm. Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen tulkinalla.

Toisaalta verrattaessa perusoikeuskirjaa Suomen perustuslakiin, korostuu perusoikeuskirjan asema ja merkitys nimenomaisesti yksilöille subjektiivisia oikeuksia luovana perusoikeuksien julistuksena. Suomen perustuslakia voidaan sen sijaan ensisijaisesti pitää luonteeltaan itsenäisen valtion valtiosääntönä, jossa yksilöille oikeuksia luovien säännösten osuus on vähäisempi kuin valtion instituutioita ja niiden keskinäistä toimivallanjakoa koskevien säännösten osuus.

4. EU:n perusoikeuskirjan suhteesta muihin perusoikeuksiin

Jo ennen perusoikeuskirjan oikeudellista sitovuutta Suomen viranomaiset ovat olleet velvollisia kunnioittamaan kansainvälisistä sopimuksista oikeusperustansa saaneita perus- ja ihmisoikeuksia. Kansainvälisen tason sopimuksia, jotka ovat sisältäneet määräyksiä perus- ja ihmisoikeuksista ovat olleet ainakin taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia sekä kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevat yleissopimukset (SopS 6 ja 8/1976), Euroopan sosiaalinen peruskirja (SopS 44/1991) sekä kidutuksen estämiseksi tehty eurooppalainen yleissopimus (SopS 17/1989).

Suomi on ollut Euroopan neuvoston jäsenenä vuodesta 1990, mistä lähtien Suomea ovat velvoittaneet Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 19/1990) määräykset. Lainkäytössä erityistä merkitystä on ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan säännöksellä oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä, mutta myös muita sopimuksen I-osan

²⁵ Jääskinen 2008 s. 69–70. Jääskisen mukaan EU:n perusoikeuskirja pyrki kodifioimaan unionin perusoikeusjärjestelmän sellaisena kuin sen katsottiin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti olevan voimassa Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen pohjautuvina EU-oikeuden yleisinä periaatteina.

oikeuksia ja vapauksia koskevia artikloita on päästy kansallisissa oikeudenkäynneissä tulkitsemaan. Luonnollisesti suurta merkitystä kansallisen lain soveltamiseen on myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöllä oikeuksia ja vapauksia koskevien artiklojen sekä niitä täsmentävien lisäpöytäkirjojen säännösten tulkinnasta.

Perusoikeuskirjan artiklat ovat sisällöllisesti ainakin jossakin määrin päällekkäisiä muiden perusoikeuskokoelmien säännösten kanssa. Päällekkäisyyttä kuitenkin vähentää se, että eri lähteistä peräisin olevien perusoikeussäännösten soveltamisalat eroavat toisistaan ja että säännöksillä on erilaiset valvontajärjestelmät.

YK:n alaiset sopimukset ovat ensisijaisesti valtioita lainsäädäntötasolla velvoittavia valtiosopimuksia ja sopimukset ovat myös EU:n perusoikeuskirjaan sekä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen verrattuna sisällöltään yleisluonteisempia.

Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen valvontajärjestelmänä toimii Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja valvonta on jälkikäteiskontrollia. Ihmisoikeussopimuksen oikeudellista merkitystä erityisesti prosessioikeuden kannalta lisää myös se, että ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö erityisesti oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan 6 artiklan tulkinnasta on runsasta ja pitkän ajan kuluessa kehittyntä. Ihmisoikeustuomioistuin on oikeuskäytännössään ottanut kantaa lukuisiin prosessioikeudellisiin kipupisteisiin. Ihmisoikeussopimuksen ja ihmisoikeustuomioistuimen oikeudellista painoarvoa lisää myös se, että sopimusmääräysten väitetyistä rikkomisista on jokaisella sopimuksen ratifioineen jäsenvaltion lainkäyttövallan alaisella henkilöllä oikeus valittaa ja tietyn rajoituksen saada asiansa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaistavaksi.²⁶

EU:n perusoikeuskirjan sovellettavuutta yleisenä perusoikeuskokoelmana rajoittaa puolestaan se, että perusoikeuskirjan säännökset koskevat lähtökohtaisesti vain EU:n toimielimiä niiden soveltaessa EU-oikeutta.²⁷ Yksittäisellä kansalaisella ei lähtökohtaisesti ole mahdollisuutta saattaa EU:n perusoikeuskirjassa määriteltyjen perusoikeuksien loukkausta Euroopan ihmisoikeustuomioistuinta vastaavan ylikansallisen toimielimen arvioitavaksi. Jäsenvaltioiden toiminnan tasolla perusoikeuskirjan noudattamista valvovat Euroopan komissio sekä muut toimielimet, joilla on mahdollisuus haastaa jäsenvaltio unionin tuomioistuimeen jäsenyysveloitteiden rikkomisesta.

Toisaalta perusoikeuskirjan merkitystä ja painoarvoa voidaan katsoa lisäävän se, että siinä määritellyt vapauksiin, tasa-arvoon, yhteisvastuuseen ja kansalaisten oikeuksiin liittyvät artiklat sääntelevät sisällöllisesti kyseisistä oikeuksista yksityis-

²⁶ Ihmisoikeussopimuksen 1 sekä 34 artiklat. Yleisen valitusoikeuden johdosta ihmisoikeustuomioistuin on pahoin ruuhkaantunut ja yksittäisten asioiden käsittelyajat ovat venyneet vuosien mittaisiksi. Aina-kaan toistaiseksi yleistä valitusoikeutta ei ole jutturuuhkien vuoksi rajoitettu.

²⁷ Perusoikeuskirjan 51 artiklan 1 kohta. Artiklan selitysosana mukaan jäsenvaltioiden osalta yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä johtuu selvästi, että velvollisuus noudattaa unionin puitteissa määriteltäjä perusoikeuksia koskee jäsenvaltioita vain silloin, kun ne toimivat yhteisön oikeuden alalla. Samoin on syytä huomioda Lissabonin sopimuksen (SEUT) 267 artikla, jonka mukaan unionin tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisu perustamissopimusten tulkinnasta ja unionin toimielimen, elimen tai laitoksen säädöksen pätevydestä ja tulkinnasta.

kohtaisemmin ja laajemmin kuin mitä oikeuksista on säädetty Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksessa.

Vaikka perusoikeuskirjan rikosoikeutta ja rikosprosessia koskevat säännökset ovat jossain määrin identtisiä Euroopan ihmisoikeussopimuksen turvaamien oikeuksien kanssa, ihmisoikeussopimus säättää määritelmänsä mukaisesti vain suojan minimitasosta. Perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdan mukaan ”siltä osin kuin tämän perusoikeuskirjan oikeudet vastaavat ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä yleissopimuksessa taattuja oikeuksia, niiden merkitys ja ulottuvuus ovat samat kuin mainitussa yleissopimuksessa”. Tämä määräys ei estä unionia myöntämästä tätä laajempaa suojaa.²⁸

Osittain eri perusoikeusjärjestelmien päällekkäisyyttä lieventää sekin, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on oikeuskäytännössään lausunut, että ihmisoikeustuomioistuimen näkemyksen mukaan EU:n perusoikeusjärjestelmä on kehittynyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen järjestelmää vastaavaksi.²⁹ Myös EU-tuomioistuin on todennut, että sen tulee omassa ratkaisutoiminnassaan ottaa huomioon Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö.³⁰

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EU-oikeuden väliset relaatiot voivat nousta esiin myös prosessuaalisissa kysymyksissä. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapauksessa *Ullens de Schooten ja Ivan Rezabek*, 20.9.2011 ihmisoikeustuomioistuin otti kantaa kysymykseen, rikkoiko unionin jäsenvaltion tuomioistuimen päätös olla

²⁸ Säännösten selitysten mukaan artiklan 52 (3) tarkoituksena on varmistaa johdonmukaisuus perusoikeuskirjan ja ihmisoikeussopimuksen välillä. Ks. myös unionin tuomioistuimen julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-70/10 (*Scarlet Extend SA vs. Sabam*), Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja perusoikeuskirjan sisällöllisistä eroista yksityis- ja perhe-elämän suojan sekä sananvapauksia koskevien artikloiden osalta.

²⁹ *Asia Bosphorus*, EIT 30.6.2005. Asiassa oli kysymys irlantilaisen viranomaisen tekemästä takavarikopäätöksestä, joka perustui ensikädessä YK:n turvallisuusneuvoston päätökseen (820/1993), jonka mukaan valtioiden tuli takavarikoida mm. kaikki alueellaan olevat lentokoneet, joiden suhteen määräämis- tai valvontavaltaa käyttivät entisestä Jugoslaviasta käsin toimivat henkilöt tai yritykset. Kyseinen turvallisuusviraston päätös pantiin EU:ssä täytäntöön asetuksella 990/93. Ratkaisussaan EIT otti kantaa EU:n oikeusjärjestelmän perusoikeuskehitykseen ja katsoi tuomion perusteluissa, että EU-oikeudessa suojattiin perusoikeuksia yhdenveroisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen järjestelmän kanssa. EIT päätyi tuomionsa lopputuloksessa ns. oletusratkaisuun, että ”koska EU-oikeuden perusoikeusjärjestelmä oli yhtä kehittynyt kuin ihmisoikeussopimuksen perusoikeusjärjestelmä, EU:n jäsenvaltio (Irlanti) ei syyllistynyt ihmisoikeussopimuksen määräysten rikkomiseen pannessaan EU-oikeutta täytäntöön.

³⁰ *Asia C-94/00 Roquette Frères*, tuomion kohta 29. Ojanen ja Scheinin (2011 s. 890–891) tulkitsevat *Roquette Frères* -tuomiota siten, että tuomioistuin olisi todennut saattavansa oman oikeuskäytäntönsä sopuointuun Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa, jos unionin tuomioistuimen aikaisempi oikeuskäytäntö on osoittautunut ristiriitaiseksi ihmisoikeustuomioistuimen myöhemmän oikeuskäytännön kanssa. Itse katson, että asiassa unionin tuomioistuin kyllä tunnusti ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön merkityksen ja muutti yksittäistapauksessa omaa aikaisempaa oikeuskäytäntöään, mutta tuomion perusteluista ei voida tehdä yksiselitteistä johtopäätöstä siitä, että unionin tuomioistuin sitoutuisi omassa oikeuskäytännössään sellaisenaan noudattamaan ihmisoikeustuomioistuimen linjauksia.

pyytämättä unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua EU-oikeudellisessa kysymyksessä valittajan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.³¹

Lisäksi on huomattava, että Lissabonin sopimuksen 6 artiklassa on erillinen säännös siitä, että EU tulee liittymään Euroopan ihmisoikeussopimukseen.³² Jääskinen on esittänyt, että peruste Lissabonin sopimukseen luodulle oikeusperustalle unionin liittymiselle ihmisoikeussopimukseen on, että se saattaisi myös unionin toiminnan ulkopuolisen ihmisoikeusvalvonnan alaiseksi samalla tavalla kuin tilanne on jäsenvaltioiden kohdalla. EU:n liittyminen Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen myös selkeyttäisi oikeudellista tilannetta silloin, kun väitetty ihmisoikeussopimuksen loukkaus on johtunut EU-oikeuden sisällöstä tai liittynyt sen täytäntöönpanoon.³³

5. Perusoikeuskirja ja unionin toimielinten toiminta

Yhtenä perusoikeuskirjan oikeusvaikutuksena voidaan pitää sitä, että perusoikeuskirjan oikeudellisen sitovuuden myötä myös Euroopan unionin omat toimielimet saatettiin perusoikeuskontrollin alaiseksi. Ennen perusoikeuskirjan oikeudellista sitovuutta unionin toimielinten toimintaan ei välittömästi kohdistunut sellaista velvoitetta perusoikeuksien noudattamiseen kuin perusoikeuskirjassa on säädetty.³⁴

Tätä perusoikeuskirjan 51 artiklan säännöstä, jossa nimenomaisesti saatetaan perusoikeuskontrolli kattamaan myös unionin eri instituutioiden toiminta, voidaan pitää yhtenä merkittävimmistä perusoikeuskirjan oikeusvaikutuksista. Säännös parantaa huomattavasti yksittäisten oikeussubjektien asemaa luomalla heille oikeuksia ja asettamalla EU:n instituutioille velvollisuuksia.³⁵

³¹ Tuomioistuinten keskinäisiä läheisiä suhteita heijastaa myös EIT:n kyseistä asiaa koskevan tuomion perustelut, joissa EIT viittaa unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön arvioiessaan kysymystä, olisiko ennakkoratkaisua tullut pyytää. EIT:n mukaan, koska kansallisen tuomioistuimen ratkaisun perustelut kysymyksestä, miksi ennakkoratkaisupyynnö jätettiin tekemättä vastasivat unionin tuomioistuimen vakiintunutta oikeuskäytäntöä, oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei ollut rikottu.

³² Asia on edelleen vireillä EU:n toimielimissä.

³³ Kansallisen viranomaisen vastuu EU-oikeuden täytäntöönpanosta oli muun ohessa edellä mainitun Bosphorus-tapauksen merkittävimpiä ulottuvuuksia. Asiassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että jäsenvaltion tuomioistuimilla on ensisijainen vastuu kansallisten lakien tulkinnasta ja soveltamisesta siinäkin tapauksissa, että lait perustuvat EU-oikeudelliseen sääntelyyn (tuomion kohta 143). EIT kuitenkin katsoi (tuomion kohta 148), että kyse ei ensisijaisesti ollut kansallisen lain soveltamisesta, vaan Irlannin valtion EU-oikeuteen perustuvasta lojaliteettivelvoitteen täyttämisestä EU-oikeudellisen asetuksen täytäntöönpanossa.

³⁴ Tosin unionin tuomioistuin on asiassa C- 354/04 Gestoras Pro Amnistia ym. ulottanut perusoikeuskontrollin myös EU:n instituutioiden toimintaan. Tuomion perustelujen kohdan 51 mukaan "kuten EU 6 artiklasta seuraa, Euroopan unioni perustuu oikeusvaltioperiaatteelle ja kunnioittaa yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin kuuluvia perusoikeuksia. Tästä syystä toimielinten – samoin kuin jäsenvaltioiden niiden pannessa täytäntöön Euroopan unionin lainsäädäntöä – toteuttamien toimien yhteensoveltuvuutta perustamissopimusten ja yleisten oikeusperiaatteiden suhteen valvotaan".

³⁵ Euroopan komissio antoi vuonna 2005 tiedonannon, jossa komissio korosti velvoitetta perusoikeuskirjan järjestelmälliseen ja tiukkaan noudattamiseen komission omilla lainsäädäntöehdotuksissa. (Ko-

Unionin toimielinten velvollisuudet suhteessa perusoikeuskirjaan voidaan jakaa negatiivisiin ja positiivisiin. Negatiivisissa velvollisuuksissa on kyse niistä rajoituksista, jotka rajoittavat toimielinten toimivallan käyttöä, positiivisissa toimielinten velvollisuudesta aktiivisesti edistää perusoikeuksien toteutumista unionissa. Ainakin toistaiseksi perusoikeusvelvoitteiden negatiivinen ulottuvuus on ollut unionin toiminnassa positiiviseen ulottuvuuteen verrattuna etusijalla.³⁶

6. Perusoikeuskirjan soveltamisalasta oikeudenkäynneissä

Lähtökohtaisesti perusoikeuskirjan säännökset ovat oikeudenkäynneissä suoraan sovellettavaa oikeutta. Perusoikeuskirjan soveltamisalaa suhteessa käsiteltävään asiaan tai asianosaisiin on kuitenkin rajoitettu perusoikeuskirjan 51 artiklan soveltamisalajoinnalla. Artiklan 51 mukaan perusoikeuskirjan määräykset koskevat unionin toimielimiä, elimiä ja laitoksia toissijaisuusperiaatteen mukaisesti sekä jäsenvaltioita ainoastaan silloin, kun viimeksi mainitut soveltavat unionin oikeutta.³⁷

Kyseistä soveltamisalarajoitusta voidaan pitää perusoikeuskirjan sovellettavuuden kannalta merkittävänä sen rajatessa perusoikeuskirjan soveltamisen vain sellaisiin oikeudenkäynneihin, joissa sovelletaan EU-oikeutta. Oikeusprosesseihin, joissa olisi kysymys puhtaasti kansallisen lain soveltamisesta, ei sovellettaisi perusoikeuskirjaa.³⁸ Tosin kysymys siitä, milloin käsiteltävässä asiassa sovelletaan EU-oikeutta tai kansallista oikeutta, ei aina ole selvä.

mission tiedonanto, perusoikeuskirjan noudattaminen komission lainsäädäntöehdotuksissa. Menetelmä järjestelmällistä ja tiukkaa valvontaa varten (27.4.2005, KOM(2005) lopullinen)). Myös Euroopan parlamentin työjärjestyksen 34 artiklan mukaan parlamentti kiinnittää erityistä huomiota perusoikeuksien kunnioittamiseen ja säännösten yhdenmukaisuuteen perusoikeuskirjan kanssa.

³⁶ Syyksi siihen, että unionin instituutiot eivät ole ainakaan toistaiseksi aktiivisesti ryhtyneet korostamaan perusoikeuksien merkitystä unionissa, on esitetty, että perusoikeuksien suojelu ei ole historiallisesti ollut sisämarkkinoiden luomiseen verrattavissa oleva unionin päämäärä tai tavoite. Kuitenkin on huomattava, että integraation syventyminen ja laajeneminen sekä EU-oikeuden etusijaperiaate kansallisiin lainsäädäntöihin nähdään väistämättä korostaa unionin lainsäädännön ja instituutioiden toiminnan perustuslainmukaisuutta. Näin mm. Ojanen s. 1109.

³⁷ Toissijaisuusperiaatteen pääsäännön mukaan unioni toimisi vain siinä laajuudessa ja siinä määrin, kuin tietty toiminta voidaan toteuttaa paremmin yhteisön kuin jäsenvaltioiden tasolla. Toissijaisuusperiaate on virallisesti vakiinnettu osaksi yhteisön lainsäädäntöä sisällyttämällä se Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (Maastrichtin sopimuksen) 5 artiklan 2 alakohtaan. Lissabonin sopimuksella (5 artikla) ko. artiklaa uudistettiin lisäämällä toissijaisuusperiaatteen alueellinen ja paikallinen ulottuvuus. Sopimuksen 5 artiklan mukaan toissijaisuusperiaatteen nojalla toimivalta kuuluu Euroopan unionin toimielimille, jos a) kyseessä ei ole yksinomaan yhteisön toimivaltaan kuuluva ala, b) jäsenvaltiot eivät pysty saavuttamaan suunnitellun toiminnan tavoitteita tyydyttävällä tavalla ja c) toimi voidaan sen laajuuden tai vaikutusten takia toteuttaa paremmin yhteisön tasolla. Perusesitys toissijaisuusperiaatteesta esim. Joutsamo ym. 2000 s. 43–45.

³⁸ Unionin tuomioistuin on useissa, tosin ennen perusoikeuskirjan julkaisemista antamissaan ratkaisuissa katsonut, että velvollisuus noudattaa unionin puitteissa määriteltyjä perusoikeuksia koskee jäsenvaltioita vain silloin, kun ne toimivat unionin oikeuden alalla. Asia C-5/88 Wachauf, asia C-260/89 ERT ja asia C-309/96 Annibaldi. Tältä osin perusoikeuskirjan 51 artiklan soveltamisalarajoituksen voidaan katsoa vahvistavan jo aiemmin noudatettua oikeuskäytäntöä.

Selvää on, että perusoikeuskirjan säännökset tulevat sovellettaviksi niissä oikeudenkäynneissä, jotka suoraan perustuvat alemmanasteisten unionitason lainsäädännön soveltamiseen. Toistaiseksi EU:n tasolla on annettu rikosoikeudellisia säännöksiä lähinnä sellaisilta rikosoikeuden aloilta, joissa suojeltava oikeushyvä on ylikansallinen, koskee välittömästi tai välillisesti yhteisön etua taikka jotka ovat luonteeltaan selvästi rajat ylittäviä. Kriminalisointeja on toistaiseksi säädetty koskemaan 1) EU:n taloudellisten etujen suoja, 2) korruptiota, 3) rahanväärennystä, 4) pankki- ja luotokorttien väärennystä, 5) rahanpesua, 6) terrorismia, 7) ihmiskauppaa, 8) laittoman maahantulon järjestämistä, 9) ympäristörikoksia, 10) lapsipornoa, 11) huumausainerikoksia, 12) tietojärjestelmärikoksia, 13) rasismia ja 14) järjestäytyntä rikollisuutta.

Tämän lisäksi EU:n lainsäädäntö sisältää huomattavan määrän säädöksiä, jotka eivät luonteeltaan ja varsinaiselta tarkoitukseltaan ole rikosoikeudellista sääntelyä, mutta joilla on tulkintavaikutusta rikossäännöksiä sovellettaessa.³⁹

Rikosprosessioikeuden alalla tärkeimmät EU-tason säännökset, joiden voidaan olettaa aiheuttavan myös perusoikeusongelmia, ovat eurooppalaisesta pidätysmääräyksestä ja jäsenvaltioiden välisistä luovuttamismenettelyistä annettu neuvoston puitepäätös (2002/584/YOS) sekä rahanpesusta, rikoksentekevälaineiden ja rikoksen tuottaman hyödyn tunnistamisesta, jäljittamisestä, jäädyttämisestä tai takavarikoimisesta ja menetetyksi tuomitsemisesta tehty neuvoston puitepäätös (2001/500/YOS).

Myös yksityis- sekä hallinto-oikeuden alueella EU-tasolla on annettu huomattava määrä säännöksiä, joissa on perusoikeuslottuvuuksia. Tällaisia ovat mm. unionin kansalaisuuteen, sosiaalipolitiikkaan sekä palvelujen tarjoamisen vapautteen ym. liittyvät säännökset.

Perusoikeuskirjan soveltamiselle ei ole säädetty muita ns. prosessuaalisia rajoituksia, vaan perusoikeuskirjan säännökset voivat tulla sovellettavaksi asianosais- ja asia-relaatioissa, joissa on kysymys

- 1) yksityisen oikeussubjektin ja viranomaisen välisestä asiasta, joka koskee julkisen vallan lainsäädäntö- tai hallintotoimia,
- 2) yksityisten subjektien välisestä asiasta, joka koskee julkisen vallan lainsäädäntö- tai hallintotoimia tai
- 3) yksityisten subjektien välisestä asiasta, joka ei koske julkisen vallan toimia.

Kaikista relaatioista on myös olemassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. Asiassa C- 36/02 Omega Spielhallen oli kyse ensimmäisen relaation alaan kuuluvasta oikeustapauksesta, jossa unionin tuomioistuin joutui ottamaan kantaa palvelujen tarjoamisen vapautteen suhteessa Saksassa perustuslakiin kirjattuun ihmisarvon kunnioittamisen periaatteeseen. Asiassa unionin tuomioistuin hyväksyi Saksan viranomaisten

³⁹ Esimerkkinä tällaisesta sektorilainsäädännöstä voidaan mainita luonnonsuojelua sekä finanssimarkkinoita koskevat säännökset.

päätöksen kieltää ns. tappamispelit katsoen, että ihmisoikeudet ja ihmisarvon kunnioittamisen periaate olivat esteenä kyseisen palvelun tarjoamiselle. Tuomioistuin ei antanut merkitystä sille seikalle, että vastaavia palveluita oli laillisesti tarjolla muissa jäsenvaltioissa.

Asiassa C-144/04 Mangold oli kyse yksityisten subjektien välisestä asiasta, joka koski ikään perustuvaa syrjintää työelämässä. Asiassa oli solmittu määräaikainen työsopimus 56-vuotiaan henkilön kanssa, joka sittemmin riitautti sopimuksen määräaikaisuuden. Työsopimuksen määräaikaaisuutta perusteltiin työnantajan puolelta saksalaisella lainsäädännöllä, joka salli työnantajien solmia iäkkäiden työntekijöiden kanssa määräaikaisia työsopimuksia ilman muutoin edellytettäviä erityisiä perusteita. Unionin tuomioistuin käsitteli tuomiossaan syrjintäkiellon periaatetta ja päätyi siihen, että unionin oikeus muodosti esteen sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, joka oikeuttaa rajoituksetta tekemään määräaikaisia työsopimuksia iäkkäämpien henkilöiden kanssa. Myös asiassa C-555/07 Küçükdeveci unionin tuomioistuin hyväksyi ikään perustuvan syrjinnän kiellon periaatteen unionin oikeuden yleiseksi periaatteeksi. Ratkaisunsa perusteluissa tuomioistuin nimenomaisesti viittasi perusoikeuskirjan syrjinnän kieltoa koskevaan 21 artiklaan sekä Lissabonin sopimuksen 6 artiklaan, jonka mukaan perusoikeuskirjalla on sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla.

Asia C-438/05 International Transport Workers Federation eli ns. Viking Line -tapaus koski perusoikeuksien horisontaalivaikutusta yksityisten subjektien välisessä asiassa, joka ei välittömästi koskenut julkisen vallan toimia. Asiassa oli kysymys Suomen merimiesunionin sekä sen kattojärjestön ITF:n toimeenpanemasta työtaistelutoimenpiteestä, jonka tarkoituksena oli estää yhden Viking Linen aluksen ulosliputtaminen Suomesta Viroon ja työntekijöiden työehtojen heikentäminen. Tuomioistuin katsoi ratkaisussaan, että asia liittyi perustamissopimuksen 43 artiklan eli sijoittautumisvapauden soveltamisalaan ja että työtaistelutoimet voivat sellaisenaan olla sijoittautumisvapautta loukkaavia. Tuomioistuin katsoi kuitenkin, että ”rajoitukset voidaan periaatteessa oikeuttaa työntekijöiden suojelun kaltaisen yleistä etua koskevan pakottavan syyn suojelulla edellyttäen, että osoitetaan, että niillä voidaan taata oikeutetun päämäärän saavuttaminen ja että niillä ei ylitetä sitä, mikä on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi.”

Kansallisten tuomioistuinten näkökulmasta perusoikeuskirjan säännösten sovellettavuuden rajoittuminen nimenomaisesti EU-oikeuden soveltamiseen voi aiheuttaa ongelmia sen seikan tunnistamisessa, milloin asiassa on kyse EU-oikeudesta ja sen soveltamisesta. EU-oikeus perustuu rakenteellisesti säännöksiin, jotka vielä edellyttävät kansallista täytäntöönpanoa. Kansallisen lainsäädännön osalta kysymys siitä, mihin unionintason säännöksiin laki mahdollisesti perustuu, ei kaikilta osin ole selkeästi merkitty.

7. Perusoikeuskirjan merkityksestä lainkäytössä

Rikos- ja prosessioikeuden näkökulmasta merkityksellisimpinä perusoikeuskirjan säännöksinä voidaan pitää I-osaston ihmisarvoa, II-osaston vapauksia, V-osaston kansalaisten oikeuksia sekä VI-osaston lainkäyttöä koskevia artikloja. Perusoikeuskirjan VI-osaston artikkelit ovat niitä prosessuaalisia artikloita, joissa säädetään yksityiskohdaisesti niistä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksistä, joita kansallisissa tuomioistuimissa on noudatettava.

Seuraavassa käydään läpi perusoikeuskirjan I-osaston, II-osaston ja VI-osaston artikkelit siltä osin, kuin niillä voidaan katsoa olevan merkitystä lainkäytön kannalta sekä käsitellään niiden suhdetta erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimukseen.

7.1 I-osasto, artikla 1 – ihmisarvo ja artikla 2 – oikeus elämään

Perusoikeuskirjan 1 artiklassa säädetään ihmisarvon loukkaamattomuudesta. Artiklan mukaan ihmisarvoa on kunnioitettava ja suojeltava. Perusoikeuskirjan 2 artiklan mukaan jokaisella on oikeus elämään eikä ketään saa tuomita kuolemaan eikä teloittaa.

Artikkelit vastaavat Suomen perustuslain 1 §:n 2 momenttia, jonka mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä 7 §:ää, jonka mukaan jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen eikä ketään ei saa tuomita kuolemaan, kiduttaa eikä muutoinkaan kohdella ihmisarvoa loukkaavasti.⁴⁰

7.2 II-osasto – vapaudet

II-osaston artikloissa säädetään oikeudesta vapauteen ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen (6 art), oikeudesta yksityis- ja perhe-elämään, kodin ja viestien kunnioituksesta (7 art), henkilötietojen suojasta (8 art), oikeudesta solmia avioliitto ja perustaa perhe (9 art), ajatuksen, omantunnon ja uskonnon vapaudesta (10 art), sanan- ja tiedonvälityksen vapaudesta (11 art), kokoontumis- ja yhdistymisvapaudesta (12 art), taiteen ja tutkimuksen vapaudesta (13 art), oikeudesta koulutukseen (14 art), ammatillisesta vapaudesta ja oikeudesta tehdä työtä (15 art), elinkeinovapaudesta (16 art), omistusoikeudesta (17 art), oikeudesta turvapaikkaan (18 art) sekä suojasta palauttamis-, karkottamis- ja luovuttamistapauksissa (19 art).

⁴⁰ Perustuslain 9 §:n 3 momentista vielä johtuu, että ketään ei luovuteta pois Suomesta, jos häntä tämän vuoksi uhkasi kuolemanrangaistus, kidutus tai muu ihmisarvoa loukkaava kohtelu. – Väite kidutuksesta ja ihmisarvoa loukkaavasta kohtelusta esitettiin asiassa KKO 2010:94, jossa oli kysymys väitetyn rikoksentehtäjän luovuttamisesta Suomesta Venäjälle. KKO ei ottanut väitteeseen kantaa, sillä luovutukselle katsottiin olevan este jo sillä perusteella, että luovuttamisen perusteeksi väitetyt rikokset katsottiin luonteeltaan poliittisiksi.

Perusoikeuskirjan II-osaston artiklojen oikeusvaikutuksia ei ole tässä yhteydessä tarkoituksenmukaista käydä yksityiskohtaisesti läpi. Yleisellä tasolla voidaan mainita, että säännökset ovat nimenomaisesti subjektiivisia oikeuksia luovia eivätkä periaate-tason sääntelyä.

Perusoikeuskirjan II-osaston säännökset ovat pitkälle yhdenmukaiset Euroopan ihmisoikeussopimusten vastaavien artiklojen kanssa. Tietyin osin Euroopan ihmis-oikeussopimuksen artiklat ovat sanamuotonsa puolesta laveampia kuin perusoikeus-kirjan yleisen tason pelkistetyt artiklat. Toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ei säädetä mitään henkilötietojen suojasta, taiteen ja tutkimuksen vapaudesta, koulut-tautumisoikeudesta, ammatillisesta vapaudesta ja työskentelyoikeudesta, elinkeino-vapaudesta, omistusoikeudesta eikä turvapaikka-oikeudesta tai suojasta palauttamis-, karkottamis- ja luovuttamistapauksissa. Näiltä osin perusoikeuskirjan voidaan katsoa luovan pidemmälle meneviä subjektiivisia oikeuksia kuin Euroopan ihmisoikeussopi-muksen artiklat.⁴¹

7.3 VI-osasto – lainkäyttöä koskevat artiklat

7.3.1 Artikla 47 – oikeus tehokkaisuuteen oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen

Artiklan 47 ensimmäisessä kohdassa säädetään oikeudesta tehokkaisuuteen oikeussuoja-keinoihin.

Artiklan mukaan jokaisella, jonka unionin oikeudessa taattu oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava käytettävissään oikeussuojakeinot tuomioistuimessa. Jokai-sella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeuden-käyntiin riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa, joka on etukäteen laillisesti perustettu. Jokaisella on oltava mahdollisuus saada neuvoja ja antaa toisen henkilön puolustaa ja edustaa itseään.

Säännöstä vastaa ihmisoikeussopimuksen 13 artikla ja osittain myös 6 artikla. Pe-rusoikeuskirjan artiklan soveltamisala on kuitenkin ihmisoikeussopimuksen vastaavaa artiklaa laajempi. Perusoikeuskirjan perusteluosan mukaan sitä ei sovelleta yhteisön oikeudessa ainoastaan oikeuksia ja velvollisuuksia koskeviin riita-asioihin.⁴²

⁴¹ Tosin EIT on omassa oikeuskäytännössään katsonut esim. 10 artiklan sananvapauden kattavan esi-merkiksi myös taiteellisen ilmaisun vapautta siten, että teatteriryhmään kohdistetun näytelmän esit-tämiskiellon on katsottu merkitsevän puuttumista ryhmän jäsenten sananvapauteen (asia *Ulusoy ym. v. Turkki*). Ihmisoikeustuomioistuin on laajentanut sananvapausartiklan tulkintaa jopa kattamaan il-mausvapautena ketunmetsästyksen vastustajien fyysisiä toimenpiteitä metsästyksen estämiseksi (asia *Hashman ja Harrup v. Yhdistynyt kuningaskunta*).

⁴² Ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan mukaan oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin tulee sovellet-tavaksi silloin, kun päätetään asianosaisen oikeuksista ja velvollisuuksista tai häntä vastaan nostetusta rikossyyteestä. Perusoikeuskirjan 47 artikla kohdistaa tehokkaat oikeussuojakeinot nimenomaisesti

Artiklan kolmas kohta koskee maksuttoman oikeusavun myöntämistä vähävaraiselle. Artiklan 47 (3) mukaan maksutonta oikeusapua annetaan vähävaraisille, jos tällainen apu on tarpeen, jotta asianomainen voisi tehokkaasti käyttää oikeutta saattaa asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi.

Vastaavaa artiklaa ei sisälly ihmisoikeussopimukseen, mutta ihmisoikeustuomioistuin on omassa oikeuskäytännössään katsonut, että maksuttoman oikeusavun epäminen saattaa johtaa ihmisoikeusloukkaukseen tapauksessa, jossa ”oikeusavun puuttuminen tekisi tehottomaksi tehokkaan oikeussuojan takuun”.⁴³

Huomionarvoista on, että myös perusoikeuskirja arvioi maksuttoman oikeusavun myöntämistä nimenomaisesti siitä näkökulmasta, onko oikeusapu tarpeen, jotta asianomainen voisi tehokkaasti käyttää oikeuttaan saattaa asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi.

7.3.2 Artikla 48 – syyttömyysolettama ja oikeus puolustukseen

Artiklan mukaan jokaista syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Artiklan toisen kohdan mukaan jokaiselle syytetylle taataan oikeus puolustukseen.

Artikla vastaa ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 2 ja 3 kohtia. Perusoikeuskirjan perusteluosan mukaan 48 artiklalla on sama merkitys ja kattavuus kuin ihmisoikeussopimuksessa turvatulla kyseisellä oikeudella.⁴⁴

Unionin tuomioistuin ja sekä unionin yleinen tuomioistuin ovat ottaneet kantaa syyttömyysolettamaan useissa, pääsääntöisesti kuitenkin kilpailulainsäädännön alaan kuuluvissa ratkaisuissa. Asioissa on ollut kysymys mm. Euroopan komission prosessuaalisen menettelyn arvioinnista.⁴⁵ Sen sijaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö syyttömyysolettamasta on laajaa.⁴⁶

tuomioistuimissa toteutettaviksi, ihmisoikeussopimuksessa käytetään käsitettä ”kansallisen viranomaisen edessä”. – Perusoikeuskirjan perusteluosassa soveltamisalaeroa on perusteltu muun ohessa unionin tuomioistuimen ratkaisulla asiassa 194/83, jossa unionin tuomioistuin on nimenomaisesti korostanut Euroopan yhteisön luonnetta oikeusyhteisönä. Perusteluiden mukaan kuitenkin unionissa sovelletaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takuita samalla tavalla kuin ihmisoikeussopimuksen perusteella on tehty.

⁴³ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio asiassa *Airey*, 9.10.1979.

⁴⁴ Syyttömyysolettamasta ja oikeudesta puolustukseen tarkemmin esim. Ervo s. 143–149.

⁴⁵ Ks. esimerkiksi asiat T-141/08 (*E.ON Energie v. komissio*) ja T-279/02 (*Degussa*) sekä T-22/02 ja T23/02 (*Sumitomo Chemical v. komissio*).

⁴⁶ Esimerkiksi EIT:n tuomioita näyttötaakan jaosta ja kysymyksestä, voidaanko syytetyn itsekriminointisuojaan vetoaminen katsoa näytöksi häntä vastaan asiat *John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta* (8.2.1996) ja *Averill v. Yhdistynyt kuningaskunta* (6.6.2000). EIT on myös antanut ratkaisun kysymyksestä, voidaanko epäiltyyn kohdistaa pakkokeinoja vaitiolon murtamiseksi asiassa *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (17.12.1996). Unionin tuomioistuin on asiassa C-344/08 Rubach ottanut prosessuaaliselta näkökulmalta kantaa syyttömyysolettamaan tapauksessa, joka koski luonnonvaraisten eläinten ja kasvien suojelua ja lajien yksilöiden hankinnan laillisuuden osoittamista.

Oikeutta puolustukseen voidaan pitää 47 artiklassa vastaavalla tavalla olennaisena osana oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja ns. equality of arms -periaatetta.⁴⁷

7.3.3 Artikla 49 – laillisuusperiaate ja rikoksista määrättävien rangaistusta oikeasuhtaisuuden periaate

Artikla laajentaa pitkään voimassa ollutta⁴⁸ laillisuusperiaatetta liittäen sen rangaistusten oikeasuhtaisuuteen.

Artiklan ensimmäisen kohdan mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen sellaisen teon tai laiminlyönnin perusteella, joka ei ollut tekohtekellä rikos kansallisen lainsäädännön tai kansainvälisen oikeuden mukaan. Rikoksesta ei saa määrätä sen tekohtekellä sovellettavissa ollutta rangaistusta ankarampaa rangaistusta. Jos rikoksen teon jälkeen laissa säädetään lievemmästä rangaistuksesta, sitä on sovellettava.

Unionin tuomioistuin on antanut useita ratkaisuja, joissa on käsitelty laillisuusperiaatetta ja joissa oikeuskäytäntö laillisuusperiaatteen sisällöstä on täsmentynyt.⁴⁹ Unionin tuomioistuin on myös oikeuskäytännössään viitannut ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja katsonut ihmisoikeustuomioistuimen laillisuusperiaatetta koskevan oikeuskäytännön koskevan myös EU-oikeuden soveltamista.⁵⁰

Unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään katsonut, että laillisuusperiaatetta on pidettävä oikeusjärjestyksille yhteisenä periaatteena ja kuuluvan jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen perustana oleviin yleisiin oikeusperiaatteisiin.

Toisaalta asiassa C-305/05 *Advocaten voor de Wereld* tuomioistuimen voidaan katsoa ainakin jossain määrin heikentäneen laillisuusperiaatteen merkitystä eurooppalaista pidätysmääräystä koskeneessa asiassa.

Asiassa oli kysymys belgialaisen asianajoyhdistyksen kanteesta, jossa vaadittiin eurooppalaisesta pidätysmääräyksestä Belgiassa annettua lakia kumottavaksi muun ohessa sillä perusteella, että ”kumottavaksi vaadittava laki ei täytä rikosasioissa sovellettavan laillisuusperiaatteen edellytyksiä, koska siinä ei luetella rikoksia, joiden normatiivinen sisältö on riittävän selvä ja täsmällinen, vaan pelkästään väljästi määriteltyjä ei-toivotun käyttäytymisen ryhmiä”. Käytännössä laissa ja sen taustalla olleessa puitepäätöksessä oli lueteltu rikosnimikkeitä, joihin syylliseksi epäillyn henkilön luovuttamisen edellytyksenä ei ollut ns. kaksoisrangaistavuus.

Tuomioistuin katsoi ratkaisussaan, että eurooppalaisesta pidätysmääräyksestä ja jäsenvaltioiden välisistä luovuttamismenettelyistä 13.6.2002 tehdyn neuvoston puitepäätöksen 2002/584/YOS tarkoituksena ei ollut jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen lähentäminen kansallisten rikoslakien osalta, joten rikosten määritelmät kuuluivat

⁴⁷ Osapuolten tasa-arvon periaatteesta tarkemmin esim. Ervo 2005 s. 132–141 tai Lappalainen ym. 2003 s. 105–110.

⁴⁸ Perusoikeuskirjan selitysosassa periaate määritellään ”klassiseksi”.

⁴⁹ Esim. asiat C-63/83 *Regina v. Kirk*, C-105/03 *Pupino*, C-148/78 *Ratti*.

⁵⁰ Yhdistetyt asiat C-189/02, C-202/02, C-205/02 ja C-213/02 *Dansk Rørindustri ym. v. komissio*.

edelleen jäsenvaltioiden toimivaltaan ja että laillisuusperiaatteen kunnioittaminen on jäsenvaltioiden tehtävä. Näin ollen tuomioistuin ei nähnyt ongelmaa siinä, että henkilö voidaan luovuttaa toiseen jäsenvaltioon kaksoisrangaistavuutta tutkimatta pelkän määritelmällisesti epätäsmällisen rikosnimikkeen perusteella.⁵¹

Artiklan toisen kohdan mukaan artiklan määräykset eivät estä panemasta vireille oikeudenkäyntiä henkilöä vastaan ja tuomitsemasta häntä rangaistukseen teosta tai laiminlyönnistä, joka kansakuntien yhteisesti tunnustamien yleisten periaatteiden mukaan oli tekohetkellä rikos.⁵²

Artiklan kolmannen kohdan mukaan rangaistus ei saa olla epäsuhteessa rikoksen vakavuuteen. Tällaista vaatimusta ei ole Euroopan ihmisoikeussopimuksessa. Suomessa rangaistusten oikeasuhtaisuudesta on laintasoinen säännös rikoslain 6 luvun 4 §:ssä.

Perusoikeuskirjan perusteluosassa todetaan tältä osin, että rangaistusten oikeasuhteisuuden olevan yleinen periaate, joka on vakiintunut jäsenvaltioiden yhteisissä valtiosääntöperinteissä ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä.⁵³

7.3.4 Artikla 50 – kielto syyttää ja rangaista oikeudenkäynnissä kahdesti samasta rikoksesta

Artiklan mukaan ketään ei saa panna syytteeseen tai rangaista rikoksesta, josta hänet on jo unionissa lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi lain mukaisesti.

Artiklan säännös vastaa ihmisoikeussopimuksen seitsemännen lisäpöytäkirjan 4 artiklaa. Perusoikeuskirjan perusteluosassa on tältä osin myös nimenomainen viittaus ihmisoikeussopimukseen kyseiseen kohtaan. Perusoikeuskirjan selostusosassa on mainittu kaksi tapausta, eli vuonna 1966 annetut ratkaisut 18/65 ja 33/65 Gutmann sekä unionin yleisen tuomioistuimen tuomio T-305/94 Limburgse Vinyl Maatschappij Nv vs. komissio. Edelleen selostusosan mukaan 50 artiklaa ei sovelleta ainoastaan saman valtion tuomioistuimissa vaan myös useiden jäsenvaltioiden tuomioistuinten välillä ja viitataan Schengenin sopimuksen soveltamisesta tehdyn yleissopimuksen 54-58 artikloihin.

Artiklan säätämä *ne bis in idem* -kielto on aktualisoitunut useassa unionin tuomioistuimen sekä euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaistavana olleessa oikeusta-

⁵¹ Melanderin mukaan päätöstä voidaan kritisoida mm. sillä perusteella, että unionin tuomioistuin antoi laillisuusperiaatteelle kapean merkityksen viranomaisyhteistyön tehokkuuden lisäämisen kustannuksella. Melander s. 131.

⁵² Perusoikeuskirjan selostusosan mukaan 49 artiklan toinen kohta koskee erityisesti rikoksia ihmiskuntaa vastaan ja turvattavalla oikeudella on sama merkitys ja kattavuus kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvatulla oikeudella.

⁵³ Ks. esim. unionin tuomioistuimen ratkaisut C-118/75 Watson & Belmann, C-8/77 Sagulo, C-157/79 Pieck ja C-193/94 Skanavi. Melanderin mukaan suhteellisuusperiaatteessa on ensisijaisesti kysymys lainsäätäjän pyrkimyksestä ylläpitää johdonmukaista sanktioiden ankaruutta koskevaa järjestystä sekä suhteuttamaan kriminalisoinnin tämän mukaisesti toisiinsa niiden abstraktilla tasolla yleistetyn tyyppitapauksen moitittavuuden mukaisesti. Melander 2008 s. 468.

pauksessa sekä myös kansallisissa rikosprosesseissa.⁵⁴ Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön *ne bis in idem* -kysymyksestä voidaan katsoa olevan vakiintunutta.

Asia on unionitasolla heijastunut muun ohessa henkilöiden vapaata liikkuvuutta koskevaksi kysymykseksi, jossa mahdollinen rikossyytteen uhka on estänyt unionin kansalaisia liikkumasta vapaasti yhteisön alueella.⁵⁵ Lisäksi kysymys on unionitasolla tyypillisesti ns. rajat ylittävästä rikollisuudesta, jossa sama teko saattaa täyttää rikoksen tunnusmerkistön usean eri jäsenvaltion alueella.

Tässä yhteydessä ei ole tarkoituksenmukaista käsitellä yksityiskohtaisesti *ne bis in idem* -kiellon ulottuvuuksia ja sisältöä. Todettakoon, että unionin tuomioistuin on asiassa C-261/09 Mantello katsonut, että kieltoon sisältyvää saman teon käsitettä on arvioitava nimenomaisesti unionin oikeuden itsenäisenä käsitteenä, ei kansallisen lain perusteella. Tuomioistuin katsoi tuomionsa perusteluissa, että ”saman teon käsitettä ei voida jättää kunkin jäsenvaltion oikeusviranomaisten tulkittavaksi niiden kansallisen oikeuden mukaan. Unionin oikeuden yhdenmukaista soveltamista koskevasta vaatimuksesta nimittäin seuraa, että siltä osin kuin mainitussa säännöksessä ei viitata jäsenvaltioiden oikeuteen kyseisen käsitteen osalta, tätä käsitettä on tulkittava koko unionissa itsenäisesti ja yhdenmukaisesti”.

8. Ennakkoratkaisupyynnöistä suhteessa perusoikeuskirjaan

Lissabonin sopimuksen 267 artiklan mukaan Euroopan unionin tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisu a) perussopimusten tulkinnasta ja b) unionin toimielimen, elimen tai laitoksen säädöksen pätevyydestä ja tulkinnasta.

Jos tällainen kysymys tulee esille jäsenvaltion tuomioistuimessa, tämä tuomioistuin voi, jos se katsoo, että kysymys on ratkaistava jotta se voi antaa päätöksen, pyytää Euroopan unionin tuomioistuinta ratkaisemaan sen. Jos tällainen kysymys tulee esille sellaisessa kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävänä olevassa asiassa, jonka päätöksiin ei kansallisen lainsäädännön mukaan saa hakea muutosta, tämän tuomioistuimen on saatettava kysymys Euroopan unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi.

Lissabonin sopimuksella laajennettiin ennakkoratkaisupyyntövelvoitetta koskemaan myös poliisiyhteistyötä sekä oikeudellista yhteistyötä sisäasioissa koskevia

⁵⁴ Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä voidaan mainita asiat C-463/04 Van Esbroeck, C-467/04 Gasparini ym., C-150/05 van Straaten, C-367/05 Kraaijenbrink, C-288/05 Kretzinger, C-491/07 Turansky, C-297/07 Bourquain sekä C-261/09 Mantello. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä voidaan mainita suuren jaoston ratkaisema asia *Zolotukhin v. Venäjä*, jossa ratkaisussa ihmisoikeustuomioistuin perusteli laajalti kahdenkertaisen tuomitsemisen kiellon ulottuvuutta. Myös asia *Ruotsalainen v. Suomi* on ollut aktiivisesti esillä erityisesti sen kysymyksen osalta, estääkö aikaisemmin määrätty veronkorotus myöhemmän samaa menettelyä koskevan veropetosyytteen tutkimisen.

⁵⁵ Tarkemmin *ne bis in idem* -kiellon rakenteesta esim. Helenius 2010 s. 764–777. Artikkelin sisältää runsaasti viittauksia Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön *ne bis in idem* -asioissa.

asioita. Tämä tarkoittaa myös viisumi-, turvapaikka- ja maahanmuuttopolitiikkaa sekä yksityisoikeudellista yhteistyötä koskevien asioiden saattamista ennakkoratkaisumenettelyn piiriin.⁵⁶ Laajennus liittyy Lissabonin sopimuksen myötä kumottuun EU:n pilarirakenteeseen ja yleistoimivallan antamiseen unionin tuomioistuimelle oikeus- ja sisäasioissa eli ns. vapauden, turvallisuuden ja oikeuden aluetta koskevissa kysymyksissä.

Vaikka perusoikeuskirja on ollut oikeudellisesti sitova vasta lyhyen ajan, unionin tuomioistuin on jo antanut lukuisia ratkaisuja, joissa päätöksiä on nimenomaisesti perusteltu perusoikeuskirjan säännöksillä. Asioissa on ollut kyse muun muassa lapsikaappauksesta, oikeudesta perheenyhdistämiseen, unionin kansalaisuudesta, turvapaikkamenettelystä, oikeudesta tehokkaaseen tuomioistuinvalvontaan ja työelämään perustuvasta syrjinnästä.⁵⁷

Yksi kirjoitushetkellä erityisen ajankohtainen ratkaisu on annettu asiassa C-70/10 (tuomio 24.11.2011), jossa oli yksinkertaistettuna kysymys vaatimuksesta, että tuomioistuin velvoittaisi internet-palveluntarjoajaa suodattamalla estämään vertaisverkoissa tapahtuva tekijänoikeuksien loukkaus. Unionin tuomioistuin perusti ratkaisunsa ensisijaisesti perusoikeuskirjan velvoitteisiin viestintäsalaisuudesta, henkilötietojen suojasta sekä sanan- ja tiedonvälityksen vapaudesta. Erityisesti julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa käsiteltiin laajasti perusoikeuksien ulottuvuutta sekä myös suhteellisuus- ja laillisuusperiaatteen merkitystä ja sisältöä.⁵⁸

Nähtäväksi jää, missä määrin unionin tuomioistuin alkaa ohjata lainkäyttöä tulkitsemalla myös perusoikeuskirjan VI-osaston artikloja.

Ennakkoratkaisumenettely ja unionin tuomioistuimen rooli EU-lainsäädännön soveltamisen valvojana saattaa ainakin rikosprosessioikeudessa nostaa perusoikeuskirjan sisällöllistä merkitystä erityisesti oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevien säännösten tulkinnassa. Verrattuna Euroopan ihmisoikeussopimukseen, jonka valvonta on puhdasta jälkikäteiskontrollia, unionin tuomioistuin pystyy ennakkoratkaisuillaan osallistumaan aktiivisesti vireillä olevaan prosessiin ja lausumaan riidan ollessa vielä vireillä sitovan käsityksensä asiasta.

Koska unionin tuomioistuimen työjärjestykseen on vielä lisätty mahdollisuus asian käsittelemiseen kiireellisenä, osapuolilla saattaa tietyissä tapauksissa olla intressi ennakkoratkaisun pyytämisen vaatimiseen jo prosessin varhaisessa vaiheessa sen sijasta, että asian saatua lainvoiman saattaa menettely Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tutkittavaksi.

⁵⁶ Esim. Rosas – Kaila 2010 s. 268 alkaen, jossa muutoksen taustaa perustellaan muun ohessa sillä, että ennakkoratkaisupyyntöjen tulisi kyseisissä asiaryhmissä turhan viivytyksen välttämiseksi painottaa alempiin oikeusasteisiin.

⁵⁷ Mm. asiat C-491/10 Aguirre Zarraga, C-578/08 Chakroun, C-34/09 Ruiz Zambrano, C-69/10 Samba Diouf, yhdistetyt asiat C-297/10 ja C-298/10 Hennigs.

⁵⁸ Asia C-70/10 Scarlet Extended SA vs. Sabam. Tällä hetkellä Suomessa on vireillä ainakin kolme vastaavan kaltaista oikeudenkäyntiä, joissa tekijänoikeuksien haltijoiden etujärjestö vaatii tuomioistuinta velvoittamaan kolmea Suomessa toimivaa internet-palveluntarjoajaa estämään asiakkailtaan pääsyn ThePirateBay -verkkosivulle.

9. Lopuksi

Perusoikeuskirjan merkityksestä kansallisessa lainkäytössä on vielä liian aikaista tehdä johtopäätöksiä. Kuitenkin oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta perusoikeuksien ”läpilyöntiä” oikeusjärjestykseen ja oikeudenkäynteihin voidaan pitää ainakin jossakin määrin haasteellisena ja aikaisemmin tuntemattomana tai ainakin vähälle soveltamiselle jääneenä elementtinä. Perusoikeuskirjan voimaantuloa ja oikeudellista sitovuutta voidaan pitää yhtenä kehitysaskelena perusoikeuksien merkityksen korostamisessa ja perusoikeusmyönteisen laintulkinnan oikeuslähdeopissa.

Perusoikeuksien merkityksen oivaltaminen ja oikeudellisten kysymysten tunnistaminen edellyttävät oikeudenkäynnin osapuolilta sekä tuomioistuinten jäseniltä myös kansainvälisten oikeuslähteiden aktiivista seuranta. Toisaalta ylikansallisten ja kansallisten perusoikeussäännösten päällekkäisyydestä sekä toisaalta perusoikeuskirjan soveltamisalarajoituksesta johtuen on mahdollista, että perusoikeuskirjan suora soveltaminen ja tuomioiden perustelevuus perusoikeuskirjan artikloilla jää kansallisissa tuomioistuimissa vähäiseksi.

Unionin tuomioistuin on omassa oikeuskäytännössään erityisesti perusoikeuskirjan oikeudellisen sitovuuden jälkeen ryhtynyt aktiivisesti viittaamaan perusoikeuskirjaan ja tulkitsemaan EU-lainsäädäntöä perusoikeusmyönteisestä näkökulmasta. Tästä voitaneen tehdä varovainen johtopäätös siitä, että perusoikeuskirjan merkitys tai yleisemminkin perusoikeusmyönteinen laintulkinta tulee yleistymään myös kansallisissa tuomioistuimissa käsiteltävissä asioissa. Luonnollisesti ensimmäiseksi haasteeksi tällöin muodostuu ongelmien tunnistaminen. Kuten aiemmin viitatusta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä voidaan päätellä, perusoikeusluttavuus saattaa aktualisoitua mitä erilaisimmissa asiakysymyksissä.

Perusoikeuksien kehitys on myös EU-tasolla ns. valtiosääntöoikeudellisesti edelleen murrosvaiheessa. Perusoikeuksien merkitystä unionissa korostaa kuitenkin se, että unionin tuomioistuimen lisäksi myös muut unionin instituutiot ovat omalta osaltaan sitoutuneet omassa toiminnassaan perusoikeuksien kunnioittamiseen. Väitettä perusoikeuksien merkityksen lisääntymisestä tukee myös päätös EU:n perusoikeusviraston perustamisesta ja toiminnan aloittamisesta.

Yleisellä tasolla ja erityisesti poliittisesta näkökulmasta perusoikeuskirjan julkaisemista ja voimaantuloa voidaan pitää merkittävänä saavutuksena, joka korostaa EU:n luonnetta ”ihmisoikeuksien unionina”.

Lähteet

Kirjallisuus

- Ervo, Laura*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Helsinki 2005.
- Fredman, Markku*: Asianosaisjulkisuus esitutkinnassa ja vangitsemisesta päätettäessä. Helsinki 2011.
- Hautamäki, Veli-Pekka*: Perusoikeuden ydinalue argumenttina. Lakimies 1/2011.
- Helenius, Dan*: Ne bis in idem -kiellon rakenne ja ongelmakohtat viimeaikaisessa oikeuskäytännössä. Defensor Legis 12/2010 s. 764–777.
- Joutsamo, Kari – Aalto, Pekka – Kaila, Heidi – Maunu, Antti*: Eurooppaoikeus. Helsinki 2000.
- Jääskinen, Niilo*: Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Helsinki 2008.
- Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki*: Prosessioikeus. Helsinki 2003.
- Melander, Sakari*: Kriminalisointiteoria. Helsinki 2008.
- Melander, Sakari*: EU-rikosoikeus. Helsinki 2010.
- Ojanen, Tuomas*: Perus- ja ihmisoikeudet - eurooppalaisen konstitutionalismin Akilleen kantapää? Lakimies 7–8/2009 s. 1106–1124.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin*: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien kansainvälinen valvonta. Teoksessa *Hallberg – Karapuu – Scheinin – Tuori – Viljanen*: Perusoikeudet. Helsinki 2011.
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö EU-oikeuden lähteenä. Teoksessa *Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa – Juhlakirja Allan Rosas*. Turku 2008.
- Rosas, Allan*: Perus- ja ihmisoikeudet EU-oikeudessa. Teoksessa *Hallberg, Karapuu, Scheinin, Tuori, Viljanen*: Perusoikeudet. Helsinki 2011.
- Rosas, Allan – Kaila, Heidi*: Euroopan unionin tuomioistuin ja Lissabonin sopimus. Teoksessa *Hallinto ja hallintolainkäyttö, juhlaulkaisu Heikki Kulla*. Jyväskylä 2010.

Oikeuskäytäntö

Unionin tuomioistuin

- C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft
C-118/75 Watson & Belmann
C-8/77 Sagulo
C-148/78 Ratti
C-157/79 Pieck
C-63/83 Regina v. Kirk
C-5/88 Wachauf
C-260/89 ERT
C-159/90 Society for the Protection of the Unborn Children
C-13/94 P vs. S ja Cornwall County Council
C-193/94 Skanavi
C-309/96 Annibaldi
C-94/00 Roquette Frères
C-36/02 Omega Spielhallen,
Yhdistetyt asiat C-189/02, C-202/02, C-205/02 ja C-213/02 Dansk Rørindustri ym. v. komissio.
C-105/03 Pupino

C-540/03, parlamentti vs. neuvosto
C-144/04 Mangold
C-354/04 Gestoras Pro Amnistia ym.
C-463/04 Van Esbroeck
C-467/04 Gasparini ym
C-150/05 van Straaten
C-288/05 Kretzinger
C-305/05 Advocaten voor de Wereld
C-367/05 Kraaijenbrink
C-438/05, International Transport Workers Federation
C-297/07 Bourquain
C-491/07 Turansky
C-555/07, Küçükdeveci
C-344/08 Rubach
C-578/08 Chakroun
C-34/09 Ruiz Zambrano
Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 Volker und Markus Schecke ja Eifert
C-145/09 Tsakouridis
C-243/09, Fuß
C-261/09 Mantello
C-69/10 Samba Diouf
Yhdistetyt asiat C-297/10 ja C-298/10 Hennigs.
C-339/10 Asparuhov Estov
C-145/09 Tsakouridis
C-70/10 Scarlet Extend SA vs. Sabam
C-491/10 Aguirre Zarraga

Unionin yleinen tuomioistuin

Yhdistetyt asiat T-22/02 ja T23/02 Sumitomo Chemical v. komissio
T-279/02 Degussa v. komissio
T-141/08 E.ON Energie v. komissio

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Airey v. Irlanti, 9.10.1979.
John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta, 8.2.1996
Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta, 17.12.1996
Hashman ja Harrup v. Yhdistynyt kuningaskunta, 25.11.1999
Averill vs. Yhdistynyt kuningaskunta, 6.6.2000
Bosphorus Hava Yollari v. Irlanti, 30.6.2005
Ulusoy ym. v. Turkki, 31.7.2007
Zolotukhin v. Venäjä, 10.2.2009 (suuri jaosto)
Ruotsalainen v. Suomi, 16.6.2009
Ullens de Schooten ja Ivan Rezabek v. Belgia, 20.9.2011

Korkein oikeus

KKO 2007:58
KKO 2009:27

KKO 2009:80
KKO 2010:41
KKO 2010:45
KKO 2010:46
KKO 2010:49
KKO 2010:82
KKO 2010:94
KKO 2011:27
KKO 2011:35
KKO 2011:46
KKO 2011:80

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2011:41

Totuus vai oikeudenmukaisuus – milloin tuomioistuimen tulee jättää todistelu hyödyntämättä rikosprosessissa

1. Johdanto

Suomalaisessa rikosprosessissa tuomioistuimella on perinteisesti ollut vapaa valta arvioida kaikkia sen tietoon tulleita todisteita ratkaistessaan, onko henkilö syyllistynyt rikokseen. Vapaa harkintavalta ilmenee myös oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 2 §:n 1 momentista:

”Oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiin tulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena.”¹

Rikosprosessin tavoitteena katsotaan olevan asioiden todellista tilaa vastaava lopputulos (aineellisen totuuden periaate²). Oikeudenmukaisuus ja oikeusturva toteutuvat, kun rikoksen tekijä paljastuu ja saa teostaan lainmukaisen rangaistuksen tai kun epäilty osoittautuu syyttömäksi. Totuuteen pyrkivästä tavoitteesta huolimatta moderneissa länsimaisissa oikeusjärjestelmissä tunnustetaan yleisesti, ettei totuutta kuitenkaan tule tavoitella hinnalla millä hyvänsä. Myös Suomen oikeusjärjestelmässä esitutkintaviranomaisten toiminta on tarkoin säännelty, minkä lisäksi laissa on monia henkilötodistelua koskevia sääntöjä. Niissä säädetään millä tavalla, mistä teemoista ja keiltä henkilöiltä todisteita voidaan hankkia. Kiellot rajoittavat erityisesti esitutkintaviranomaisten ja syyttäjän toimintaa, mutta oikeudenkäynnissä ne voivat koskea kaikkia, jotka esittävät todistajille ja muille kuultaville kysymyksiä. Todistelua koskevia sääntöjä kutsutaan yleisesti todistamiskielloiksi.³

¹ Oikeushistoriallisesti vapaa harkintavalta on tarkoittanut sitä, että tuomioistuin voi vapaasti harkita kunkin todisteen näyttöarvoa, toisin kuin legaalisen todistusteorian vallitessa. Ks. Pihlajamäki 1997. Tästä esim. Hormia 1978 s. 3–6 ja Tapanila 2004 s. 16–17.

³ Suurin osa todistamiskielloista on säännelty OK 17 luvussa ja PKL:ssa. Erilaisiin salassapitovelvollisuuksiin liittyvistä kielloista säädetään kutakin toimintaa koskevassa erityislaissa. Todistamiskielloista ja niiden erilaisista jaotteluista yleisesti ks. Hormia 1978 ja 1979, Pölonen 2003 s. 181–197, Lundqvist 1998 s. 23–40, Ojanperä 2006 s. 153–155.

Todistamiskielloilla on useita erilaisia suojeluintressejä. Niillä on pyritty edistämään rikosvastuun toteutumista varmistamalla todistelun luotettavuus sekä parantamaan asianosaisten oikeusturvaa turvaamalla perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen. Todistamiskielloilla on myös tavoiteltu joidenkin oikeudenkäynnin ulkopuolisten yhteiskuntaintressien toteutumista.⁴

Kysymys siitä, milloin tuomioistuimen tulee jättää hyödyntämättä sille tarjottu tai esitetty näyttö on osittain erillinen edellä määritellystä todisteiden hankintaa ja todistamiskieltoja koskevasta sääntelystä. Laissa ei ole nimenomaista yleistä hyödyntämiskieltoa. Todistamiskieltoon rikkominen ei automaattisesti tarkoita, ettei tuomioistuin voi hyödyntää todistetta. Päinvastoin, rikosprosessissa totuuden selvittämistä on perinteisesti pidetty niin tärkeänä, että pääsääntönä on ollut todisteen hyödyntäminen todistamiskieltoon rikkomisesta huolimatta. Yleisen hyödyntämiskieltoon on katsottu seuranneen vain oikeusviranomaisen erittäin törkeästä menettelystä todisteen hankkimisessa eli kun todiste on hankittu kiduttamalla tai muuten ihmisarvoa loukkaamalla.⁵ Lainsäädännössä on lisäksi joitain harvoja erityissääntöjä, joissa todisteen hyödyntäminen kielletään tai sallitaan vain tietyin edellytyksin.

Viimeistään vuoden 1999 perustuslakiuudistuksen myötä tuomioistuimilla on kuitenkin aina velvollisuus kieltää todistelu silloin kun sen hyödyntäminen johtaisi epäoikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Velvollisuus seuraa sekä perustuslain 21 §:n mukaisesta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta että perustuslain 22 §:stä, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Viime kädessä hyödyntämiskäytäntö voidaan ilmeisissä perustuslainvastaisissa tapauksissa joutua tekemään jopa perustuslain 106 §:ssä säädetyn lainkäyttäjän normikontrollin perusteella.⁶

Suomalaisilla tuomioistuimilla voi olla velvollisuus jättää todiste hyödyntämättä myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen (jälj. EIS) perusteella. Myöskään ihmisoikeussopimuksessa ei suoraan oteta kantaa todisteiden sallittavuuteen vaan kysymys on EIS:n 6 artiklan 1 kohdan mukaisesta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden vaatimuksesta, jonka sisältöä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (jälj. EIT) on ratkaisukäytännössään linjannut.

Jotta oikeudenkäynti olisi EIS:n 6 artiklan edellyttämällä tavalla oikeudenmukainen, monen yksityistä kansalaista suojelevan ihmisoikeuden ja niiden saavuttamiseksi välttämättömän periaatteen on toteuduttava. EIT:n tulkintakäytännön mukaisesti tarjotun todistelun hyödyntämättä jättäminen saattaa tulla ajankohtaiseksi rikosprosessissa

⁴ Esimerkkinä valtion turvallisuuteen liittyvät todistamiskielto, yrityssalaisuuksia suojaavat säännöt sekä luottamusta edistävät säännöt tietyissä asiakassuhteissa. Pölönen 2003 s. 197–198.

⁵ Pölönen 2003 s. 209. Suomen laissa on muihin länsimaihin verrattuna vain vähän nimenomaisia hyödyntämiskieltoja. Viimeksi kysymys on ollut esillä konkurssilainsäädännön uudistamisen yhteydessä, jossa on pohdittu itsekriminointisuoja tehostavan hyödyntämiskieltoon lisäämistä konkurssilakiin. Ks. esim. Korkeimman oikeuden lausunto 2.12.2010 nro 2407 oikeusministeriön asettaman työryhmän mietintöön.

⁶ Pölönen 2003 s. 221–222 ja Ervo 2005 s. 334.

silloinkin, kun mitään varsinaista laissa säädettyä kieltoa ei ole rikottu todisteen hankkimisen yhteydessä. Arvioitavaksi voivat tulla esimerkiksi poliisin epäkonventionaalisten tutkintamethodien yhteydessä saadut todisteet. Hyödyntämiskiellon harkinta voi myös nousta esiin tilanteessa, jossa sinänsä on noudatettu kansallista prosessilakia, mutta todistelua koskeva lainsäädännös on rajattu niin, että se ei riitä turvaamaan EIS:n suojaamaa intressiä. Ihmisoikeusmyönteinen tulkinta voi jossakin tapauksessa johtaa jopa siihen, että suomalaisessa prosessilaissa säädettyä todistamiskieltoa joudutaan laajentamaan sen vakiintuneesta ja sananmukaisesta tulkinnasta.⁷

Ratkaistessaan todisteen tai todistelun hyödyntämistä koskevan kysymyksen perus- tai ihmisoikeuksien nojalla tuomioistuimella on oltava paitsi tietoa kulloinkin vaarantumassa olevasta oikeudesta myös ymmärrystä rikosprosessin sekä perus- ja ihmisoikeuksien välisestä jännitteestä. Tässä artikkelissa käydään läpi erilaisia ratkaisutilanteita koskien sitä, voisiko tarjotun näytön hyödyntäminen johtaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten vaarantumiseen. Tavoitteena on löytää suuntaviivoja sille, mitä tuomioistuimen tulee hyödyntämiskiellon asettamista koskevassa punninnassaan ottaa huomioon sekä kartuttaa ymmärrystä niistä elementeistä, joista perustuslain 21 §:n ja EIS 6 artiklan mukainen oikeudenmukainen oikeudenkäynti todisteita koskevien kysymysten osalta koostuu.

Kotimainen todisteiden hyödyntämiskieltoa koskeva oikeuskäytäntö on toistaiseksi varsin vähäistä ja osin epäyhtenäistä. Tämän vuoksi pääpaino erilaisten hyödyntämiskielto-tilanteiden kartoittamisessa ja luokittelussa on EIT:n runsaassa tulkintakäytännössä. EIT-käytännön yhteydessä käydään lyhyesti läpi eri tilanteisiin liittyvää suomalaista oikeuskäytäntöä perus- ja ihmisoikeuksien valossa. Tämän jälkeen tarkastellaan vielä, edellyttääkö perustuslaki mahdollisesti joltain osin EIS:ta pidemmälle menevää oikeusturvan huomioon ottamista todisteiden hyödyntämistä koskevissa kysymyksissä.

2. EIS:n edellyttämät todisteiden hyödyntämiskiellot

2.1. Yleistä EIT:n todistelua koskevasta tulkintakäytännöstä

Kuten edellä jo mainittiin, EIS ei sisällä varsinaisia sääntöjä näytön vastaanottamisesta. Todistelun sallittavuus säännellään kansallisessa lainsäädännössä, eikä EIT ole halunnut ottaa kategorista kantaa siihen, millä tavalla hankittuja todisteita ei saa hyödyn-

⁷ Euroopan ihmisoikeussopimusta koskevan perustuslakivaliokunnan lausunnon (PeVL 2/1990 vp. s. 3) mukaan ”tulkintatilanteissa olisi erilaisia perusteltavissa olevista vaihtoehdoista pyrittävä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista eli on näin määriteltynä ihmisoikeusystävällinen”. Korkein oikeus on esitutkinnan viivästymistä koskevassa tuoreessa oikeustapauksessaan KKO 2011:38 viitannut nimenomaisesti PL 22 §:ään katsoen, että mainittu lainkohta edellyttää lainsoveltajalta tulkintaa, joka edistää perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista.

tää rikosprosessissa (poikkeuksena kidutuksella hankitut todisteet). Sen sijaan EIT on ratkaisukäytännöllään määritellyt rajoja sille, milloin oikeudenkäynti kokonaisuutena tarkastellen, todistelu mukaan lukien, on oikeudenmukainen siten kuin EIS:n 6 artikkelissa edellytetään.⁸

Harkitessaan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta vastaanotetun todistelun valossa EIT on kaikissa tapauksissa kiinnittänyt huomiota ennen kaikkea siihen, onko syytetty todisteen alkuperästä huolimatta voinut käyttää puolustukselle kuuluvia oikeuksia eli *riitauttaa asianomaisen todisteen sekä vastustaa sen käyttämistä*. Lisäksi EIT on yleisesti kiinnittänyt huomiota todisteen *laatuun* harkitessaan sitä, antavatko todisteen saamisen tai *hankkimisen olosuhteet* aiheen epäillä sen *luotettavuutta*.⁹ Vaikka todisteen hankkimisessa tai näytön vastaanottamisessa olisi loukattu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteita (esim. kontradiktorisuusperiaatetta tai oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen), niin kansallinen tuomioistuin voi yleensä korjata epäoikeudenmukaisuuden jättämällä kokonaan tai osaksi ottamasta huomioon tällä tavalla saadun tai hankitun näytön¹⁰. Prosessin oikeudenmukaisuus on siten viime kädessä arvioitavissa tuomioistuimen päätöksen perusteluista tarkastelemalla, mitä seikkoja on otettu huomioon syytetyn vahingoksi, ja miten menettelyllistä epäoikeudenmukaisuutta on mahdollisesti kompensoitu syytetylle.

EIT:n todistelun hyödyntämiseen liittyvä ratkaisukäytäntö voidaan luokitella kuu-teen eri ryhmään seuraavalla tavalla:

1. Esitutkinnassa tai oikeudenkäynnin ulkopuolella vastaanotettu henkilötodistelu ilman epäillyn vastakuulustelu-oikeutta
2. Epäillyn itsekriminointisuoja ja vaitiolo-oikeutta rikkomalla saatu näyttö
3. Esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä annettu tunnustus ennen oikeudenkäynti-avustajan saamista
4. Yksityiselämän suojaa rikkomalla hankittu näyttö
5. Näyttö jonka hankkimisessa on käytetty kidutusta tai epäinhimillistä ja halventavaa kohtelua tai sellaisen uhkaa
6. Poliisin peitetoiminnan yhteydessä hankittu näyttö (yllytys)

Seuraava esitys perustuu yllä mainittuun luokitukseen.

⁸ EIT Portugalia koskeva tapaus *Teixeira de Castro* 6.9.1998 ja Suomea koskeva tapaus *A.S. v Suomi* 28.9.2010.

⁹ EIT Suomea koskeva tapaus *A.S. v Suomi* -tapaus (28.9.2010).

¹⁰ EIT:n terminologiaa käyttäen kysymys on ”loukatun aseman poistamisesta”.

2.2. Esitutkinnassa tai oikeudenkäynnin ulkopuolella vastaanotettu henkilötodistelu ilman epäillyn vastakuulustelu-oikeutta

2.2.1. Yleistä

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.

EIT:n mukaan kaikki näyttö tulee normaalisti esittää julkisessa istunnossa kontradiktorista käsittelyä silmällä pitäen. Syytetylle tulee antaa asianmukainen mahdollisuus riitauttaa hänelle vastainen todistajankertomus sekä kuulustella todistajaa joko kertomusta annettaessa tai myöhemmin. Poikkeuksellisesti esitutkinnassa annettu- ja lausumia voidaan käyttää näyttönä esimerkiksi, jos todistajaa ei voida tavoittaa. Tämä edellyttää kuitenkin, että viranomaiset ovat toimineet tunnollisesti kuuluttavan tavoittamisyrityksissä. Mikäli aikaisemmin annettua todistajankertomusta hyödynnetään, tuomiota ei saa perustaa yksinomaan tai ratkaisevissa määrin siihen.¹¹

Esitutkinnassa vastaanotetun todistajankertomuksen hyödyntämistä harkittaessa oleellista on siis se, perustuuko syyksilukeva tuomio ratkaisevasti myös muuhun näyttöön. Kun tuomio perustuu oikeudessa luetun esitutkintakertomuksen lisäksi oikeudessa kuuluttujen muiden todistajien kertomuksiin ja muuhun näyttöön, EIS 6 artiklan 1 ja 3 d) kohtia ei ole katsottu rikotun¹². Todistelun merkittävyyden lisäksi EIT on kiinnittänyt huomiota myös siihen, miten uskottava esitutkinnassa annettu todistajankertomus on.¹³

2.2.2. Todistajan henkilöllisyyden salaaminen ja todistajan jääminen kateisiin

Sveitsiä koskeneessa *Lüdi*-tapauksessa (15.6.1992) syyksilukeva näyttö oli perustunut siviilipukuisen peitetoimintaa tekevän poliisin kirjallisiin raporteihin. Poliisin henkilöllisyyden salassapitämiseksi häntä ei ollut kutsuttu todistajaksi oikeuteen. Syytetty ei näin ollen ollut saanut kuulustella häntä tai kyseenalaistaa hänen uskottavuuttaan. EIT katsoi, että poliisitodistajan henkilöllisyyden salaaminen sinänsä oli tässä tapauksessa ollut oikeutettua poliisin suojelemiseksi, ja jotta häntä voisi käyttää uudelleen peitetoiminnassa. Todistajankuulustelu olisi kuitenkin ollut mahdollista toteuttaa niin, ettei poliisin henkilöllisyys olisi paljastunut. Kun näin ei ollut toimittu, puolustuksen oikeuksia oli rajoitettu siinä määrin, että EIS 6 artiklan 1 ja 3d)-kohtia oli rikottu, eikä oikeudenkäynti ollut oikeudenmukainen.

¹¹ Esim. Venäjää koskeva *Khametsin*-tapaus (4.3.2010).

¹² Liettuaa koskeva *Balciunas*-tapaus (20.7.2010) ja Romaniaa koskeva *Marinescu*-tapaus (2.2.2010).

¹³ Turkkiä koskeva *Cacan*-tapaus (23.3.2010).

Italiaa koskevassa *Ogaristi*-tapauksessa (18.5.2010) ulkomainen todistaja oli tunnistanut syytetyn hänelle esitetyistä valokuvista. Syytetty oli pyytänyt esitutkinta-viranomaisia järjestämään todistajan kontradiktorisen kuulustelun, mutta se oli eväty. Tämän jälkeen pelkäävä todistaja oli lähtenyt maasta ja jäänyt kateisiin. Kun syytetty oli tuomittu yksinomaan tai ainakin ratkaisevissa määrin todistajan tekemän tunnistuksen perusteella, EIT katsoi, että EIS 6 artiklan 1 ja 3d)-kohtia oli rikottu.

2.2.3. Vastakuulusteluoikeudesta luopuminen ja kansainvälinen oikeusapu

Syytetyllä on periaatteessa oikeus luopua muista kuin kaikkein vakavimmista EIS 6 artiklan takaamista oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden takeista. Tämä koskee myös oikeutta kuulustella todistajaa. Pääsääntöisesti luopumisen on oltava nimenomainen. Hiljainen luopuminen on EIT:n mukaan mahdollista vain silloin, kun syytetty on kohtuudella voinut ennakoida menettelynsä seuraamukset.¹⁴

Tuoreessa ratkaisussa EIT on toisaalta katsonut, että vaikka syytetty on suostunut ulkomailla asuvien todistajien kuulemiseen kansainvälisenä oikeusapuna näiden kotimaassa eikä osoittanut millään tavalla haluavansa olla läsnä kuulemisessa, syytetylle ja hänen asianajajalleen olisi pitänyt ainakin *ilmoittaa kuulustelujen ajankohta ja paikka, sekä ne kysymykset, joita viranomaiset olivat esittäneet todistajille tehtäviksi*. EIT piti todistajien kuulemista kansainvälisen oikeusavun välityksin sinänsä perusteltuna. Viranomaisten tulee kuitenkin kompensoida riittävällä tavalla se haitta, minkä menettely aiheuttaa syytetyn oikeuksien käytölle. EIT on myös rohkaissut käyttämään hyväksi nykyaikaista teknologiaa kuten videoyhteyksiä kuulusteluissa vuorovaikutuksen lisäämiseksi.¹⁵

2.2.4. Lapsen suojeleminen

Oikeus kuulustella kaikkia kuultavia oikeudenkäynnin aikana ei ole ehdoton. Käsitellessään syytetyn 6 artiklan 3d)-mukaisia oikeuksia lapsiin kohdistuneita seksuaalirikoksia koskevissa oikeudenkäynneissä EIT on linjannut, että syytetyllä tai hänen puolustajallaan ei tarvitse välttämättä olla mahdollisuus esittää kysymyksiä *suoraan kuultavalle*. Seksuaalirikosten alaikäiset asianomistajat kokevat oikeudenkäynnin usein piinallisenä varsinkin silloin, jos he joutuvat kohtaamaan jutun vastaajan. Kun tällaisessa tapauksessa harkitaan, saako syytetty oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin, huomioon on otettava asianomistajan oikeus yksityiselämän suojaan.

EIT on katsonut, että seksuaalista hyväksikäyttöä koskevissa rikosasioissa saadaan ryhtyä asianomistajan suojelua tarkoittaviin toimenpiteisiin, mikäli ne voidaan sovitaa yhteen syytetyn oikeuksien asianmukaisen ja tehokkaan käytön kanssa. Syytetyn

¹⁴ Venäjää koskeva Khametshin-tapaus (4.3.2010).

¹⁵ Ukrainaa koskeva *Zhukovskiy*-tapaus (3.3.2011).

oikeuksien turvaamiseksi tuomioistuimilta voidaan kuitenkin vaatia ryhtymistä toimenpiteisiin, jotka toimivat puolustusta haittaavien puutteiden vastapainona.¹⁶

Oikeudessa esitetty asianomistajatodistajan kuulusteluista tehty video antaa periaatteessa syytetylle riittävän tilaisuuden riitauttaa todistajan lausumat ja hänen uskotavuutensa. Jotta oikeudenkäynti olisi kuitenkin EIS 6 art. 1 ja 3d)-kohdissa tarkoitettulla tavalla oikeudenmukainen, EIT on poikkeuksetta edellyttänyt, että syytetyllä tai hänen avustajallaan on ollut mahdollisuus edes välillisesti esittää asianomistajalle kysymyksiä.¹⁷ Muussa tapauksessa tuomiota ei ole yksinomaan tai ratkaisevasti voinut perustaa lapsen kirjalliselle tai videoidulle kuulustelukertomukselle tai lapsesta tehdyille psykologi- tai lääkärihavainnoille ilman, että esitetyn näytön hyödyntäminen olisi merkinnyt EIS art. 6 1 ja 3d)-kohtien rikkomista.

Suomen oikeusjärjestyksessä oikeus kontradiktoriseen käsittelyyn ja vastakuulusteluun sisältyy perustuslain 21 §:n vaatimukseen oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä. Kaikki prosessilakimme perustuvat kontradiktoriselle periaatteelle, myös todistajankuulustelun osalta. Aikaisemmassa oikeuskäytännössä todistajan vastakuulustelu- ja kyselyoikeuden ei kuitenkaan tulkittu olevan yhtä ehdoton kuin EIT:n edellä kerrotussa tulkintakäytännössä on katsottu. EIT onkin antanut Suomelle lukuisia tuomioita syytetyn kyselymahdollisuuden puuttumisen vuoksi lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön liittyvissä rikosprosesseissa.

Oikeudenkäymiskaaren säädettiin vuonna 2003 uusi 17 luvun 11 §:n 2 momentti, jossa alle 15-vuotiaan tai henkisesti häiriintyneen kuva- tai äänitallenteeseen esituskinnassa tallennettua kertomusta saadaan käyttää tuomioistuimessa todisteena *vain*, jos syytetylle on varattu mahdollisuus esittää kuulusteltavalle kysymyksiä. Aikaisemmin säädetty 3 momentti jäi kuitenkin edelleen voimaan. Sen mukaan tuomioistuin voi sallia, että asiakirja tai tallenne voidaan ottaa oikeudenkäynnissä huomioon, mikäli todistajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella.

Lainuudistuksen jälkeen KKO katsoi ennakkotapauksessaan KKO 2006:107, että vaikka syytetylle ei ollut esituskinnan aikana toimitettu lapsen kuulustelusta tehtyä videotallennetta eikä varattu tilaisuutta esittää lapselle kysymyksiä, tallennetta voitiin käyttää todisteena. Perusteluissa KKO viittasi edellä mainittuun OK 17 luvun 11 §:n 3 momenttiin, koska lasta ei enää asian edettyä oikeudenkäyntiasteelle ollut mahdollista kuulla. Syytetty olisi voinut esituskinnan päätyttyä ennen asian siirtymistä oikeudenkäyntiin pyytää asiassa lisätutkintaa ja lapsen kuulemista uudelleen, mutta ei ollut sitä tehnyt. KKO katsoi, että syytetylle ei näin ollen tosiasiallisesti ollut aiheutunut haittaa kyselymahdollisuuden puuttumisesta ottaen huomioon, että syytetty myös itse tarjosi videotallennetta todisteeksi käräjäoikeudessa.

¹⁶ Ruotsia koskeva *S.N v. Ruotsi* -tapaus (2.7.2002).

¹⁷ Edellä mainitussa Ruotsia koskevassa tapauksessa syytetty tai hänen avustajansa eivät olleet käyttäneet heille tarjottua mahdollisuutta esittää lapselle kysymyksiä esituskinnassa hyväkseen, minkä vuoksi 6 artiklaa ei ollut rikottu.

Syytetty valitti tapauksesta EIT:een. EIT:ssä kysymys oli ennen kaikkea siitä, oliko syytetty luopunut oikeuksistaan kun hän oli tietyin edellytyksin suostunut videon katseluun oikeudessa.¹⁸

EIT piti oleellisena sitä, että lapsen kuulemisesta nauhoitettu video oli ainoa välitön näyttö syytteen tueksi. Valittajalle ei ollut ilmoitettu, kun lasta oli kuulusteltu. EIT ei toisaalta havainnut mitään syytä epäillä, että syytetty ei olisi asianajajansa avustamana ymmärtänyt, että antamalla suostumuksensa videon katseluun, hän oli antanut oikeudelle tilaisuuden arvioida tuota näyttöä kaikilta osin ja kaiken muun näytön valossa. Syytety ei kuitenkaan suostumusmenettelyllään voitu katsoa luopuneen oikeudestaan tehdä lapselle kysymyksiä ottaen huomioon, että hän oli koko oikeudenkäynnin ajan vedonnut tuohon puutteeseen. Kun oli ollut selvää, että lasta ei voitu kuulla uudelleen, syytetty oli päättänyt vedota omasta puolestaan videoon ainoana välittömänä näyttönä. Näissä oloissa hänen ei voitu katsoa luopuneen yksiselitteisesti oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista. Näin ollen EIS 6 artiklan 1 ja 3d)-kohtia oli rikottu.

Edellä kerrotun ratkaisun valossa näyttäisi siltä, että OK 17 luvun 11 §:n 3 momentissa säädetty tuomioistuimen harkintavalta on hyvin rajattu 2 momentin mukaisissa tapauksissa.¹⁹ EIT:n linja vastakuulustelu-oikeuksien osalta on edellä kerrotuin tavoin muutoinkin varsin tiukka. Erityisesti sellaisissa tilanteissa, joissa ei ole muuta perustavanlaatuista näyttöä, syytety kyselymahdollisuuden puuttuminen aiheuttaa säännönmukaisesti sen, että tällaisen näytön hyväksyminen merkitsee epäoikeudenmukaista oikeudenkäyntiä. Mikäli asiassa on esitetty riittävästi kontradiktorisen menettelyn läpäisyyttä todistelua, ei-kontradiktorinen todiste on mahdollista ottaa huomioon sallittuna lisänäyttönä. Merkittävää on näin ollen se, kuinka vahvaa muu asiassa esitetty näyttö on.

2.2.5 Oikeuskäytäntöä asianomistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämisestä

Oikeudenkäynnissä joudutaan usein ottamaan kantaa siihen, voidaanko todistajan tai todistelutarkoituksessa kuultavan asianomistajan esitutkintakertomus lukea silloin, kun kuultava kieltäytyy lausumasta mitään tai ei halua vastata johonkin kysymyseen.

OK 17 luvun 11 §:n 1 momentin 2-kohdan mukainen pääsääntö on, että esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa ei saa käyttää tuomioistuimessa todisteena. OK 17 luvun 32 §:n 2 momentissa sääde-

¹⁸ A.S. v Suomi (28.9.2010).

¹⁹ Vrt. KKO 2007:101, jossa ulkomailla olevien todistajien esitutkinnassa antamia kertomuksia oli OK 17 luvun 11 §:n 3 momentin nojalla hyödynnetty. Todistajia oli yritetty aktiivisesti tavoittaa eikä heitä voinut kuulla oikeusaputeitse. Ratkaisevaa oli lisäksi se, että kysymyksessä ei ollut ollut ratkaiseva näyttö. KKO perusteli ratkaisuaan myös EIT:n ratkaisukäytännöllä.

tyn poikkeuksen mukaan todistajan esitutkinnassa antama lausuma voidaan kuitenkin lukea ääneen oikeudessa, mikäli todistaja poikkeaa aikaisemmasta lausumastaan tai ei halua lausua asiasta mitään.

Ennakkopäätöksessään KKO 1995:66 korkein oikeus katsoi, ettei todistamasta kieltäytyneen todistajan esitutkintakertomusta voitu ottaa huomioon, koska syytetyllä ei tässä tapauksessa ollut EIS:n mukaiseen oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin kuuluvaa vastakuulustelumahdollisuutta. Tapaus koski pääasiassa sitä, voidaanko todistajana olleen lähiomaisen esitutkintakertomus ottaa huomioon näyttönä sen jälkeen, kun todistaja oli vedonnut OK 17 luvun 20 §:n mukaiseen kieltäytymisoikeuteensa. Tämän osalta KKO katsoi, ettei kertomusta voida ottaa näytöksi siksi, että sen hyväksyminen olisi tosiasiallisesti murtautunut laissa säädetyn lähiomaissuojan.

Kysymys siitä, voidaanko asianomistajan esitutkintakertomusta hyödyntää silloin, kun hän on OK 17 luvun 20 §:n mukaisesti lähiomaisen asemassa eikä halua oikeudenkäynnissä lausua mitään, on mielenkiintoinen ja herättänyt keskustelua sekä oikeuskäytännössä että oikeuskirjallisuudessa. Vaasan hovioikeus katsoi ratkaisussaan 1998:9, että kun syytetty ja asianomistaja olivat kihloissa, OK 17 luvun 20 §:ää on sovellettava myös asianomistajaan tämän kieltäytyessä antamasta kertomusta oikeudessa. EIS:n 6 artiklan 3 d-kohtaan sekä yksityis- ja perhe-elämän suojaa koskevaan 8 artiklaan viitaten hovioikeus katsoi, että esitutkintapöytäkirjassa olevaa asianomistajan kertomusta ei tässä tapauksessa saanut ottaa tuomioissa huomioon.

Korkein oikeus on ollut eri mieltä siitä, koskeeko lähiomaissuojaan perustuva todistajan kieltäytymisoikeus myös asianomistajaa. Tapauksessa KKO 2000:71 kysymyksessä oli Vaasan hovioikeuden edellä mainitun ratkaisun tavoin pahoinpitely, jossa asianomistajana oli vastaajan kihlattu. Toisin kuin Vaasan hovioikeus edellä, korkein oikeus katsoi, että koska asianomistajalla on oikeus häntä kuulustellessa joka tapauksessa olla vastaamatta mitään, OK 17 luvun 20 §:n säännökset todistajan oikeudesta kieltäytyä todistamasta eivät koske asianomistajaa. Näin ollen asianomistajan esitutkintakertomusta voidaan lähtökohtaisesti hyödyntää asian ratkaisussa.

Sen sijaan KKO katsoi, että asianomistajan esitutkintakertomusta ei tässä tapauksessa voinut EIS:n 6 artiklan 3 d-kohdan nojalla hyödyntää syytettyä tukevana pääasiallisena näyttönä syytetyn vastakuulustelu-oikeuden puuttumisen vuoksi. Kun asianomistaja kieltäytyi vastaamasta kysymyksiin, syytetyllä ei ollut ollut mahdollisuutta kuulustella häntä. Koska muu asiassa esitetty näyttö ei ole ollut riittävä syytetyn tuomitsemiseen, syyte hylättiin.

KKO:n vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos oli eri mieltä siitä, koskeeko lähiomaissuoja myös asianomistajaa. Hänen mukaansa oikeudenkäymiskaaren pykälistä ilmenee suoraan yleinen periaate, jonka mukaan ketään todistelutarkoituksessa kuuluttavaa henkilöä ei saa pakottaa toimimaan läheisensä vahingoksi. Eri mieltä oleva jäsen perusteli kantaansa myös perustuslain 10 §:n yksityiselämän suojalla sekä EIS:n 8 artiklan oikeudella nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. Koska asianomistaja oli kuitenkin tuoreeltaan suostunut kertoman tapahtumista, mutta myöhemmin kieltäytyneenä siitä, oli asiassa herännyt epäily vastaajan taholta tulleesta painostuksesta.

ta. Tällöin asianomistajan yksityisyyden suoja saattaisi tosiasiallisesti kääntyä häntä vastaan ja koitua ainoastaan vastaajan eduksi, mikä olisi asianomistajan kannalta kohtuutonta.²⁰ Lopulta vähemmistöön jäänyt jäsen hylkäsi syytteen samoin perustein kuin korkeimman oikeuden enemmistö.

Oikeuskirjallisuudessa edellä mainitun tapauksen perusteluja kritisoitiin runsaasti. Yleinen näkemys oli, että asianosaisroolista riippumatta oikeudessa kuultavan pitäisi perhe-elämän suojaan vedoten pystyä paitsi olemaan vaiti, myös estämään aiemmin antamansa esitutkintakertomuksen hyödyntäminen. Lähiomaissuojan on katsottu olevan kaikille lähiomaisille kuuluva oikeus, minkä vuoksi sen olisi tullut syrjäyttää oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n 2 momentti myös silloin, kun asianomistajaa kuullaan todistelutarkoituksessa. Jos esitutkintakertomuksen lukeminen hyväksytään oikeudessa, lähiomaissuoja on jo murrettu siitä riippumatta, mikä arvo todisteelle myöhemmin annetaan. Näkemyksiä perusteltiin perus- ja ihmisoikeuksien mukaisella yksityisyyden ja perhe-elämän suojalla, ja korkeimman oikeuden enemmistö sai kriittikkiä ennen kaikkea siitä, ettei tapausta lainkaan punnittu niiden valossa.²¹

Korkein oikeus on vastikään antanut toisen ratkaisun lähiomaisasianomistajan esitutkintapäytäkirjan hyödyntämistä koskevassa asiassa (julkaisematon tuomio 10.8.2011 R 2010/279). Siinä KKO asiasta enempää lausumatta pysytti Rovaniemen hovioikeuden 15.1.2010 antaman tuomion (R 09/134), jossa oli kysymys myös parisuhdeväkivallasta. Asianomistajan kieltäytyttyä lausumasta mitään oikeudenkäynnissä, käräjäoikeus kielsi asianomistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämisen OK 17 luvun 20 §:n lähiomaissuojan perusteella ja hylkäsi syytteen muun näytön puuttuessa. Syyttäjä valitti asiasta hovioikeuteen katsoen, että KKO 2000:71 sisälsi selkeän ja vakiintuneen oikeusohjeen, jonka mukaan asianomistajan, joka ei halunnut lausua asiasta mitään, esitutkinnassa antama kertomus saatiin lukea pääkäsitellyssä ja ottaa todisteena huomioon.

Rovaniemen hovioikeus perusteli ratkaisuaan ennakkotapauksella KKO 2000:71 mutta myös sillä, että perheiden ja muiden läheisten ihmissuhteiden yksityisyyden suoja ei saisi merkitä väkivallan hyväksymistä. Hovioikeuden mukaan lainsäätäjällä oli vuonna 1995 muuttaessaan kaikki pahoinpitelyt yleisen syytteen nimenomaisesti halunnut, että yksityisyyden suoja väistyy pahoinpitelyrikoksissa. Hovioikeus salli esitutkintakertomuksen lukemisen käsittelemättä lainkaan sitä, mikä merkitys syytetytyn vastakuulusteluoikeuden puuttumisella oli oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle.²²

²⁰ Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 326–328 ja Hirvelä 2006 s. 199–202, jotka ovat nostaneet esiin vaikean kysymyksen syytetytyn vastakuulusteluoikeuden merkityksestä suhteessa asianomistajan oikeuksiin.

²¹ Ks. Pölönen 2003 s. 276–279, Ervo 2000, Virolainen 2000, Rautio 2000.

²² HO:ssa vähemmistöön jäänyt jäsen katsoi, että todistajan kieltäytymisoikeutta koskevan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 20 §:n tarkoituksena on, että toisilleen läheisten ihmisten ei tarvitse todistajana kertoa toisiaan vastaan. Ottaen huomioon lainkohdan tarkoituksen, asianomistajaan ei ole syytä suhtautua toisin kuin todistajaan kieltäytymisoikeuden osalta. Vähemmistöön jäänyt jäsen viittaa oikeuskirjallisuuteen, jossa tätä näkökantaa on perusteltu ihmisoikeussopimuksessa ja perustuslaissa lausutulla yksityisyyden ja perheen suojalla.

2.3. Itsekriminointisuoja ja vaitiolo-oikeutta rikkomalla saatu näyttö

Syytetyn oikeus olla vaiti ja olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen ovat yleisesti tunnustettuja kansainvälisiä normeja, jotka sisältyvät olennaisena osana oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin EIS 6 artiklan mielessä. Vaitiolo-oikeus liittyy läheisesti EIS 6 artiklan 2 kohdan mukaiseen syyttömysolettamaan, jonka mukaan jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Näillä oikeuksilla pyritään EIT:n mukaan muun muassa siihen, että syytettyä vastaan ei käytetä sopimatonta pakkoa. Oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen edellyttää, että syyte on näytettävä toteen turvautumatta todisteisiin, jotka on saatu syytetyn tahtoon pakolla tai painostamisella vaikuttamalla.²³

EIT on Ranskaa koskevassa *Funke*-tapauksessa (25.2.1993) linjannut, että jokaisen oikeus pysyä vaiti ja olla osallistumatta oman syyllisyytensä toteamiseen edellyttää, ettei epäiltyä voida tuomita rangaistukseen siitä, ettei hän ole suostunut esittämään asiakirjoja, jotka todistaisivat hänen syyllistyneen rikokseen. *Funke*-tapauksessa kysymys oli ollut valuuttamääräysten rikkomista koskevasta epäilystä, jossa *Funke* oli vaadittu esittämään tiettyjen ulkomaisten pankkien tiliotteita. Kun *Funke* oli kieltäytynyt, hänet oli tuomittu sakkorangaistukseen sekä velvoitettu esittämään ko. asiakirjat lisäsakon uhalla. EIT:n mukaan viranomaisten menettely oli loukannut EIS 6 artiklan 1 kohtaa.

Syytetyn oikeus vaitioloon ei EIT:n mukaan ole ehdoton. Mahdollisuutta tehdä syytetylle haitallisia päätelmiä hänen vaitiolostaan poliisikuulustelussa tai oikeudenkäynnissä ei itsessään voida pitää yhteensopimattomana oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten kanssa. Sen sijaan yhteensopimatonta on se, että tuomio perustetaan yksinomaan tai pääasiallisesti syytetyn vaitioloon tai siihen, että hän kieltäytyy vastaamasta kysymyksiin tai kertomaan asiasta. EIT:n mukaan on selvää, että vaitiolo-oikeus ei voi eikä saa estää sitä, että tilanteissa, jotka selvästi vaativat syytetyltä selitystä, hänen vaitiolonsa otetaan huomioon arvioitaessa syyttäjän esittämän näytön vakuuttavuutta.²⁴

Suomea koskeva *Marttinen*-tapaus (21.4.2009) koski sakon uhalla ulosottoselvityksessä vaadittuja tietoja, jotka *Marttinen* kieltäytyi antamasta. Kieltäytymisen synä oli syytetyn epäily siitä, että tietoja käytetään hyväksi samaan aikaan vireillä olevassa velallisen petosta koskevassa rikostutkinnassa. Laissa ei ollut säädöstä siitä, saako tietoa käyttää hyväksi toisessa oikeudenkäynnissä. Kieltäytymisen seurauksena *Marttinen* tuomittiin uhkasakkoon. EIT katsoi tuomiossaan, että vaatiminen sakon uhalla antamaan sellaisia tietoja, joita voidaan käyttää hyväksi toisessa rikosoikeudenkäyn-

²³ Näin EIT mm. Irlantia koskevassa *Heaney and McGuinness* -tapauksessa (21.12.2000) ja Suomea koskevassa *Marttinen*-tapauksessa (21.4.2009). Ks. myös Ranskaa koskeva *Funke*-tapaus (25.2.1993) ja Saksaa koskeva *Jalloh*-tapauksessa (11.7.2006).

²⁴ Iso-Britanniaa koskeva *Beckles*-tapaus (8.10.2002).

nissä loukkasi syytetyn itsekriminointisuojaaja. Vaikka ulosottomiehellä oli ollut sakon uhalla saatujen tietojen suhteen salassapitovelvollisuus, ulosottovelkojalla oli ollut mahdollisuus käyttää niitä hyödykseen rikosjutussa. Näin ollen syytetylle oli jäänyt vain kaksi vaihtoehtoa, joko antaa vaadittu selvitys tai ottaa uhkasakko maksettavakseen. EIT totesi myös, ettei Suomen hallitus ollut vedonnut arvovaltaiseen kotimaiseen oikeuskäytäntöön siitä, että ulosotto selvityksessä annettuja syytetylle haitallisia lausumia ei tullut ottaa todisteiksi rikosoikeudenkäynnissä.

Syytetyn oikeus olla vaiti ja olla myötävaikuttamatta omaan syyllisyyteensä ovat perustavanlaatuisin voimassaolevia normeja Suomessakin, vaikka niitä ei ole nimenomaisesti kirjattu perustuslakiimme. Sen jälkeen kun EIT antoi Suomelle tuomion edellä kerrotussa Marttinen-tapauksessa, korkein oikeus purki ratkaisussa KKO 2009:80 oman aikaisemman tuomionsa sillä perusteella, että tuomiossa oli rikottu EIS 6 artiklan suojaamaa itsekriminointisuojaaja.

Tuomio, jonka KKO purki, koski velallisen velvollisuutta vanhoa pesäluettelo samanaikaisesti kun hän oli syytteessä velallisen epärehellisyysrikoksista. Kyse oli ollut siitä, että suojellakseen itseään velallisen epärehellisyyttä koskevassa asiassa, konkurssivelallinen oli jättänyt ilmoittamatta osan omaisuudestaan pesäluetteloa vannoessaan. Tämän viimeksi mainitun teon johdosta, KKO oli tuominnut hänet törkeästä velallisen petoksesta. Tuomio purettiin, koska velallisen petoksena syyksiluettu teko oli liittynyt velallisen tahtoon suojella itseään syytteeltä toisessa vireillä olevassa rikostutkinnassa. KKO on ratkaisussaan käynyt läpi EIT:n ratkaisukäytäntöä ja perustellut purkutuomiotaan erittäin laajasti ja yksityiskohtaisesti viitaten moneen otteeseen myös Marttinen-tapaukseen.

Tuoreessa ratkaisussaan KKO 2011:46 korkein oikeus on vahvistanut, että edellä mainittu itsekriminointisuojaaja koskeva ratkaisulinja on sovellettavissa myös verotarkastuksessa annettuihin vääriin tietoihin silloin, kun vireillä on samanaikaisesti veropetosta koskeva esitutkinta.

2.4. Kuulusteluissa annettu tunnustus ennen oikeudenkäyntiavustajan saamista

Jokaisella on EIS 6 artiklan 3 c)-kohdan mukaan oikeus puolustautumiseen joko henkilökohtaisesti tai itse valitsemansa oikeudenkäyntiavustajan välityksellä. Mainitun kohdan takaama oikeus kuuluu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kulmakiviin. Tarkempien määräysten puuttuessa sopimusvaltiot saavat valita ne keinot, joilla ne panevat mainitun kohdan täytäntöön oikeusjärjestelmissään. Keinojen tulee kuitenkin olla yhteensopivia oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan vaatimuksen kanssa ja niiden tulee olla käytännöllisiä ja tehokkaita eikä vain teoreettisia ja näennäisiä.

EIT on etenkin uudemmassa ratkaisukäytännössään pitänyt *olennaisen* tärkeänä, että epäillyllä on mahdollisuus asianajajaan jo pidätysaikana ja heti poliisi kuultelujen alkuvaiheessa. Kun epäiltyä kuulustellaan ilman mahdollisuutta asianajajan

konsultointiin, saattaa se EIT:n mukaan muuttaa asianosaisten välisiä valtasuhteita oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin asettamien vaatimusten vastaisesti, vaikka sillä ei ole mitään näkyvää haitallista vaikutusta oikeudenkäynnin lopputulokseen. Varhainen mahdollisuus asianajajan saamiseen kuuluu tärkeisiin prosessuaalisiin takeisiin ja koskee varsinkin juttuja, jossa henkilöä syytetään törkeistä rikoksista ja joissa voidaan odottaa ankaraa rangaistusta.²⁵

Rikoksesta epäillyn oikeudesta saada asianajajan apua jo kuulustelujen alkuvaiheessa voidaan poiketa vain pakottavin perustein. Tuomioita ei kuitenkaan silloinkaan saa perustaa tällaisessa kuulustelussa saatuihin syytetyn lausumiin. Jos niin tehdään, syytetyn oikeuksia on EIT:n mukaan loukattu peruuttamattomasti.²⁶

EIS 6 artikla ei estä henkilöä luopumasta oikeudesta asianajajaan edellyttäen, että luopuminen on ilmaistu yksiselitteisesti ja ”siihen liittyi luopumisen merkitystä vastaavat minimitakeet”. Se, mitä EIT tarkoittaa, viimeksi mainituilla minimitakeilla jää hieman epäselväksi, mutta merkitystä on ratkaisukäytännössä annettu esimerkiksi sille, että syytetty ei ole kirjallisen luopumisen jälkeen ilman asianajajaa pidetyssä kuulustelussa antanut syyllisyyttä osoittavia lausumia, ja että hän asianajajan saatuaan pidetyssä uudessa kuulustelussa on toistanut samat lausumat.²⁷ Luopumisen voidaan katsoa tapahtuneen hiljaisesti vain sillä edellytyksellä, että epäilty on kohtuudella kyennyt ennakoimaan sellaisen käyttäytymisen seuraukset.²⁸

Suomalaisenkin oikeuselämän kannalta varsin mielenkiintoinen EIT:n ratkaisu on Puolaa koskeva *Plonka*-tapaus, jossa epäillyn alkoholiongelmien vaikuttivat siihen miten EIT arvioi asianajajasta luopumisen merkitystä. Tapauksessa epäilty *Plonka* oli pidätetty epäiltynä edellisenä päivänä tapahtuneeseen työtoverinsa tappoon. Epäilty oli kertonut poliisille, että hänelle oli ollut alkoholiongelma 20 vuoden ajan, ja että hän edellisenä päivänä oli juonut runsaasti alkoholia mainitun työtoverin kanssa. Hän ei muistanut paljoakaan tapahtumista, mutta tunnusti poliisille surmanneensa työtoverinsa pistämällä tätä suutuksissa saksilla. Epäillyn tarkoituksena ei ollut ollut tappaa toveriaan. Myös syyttäjä kuulusteli epäiltyä ilman, että tällä olisi ollut avustaja. Vastan jälkeen epäillylle määrättiin avustaja.

Oikeudessa *Plonka* syytettiin murhasta. *Plonka* peruutti antamansa tunnustuksen väittäen poliisin pakottaneen hänet antamaan itsestään haitallisia lausumia. Oikeus tuomitsi hänet kuitenkin syytteen mukaisesti 11 vuodeksi vankeuteen. Tuomio perustettiin esitutkinnassa annettuun tunnustukseen ja todistajien lausumiin.²⁹

²⁵ Turkkiä koskeva *Salduz*-tapaus (27.11.2008) ja Ukrainaa koskeva *Paskal*-tapaus (15.9.2011). Turkkiä koskevassa *Karadag*-tapauksessa (29.6.2010) epäillyllä oli ollut valesasianajaja tuomitsemista edeltäneeseen istuntoon saakka. Muun muassa todistelun vastaanottaminen oikeudenkäynnissä oli tapahtunut ilman oikeaa asianajajaa. Kun asia paljastui, syytetty vaati, että todistelu otetaan uudelleen vastaan. Tähän tuomioistuin ei suostunut. EIT katsoi, että koska todistelua ei ollut toimitettu uudelleen tilaisuudessa, jossa valittajalla olisi ollut oikea asianajaja, häneltä oli riistetty oikeus ajaa juttuaan osapuolten tasa-arvon ja kontradiktorisen periaatteen mukaisin edellytyksin.

²⁶ Puolaa koskeva *Plonka*-tapaus (31.3.2009).

²⁷ *Paskal*-tapaus (15.9.2011).

²⁸ Kyprosta koskeva *Panovits*-tapaus (11.12.2008).

²⁹ *Plonka*-tapaus (31.3.2009).

Plonka valitti tuomiosta EIT:een väittäen rikkomuksia sen johdosta, ettei ollut saanut esitutinnan alkuvaiheissa oikeusapua. Vaikka hänelle oli sanottu, että hänellä oli oikeus asianajajaan, häntä ei ollut tuettu asianajajan hankkimisessa. Puolan hallitus väitti, ettei esitutinnan alkuvaiheissa ollut toimitettu varsinaista kuulustelua. Poliisi oli vain keskustellut epäillyn kanssa. Joka tapauksessa epäilty olisi voinut saada asianajajan ja vaatia, että tämä olisi ollut paikalla jo tuolloin. Oikeudessa syytetyllä oli ollut asianajaja, ja juttua oli tutkittu kolmessa oikeusasteessa. Tuomioistuimet olivat harkinneet näyttöä vapaan harkintansa mukaisesti. Kaiken todistelun jälkeen oli päädytty siihen, että epäillyn esitutkinnassa antama tunnustus oli ollut luotettava.

Lausuttuaan tuomiossaan asianajajan saamisen tärkeydestä jo esitutinnan alkuvaiheissa EIT korosti Plonkan alkoholismien merkitystä menettelyssä. Plonka oli kertonut poliiseille nauttineensa huomattavan määrän alkoholia pidätystään ja kuulusteluun edeltävänä päivänä, mikä EIT:n mukaan osoitti selkeästi, että Plonka oli kuulustelun aikaan ollut avuttomassa asemassa. Avuttomalla asemalla EIT tarkoittaa ilmeisesti alkoholin myrkytys- ja vieroitusoireita eli kansanomaisesti sanottuna krapulaa. Viranomaisten olisi EIT:n mukaan tullut kiinnittää huomiota tähän avuttomuuteen kuulusteluissa ja erityisesti kertoessaan Plonkalle hänen oikeudestaan asianajajaan. EIT katsoi, että vaikka Plonkalla sittemmin koko oikeudenkäynnin ajan oli ollut asianajaja, ja hän oli voinut nimetä todistajia sekä riitauttaa syyttäjän väitteitä, oikeudenkäynti ei ollut ollut oikeudenmukainen, koska Plonkan alkuperäinen eli ilman asianajajaa ja krapulassa annettu tunnustus oli vaikuttanut tuomioon.³⁰

EIT on ratkaisukäytännössään antanut merkitystä myös epäillyn iälle arvioidessaan oikeusavun puuttumisen merkitystä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle. Alaikäistä tulee kohdella jo esitutinnan alkuvaiheista alkaen ja erityisesti poliisikuulusteluissa hänen avuttomuutensa ja kykyjensä vaatimin tavoin. Viranomaisten tulee pyrkiä hälventämään alaikäisen epäillyn pelkoja ja estoja niin pitkälle kuin mahdollista ja varmistamaan, että hänellä oli hyvä käsitys esitutinnan luonteesta ja oikeudenkäynnin sekä mahdollisten seuraamusten merkityksestä sekä oikeudesta vaitioloon. Mikäli alaikäinen epäilty luopuu oikeudestaan asianajajaan, edellytetään erityisesti, että viranomaiset ovat kaikin kohtuullisin keinoin pyrkineet varmistumaan siitä, että hän täysin tietää oikeuksistaan epäiltynä ja kykenee arvioimaan niin pitkälle kuin mahdollista käyttäytymisensä seurauksia. Vain siinä tapauksessa hänen kertomukselleen voidaan antaa merkitystä tuomiossa.³¹

³⁰ Plonkan tunnustus ei ollut ollut tuomion ainoa peruste, eikä EIT:n tuomio kerro tarkemmin, kuinka ratkaiseva se oli ollut. Ks. myös KKO 2000:35, jossa vastaajan esitutkinnassa antamaa tunnustusta pidettiin epäluotettavana monta viikkoa jatkuneen ryppyputken vuoksi ja jossa syyte hylättiin kun ei syyttäjällä tunnustuksen lisäksi ollut esittää muuta näyttöä asiasta. Ratkaisussa ei käsitellä sitä, oliko epäillyllä esitutkinnassa avustaja.

³¹ *Salduz*-tapaus (27.11.2008) ja *Panovits*-tapaus (11.12.2008).

2.5. Yksityiselämän suojaa rikkomalla hankittu näyttö

EIS 8 artiklan 1 kohdan mukaan jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta. Saman artiklan 2 kohdan mukaan viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi kun laki sen sallii ja se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi tai epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalien suojaamiseksi tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.

Mikäli viranomaiset ovat hankkineet näyttöä puuttamalla yksityiselämän suojaan sellaisin keinoin, joista ei ole säädetty lailla tai säädettyä lakia rikkomalla, EIS 8 artiklan mukaista suojaa on siis loukattu. Johdonmukainen seuraus tästä olisi, että laittomalla tavalla hankittu näyttö hyödyntäminen syyksilukevan tuomion perusteena johtaisi siihen, ettei oikeudenkäyntiä voida pitää oikeudenmukaisena. EIT on kuitenkin omaksunut liberaalimman linjan EIS 8 artiklan suhteen. Se on nimittäin katsonut, että lähtökohtaisesti ei voida sulkea pois mahdollisuutta esittää näyttönä todisteita, jotka on hankittu vastoin yksityisyyden suojaksi säädettyä kansallista lakia. Tällaisen näytön hyväksyttävyyttä arvioitaessa on otettava huomioon, miten puolustuksen oikeudet on huomioitu. Jos syytetylle on annettu tilaisuus riitauttaa kysymyksessä olevan todisteen aitous ja vastustaa sen käyttöä, ei asiassa ole EIT:n näkemyksen mukaan rikottu syytetyn oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.³² Samalla tavalla EIT on suhtautunut asiaan silloin, kun viranomaiset eivät varsinaisesti ole rikkoneet kansallista lakia, mutta ovat hankkineet todisteet epäillyn syyllisyydestä puuttamalla hänen yksityiselämänsä ilman, että tällainen puuttuminen olisi ollut lailla säädettyä.³³ EIT ei myöskään ole antanut merkitystä sille, onko 8 artiklaa rikkomalla hankittu todiste ollut ainoa todiste syyllisyyden tueksi.

Harkittaessa tällaisen näytön hyväksyttävyyttä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin näkökulmasta on EIT:n mukaan otettava huomioon, minkälaisesta laittomuudesta näytön hankinnassa on kysymys. Erityisesti merkitystä on sillä, onko näytön hankkimisessa rikottu toista EIS:n takaamaa oikeutta sekä sillä, antavatko näytön hankkimisolosuhteet aiheen epäillä näytön uskottavuutta.³⁴

Huomionarvoista on, ettei EIT näissä tapauksissa ota huomioon epäillyn EIS:n 8 artiklan takaamien oikeuksien rikkomista sinänsä, vaan perustelee harkintaansa todistelun hyödyntämisen sallittavuudesta muilla perusteilla. EIT on nimenomaisesti todennut, että EIS:n 8 artiklan vastaisella menettelyllä saadun näytön suhteen tilanne on toinen kuin jos näytön hankkimisella on rikottu jotain *perustavampaa* EIS:n sääntöä kuten EIS 3 artiklaa eli kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun kieltä. Tulkinta näyttäisi tarkoittavan sitä, että yleinen etu rikosten selvittämiseksi pai-

³² Sveitsiä koskeva *Schenk*-tapaus (12.7.1988).

³³ Iso-Britanniaa koskeva *Khan*-tapaus (12.5.2000).

³⁴ Belgiaa koskeva *Lee Davies*-tapaus (28.7.2009).

naa EIS:a sovellettaessa vaakakupissa lähtökohtaisesti enemmän kuin yksityisyyden suojele. Suomen perustuslaki saattaa kuitenkin velvoittaa suomalaisia tuomioistuimia suhtautumaan yksityisyyttä loukkaamalla hankittuihin todisteisiin EIS:ta tiukemmin. Tästä lisää jäljempänä.

2.6. Näyttö jonka hankkimisessa on käytetty kidutusta tai epäinhimillistä ja halventavaa kohtelua tai sellaisen uhkaa

Kidutus on tahallista ruumiillisen tai henkisen kärsimyksen aiheuttamista toiselle tiettyssä tarkoituksessa. Todisteluun liittyen kidutuksen tarkoituksena on saada rikokseen liittyviä tietoja tai tunnustus. EIS:n 3 artiklan mukaan ketään ei saa kiduttaa, eikä kohdella tai rangaista epäinhimillisesti tai halventavalla tavalla.³⁵

Suomen rikoslaisissa kidutus on kriminalisoitu nimenomaisena rikoksena vuonna 2009. Kriminalisoinnin myötä lakiin ei otettu prosessuaalisia sääntöjä kiduttamalla saadun todisteen hyödyntämiskiellosta. Näin ollen kiduttamalla ja muulla epäinhimillisellä tai halventavalla saatujen todisteiden käyttö on edelleen kielletty ainoastaan mainitun YK:n yleissopimuksen sekä EIS:n ja muiden kansainvälisten ihmisoikeusnormien nojalla, mikä tarkoittaa EIT:n tulkintakäytännön korostunutta merkitystä.

Sinänsä kysymys kidutuksella saadun todisteen hyödyntämisestä ei tule kovinkaan usein suomalaisen tuomioistuimen harkittavaksi. Useimmin jouduttaneen ottamaan kantaa väitteeseen, jonka mukaan esitutkinnassa on esiintynyt kohtelua, jota voidaan pitää epäinhimillisenä tai halventavana. Silloin kun näin todetaan tapahtuneen ja kohtelun seurauksena on saatu näyttöä, on ratkaistava kysymys siitä, miten näyttöön suhteudutaan oikeudenkäynnissä.³⁶

Kuten edellä jo todettiin, EIT:n ratkaisukäytännössä 3 artiklaa rikkomalla hankittu näyttö eroaa muusta EIS:n säättämien oikeuksien rikkomisella hankitusta näytöstä. Näyttöarvostaan riippumatta syyksilukemista ei koskaan saa perustaa tunnustukseen tai muuhun todisteeseen, joka on saatu väkivallalla tai muulla julmalla kohtelulla, jota voidaan pitää kidutuksena. Tällaisen näytön käyttäminen tekee oikeudenkäynnistä kokonaisuudessaan epäoikeudenmukaisen siitä riippumatta, mikä vaikutus sillä on lopputulokseen.³⁷ Vaikka kidutuksen tarkoituksena sen hankkimisvaiheessa olisi esimerkiksi pelastaa uhrin henki eikä edistää syytteen ajamista, on EIS 3 artiklan takaa-antava suoja tässä tapauksessa niin ehdoton, ettei muihin kilpaileviin intresseihin voi vedota.³⁸

³⁵ EIS:n lisäksi Suomea sitoo vuonna 1984 voimaan tullut Yhdistyneiden Kansakuntien kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus. Yleissopimuksen 15 artiklan mukaan jokainen sopimusvaltio huolehtii siitä, ettei mitään lausuntoa, joka todetaan saadun kidutuksella, käytetä todisteena oikeudellisessa menettelyssä.

³⁶ Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä ei ole EIS artikla 3 koskevia tapauksia.

³⁷ Esim. Armeniaa koskeva *Harutyunuan*-tapaus (28.6.2007).

³⁸ Saksaa koskeva *Gäfigen*-tapaus (1.6.2010). Kysymys oli siitä, että epäilty oli piilottanut uhrinsa, jonka edelleen epäillyn jouduttua pidätetyksi luultiin olevan hengissä. Epäillyn EIS 3 artiklan vastaisen kohtelun tarkoituksena oli saada selville uhrin piilopaikka.

2.6.1. Epäinhimillisellä ja halventavalla kohtelulla hankitun näytön hyväksyminen

Kohtelu voi olla epäinhimillistä ja halventavaa EIS 3 artiklan merkityksessä silloinkin, kun kysymyksessä on laissa hyväksytty ja viranomaisten yleisesti käyttämä tutkintametodi. Näin EIT on katsonut Saksaa koskevassa *Jalloh*-tapauksessa (11.7.2006), jossa oli kysymys huume pussin nielleelle katukauppiaalle väkisin annetusta oksetusaineesta. Kysymyksessä oleva tapaus on merkittävä linjaratkaisu sen vuoksi, että viranomaisten epäinhimillisellä ja halventavalla kohtelulla saatu näyttö ei EIT:n mukaan välttämättä johda samaan lopputulokseen kuin kidutuksella saatu näyttö. Kysymyksessä on aina punnintaratkaisu, jossa erityistä merkitystä annetaan yleiselle edulle.

EIT:n mukaan EIS 3 artikla soveltuu tietyn minimitason ylittävään kaltoin kohteluun. Arviointi on suhteellista ja riippuu kaikista asian haaroista, kuten kohtelun kestosta, fyysisistä ja henkisistä vaikutuksista sekä joskus myös uhrin sukupuolesta, iästä ja terveydentilasta. EIT:n ratkaisukäytännössä epäinhimillistä on ollut kohtelu, joka on ollut ennalta harkittua, joka on kestänyt tuntien ajan yhteen mittaam, ja josta on aiheutunut ruumiin vamma tai voimakasta fyysistä tai henkistä kärsimystä. Halventavana kohtelua on pidetty silloin, jos se on voinut aiheuttaa uhrille pelon, hädän ja alemmuuden tunteita, jotka ovat omiaan nöyryyttämään ja halventamaan häntä sekä mahdollisesti murtamaan hänen fyysisen tai moraalisen vastarintansa taikka jos sillä on saatu uhri toimimaan vastoin tahtoaan tai omatuntoaan.

Jotta rangaistus olisi epäinhimillistä tai halventavaa, kärsimyksen tai nöyryytyksen täytyy olla kovempaa kuin se, mikä välttämättä sisältyy lailliseen kohteluun tai rangaistukseen.³⁹ Näitä periaatteita soveltaessaan EIT on ottanut huomioon myös, onko tutkinnan kohteena oleva rikos ollut vakava, onko toimenpide ollut välttämätön näytön hankkimisen kannalta, aiheuttaako toimenpide vaaraa terveydelle, mikä on menettelytapa toimenpidettä suoritettaessa, toimenpiteen aiheuttama fyysinen kipu ja henkinen kärsimys sekä lääketieteellinen valvonta ja toimenpiteen terveydelliset vaikutukset.

Katsoessaan, että syytettyä oli edellä mainitussa *Jalloh*-tapauksessa kohdeltu epäinhimillisesti ja halventavasti, EIT kiinnitti huomiota mm. siihen, että näyttö olisi voitu saada lievemmillä toimenpiteillä eli odottamalla huume pussin luonnollista poistumista epäillyn kehosta. Vaikka kysymyksessä oli huumausainerikos, eivät määrät olleet voineet olla niin suuria, että rikos olisi erityisen vakava ottaen huomioon, että viranomaiset tiesivät katukauppiaan säilyttävän myytäviä huume puseja suussa. Lääketieteellisesti kysymys oli vaarallisesta toimenpiteestä, sillä oksetusaineen antaminen vastaavaan toimenpiteeseen oli jo kuollut kaksi henkilöä Saksassa. Tapa, jolla oksetusainetta oli annettu, oli ollut lähes brutaali, sillä neljä poliisia oli pitänyt epäillystä kiinni, kun letku oli syötetty mahalaukkuun pakolla epäillyn nenän kautta.

³⁹ Saksaa koskeva *Jalloh*-tapaus (11.7.2006).

Tämän jälkeen syytetylle oli vielä pakkoa käyttäen annettu injektioruiskulla toista oksetuslääkettä. Myös henkiset kärsimykset hänen odottaessaan aineen vaikutusta oli otettu huomioon, samoin nöyryytys siitä, että hän oli joutunut oksentamaan tällaisissa olosuhteissa.

EIT katsoi, että syytettyä oli kohdeltu epäinhimillisesti ja halventavasti eli EIS 3 artiklaa oli rikottu. Vaikka kysymys oli EIS 3 artiklasta, rikkomus ei kuitenkaan automaattisesti johtanut siihen, ettei kohtelulla saatua todistetta olisi saanut käyttää hyödyksi tuomiossa vaan EIT harkitsi erikseen sitä, miten syyllisyyden ratkaiseminen mainitun näytön perusteella vaikutti oikeudenkäyntiin kokonaisuudessaan. Katsottuaan, että huumeiden pienestä katukaupasta saatavaan tuomioon liittyvä *julkinen etu* ei ollut niin painava, että se olisi oikeuttanut todisteen käyttämisen, EIT katsoi, että *näissä oloissa* koko oikeudenkäynti oli tullut epäoikeudenmukaisesti.

Edellä olevan ratkaisun valossa näyttää siis siltä, että jos kysymys on sellaisen rikoksen tutkinnasta, jossa painava julkinen etu vaatii tuomiota (ja jos olot muuten ovat toisenlaiset kuin edellä mainitussa tapauksessa), EIS 3 artiklan tarkoittamalla epäinhimillisellä ja halventavalla kohtelulla saadun näytön hyödyntäminen syytetyn vahingoksi ei välttämättä tee oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaista. Edellytyksenä on – kuten muissakin todisteen hyödyntämisestä koskevissa tilanteissa – että syytetty on voinut käyttää oikeuksiaan eli voinut riitauttaa todisteen ja vastustaa sen käyttöä ja että tuomioistuimella on tosiasiallinen valta joko hyväksyä todiste tai kieltää sen käyttö. Huomiota on kiinnitettävä myös esitetyn näytön laatuun sekä kuten muissakin ihmisoikeuksien loukkaamistapauksissa siihen, voidaanko näyttöä ylipäänsä pitää luotettavana ottaen huomioon, miten se on syntynyt. Merkitystä on myös sillä, tukeeko muu näyttö todistetta, vaikka vahva näyttö ei muuta todisteita välttämättä tuekseen kaipaakaan.

Vaikka kidutuksella saatuja todisteita ei niiden näyttöarvosta riippumatta saa käyttää syytettyä vastaan, ei EIT:n tulkinnan valossa siis ole yhtä selvää, onko todistelun vastaanottamiseen suhtauduttava yhtä kategorisin kielloin silloin, kun näyttö on saatu *muulla EIS 3 artiklan vastaisella menettelyllä kuin kidutuksella*.⁴⁰

2.6.2. Kidutuksella hankitun näytön seurauksena saatu muu todiste (etäisvaikutus)

Ns. etäisvaikutusta⁴¹ koskevalla kysymyksellä tarkoitetaan sitä, voidaanko oikeudenkäynnissä hyödyntää todistetta, jonka olemassaolo on ilmennyt tai hankkiminen on käynyt mahdolliseksi kielletyn todistelun seurauksena.

⁴⁰ Saksaa koskeva *Gäfgen*-tapaus (1.6.2010).

⁴¹ Kysymyksessä on ns. *poisonous tree -doktriini*, joka on syntynyt Yhdysvaltojen oikeuskäytännössä jo vuonna 1919. Hormian mukaan etäisvaikutuksesta on käytetty kirjallisuudessa myös ilmaisua ”välillinen hyödyntäminen” ja hyödyntämiskiellon kontinueetti (Hormia 1978, 293).

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että etäisvaikutus voi periaatteessa ilmetä neljällä eri tavalla:

- 1) henkilöä kuulustellaan ensin kiellonvastaisesti ja myöhemmin laillisesti,
- 2) kiellonvastaisesti kuultu ilmaisee kolmannen henkilön, jota kuullaan laillisesti,
- 3) kiellonvastaisesti kuulusteltu paljastaa esitutkintaviranomaisille uusia reaalisia todistuskeinoja, tai
- 4) laittomin keinoin hankittua reaalitodistelua käytetään painostamaan syytettyä niin, että hän lopulta itse tunnustaa teon.⁴²

Vaikka kysymys on esitutkinnassa tehtävistä ratkaisuisista, tuomioistuimien joutuu viime kädessä ottamaan kantaa siihen, voidaanko kielletyllä tavalla hankitun todisteen seurauksena saatua todistetta hyödyntää oikeudenkäynnissä.

EIT:ssä ongelma on tullut esille mm. Saksaa koskevassa *Gäffen*-tapauksessa (1.6.2010), jossa poliisi sai epäillyltä paitsi tunnustuksen myös tietoa mahdollisista esinetodisteista EIS 3 artiklaa rikkomalla tehdyssä kuulustelussa. Tuomion mukaan sopimusvaltioissa ei ole yhtenäistä linjaa siitä, miten kielletyn todistelun seurauksena saatua todistetta pitäisi suhtautua.

Kansallinen tuomioistuin ei ollut ottanut huomioon kielletyllä kohtelulla saatua tunnustusta, mutta oli hyödyntänyt tuomiossaan sellaisia esinetodisteita, jotka löydettiin epäillyn tunnustuksen perusteella. EIT totesi, että esinetodisteet olivat välittömässä syy-yhteydessä EIS 3 artiklan vastaisen kuulustelun kanssa. Koska tuomio oli kuitenkin pääosin perustettu syytetyn oikeudenkäynnin lopulla antamaan uuteen tunnustukseen ja mainittua esinetodistelua oli käytetty vain tunnustuksen totuudenmukaisuuden tarkistamista varten, esinetodisteiden hyödyntäminen ei vaikuttanut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen.

EIT katsoi lisäksi, että syy-yhteys tuomitsemisen ja EIS 3 artiklan vastaisen kohtelun välillä oli katkennut syytetyn oikeudenkäynnissä tekemällä myöhemmällä tunnustuksella. EIT harkitsi kuitenkin, oliko EIS 3 artiklan vastainen menettely esitutkinnassa vaikuttanut myös tähän uuteen tunnustukseen. Tässä harkinnassa EIT otti huomioon, että syytetty oli tunnustanut teon oikeudessa heti toisena istuntopäivänä. Ennen tunnustusta syytetylle oli annettu ohjausta hänen vaitiolo-oikeudestaan sekä kerrottu, että hänen aiempia lausumiaan ei tulla käyttämään hyväksi häntä vastaan. Syytetyllä oli ollut oikeusavustaja. Vielä oikeudenkäynnin loppupuolella syytetty oli tunnustanut teon uudelleen kaduttuaan sitä ja halutessaan ottaa siitä vastuun. EIT:n mielestä mikään ei osoittanut, että syytetty ei olisi kertonut totuutta ja tunnustanut tekoa, jos edellä kerrottua esinetodistelua ei olisi otettu oikeudenkäyntiaineistoon. Toisin sanoen esinetodistelun olemassaolosta huolimatta syytetyllä olisi ollut mahdollisuus kiistää syyllisyytensä. Näin ollen ei voitu katsoa, että syytetyn oikeudessa antama tunnustus olisi johtunut toimenpiteistä, joilla oli esitutkinnan aikana loukattu hänen oikeuksiaan.

⁴² Hormia 1978 s. 297–299 ja Pölönen 2003 s. 315.

Tapauksen perusteluista näyttäisi seuraavan, että

- mikäli kysymyksessä olevat esinetodisteet, joita ei välttämättä olisi löytynyt ilman kielletyn kohtelun perusteella tehtyä tunnustusta, olisivat vaikuttaneet jutun loppuratkaisuun *tai*
- mikäli syytetyn oikeudenkäynnissä myöhemmin tekemä uusi tunnustus olisi johtunut siitä, että syytetty esinetodistelun valossa olisi katsonut, että hänellä ei ole muuta mahdollisuutta kuin tunnustaa,

niin oikeudenkäynnissä olisi rikottu EIS 6 artiklan 1 kohdan mukaista oikeudenmukaisuutta. Näin ollen EIT pitää mahdollisena, että kielletyllä tavalla hankitulla todisteella on etäisvaikutus myös siitä seuranneisiin todisteisiin.

Suomen lainsäädännössä ei ole etäisvaikutusta koskevia normeja ja perinteisesti tällaista välillisesti saatua näyttöä on pidetty laillisena. Perustuslain 22 §:n sisältämän velvoitteen vuoksi kielletyllä tavalla hankitun todisteen etäisvaikutuksen merkitystä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle joudutaan kuitenkin tuomioistuimessa pohtimaan samalla tavoin kuin todisteiden hyödyntämistä muutoinkin.⁴³ Silloin kun todiste on jollakin tavalla seurausta kidutuksella hankitusta näytöstä tai sellaisesta kielletystä kohtelusta kuin EIS 3 artiklassa säädetään, todisteen hyödyntämistä olisi vaikea hyväksyä myöskään perustuslain 7 §:n valossa.

2.7. Poliisin peitetoimen yhteydessä hankittu näyttö (yllytys)

Poliisin peitetoiminnalla hankitulla näytöllä tarkoitetaan tässä yhteydessä näyttöä, jota poliisi on hankkinut syytettyä vastaan esiintyessään itse jonkinlaisessa kanssarikollisen roolissa. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vastaista tällainen toiminta on silloin, kun epäilty tekee peitepoliisin yllyttämänä rikoksen, jota hän ei olisi lainkaan tehnyt ilman yllytystä.

EIT on ratkaisukäytännössään todennut, että poliisin peitetoiminta itsessään ei ole oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vastaista. Toiminnan pitää kuitenkin pysyä tiettyissä rajoissa, koska siihen sisältyy aina rikokseen yllyttämisen vaara. Tämän vuoksi poliisin tulee rajoittaa toimintansa pelkkään rikollisen toiminnan tutkimiseen ja toiminnalla on oltava riittävät laillisuuden ja asianmukaisuuden puitteet ja takeet. EIT:n mukaan oikeudenkäynti on alusta saakka epäoikeudenmukainen, mikäli siinä tukeudutaan näyttöön, joka on syntynyt poliisin yllytyksen tuloksena. Julkinen intressi ei voi oikeuttaa tällaiseen näyttöön nojautumista. Jos syytetty tekee tällaisesta yllytyksestä väitteen, tuomioistuimen on otettava väite vakavasti ja tutkittava se huolella.⁴⁴ EIT:n mukaan oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin oli niin merkittävä, että

⁴³ Pölönen 2003 s. 315.

⁴⁴ Liettuaa koskeva tapaus *Ramanauskas* (5.2.2008) ja Turkiaa koskeva *Burak Hun*-tapaus (15.12.2009).

sitä ei voi uhrata tarkoituksenmukaisuuden hyväksi edes silloin, kun yritetään hillitä vakavia rikoksia ja järjestäytyneen rikollisuuden kasvua.⁴⁵

Suomea koskeva *V. v. Suomi* -tapaus (24.4.2007) koski paitsi poliisin peitetoiminnassaan tekemää huumausaineen valekauppaa myös sitä, ettei syytetty ollut saanut viranomaisilta pyynnöstään huolimatta pyytämänsä näyttöä, jolla hän yritti todistaa, että rikos oli tehty poliisin yllytyksen seurauksena. Syytetyn asianajaja oli vaatinut jo käräjäoikeudessa poliisia esittämään tietoja syytetyn matkapuhelimeen tulleista ja siitä soitetuista puhelusta. Käräjäoikeus oli kuitenkin pakkokeinolain nojalla antanut poliisille luvan olla paljastamatta syytetylle tämän matkapuhelimen tarkkailua. Myöskään hovioikeuskäsittelyn aikana syytetty ei saanut pyytamiään tietoja, ja hovioikeus hylkäsi puhelutietojen esittämisestä tehdyt pyynnöt tarpeettomina. Koska näyttöä asiasta ei ollut saatavilla, myöskään EIT ei voinut ratkaista sitä, oliko rikos tehty poliisin yllytyksestä vai ei.

EIT totesi tuomiossaan, että kontradiktorinen periaate ja osapuolten tasa-arvo kuuluivat olennaisina osina oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. EIS 6 artiklan 1 kohta edellyttää, että syyttäväviranomaiset paljastavat syytetylle kaiken hallussaan olleen olennaisen näytön siitä riippumatta, oliko se syytetylle vastaista tai myönteistä. Vaikka velvollisuus ei ole ehdoton, se sallii vain välttämättömät poikkeukset, jotka liittyvät esimerkiksi kansalliseen turvallisuuteen tai todistajansuojeluun. EIT katsoi, että syytetylle ei ollut annettu riittävästi tietoja, eikä hänen ollut sallittu tehdä riittävällä tavalla huomautuksia tai osallistua päätöksentekoon. Poliisi oli salaamalla tärkeitä seikkoja evännyt syytetyltä tilaisuuden todentaa väitteitään ja osoittaa ne oikeiksi. Mitään julkisen edun mukaisia perusteita ei ollut esitetty puhelutietojen salaamiselle, ja salattu aineisto oli liittynyt relevanttiin tosiasiakysymykseen koskien yllytysväitettä. Poliisin toiminnan seurauksena tuomioistuimillakaan ei ollut ollut riittäviä tietoja kyetäkseen harkitsemaan salatun aineiston merkitystä puolustukselle. Puutetta ei ollut korjattu hovioikeusmenettelyssä. Näin ollen päätöksenteossa ei ollut noudatettu oikeudenmukaisuuden vaatimuksia ja EIS 6 artiklan 1 kohtaa oli rikottu.

Mainittu ratkaisu osoittaa, että jos syytetty tekee oikeudenkäynnissä väitteen siitä, että jokin todiste on hankittu sellaisin keinoin, ettei oikeudenkäynti sen vuoksi täytä oikeudenmukaisuuden vaatimusta, tuomioistuimilla on velvollisuus aktiivisesti selvittää väitteen todenperäisyys, ennen kuin todistetta voidaan hyödyntää.

3. Perustuslain edellyttämät todisteiden hyödyntämiskiellot

Oikeuskirjallisuudessa ratkaisumalliksi hyödyntämiskieltokysymykseen on esitetty niin sanottua perusoikeusmyönteistä punnintavelvoitetta. Tämä tarkoittaa, että tuomioistuimilla on *viran puolesta* velvollisuus tapauskohtaisesti asettaa todisteelle hyö-

⁴⁵ Portugalia koskeva *Teixeira de Castro*-tapaus (9.6.1998).

dyntämiskielto tilanteessa, jossa todisteen hyödyntäminen johtaisi oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen, perus- tai ihmisoikeusloukkaukseen tai muuhun rikoksen *selvittämisentressiin nähden* suhteettoman vakavaan perus- tai ihmisoikeusrajoitukseen.⁴⁶ Kysymys on siis tapaus tapaukselta suoritettavasta harkinnasta, jossa vastakkain on yleinen rikosten selvittämisentressi ja yksilön perus- ja ihmisoikeudet.

Lähtökohtaisesti kysymyksessä oleva punninta ei näyttäisi eroavan siitä punninnasta, jota myös EIT harjoittaa jokaisen käsittelemänsä tapauksensa yhteydessä. Yleisen edun sijaan EIT:n terminologiassa puhutaan julkisesta intressistä (edusta). Ottaen huomioon perustuslain 22 §:n säätämä ehdoton velvollisuus perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen turvaamiseen, yleisen edun käyttöala voi suomalaisessa rikosprosessissa muodostua suppeammaksi kuin mitä se on EIT:n tulkintakäytännössä. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että perus- ja ihmisoikeuksien turvaamiseksi asetetulla hyödyntämiskiellolla on punninnassa aina suurempi painoarvo kuin rikoksen selvittämisentressillä.⁴⁷ Tällä hetkellä oikeustila on epäselvä, koska oikeuskäytäntöä todisteiden hyödyntämiskielloista perus- ja ihmisoikeuksien nojalla on vain niukasti.

3.1. Oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen

Perustuslain 7 §:n mukaan jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Ketään ei saa tuomita kuolemaan, kiduttaa eikä muutoinkaan kohdella ihmisarvoa loukkaavasti. Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua eikä vapautta riistää mielivaltaisesti eikä ilman laissa säädettyä perustetta. (...)

Kuten edellä tarkasteltaessa EIT:n tulkintakäytäntöä kidutuksella tai epäinhimillisellä ja halventavalla kohtelulla saadun todistelun hyödyntämisestä kävi ilmi, EIS näyttäisi hyväksyvän muulla tavoin kuin varsinaisella kidutuksella hankitun näytön silloin, kun julkinen etu on riittävän painava.

Perustuslain 7 §:n 2 momentti kieltää kuitenkin poikkeuksetta ihmisarvon loukkauksen. Julkinen etu ei voi siten missään olosuhteissa oikeuttaa ihmisarvoa loukkaamalla hankitun todisteen hyödyntämistä suomalaisessa rikosprosessissa.

3.2. Yksityiselämän suoja

Perustuslain 10 §:n mukaan jokaisen yksityiselämä, kunnia ja kotirauha on turvattu. Kirjeen, puhelun ja muun luottamuksellisen viestin salaisuus on loukkaamaton. Vi-

⁴⁶ Pölonen 2003 s. 224–227 ja Ervo 2005 s. 384–385. Ks. myös Virolainen 1998 s. 425–426.

⁴⁷ Virolainen 2009 s. 244.

ranomaisten välttämättömistä toimenpiteistä ja rajoituksista edellä mainittuihin oikeuksiin liittyen on säädettävä lailla.

Perustuslain 10 §:n yksityiselämän suoja ei sen laajuuden ja rajoituksia koskevien edellytysten osalta juurikaan poikkea EIS:n 8 artiklassa säädetystä yksityis- ja perhe-elämän suojasta. EIT on kuitenkin omaksunut EIS:n 8 artiklaa loukkaamalla hankittujen todisteiden osalta hyvin suhteellisen ja sallivan tulkintalinjan, jossa yleinen eturikosten selvittämiseksi painaa enemmän kuin yksityisyyden suojeleminen.

Korkein oikeus on tapauksessa KKO 2007:58 harkinnut teknisellä kuuntelulla saadun ns. ylimääräisen tiedon (PKL 5 a luvun 13 §) hyödyntämisen kieltämistä perustuslain 10 §:n nojalla. Hyödyntämiskiellon tavoitteena mainitussa tapauksessa olisi ollut yksityiselämän ja luottamuksellisen viestinnän suojan turvaaminen sekä perusoikeuksien loukkausten ehkäisy. Hyödyntämiskiellon asettamista vastaan kyseisessä tapauksessa puhui KKO:n mukaan vakavien rikosten selvittämisen intressi ja siihen liittyvä rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuus. Ylimääräinen tieto koski mainitussa tapauksessa rikoslain 15 luvun 11 §:ssä tarkoitettua rikoksentehtäjän suojelemista, jota rikosta varten itsessään ei olisi voitu myöntää teknistä kuuntelua koskevaa lupaa. Korkein oikeus mainitsi kysymyksessä kuitenkin olevan rikoksen, josta voidaan tuomita vankeutta. Huomattavaa oli myös se, että teknistä kuuntelua oli luvan mukaan saanut kohdistaa nimenomaan syytettyyn hänen oleskellessaan siinä tilassa, jossa ylimääräinen tieto oli saatu. Lisäksi korkein oikeus kiinnitti huomiota siihen, että äänitallenteen käyttäminen todisteena ei sinänsä vaaranna syytetyn oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, koska hänellä oli joka tapauksessa mahdollisuus tuomioistuimessa ottaa kantaa tallenteen todistusarvoon ja kuulustuttaa todistajia sen johdosta. Korkein oikeus ei siten kieltänyt äänitteen käyttöä.

Sen sijaan Helsingin hovioikeus on 24.1.2008 antamassaan ratkaisussa (R 07/2233) kieltänyt todisteiden hyödyntämisen perustuslain 10 §:n ja EIS 8 artiklan perusteella. Kysymyksessä oli avioparin välistä puhelua koskeva äänitallenne molempien puolisoitten ollessa epäiltyjä samasta rikoksesta. Pakkokeinolain 5 a luvun 10 §:n 1 momentin mukaan telekuuntelua ei saa kohdistaa epäillyn ja häneen OK 17 luvun 20 §:n mukaisessa suhteessa olevan henkilön välisiin keskusteluihin, ellei esitutkinta koske rikosta, josta saattaa seurata vähintään kuusi vuotta vankeutta tai yritystä tai osallisuutta siihen. Hovioikeus totesi, että sekä perustuslain 10 § että EIS 8 artikla ilmentävät jokaiselle kuuluvaa perusoikeutta nauttia perhe-elämäänsä kohdistuvaa kunnioitusta, ja viranomaiset voivat lailla puuttua oikeuden käyttämiseen vain mainittujen säännösten sallimissa tilanteissa. Suomen laissa ei ole säännöstä telekuuntelun kohdistumisesta lähiomaisten välisiin keskusteluihin tilanteessa, jossa molemmat ovat epäiltyjä. Pakkokeinolain esitöissä on kuitenkin katsottu, ettei telekuuntelu saisi johtaa siihen, että oikeudenkäynnissä voimassa olevat todistamiskiellot menettäisivät merkitystään.

Tietojen hyödynnettävyyttä harkitessaan hovioikeus noudatti perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa, jonka mukaan henkilön prosessuaalisella asemalla ei ole merkitystä arvioitaessa pakkokeinolain 5 a luvun 10 §:n 1 momentissa säädetyn kuuntelukiellon ulottuvuutta. Koska syytetty olivat olleet epäiltyinä rikoksesta, josta sää-

detty ankarin rangaistus oli neljä vuotta vankeutta, kysymyksessä olevia tallenteita ei saanut hyödyntää ja ne oli asian tultua lainvoimaiseksi hävitettävä.

Itä-Suomen hovioikeus on tuomiossaan 12.5.2010 (R 09/506) ratkaissut kysymyksen siitä, voitiinko seksuaalirikosta koskevassa oikeudenkäynnissä käyttää todisteena rikoslain 24 luvun 6 §:n 1 momentissa tarkoitettulla salakatselulla hankittua DVD-tallennetta tai kuulla todistajana tallenteen kuvannutta henkilöä. Ratkaisussaan hovioikeus on viitannut KKO:n ratkaisuun KKO 2007:58 sekä EIT:n ratkaisukäytäntöön koskien kielletyllä tavoilla hankittujen todisteiden hyödyntämistä painottaen sitä, ettei kielletyllä tavalla hankitun todisteen hyödyntäminen välttämättä ole kiellettyä, mikäli oikeudenkäynti kokonaisuudessaan täyttää oikeudenmukaisuuden vaatimukset. Hovioikeuden mukaan salakatselun kriminalisoimisella on pyritty suojaamaan perustuslain 10 §:n 1 momentissa säädettyä perusoikeutta sekä EIS:n 8 artiklaa. Vaikka kysymyksessä oleva rikos oli vakava, hovioikeus piti yksityiselämän suojan loukkausta laadultaan niin vakavana syytteessä tarkoitettuun rikokseen, ettei tallenteen käyttämistä asiassa todisteena sallittu. Koska tallennetta ei saanut käyttää todisteena, ei myöskään tallenteen kuvanneelta henkilöltä saanut häntä todistajana kuultaessa kysyä niistä havainnoista, joita hän oli tehnyt kameralla katsellessaan tai kuvatessaan, vaan ainoastaan siitä, mitä hän oli nähnyt paljain silmin.

3.3. Muut perusoikeudet

Mahdotonta ei ole, etteikö todisteiden hyödyntämistä koskeva kysymys voisi tulla oikeudenkäynnissä ajankohtaiseksi myös muita perusoikeuksia, esimerkiksi sananvapautta tai omaisuuden suojaa koskevien loukkausten osalta. Perusoikeuksien hyvä tuntemus ja ymmärrys ovat tarpeen, jotta tuomioistuimien pystyy täyttämään perustuslain mukaiset velvoitteensa myös harvemmin oikeudenkäynnin kohteeksi joutuviissa tilanteissa.

4. Hyödyntämiskiellon käsittelystä rikosprosessissa

Tuomioistuimella on velvollisuus huolehtia perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta. Tämän vuoksi hyödyntämiskiellot on otettava viran puolesta huomioon. Ongelmana on, että oikeudenkäyntiä edeltävässä menettelyssä tapahtuneet virheet eivät aina tule esille ilman, että puolustus vetoaa niihin. Selvää on, että sen jälkeen kun ongelma on havaittu, tuomioistuimella on velvollisuus selvittää asiaa oma-aloitteisesti.⁴⁸

Informatiiviseen prosessinjohtoon kuuluu, että mikäli jotain todistetta ollaan rajaa-massa pois oikeudenkäynnistä, tuomioistuimen on kerrottava aikeestaan asianosai-

⁴⁸ Pölonen 2003 s. 320.

sille. Sen lisäksi, että rajaamista koskevaan kysymykseen on saatava ottaa kantaa, asianosaisille tulee antaa mahdollisuus hankkia muuta todistelua poisrajatun tilalle. Juuri sanottu ei kuitenkaan sulje pois sitä, että jos tuomioistuin päätyy hyödyntämiskieltoon vasta todistusharkintavaiheessa, päätös on silti tehtävä, jos oikeudenkäynti ei muuten täyttäisi oikeudenmukaisuusvaatimusta. Todisteiden merkitys kokonaisharkinnan kannalta ilmenee usein vasta siinä vaiheessa, kun tuomioistuin tekee tuomioharkintaa, eikä asiasta silloin ole mahdollista informoida oikeudenkäynnin aikana.⁴⁹ Kun rikosprosessissa saa vedota uusiin todisteisiin vielä muutoksenhakuvaiheessakin, mitään oikeudenmenetyksiä ei synny sen johdosta, että asianosaisilla (syyttäjällä ja asianomistajalla) ei ole ollut mahdollisuutta hankkia uutta todistelua hyödyntämättä jääneen tilalle.

5. Lopuksi

Koska nimenomaista lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä todisteiden hyödyntämiskielloista on Suomessa vain vähän, EIT:n tulkintakäytäntö on poikkeuksellisen merkittävässä asemassa tuomioistuimen harkitessa, tuleeko jokin todiste ottaa huomioon rikosprosessissa vai ei. Oikeuslähteenä EIT:n ratkaisukäytäntöä ei kuitenkaan aina ole helppo tulkita, eikä se useinkaan anna yksiselitteisiä vastauksia yksittäisen rikosprosessin ongelmiin. Kuten muidenkin oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen vaikuttavien tekijöiden osalta, myös tarjotun näytön hyödyntämistä koskeva pohdinta on EIT:n ratkaisukäytännön valossa erilaisten hyödyntämisen puolesta ja vastaan puhuvien seikkojen arviointia, jossa huomioon otettavat seikat harvoin johtavat automaattisesti siihen, että oikeudenkäynti joko on tai ei ole oikeudenmukainen. Kysymys on useimmiten punninnasta, jossa viranomaisten menettely ja syytetyn mahdollisuudet puolustautua arvioidaan kokonaisuudessaan kiinnittäen erityisesti huomiota edellä kerrottuihin EIT:n esiin nostamiin seikkoihin.

Kuten kaikissa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin arviointia koskevissa perusteluissa, tärkeintä on mahdollisimman avoin harkinta ottaen huomioon kaikki asiaan vaikuttavat seikat puolesta ja vastaan. Päätyipä tuomioistuin mihin ratkaisuun tahansa jonkin todisteen hyödyntämisen osalta, EIS 6 artiklan mukainen oikeudenmukaisuuden vaatimus ei välttämättä täyty, jos tuomiosta ei selkeästi ilmene, että tuomioistuin on tunnistanut ja tunnustanut EIS:n suojaamat syytetyn oikeudet ja tehnyt ratkaisunsa niistä tietoisena. Sama koskee myös perustuslain turvaamia perusoikeuksia.

⁴⁹ Mts. 321.

Lähteet

Kirjallisuus ja virallislähteet

- Ervo, Laura: Oikeustapauskommentti KKO 2000:71. Lakimies 2000 s. 980–996.*
- Ervo, Laura: Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen rikosoikeudenkäynnissä. Turun yliopisto 2003.*
- Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Vantaa 2005.*
- Ervo, Laura: Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus, käsikirja lainkäyttäjille. Helsinki 2008.*
- Hirvelä, Päivi: Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. Helsinki 2006.*
- Hormia, Lauri: Todistamiskielloista rikosprosessissa I. Vammala 1978.*
- Hormia, Lauri: Todistamiskielloista rikosprosessissa II. Vammala 1979.*
- Korkeimman oikeuden lausunto 2.12.2010 nro 2407 oikeusministeriön asettaman työryhmän mietintöön.
- Lundqvist, Ulf: Bevisförbud. Uppsala 1998.*
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. Juva 2004.*
- Ojanperä, Jenni: Todisteiden hyödyntämiskielto, teoksessa Kirjoituksia todistusoikeudesta, toim. Juha Lappalainen ja Timo Ojala. Helsinki 2006.*
- Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 2005.*
- Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 2/1990 vp
- Pihlajamäki, Heikki: Evidence, crime and the legal profession. Lund 1997.*
- Pölonen, Pasi: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Jyväskylä 2003.*
- Rautio, Jarkko: Oikeustapauskommentti 2000:71, teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein 2000 I, toim. Pekka Timonen. Helsinki 2001.*
- Tapanila, Antti: Syytetyn oikeus syyttäjän todistajien kuulemiseen. Helsinki 2004.*
- Virolainen, Jyrki: Rikosprosessi I. Rovaniemi 1998.*
- Virolainen, Jyrki: Oikeustapauskommentti 2000:71, Defensor Legis 2000 s. 669–678.*
- Virolainen, Jyrki: Oikeustapauskommentti 2009:88, teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein 2009 II, toim. Pekka Timonen. Helsinki 2010.*

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuim

- Lüdi v. Sveitsi 15.6.1992 EIT:A-238*
- Funke v. Ranska 25.2.1993 EIT:A-256-A*
- Teixeira de Castro v. Portugali 9.6.1998*
- Khan v. Iso-Britannia 12.5.2000*
- Heaney and McGuinness v. Irlanti 21.12.2000*
- S.N v. Ruotsi 2.7.2002*
- Beckles v. Iso-Britannia 8.10.2002*
- Jalloh v. Saksa 11.7.2006*
- V. v. Suomi 24.4.2007*
- B. v. Suomi 24.4.2007*
- W. v. Suomi 24.4.2007*
- A.H. v. Suomi 10.5.2007*
- W.S. V Puola 19.6.2007*
- Harutyunyan v. Armenia 28.6.2007*
- Kovac v. Kroatia 12.7.2007*

F ja M v. Suomi 17.7.2007
Ramanauskas v. Liettua 5.2.2008
Salduz v. Turkki 27.11.2008
Panovits v. Kypros 11.12.2008
A.I. v. Suomi 27.1.2009
Plonka v. Puola 31.3.2009
Marttinen v. Suomi 21.4.2009
D. v Suomi 7.7.2009
Lee Davies v. Belgia 28.7.2009
Gladyshev v. Venäjä 30.7.2009
Dayanan v. Turkki 13.10.2009
Burak Hun v. Turkki 15.12.2009
Mariana Marinescu v. Romania 2.2.2010
Khametshin v. Venäjä 4.3.2010
Orhan Cacn v. Turkki 23.3.2010
Ogaristi v. Italia 18.5.2010
Gäfgen v. Saksa 1.6.2010
Karadag v. Turkki 29.6.2010
Balgiunas v. Liettua 20.7.2010
A.S. v. Suomi 28.9.2010
Lalas v. Liettua 1.3.2011
Zukovskiy v. Ukraina 3.3.2011
Paskal v. Ukraina 15.9.2011

Korkein oikeus

KKO 1995:66
KKO 2000:35
KKO 2000:71
KKO 2004:30
KKO 2006:107
KKO 2007:101
KKO 2008:68
KKO 2009:88
KKO 2011:38
KKO 2011:46
KKO julkaisematon, annettu 10.8.2011 (R 10/279)

Hovioikeudet

Helsingin HO 24.1.2008 (R 07/2233)
Rovaniemen HO 15.1.2010 (R 09/134)
Itä-Suomen HO 10.5.2011 (R 09/506)

Tiina-Liisa Autio ja Anna Karjala

Ihmiskauppa ja ihmisoikeudet

1. Johdanto

Kansainvälinen yhteisö on viime vuosina laatinut useita ihmiskaupan vastaisia lainsäädäntöinstrumentteja, jotka velvoittavat valtioita ennalta ehkäisemään ihmiskauppaa, auttamaan ja suojelemaan ihmiskaupan uhreja, varmistamaan ihmiskauppaan syyllistyneiden asianmukaisen syytteenpanon sekä tekemään yhteistyötä toistensa kanssa näiden tavoitteiden saavuttamiseksi. Myös Suomessa on ryhdytty lainsäädännöllisiin ja muihin ihmiskaupan vastatoimiin. Kysymys siitä, mitä ihmiskaupalla oikeudellisissa yhteyksissä tarkoitetaan, on kuitenkin jäänyt vaille selväsanaista vastausta. Käsitukset ihmiskaupasta ja sen uhreista vaihtelevat toimijoiden kesken siitäkkin huolimatta, että Suomi on sitoutunut noudattamaan yhtenäistä ihmiskaupan määritelmää soveltaessaan ihmiskauppaan liittyvää lainsäädäntöä. Kysymykset siitä, mitä ihmiskauppa on ja kuka on ihmiskaupan uhri, aiheuttavat edelleen päänvaivaa viranomaisille ja tuomioistuimille. Siinä missä jotkut toimijat näkevät ihmiskaupan kahleisiin sitomisen törkeänä vapaudenriistona ja väkivaltaisena pakottamisena, toiset puolustavat laajempaa ymmärrystä, joka hahmottaa ihmiskaupan nimenomaan yksilön haavoittuvan aseman sekä uhrin ja hänen hyväksikäyttäjänsä välisen epätasapainoisen valtasuhteen kautta.¹

Määritelmän epäselvyys saattaa johtaa siihen, ettei ihmiskaupan piirteitä sisältävä rikollinen toiminta johda esitutkintaan, syytteen ja tuomioon ihmiskaupasta, vaan hyväksikäyttöä sisältävää tekoa lähestytään rikosprosessissa ihmiskaupan piirteitä sisältävänä eli niin sanottuna ihmiskaupan kaltaisena rikoksena², kuten parituksena tai kiskonnantapaisena työsyrintänä. Ihmiskaupan määritelmän epäselvyys johtaa myös siihen, etteivät ihmiskaupan uhrien parissa työskentelevät tahot välttämättä osaa tunnistaa ihmiskaupan uhria ja ohjata häntä auttamisjärjestelmään.³

Ihmiskaupan yksiselitteisen tulkintatavan puuttumisesta huolimatta selvää kuitenkin on, että ihmiskaupassa on kysymys toisen ihmisen hyväksi käyttämisestä hyödyn tavoittelemistarkoituksessa. Olennaista on, että tekijä käyttää hyväkseen toisen henkilön riippuvaisuutta tai turvattomuutta tai turvautuu johonkin kontrollikeinoon, ku-

¹ Roth 2010b s. 281.

² Kansallisen ihmiskaupparaportoinnin kertomus 2010 s. 8.

³ Roth 2010b s. 281.

ten väkivaltaan tai sillä uhkaamiseen, saadakseen uhrinsa alistumaan hyväksikäytön kohteeksi. Ihmiskaupatermi johtaa usein harhaan: monet kuvittelevat, että ollakseen ihmiskauppaa uhrin vapaus on täytynyt fyysisesti riistää ja hänet on täytynyt saattaa hyväksikäytön kohteeksi pahoinpitelemällä tätä tai erehdyttämällä työn luonteen suhteen. Kansainvälisen määritelmän mukaan riittää, että tekijä on käyttänyt hyväkseen uhrinsa haavoittuvaa asemaa tai omaa valta-asemaansa suhteessa uhuriin. Merkityksellistä ihmiskaupan määritelmän täyttymisen kannalta ei aina ole se, mitä tekijän ja uhrin välillä on tapahtunut rekrytointivaiheessa: kiinnostavampaa on se, miten tilanne on kehittynyt hyväksikäyttövaiheessa esimerkiksi sen jälkeen, kun uhri on jo aloittanut työnteon. Näin ymmärrettynä ihmiskauppa ei ole hetkellistä kaupantekoa, vaan prosessi, jossa uhrin ja tekijän välinen valtasapaino voi muuttua ja jossa uhrista voi tulla tekijästä riippuvainen tai erityisen haavoittuvainen vasta, kun hyväksikäyttö on jo alkanut.⁴

Ihmiskauppa määritellään ihmisoikeusloukkaukseksi⁵ ja sitä on pidetty yhtenä nykyajan ajankohtaisimmista ja laajalle levinneimmistä ihmisoikeusongelmista⁶. YK:n arvion mukaan noin 4 miljoonaa ihmistä, joista useimmat ovat naisia ja lapsia, joutuu vuosittain ihmiskaupan uhriksi ja pakotetaan työskentelemään rakennustyömailla, maataloudessa, kaivoksissa, kalastuksessa, lastenhoitajina tai teollisuudessa. Heitä käytetään myös sotilaina tai pakotetaan huumeiden salakuljetukseen, kerjäämiseen, laittomiin adoptioihin, prostituutioon, pornoteollisuuteen, seksiturismiin tai pakko-avioliittoihin.⁷ Uhreista 43 prosenttia käytetään hyväksi seksuaalisessa tarkoituksessa ja 32 prosenttia kaupallisessa tarkoituksessa⁸. Pääasiassa kansainvälisen keskustelun ja velvoitteiden ansiosta ihmiskaupan myönnetään nykyään koskettavan myös Suomea. Ihmiskaupan vastaisiin toimenpiteisiin on ryhdytty: ihmiskauppa on säädetty rangaistavaksi teoksi, ihmiskaupan uhreille on mahdollista myöntää oleskelulupa ja harkinta-aika, uhripalvelujärjestelmä on perustettu, tietoisuutta ihmiskaupasta on kasvatettu ja rikostutkintaa on tehostettu. Lokakuussa 2006 tuli voimaan lainmuutos⁹, jolla seksuaalipalveluiden ostaminen parituksen ja ihmiskaupan uhreilta säädettiin rangaistavaksi teoksi.¹⁰

Ihmiskaupan tunnistaminen ilmiönä ja sen erottaminen muista teoista, kuten parituksesta tai ihmissalakuljetuksesta, ei ole yksinkertaista tai ongelmatonta. Keskustelun ja tietoisuuden kasvattaminen on välttämätöntä, jotta ihmiskaupan uhrien ihmisoikeuksien loukkaamiseen voidaan puuttua ja suoda heille oikeuksia, jotka ihmiskaupan uhrille kuuluvat.

⁴ Roth 2010b s. 286–287.

⁵ Pärssinen 2006 s. 191.

⁶ Roth 2010a s. 10.

⁷ Amir ja Beeks 2006 s. 9.

⁸ ILO 2005: Trafficking for Forced Labour s. 8.

⁹ L 25.8.2006/743 (RL 20 luku 8 §: Seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttö), HE 221/2005.

¹⁰ Roth 2007b s. 419.

Tässä artikkelissa tarkastellaan ihmiskauppaa sen eri muodoissaan erityisesti Suomen kannalta. Tarkoituksena on käydä säännösten läpi sitä, mitä ihmiskauppa on, ja tutkia ihmiskauppaan liittyvää oikeuskäytäntöä Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten sekä kansallisten tuomioistuinten tapauksien kautta. Tämän kautta voidaan toivottavasti osaltaan selvittää sitä, minkälaista toimintaa ihmiskauppaan voi sisältyä ja miten sen uhreja voitaisiin entistä paremmin tunnistaa.

2. Suojeltavat oikeushyvät ja oikeuslähteet

2.1. Suojeltavat oikeushyvät

“I believe the trafficking of persons, particularly women and children, for forced and exploitative labour, including for sexual exploitation, is one of the most egregious violations of human rights.” – Kofi Annan¹¹

Rikosten kriminalisoimisen tarkoituksena voidaan katsoa olevan yleisluonteisten etuuskien tai arvojen eli niin sanottujen oikeushyvien suojeleminen. Kriminalisointia voidaan perustella sillä, että kun ihmiset rangaistusuhan vuoksi tekevät tai jättävät tekemättä tiettyjä tekoja, saavutetaan jotakin arvokasta.¹² Ihmiskauppasääntelyllä suojattavista arvoista keskeisimmät ovat vapaus ja koskemattomuus.¹³ Näiden oikeuksien ydinalueesta ei ole mahdollista poiketa edes hätätilan aikana.¹⁴

Ihmiskauppa on vakava rikos ja loukkaus yksilön ihmisarvoa ja koskemattomuutta vastaan – ihmistä ei voi kaupata kuten tavaroita. Ihmiskauppaa on pidetty yhtenä orjuuden nykymuotona¹⁵. Ihmiskaupan ja orjuuden kieltoon liittyykin sama ehdottomuus; kumpikaan niistä ei ole hyväksyttävissä missään muodoissa¹⁶.

Ihmiskauppa loukkaa uhrin ihmisoikeuksia prosessin kaikissa vaiheissa. Lähtömaissa loukataan usein uhrien poliittisia, lainsäädännöllisiä, taloudellisia ja sosiaalisia ihmisoikeuksia. Esimerkkeinä tällaisista loukkauksista voidaan mainita muun muassa naisten syrjiminä työmarkkinoilla pienemmän palkan ja suuremman työttömyyden muodossa. Naiset myös osallistuvat miehiä harvemmin päätöksentekoon sekä julkisella että yksityisellä sektorilla. Kaikki nämä tekijät työntävät naisia hyväksikäytettäviksi.¹⁷

Ihmiskauppa itsessään loukkaa useita ihmisoikeuksia. Uhrit joutuvat kohtaamaan fyysisistä, psykologista ja seksuaalista väkivaltaa, pakkotyötä ja orjuutusta sekä muuta

¹¹ Ejala 2006 s. 165.

¹² Frände 2005 s. 22.

¹³ Pellonpää 2005 s. 270.

¹⁴ Pellonpää 2005 s. 270.

¹⁵ Esim. Nieminen 2005 s. 136 ja Pärssinen 2006 s. 178.

¹⁶ Nieminen 2005 s. 136.

¹⁷ Kuivaniemi 2004, s. 9.

epäinhimillistä kohtelua. Uhreja saatetaan pitää lukkojen takana ja heidän oikeuttaan omaan kehoon loukata. Heidän työolosuhteensa eivät ole turvalliset eikä heille välttämättä makseta palkkaa lainkaan.¹⁸

Siinä, missä tekijä rikkoo kansallisia lakeja, valtiot, jotka eivät ole sitoutuneet kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, loukkaavat uhrien ihmisoikeuksia. Valtiot saattavat loukata uhrien ihmisoikeuksia pidättämällä ja rankaisemalla uhreja, palauttamalla heidät takaisin hyväksikäyttäjien käsiin tai jättämällä tarjoamatta heille keinoja saada korvausta tekijöiltä. Tällä tavoin valtiot saattavat ”uhriuttaa” uudelleen ihmiskaupan uhrin.¹⁹

Uhrin kannalta ei ole yhdentekevää, määritelläänkö hänen kohtaamansa hyväksikäyttö ihmiskaupaksi vai muuksi hyväksikäytöksi. Ihmiskaupan uhreilla on erityisasema suhteessa muihin hyväksikäytön uhreihin, sillä ensin mainituilla on mahdollisuus saada apua auttamisjärjestelmän kautta sekä hakea tiettyjä oleskelun statuksia ulkomaalaislain nojalla.²⁰

2.2. Oikeuslähteet

2.2.1. Sääntelyn historia

Ihmiskaupan kansainvälisen sääntelyn historia ulottuu 1800- ja 1900-lukujen vaihteeseen, jolloin järjestettiin ensimmäinen kansainvälinen niin sanottua valkoista orjakauppaa koskeva kongressi ja neuvoteltiin ensimmäiset sopimukset valkoisen orjakaupan tukahduttamiseksi.²¹ Valkoisella orjakaupalla tarkoitettiin eurooppalaisten naisten ja tyttöjen rekrytointia ja kuljettamista siirtomaihin prostituutioon, ja termillä haluttiin erottaa valkoisten naisten ja tyttöjen prostituutioon saattaminen Afrikan mustan väestön orjakaupasta.²² Pariisissa tehtiin vuonna 1904 ensimmäinen kansainvälinen sopimus valkoiseksi orjakaupaksi kutsuttua rikollista ammattia vastaan ja vuonna 1910 valkoisen orjakaupan ehkäisemistä koskeva yleissopimus. Suomi on liittynyt vuonna 1921 Kansainliiton piirissä tehtyyn kansainväliseen sopimukseen naisten ja lasten kaupan ehkäisemisestä (SopS 2/27), joka sisälsi liittymisen myös edellä mainittuihin Pariisissa vuonna 1904 ja 1910 tehtyihin sopimuksiin. Kansainvälinen yleissopimus täysi-ikäisten naisten kaupan vastustamiseksi tehtiin vuonna 1933 ja myös Suomi liittyi sopimukseen (SopS 29/37). Toisin kuin aiemmat sopimukset, vuoden 1933 sopimus pyrki vastustamaan prostituutioon saattamista uhrin suostumuksesta riippumatta.²³

¹⁸ Kuivaniemi 2004, s. 9–10.

¹⁹ Kuivaniemi 2004, s. 10.

²⁰ Roth 2010b s. 281–282.

²¹ Roth 2010a s. 39–40 ja Pärssinen 2006 s. 179.

²² Kansallisen ihmiskaupparaportoinnin kertomus 2010 s. 29.

²³ Kansallisen ihmiskaupparaportoinnin kertomus 2010 s. 30 ja Roth 2010 s. 39–41.

2.2.2. Merkittävimmät kansainväliset sopimukset

2.2.2.1. Euroopan ihmisoikeussopimus

Euroopan ihmisoikeussopimus eli yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (SopS 63/1990) on keskeisin perusoikeuslähde Euroopassa²⁴. Lainsäädännön alaan kuuluvilta osin sopimus ja sen lisäpöytäkirjat ovat Suomessa voimassa eduskuntalain tasoisena säännöksenä eli sopimus on valtiosisäisesti samassa asemassa kuin lait yleensä. Tämä tarkoittaa sitä, että sopimusta voidaan ja sitä tulee soveltaa lakina käytännön viranomais- ja tuomioistuintoiminnassa. Ihmisoikeussopimuksen määräysten todellinen sisältö on määräytynyt ja määräytyy erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen välityksellä, ja niinpä ihmisoikeusystävällinen laintulkinta edellyttää lainsoveltajalta huomion kiinnittämistä myös vakiintuneeseen tulkintakäytäntöön.²⁵

Ihmiskaupan kannalta keskeisin on ihmisoikeussopimuksen 4 artikla, jonka mukaan ketään ei saa pitää orjuudessa (slavery) tai orjuuden kaltaisessa pakkotyössä (servitude) eikä ketään saa vaatia tekemään pakkotyötä tai muuta pakollista työtä. Orjuus tarkoittaa täydellisen omistusoikeuden kaltaista suhdetta isännän ja vailla omaa juridista henkilöillisyyttä olevan orjan välillä, kun taas sana ”servitude” viittaa astetta lievempään alistussuhteeseen, jossa henkilö on totaalisesti sidottu työskentelemään toisen hyväksi tai antamaan tälle palveluksiaan²⁶.

2.2.2.2. YK:n sopimukset

YK:ssa on vuonna 1949 hyväksytty ihmiskaupan ja toisten prostituutiosta hyötymisen tukahduttamista koskeva yleissopimus, jonka Suomi on ratifoinut vuonna 1972 (SopS 33/1972). Sopimuksen 1 artiklan mukaan yleissopimuksen sopimuspuolet sitoutuvat rankaisemaan henkilöä, joka toisen henkilön intohimojen tyydyttämiseksi hankkii, viekoittelee tai houkuttelee mukaansa prostituutiota varten toisen henkilön tai käyttää toisen henkilön prostituutiota hyödykseen siitä huolimatta, että kyseinen henkilö olisi antanut tähän suostumuksensa. Sopimuksen 2 artiklan mukaan sopimuspuolet sitoutuvat rankaisemaan myös henkilöä, joka pitää, hoitaa tai rahoittaa bordellia taikka vuokraa tilan toisen prostituutiota varten.

YK:n kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus, jonka myös Suomi on ratifoinut (SopS 67–68/1986), velvoittaa jäsenvaltiot ryhtymään kaikkiin tarvittaviin toimenpiteisiin estääkseen kaikenlaisen naisten kaupan ja naisten prostituutiosta hyötymisen.

²⁴ EIS allekirjoitettiin Roomassa 4.11.1950 ja se tuli voimaan Suomessa 10.5.1990.

²⁵ Pellonpää 2005 s. 59–62.

²⁶ Pellonpää 2005 s. 270–271.

YK:n lapsen oikeuksien sopimus (SopS 59–60/1991) velvoittaa sopimusvaltioita suojelemaan lapsia kaikilta seksuaalisen riiston ja hyväksikäytön muodoilta ja estämään lasten ryöstämisen, myynnin ja kauppaamisen. Sopimuksen lisäpöytäkirja vuodelta 2000 kieltää nimenomaisesti lapsikaupan, lapsiprostituution ja lapsipornografian ja velvoittaa sopimusvaltioita suojelemaan lapsikaupan uhrien etuja ja oikeuksia kaikissa rikosprosessin vaiheissa. Lisäpöytäkirja vaatii lisäksi, että jäsenvaltiot pyrkivät lisäämään tietoisuutta lapsikaupasta, ehkäisevät lapsikauppaa ja auttavat lapsikaupan uhreja. Suomi on allekirjoittanut lisäpöytäkirjan, mutta sitä ei ole vielä ratifioitu.

YK:ssa on joulukuussa 2000 hyväksytty kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastainen yleissopimus (nk. Palermon sopimus) ja sen lisäpöytäkirja ihmiskaupan, erityisesti naisten ja lasten kaupan ehkäisemisestä, torjumisesta ja rankaisemisesta (SopS 20/2004 ja 71/2006). Ihmiskauppalisäpöytäkirjan artikla 3 sisältää ensimmäisen kansainvälisesti hyväksytyyn ihmiskaupan määritelmän ja artikla 5 velvoittaa sopimusvaltiot säätämään ihmiskaupan rangaistavaksi teoksi. Ihmiskauppalisäpöytäkirja sisältää lisäksi määräyksiä muun muassa ihmiskaupan uhrien auttamiseksi ja suojelemiseksi (artikla 6), ihmiskaupan uhrien asemasta vastaanottavissa valtioissa (artikla 7) ja heidän kotiuttamisestaan (artikla 7).

Muita ihmiskaupankin kannalta merkittäviä ihmisoikeussopimuksia ovat muun muassa YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen sopimus (KP-sopimus, SopS 8/1976), YK:n taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva sopimus (TSS-sopimus, SopS 6/1976), YK:n kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus (SopS 60/1989) ja YK:n kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 37/1970).²⁷

2.2.2.3. ILO:n sopimukset

ILO:n (International Labour Organization) pakkotyötä koskevat sopimukset ovat merkittäviä työperäisen ihmiskaupan ja pakkotyön poistamisen kannalta. Vuonna 1930 hyväksytty pakollista työtä koskeva sopimus (SopS 44/1935) ja vuonna 1957 hyväksytty pakkotyön poistamista koskeva sopimus (SopS 17/1960) velvoittavat sopimusvaltioita lakkauttamaan pakollisen työn kaikissa muodoissaan.

2.2.3. Euroopan neuvoston yleissopimus ihmiskaupan vastaisesta toiminnasta

Euroopan neuvoston ministerikomitea hyväksyi 3.5.2005 yleissopimuksen ihmiskaupan vastaisesta toiminnasta. Yleissopimus tunnustaa ihmiskaupan ihmisoikeusloukkaukseksi ja sisältää määräyksiä keinoista estää ihmiskauppaa, uhrien suojelemisesta,

²⁷ Ihmiskaupparaportoinnin kertomus 2010 s. 33.

rikosvastuusta, tutkinnasta ja oikeudenkäynnistä, kansainvälisestä yhteistyöstä sekä seurantajärjestelmästä. Erona Palermon sopimuksen ihmiskauppalisäpöytäkirjaan yleissopimus laajentaa ihmiskaupan käsitteen järjestäytyneeseen rikollisuuteen liittymättömään ihmiskauppaan ja asettaa uhrien oikeuksien kunnioittamisen ja suojelemisen ihmiskaupan vastaisen toiminnan perustaksi.²⁸ Yleissopimus ei tee eroa rajat ylittävän ihmiskaupan eikä valtion sisällä tapahtuvan ihmiskaupan välillä. Yleissopimus on tullut voimaan 1.2.2008. Suomi on allekirjoittanut sopimuksen 29.8.2006, mutta sopimuksen ratifiointimenettely on vielä kesken. Ulkoasiainministeriö on asettanut sopimuksen kansallista voimaan saattamista varten työryhmän, jonka jatkettu määräaika on päätynyt 31.12.2010. Yleissopimuksen voimaansaattaminen Suomessa edellyttää ainakin rikosoikeudellisia lainsäädäntömuutoksia²⁹.

Johdannossaan yleissopimus tunnustaa ihmiskaupan olevan ihmisoikeusloukkaus ja muodostavan uhan ihmisarvolle ja koskemattomuudelle. Sopimus velvoittaa valtioita edistämään ihmisoikeusperustaista lähestymistapaa ihmiskauppaan sekä kiinnittämään huomiota sukupuolen valtavirtaistamiseen ja lasten asemaan kaikessa ihmiskaupan vastaisessa toiminnassa. Vaikka sopimus ei konkreettisissa velvoitteissa yllä YK:n ihmisoikeusvaltuutetun suositusten tasolle, se on kuitenkin lähempänä niitä kuin mikään muu kansainvälinen ihmiskaupan vastainen instrumentti. Esimerkiksi uhrien auttamista ja suojelemista koskeva artikla on kirjoitettu vahvempaan ja velvoittavampaan muotoon kuin YK:n ihmiskauppalisäpöytäkirjan vastaava artikla. Yleissopimuksessa oikeusprosessi vahingonkorvauskanteineen määritellään ihmiskaupan uhrin oikeudeksi eikä ainoastaan osaksi valtioiden rikosentorjuntaa. Yleissopimuksessa sopimusvaltioille asetetaan YK:n ihmiskauppalisäpöytäkirjaa vahvempia velvoitteita myös uhrien turvallisen paluun suhteen. Yleissopimukseen on lisäksi luotu ihmisoikeussopimuksille tyypillinen valvontamekanismi.³⁰

Eräs tärkeä edistysaskel on EN:n ihmiskauppa koskevan yleissopimuksen sisältämä määräys ihmiskaupan uhrien tunnistamisesta. Artiklassa tunnistamisen myönnettään olevan edellytys muulle ihmiskaupan vastaiselle toiminnalle ja uhrien oikeuksien toteuttamiselle sekä velvoitetaan sopimusvaltiot huolehtimaan tunnistamisen asianmukaisuudesta. Kuten kansainvälisen siirtolaisuusjärjestön (IOM) ihmiskauppayksikön johtaja on todennut, ihmiskaupan (kansainvälis) oikeudellinen määritelmä on sinänsä selkeä ja ymmärrettävä. Ongelmiin törmätään siinä vaiheessa, kun ihmiskaupan uhria yritetään kuvailla tai tunnistaa käytännössä. Suurimmalta osin ero epäillyn ihmiskaupan ja todellisten uhrilukujen osalta selittyy sillä, ettei ihmiskaupan uhreja osata edelleenkin tunnistaa. Heidät sekoitetaan toistuvasti joko prostituoituihin, dokumentoimattomiin siirtolaisiin tai laittomiin työntekijöihin. Tällöin heiltä evätään oikeus kansainvälisissä sopimuksissa turvattuihin ihmiskaupan uhrien auttamistoimiin, oleskelulupaun, vahingonkorvaukseen ja muihin oikeussuojakeinoihin ja poistetaan

²⁸ Roth 2007b s. 420.

²⁹ OM:n säädöshankkeet 1.9.2010, s. 106–107.

³⁰ Roth 2007b s. 420.

maasta. Olennainen kysymys onkin se, mihin rajat näihin muihin ihmisryhmiin näiden käytännössä asettuvat.³¹

2.2.4. Ihmiskauppa EU-oikeudessa

Euroopan unionin neuvosto hyväksyi vuonna 1997 ihmiskaupan ja lasten seksuaalisen hyväksikäytön vastaisen yhteisen toiminnan ja antoi vuonna 2002 puitepäätöksen ihmiskaupan torjunnasta. Puitepäätöksessä ihmiskaupan määritelmä on laajennettu koskemaan paitsi seksuaalista hyväksikäyttöä myös työvoiman hyväksikäyttöä.³²

Euroopan parlamentti on vuoden 2010 lopulla hyväksynyt direktiivin, joka ottaa laajemman näkökulman hyväksikäyttöön kuin EU:n vuoden 2002 puitepäätös ja laajentaa siten suojeltujen uhrien määrää. Direktiivi määrää ihmiskauppiaille kovemmat rangaistukset ja takaa ihmiskaupan uhreille parempaa suojelua ja apua. Uudessa direktiivissä ihmiskaupalle asetetaan EU:n laajuiset rangaistukset, joiden pituus on vähintään viisi vuotta ja raskauttavien asianhaarojen vallitessa tehtyjen rikosten vähintään kymmenen vuotta. Rikos on tehty raskauttavien asianhaarojen vallitessa, jos siihen liittyy järjestäytyntä rikollisuutta, lasten hyväksikäyttöä, vakavaa väkivaltaa tai jos uhrin henki on vaarannettu. Direktiivi asettaa jäsenvaltiolle veloitteen varmistua siitä, että rikosten tekovälineet ja rikoshyödyt takavarikoidaan ja tuomitaan menetyksi. Direktiivi velvoittaa jäsenvaltiot turvaamaan uhrille majoituksen, aineellisen avun, välttämättömän sairaalahoidon ja psykologisen tuen sekä tarvittaessa maksuttoman lainopillisen neuvonnan ja oikeudellisen edustuksen. Lisäksi uhrille tulee taata pääsy todistajansuojeluohjelmiin. Vaatimus jättää ihmiskaupan uhrin syyttämättä tai seuraamuksetta pakotetusta osallistumisesta rikolliseen toimintaan on ilmaistu selvästi direktiivissä.³³

2.2.5. Ihmiskauppa Suomen lainsäädännössä

Rikoslakiin (39/1889) lisättiin 1.8.2004 voimaan tulleella lailla (650/2004) ihmiskauppaa ja törkeää ihmiskauppaa koskevat rangaistussäännökset, jotka vastaavat Euroopan unionin neuvoston vuoden 2002 puitepäätöksessä ja YK:n yleissopimuksen ihmiskauppaa koskevassa lisäpöytäkirjassa asetettuja kriminalisointivelvoitteita. Säännökset on sijoitettu rikoslain vapauteen kohdistuvia rikoksia koskevan luvun 25 alle.

Rikoslain 25 luvun 3 §:n ja 3 a §:n mukaan ihmiskauppa, törkeä ihmiskauppa ja kummankin yritys ovat rangaistavia tekoja. Rangaistus ihmiskaupasta on vähintään 4 kuukautta ja enintään 6 vuotta vankeutta. Törkeän ihmiskaupan rangaistusasteikko on 2–10 vuotta vankeutta. Rikoslain mukaan ihmiskauppaa on toisen henkilön paritusrikoksen kaltainen seksuaalinen hyväksikäyttö, pakkotyö tai muunlainen ih-

³¹ Roth 2007b s. 420–421.

³² Euroopan unionin neuvoston puitepäätös ihmiskaupan torjunnasta, 2002/629/YOS.

³³ Edilex 14.12.2010

misarvoa loukkaaviin olosuhteisiin saattaminen sekä elinkaappa taloudellisessa hyötymistarkoituksessa. Tunnuksmerkistön täytyminen edellyttää, että rikoksen uhria on erehdytetty, hänen riippuvaista asemaa tai turvatonta tilaa on hyväksikäytetty taikka että hänen vallassa pitämisestään on maksettu tai otettu vastaan korvaus. Jos ihmiskaupassa käytetään keinona esimerkiksi väkivaltaa tai uhkausta, aiheutetaan uhrille vaikea ruumiinvamma tai hengenvaarallinen tila, rikos kohdistuu alaikäiseen tai rikos on tehty osana järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaa ja teko on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, tekijä on tuomittava törkeästä ihmiskaupasta.

YK:n ihmiskaappa lisäpöytäkirja ja Euroopan unionin neuvoston puitepäätös vaikuttivat myös ulkomaalaislakiin (301/2004) vuonna 2006 tehtyihin muutoksiin. Ulkomaalaislain 52 a §:n mukaan Suomessa olevalle ihmiskaupan uhrille myönnetään tilapäinen oleskelulupa, jos ihmiskaupan uhrin oleskelu Suomessa on perusteltua ihmiskaupan esitutkinnan tai tuomioistuinkäsittelyn vuoksi, ihmiskaupan uhri on valmis tekemään yhteistyötä viranomaisten kanssa ihmiskaupasta epäiltyjen kiinni saamiseksi eikä ihmiskaupan uhrilla ei ole enää siteitä ihmiskaupasta epäiltyihin.

Oleskelulupa voidaan myöntää jatkuvana ja riippumatta siitä, täytyvätkö edellä mainitut edellytykset, jos ihmiskaupan uhri on erityisen haavoittuvassa asemassa. Oleskeluluvan myöntäminen ei edellytä, että ulkomaalaisen toimeentulo on turvattu. Ulkomaalaislain 52 b §:n mukaan ihmiskaupan uhrille voidaan myöntää harkinta-aika, jonka kuluessa hänen tulee päättää, tekeekö hän yhteistyötä viranomaisten kanssa ihmiskaupasta epäiltyjen kiinni saamiseksi.

Ulkomaalaislain muutoksen ensisijaisena tarkoituksena on ollut rikostorjunnan päämäärien palveleminen. Tämän painotuksen vuoksi yhteistyöhaluttomat tai -kyvyttömät ihmiskaupan uhrin olivatkin jäädä auttamisjärjestelmän ulottumattomiin ja siten hyväksikäytön kierteeseen.³⁴

Ihmiskaupan uhrien auttamisjärjestelmä lakisäätettiin 1.1.2007 voimaan tullella maahanmuuttajien kotouttamisesta ja turvapaikanhakijoiden vastaanotosta annetun lain eli kotouttamislain (493/1999) muutoksella. Ihmiskaupan uhreille voidaan kotouttamislain 25 a §:n nojalla järjestää palveluja ja tukitoimia, joihin voi sisältyä oikeudellista ja muuta neuvontaa, kriisiapua, sosiaali- ja terveystalvveluja, tulkkipalveluja sekä muita tukipalveluja, majoitus tai asuminen, toimeentulotuki ja muu tarpeellinen huolenpito sekä turvallisen paluun tukeminen. Palveluja ja tukitoimia annettaessa tulee ottaa huomioon ihmiskaupan uhrin iästä, turvattomasta asemasta sekä fyysisestä ja psyykkisestä tilasta johtuvat erityistarpeet sekä ihmiskaupan uhrin että palveluja ja tukitoimia järjestävän henkilöstön turvallisuus.

Ihmiskaupparaporttoijan tehtävä lakisäätettiin puolestaan 1.1.2009 voimaan tullella vähemmistövaltuutetusta ja syrjäntälautakunnasta annetun lain (660/1991) muutoksella. Muutoksen jälkeen vähemmistövaltuutetun tehtävänä on lain 2 §:n 1 momentin 8 kohdan nojalla muun ohella toimia kansallisena ihmiskaupparaporttoijana, joka

³⁴ Roth 2007b s. 424.

seuraa ihmiskauppaan liittyviä ilmiöitä, kansainvälisten veloitteiden toteutumista ja kansallisen lainsäädännön toimivuutta sekä raportoi niistä, antaa ihmiskaupan vastaiseen toimintaan ja uhrin oikeuksien toteutumiseen liittyviä ehdotuksia, suosituksia, lausuntoja ja neuvoja sekä pitää yhteyttä kansainvälisiin järjestöihin ihmiskauppaan liittyvissä kysymyksissä.

3. Mitä ihmiskauppa on?

3.1. Ihmiskaupan määritelmistä

Keskeisin ihmiskaupan vastainen kansainvälisoikeudellinen instrumentti on Yhdistyneiden Kansakuntien kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastainen yleissopimus sekä sen lisäpöytäkirja ihmiskaupan, erityisesti naisten ja lasten kaupan, ehkäisemisestä, torjumisesta ja rankaisemisesta (YK:n ihmiskauppalisäpöytäkirja eli ns. Palermon sopimuksen lisäpöytäkirja)³⁵. Ihmiskauppa määriteltiin tässä lisäpöytäkirjassa ensimmäistä kertaa. Lisäpöytäkirjan 3 artiklan a-kohdan mukaan ihmiskauppa tarkoittaa hyväksikäyttötarkoituksessa tapahtuvaa henkilöiden värväystä, kuljettamista, siirtämistä, kätkemistä tai vastaanottamista (*toiminta*) voimankäytöllä uhkaamisen tai voimankäytön tai muun pakottamisen, sieppauksen, petoksen, harhaan johtamisen, vallan väärinkäytön tai haavoittuvan aseman hyödyntämisen avulla, taikka toista henkilöä vallassa pitävän henkilön suostumuksen saamiseksi annetun tai vastaanotetun maksun tai edun avulla (*keinot*). Hyväksikäytöksi katsotaan vähintään toisen hyväksikäyttö prostituutiotarkoituksessa tai muut seksuaalisen hyväksikäytön muodot, pakotyö tai pakollinen palvelu, orjuus tai muu orjuuden kaltainen käytäntö tai orjuuden kaltaiset olot tai elinten poistaminen (*tarkoitus*). Ihmiskauppalisäpöytäkirjaa sovelletaan vain silloin, kun ihmiskauppa on luonteeltaan kansainvälistä ja siinä on osallisena järjestäytynyt rikollisryhmä.³⁶

Ihmiskaupassa on siis kysymys toisen ihmisen hyväksi käyttämisestä, haavoittuvuuden hyödyntämisestä ja kontrolloinnista. Tekijät pyrkivät hyväksi käyttämään uhriaan seksuaalisesti ja/tai taloudellisesti käyttämällä hyväkseen uhrin turvatonta tilaa, riippuvaista asemaa ja/tai kontrolloimalla tätä eri tavoin: rajoittamalla tämän liikkumisvapautta tai valinnanmahdollisuuksia, uhkailemalla, painostamalla, velkaannuttamalla tai käyttämällä psyykkistä tai fyysistä väkivaltaa³⁷.

Lisäpöytäkirjan laatimisen jälkeen Euroopan unionissa todella havahduttiin siihen, että ihmiskaupasta oli muodostunut myös sen jäsenmaita koskeva ongelma. Tämän seurauksena vuonna 2002 laaditussa puitepäätöksessä ihmiskaupan torjunnasta (ih-

³⁵ Roth 2007b s. 419.

³⁶ Roth 2007b s. 419.

³⁷ Kansallisen ihmiskaupparaporttien kertomus 2010 s. 6.

miskauppapuitepäätös) ihmiskaupan määritelmä laajennettiin koskemaan seksuaalisen hyväksikäytön lisäksi myös työvoiman hyväksikäyttöä.³⁸

Ihmiskauppapuitepäätöksen 1 artiklassa määrätään jäsenvaltiot toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että henkilön värväys, kuljettaminen, siirtäminen ja kätkeminen sekä tämän jälkeen tapahtuva vastaanottaminen, henkilön hallinnan vaihto tai siirto mukaan lukien on säädetty rangaistaviksi. Edellytyksenä on lisäksi, että teon tarkoituksena on kyseisen henkilön tekemän työn tai tarjoamien palvelujen hyväksi käyttäminen tai hänen hyväksikäyttönsä prostituutiossa tai muu seksuaalinen hyväksikäyttö, pornografia mukaan luettuna. Työn tai palvelun tarjoamiseen luetaan mukaan ainakin pakkotyö tai muu pakollinen työ tai pakottamalla saadut palvelut, orjuus tai orjana tai epävana pitäminen kaltaiset käytännöt.

Jotta edellä mainittu teko täyttäisi ihmiskaupan tunnusmerkit, tekoon pitää puitepäätöksen mukaan liittyä vielä jokin seuraavista keinoista:

- a) pakottaminen, voimankäyttö tai uhkaaminen, ihmisryöstö mukaan luettuna, tai
- b) harhaan johtaminen tai petos, tai
- c) määräys- tai vaikutusvallan väärinkäyttö tai heikossa asemassa olevan hyväksikäyttö siten, että henkilöllä ei ole muuta todellista ja hyväksyttävää vaihtoehtoa kuin alistua väärinkäyttöön, tai
- d) maksujen tai etuisuuksien antaminen tai vastaanottaminen suostumuksen saamiseksi henkilöltä, jonka hallinnassa toinen henkilö on.

Edellä selostetuille määritelmille yhteistä on se, että niissä ihmiskaupan tunnusmerkistö on jaettu kolmeen osaan: eri tekotapoihin, teossa käytettyihin keinoihin ja teon tarkoitukseen³⁹. Uhri on saatava ainakin yhtä tunnusmerkistössä mainittua keinoa käyttämällä teon kohteeksi. Keinoja⁴⁰ ovat: 1) toisen riippuvaisen aseman tai turvattoman tilan hyväksi käyttäminen, 2) toisen erehdyttäminen tai tämän erehdyksen hyväksi käyttäminen, 3) korvauksen maksaminen toista vallassaan pitävällä henkilölle ja 4) sellaisen korvauksen vastaanottaminen. Tekotapoja puolestaan ovat: 1) toiseen valtaan ottaminen, 2) toisen värväminen ja 3) toisen luovuttaminen, kuljettaminen, vastaanottaminen tai majoittaminen. Tekotavalla uhri tulee saattaa 1) parituksen tai siihen rinnastettavan seksuaalisen hyväksikäytön kohteeksi, 2) pakkotyöhön tai 3) muihin ihmisarvoa loukkaaviin olosuhteisiin taikka 4) elimien tai kudosten poistamisen kohteeksi taloudellisessa hyötymistarkoituksessa. Edellä luetellut olosuhteet, joihin uhri on saatettava tiettyä keinoa ja tekotapaa käyttämällä, kuvaavat tekijän tarkoitusta.⁴¹ Merkittävää kuitenkin on, ettei tunnusmerkistön täytyminen edellytä tarkoituksen

³⁸ Kaikkonen 2008 s. 21.

³⁹ Kaikkonen 2008 s. 23.

⁴⁰ Lisäpöytäkirjan ja ihmiskauppapuitepäätöksen sekä rikoslain 25 luvun 3 §:n säännöksiä yhteen sovitellen.

⁴¹ Kaikkonen 2008 s. 30.

toteutumista. Tunnusmerkistö voi siis täytyä ilman, että henkilö olisi vielä joutunut esimerkiksi parituksen kohteeksi, jos tekijällä on ollut tarkoitus saattaa hänet tällaisiin oloihin.⁴²

On tärkeää, että kaikki edellä mainitut kolme elementtiä täytyvät ja että niiden välillä on yhteys. Kuitenkin on riittävää, että jokaisesta elementistä täyttyy vain yksi vaihtoehto.⁴³ Riittää esimerkiksi, että uhri on värvätty erehdyttämällä pakkotyöhön, jolloin jokaisesta kolmesta elementistä on toteutunut yksi tunnusmerkistössä annettu vaihtoehto. Tunnusmerkistön täyttymisessä on oleellista, että keinot johtavat tekota-
pojen käyttämiseen ja koko toiminta tähtää uhrin saattamiseen esimerkiksi pakko-
työhön⁴⁴. Ihmiskaupan uhrin suostumus aiottuun tai tapahtuneeseen hyväksikäyttöön on merkityksetön, mikäli jotakin mainittua keinoa on käytetty⁴⁵. Kun teon kohteena on alaikäinen, kysymys on ihmiskaupasta, vaikka mitään mainituista keinoista ei olisi-
sikaan käytetty⁴⁶.

3.2. Keinot

Ihmiskaupan keinoista vaikeimpia tunnistaa ovat turvaton tila (kansainvälisissä yhteyksissä haavoittuva asema) ja riippuvainen asema (kansainvälisissä yhteyksissä vallan väärinkäyttö). Arvioitaessa turvattoman tilan tai riippuvaisen aseman hyväksikäyttöä tulisi ottaa huomioon uhrin henkilökohtaiset ominaisuudet ja tausta sekä uhrin ja tekijän välinen suhde. Turvaton tila voidaan ymmärtää henkilössä itsessään tai tämän elämäntilanteessa olevien seikkojen kautta, kun taas riippuvaisen aseman voidaan katsoa viittaavan epätasapainoiseen valtasuhteeseen uhrin ja tekijän välillä. Kansainvälisen määritelmän mukaan turvattoman tilan hyväksi käyttämisessä on kysymys henkilön haavoittuvuuden hyödyntämisestä ja alttiudesta joutua hyväksi käytetyksi. Myös rikoksen tekijän ja rikoksen kohteena olevan henkilön henkilökohtaisen suhteen selvittely on tärkeää, kun arvioidaan ihmiskauppaa koskevien rangaistussäännösten täyttymistä. Henkilökohtainen suhde tekijän ja uhrin välillä voi aiheuttaa riippuvuussuhteen, joka voi vaikeuttaa hyväksikäytöltä suojautumista. Kun tekijänä on uhrin tuttu ja uhrin ja tekijän välillä vallitsee luottamussuhde, hyväksikäytön kohteeksi saattaminen on helpompaa.⁴⁷

Ihmiskauppaa koskevien rangaistussäännösten esitöiden mukaan riippuvainen asema voi johtua muun muassa perhe-, sukulaisuus- tai parisuhteesta, työsuhteesta, vuokrasuhteesta, velkasuhteesta, uhkauksesta paljastaa viranomaiselle, että uhri oleskelee

⁴² HE 34/2004 vp s. 96.

⁴³ Ihmiskaupan vastainen toimintasuunnitelma 2005 s. 22.

⁴⁴ HE 34/2004 vp s. 93.

⁴⁵ Roth 2007b s. 426.

⁴⁶ HE 34/2004 vp s. 99.

⁴⁷ Roth 2010b s. 282.

maassa laittomasti, tai matkustusasiakirjojen haltuunotosta. Turvaton tila eli haavoittuva asema voi puolestaan johtua muun muassa nuoresta iästä, vakavasta sairaudesta, päihderiippuvuudesta, taloudellisesta ja sosiaalisesta asemasta, psyykkisestä tilasta, vammaisuudesta, aikaisemmista traumaattisista kokemuksista, esimerkiksi seksuaalisesta hyväksikäytöstä tai aikaisemmasta prostituutiosta, tai ulkomaalaisuudesta.⁴⁸

Sekä ihmiskaupan kansainvälisoikeudellinen määritelmä että Suomen rikoslaki mahdollistaa nykykäytäntöä laveamman tavan ymmärtää ihmiskauppa. Huomion tulee tällöin kiinnittyä vähemmän ilmeisiin (väkivalta tai sillä uhkaaminen tai erehdyttäminen työn luonteen suhteen) ihmiskaupan toteuttaviin keinoihin, kuten turvatomien tilan ja riippuvaisen aseman hyväksikäyttöön. Ihmiskaupan keinoja voidaan lisäksi käyttää missä tahansa ihmiskauppaprosessin vaiheessa, ja esimerkiksi laittomana maahantulon järjestämisenä alkanut toiminta voi muuttua ihmiskaupaksi, jos mainittuja keinoja on käytetty henkilön pitämiseksi hyväksikäyttöä tarkoittavissa olosuhteissa. Ihmiskauppaa koskevien rangaistussäännösten täyttymistä arvioitaessa huomiota tulisi kiinnittää niihin mahdollisuuksiin, jotka uhrilla on ollut tosiasiallisesti käytettävissään irrottautuaan hyväksikäytöstä tai muutoin suojata itseään. Uhrin suostumus hyväksikäyttöön on merkityksetön, mikäli jotakin määritelmässä mainittua keinoa on käytetty sen saamiseen.⁴⁹

3.3. Ihmiskaupan eri muodot (tarkoitus)

3.3.1. Prostituutio tai siihen rinnastettava seksuaalinen hyväksikäyttö

YK:n ihmiskauppalisäpöytäkirjassa ei määritellä, mitä hyväksikäytöllä prostituutiossa tai muulla seksuaalisella hyväksikäytöllä tarkoitetaan. Termejä kuitenkin käytetään lisäpöytäkirjassa vain ihmiskauppaan liittyvissä yhteyksissä.⁵⁰ Ihmiskaupan kriminalisoinnista huolimatta valtioiden on ollut vaikea vetää raja seksuaalisessa hyväksikäyttötarkoituksessa tapahtuvan ihmiskaupan sekä prostituution tai muuhun kaupalliseen seksiin liittyvän maahanmuuton välille. Kaikkea prostituutiota ei voida pitää rikosoikeudellisessa mielessä ihmiskauppana, sillä ihmiskauppa on hyväksikäytön äärimmäisin muoto. Rajanvetoa ihmiskaupan ja muun prostituution välillä ei tulisi kuitenkaan tehdä yksinomaan sen perusteella, onko nainen alun perin suostunut kyseiseen toimintaan. Liikaa painoarvoa ei tulisi antaa sille, kuinka paljon mahdollista (fyysistä) pakkoa on käytetty naisen saamiseksi ryhtymään prostituution tai kuljetamiseen paikasta toiseen, vaan merkityksellistä tulisi olla sen, minkälaisiin oloihin nainen lopulta joutuu ja millaisia pakotteita häntä kohtaan lopulta käytetään.⁵¹

⁴⁸ HE 34/2004 vp s. 93–94.

⁴⁹ Roth 2010b s. 282.

⁵⁰ Roth 2010a s. 62.

⁵¹ Roth 2010a s. 63–64.

Vaikka toiminta täyttäisi kansainvälisellä tasolla asetetun ihmiskaupan määritelmän, sitä yleensä kansallisella tasolla tutkitaan ja siitä syytetään ja tuomitaan vain ihmiskaupan kaltaisina rikoksina, jotka ovat lähellä ihmiskaupan tunnusmerkistöä, kuten törkeänä parituksena, törkeänä laittoman maahantulon järjestämisenä tai kiskonnantapaisena työsyryntänä. Jos todisteita fyysisestä pakosta, erehdyksestä tai erehdyttämisestä kohdemaassa tehtävän työn tai palvelun sisällön suhteen ei saada, syytteet ihmiskaupasta usein hylätään ja henkilö tuomitaan ihmiskaupan kaltaisesta rikoksesta. Ihmiskauppasyytteiden hylkäämiseen vaikuttaa vahvasti se stereotyyppinen kuva, joka ihmisillä on ihmiskaupan uhrista. Häntä pidetään täysin viattomana henkilönä, joka on väkisin saatu ryhtymään ja kuljetettu prostituution pariin. Jos henkilö ei ole aktiivisesti vastustanut kyseisiä toimia tai on ollut tietoinen tulevan työn sisällöstä, ihmiskauppasyytteet eivät useimmiten menesty tuomioistuimessa.⁵²

Tutkimukset kuitenkin osoittavat, että ihmiskaupan uhrit ovat useimmiten toimineet prostituoituina jo lähtömaassaan, josta he ovat ilman pakkoa siirtyneet toiseen maahan prostituution pariin ja toimivat sen parissa usein mahdollisen rikosoikeudenkäynnin aikana ja sen jälkeenkin⁵³.

Seksuaaliseen hyväksikäyttötarkoitukseen ja erityisesti prostituutioon suunnattu naisten ja lasten kauppa on ihmiskaupan tyypillisin muoto⁵⁴. Ihmiskauppa ja ”tavallinen” paritus ja prostituutio halutaan pitää tiukasti toisistaan erillään. Tekijän ja teon kohteen välinen alistussuhde onkin ihmiskaupassa toisenlainen, intensiivisempi ja kokonaisvaltaisempi kuin parituksessa. Ihmiskaupan tunnusmerkistön täytyminen voi tosin tulla arvioitavaksi prostituutiossa esimerkiksi silloin, jos henkilöä väkivallalla uhkaamalla estetään lopettamasta prostituution harjoittaminen.⁵⁵ Seksuaalisen ihmiskaupan uhrit on pidettävä erillään niin sanotuista seksityöläisistä, jotka ovat syystä tai toisesta – usein kylläkin köyhyiden vuoksi – valinneet alansa. Ihmiskaupan uhrit eivät ole saaneet valita, mitä heidät laitetaan tekemään eikä heillä ole mahdollisuutta lopettaa haluamanaan aikana. Niin seksuaaliseen kuin esimerkiksi pakkotyöihmiskauppaankin pätee kysynnän ja tarjonnan laki: ihmiskauppaa ei tapahtuisi, mikäli kysyntää ei olisi eli ellei joku olisi valmis ostamaan ”ihmiskaupan tuotetta”.⁵⁶

Ihmiskaupasta seksuaalisessa hyväksikäyttötarkoituksessa on tullut maailmanlaajuisesti nopeimmin kasvava rikollisuuden ala. Menettelytavoissa on nähtävissä eräitä usein toistuvia kaavoja. Nuoret naiset etsivät laillisia ansaintamahdollisuuksia, mutta saattavatkin joutua ihmiskaupassa mukana olevien henkilöiden erehdyttämiksi ja päätyä työskentelemään seksiteollisuudessa. Joillakin naisilla voi jo alun perin olla aavistus siitä, minkälaista työtä he tulevat kohdemaassa tekemään. Uhrien vapaus voidaan riistää tai sitä voidaan rajoittaa taikka heihin voidaan kohdistaa pakkotoimia muilla tavoin, kuten velkavankeudella, fyysisellä väkivallalla uhkaamalla tai matkustusasia-

⁵² Roth 2010a s. 65.

⁵³ Roth 2010a s. 65.

⁵⁴ Pärssinen 2006 s. 178.

⁵⁵ Nieminen 2005 s. 144.

⁵⁶ Cameron 2008 s. 83–84.

kirjojen pois ottamisella. Uhreille itselleen annetaan usein jokin rahasumma siitä, mitä he esimerkiksi prostituutioon liittyen ansaitsevat. Tällä pyritään kuitenkin vain heidän haavoittuvuutensa lisäämiseen: uhrin velvoitetaan maksamaan takaisin (usein tekaistut) velkansa tai ansaitsemaan sen verran, että he pystyisivät lähettämään rahaa lähtömaahansa sukulaisille. Asian tekee vaikeammaksi se, ettei uhreilla useinkaan ole mahdollisuutta ansaita muulla tavoin tai muuttaa elämäntyyliään eikä heillä ole apunaan viranomaistahoja, joiden puoleen he voisivat tai uskaltaisivat kääntyä.⁵⁷

3.3.2. Pakkotyö

Vaikka pakkotyö on kielletty useissa eri kansainvälisissä sopimuksissa, sille ei ole kuitenkaan annettu varsinaista määritelmää muualla kuin ainoastaan Kansainvälisen työjärjestö ILO:n pakollista työtä koskevassa yleissopimuksessa numero 29⁵⁸. Yleissopimuksen 4 artiklassa ”pakollinen työ” määritellään kaikenlaiseksi työksi tai palvelukseksi, jota jonkin rangaistuksen uhalla vaaditaan joltakin henkilöltä ja johon mainittu henkilö ei ole vapaaehtoisesti tarjoutunut. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on esimerkiksi tapauksissa, jotka ovat koskeneet ihmisoikeussopimuksen 4 artiklan tulkintaa, tukenut kyseiseen ILO:n sopimuksen määritelmään⁵⁹. ILO:n yleissopimuksessa pakkotyön määritelmän ulkopuolelle jäävät muun muassa asepalvelus ja yleisen kansalaisvelvollisuuden tai tuomioistuimen ratkaisun nojalla vaadittava työ.

Verrattuna seksuaaliseen hyväksikäyttöön pakkotyö tuntuu tutkinnallisesti ja näytöllisesti vieläkin vaikeammalta kohteelta. Työstä pakkotyötä tekevät seikat ovat toki paljolti samoja kuin pakkoprostituutiossakin. Lisäpulmia aiheuttavat työn määritelmän epäselvyys sekä ala-arvoisten työolojen ja pakon suhteellisuus. Vapaaehtoinen työnteko sellaisissa oloissa ei ole pakkotyötä eikä ehkä ole sen enempää työsuojelulakien kuin ihmiskauppapykälienkin tarkoittama rikos. Vapaaehtoisuuden puuttuminen puolestaan on samalla tavalla epäselvä asia kuin pakkoprostituutiossakin. Kaupusteluun, kerjäämiseen ja rikosten tekemiseen pakottamista taas koskee lisäksi se ongelma, että näitä ei pidetä työnä, jolloin ne eivät kuulu työmarkkinaosapuolille tai työsuojeluviranomaisille.⁶⁰

Kansallisena ihmiskaupparaportoijana toimivan vähemmistövaltuutetun ensimmäisessä ihmiskaupparaportissa eräänä ihmiskaupan vastaisen toiminnan ongelmana pidetään sitä, ettei toimijoilla ole selvää käsitystä siitä, minkälainen hyväksikäyttö tulisi katsoa niin vakavaksi, että se täyttäisi ihmiskaupan rikosoikeudellisen tunnusmerkistön. Raporttija toteaa, että kynnys ihmiskauppaa koskevien rangaistussäännösten soveltamiseen on noussut korkealle sekä prostituutioon että työperäiseen hyväksikäyttöön liittyvissä tapauksissa.⁶¹

⁵⁷ Newman – Cameron 2008 s. 4–5.

⁵⁸ Kaikkonen 2008 s. 24.

⁵⁹ Ks. esim. *Van der Missele v. Belgia* 23.11.1983 ja *Siliadin v. Ranska* 26.7.2005.

⁶⁰ Aromaa 2007.

⁶¹ Kansallisen ihmiskaupparaportin kertomus 2010 s. 125 ja 141.

Ihmiskaupan uhrien tunnistamisongelmia ei varmastikaan synny törkeimmissä tapauksissa, joissa on kysymys uhrin väkivaltaisesta rekrytoinnista ja pakottamisesta tekemään töitä orjuuden kaltaisissa olosuhteissa. Tällaiset tapaukset ovat oletettavasti harvassa. Ongelmia eivät myöskään aiheuta sellaiset lievemmat tapaukset, joissa ulkomaalaiselle työntekijälle jätetään maksamatta esimerkiksi ylityökorvauksia. Työrikkokset antavat usein riittävät välineet tällaisten tapauksien käsittelyyn. Haastavimmat rajanvetokysymykset liittyvät sellaisiin tilanteisiin, joissa on vakavuudeltaan kysymys jostakin näiden väliin jäävästä hyväksikäytöstä.⁶²

Varsinkin työperäisessä ihmiskaupassa kysymys on usein kokonaisarvioinnista, jossa huomiota tulisi kiinnittää paitsi työnteon olosuhteisiin ja ehtoihin, myös uhrin mahdollisuuteen viettää vapaa-aikaa. Myös majoitusolosuhteilla on merkitystä arvioitaessa hyväksikäyttöä ihmiskaupan näkökulmasta. Huomiota tulisi kiinnittää myös niihin ulkomaalaisuudesta johtuviin erityisiin seikkoihin, jotka altistavat uhrin hyväksikäytölle, kuten kielitaidon puutteeseen, turvaverkoston ja kontaktien vähäisyyteen, taloudelliseen riippuvuuteen ja tosiasiallisiin mahdollisuuksiin ajaa oikeuksiaan tai ylipäätensä tietää niistä.⁶³

Ihmiskauppaan ja pakkotyöhön viittaavia seikkoja voidaan etsiä muun muassa seuraavien kysymysten avulla⁶⁴:

- Pelkääkö henkilö tai onko hän levoton?
- Onko henkilö kokenut väkivaltaa tai sen uhkaa (fyysinen, psyykinen, seksuaalinen)? Onko henkilön omaisia uhkailtu?
- Onko henkilön liikkumisvapautta rajoitettu fyysisesti tai muutoin esim. uhkailemalla?
- Ovatko henkilön henkilötodistukset ja matkustusasiakirjat hänellä itsellään hallussa?
- Onko henkilö jollekin toiselle henkilölle velkaa? Kuinka paljon? Kenelle? Miten velka on syntynyt? Miten velka on tarkoitus maksaa takaisin? Ovatko lainan korot kohtuuttomat?
- Onko henkilöllä mahdollisuutta liikkua ja asioida itsenäisesti?
- Onko henkilöllä mahdollisuutta luoda vapaasti sosiaalisia suhteita vai rajoitetaanko kontaktien luomista työpaikan ulkopuolelle (ml. ammattiliittoihin)?
- Onko henkilöllä oman käsityksensä mukaan muita todellisia vaihtoehtoja kuin alistua väärinkäyttöön? Kokeeko henkilö voivansa lähteä epätyytyvästä tilanteesta?
- Onko henkilöä peloteltu käännättämisellä, karkottamisella, poliisilla, vankilalla, työsuhteen välittömällä päättämällä tai muulla vastaavalla?

⁶² Roth 2010b s. 284.

⁶³ Roth 2010b s. 287.

⁶⁴ Kansallisen ihmiskaupparaportoinnin kertomus 2010 s. 145.

Työhön liittyviä lisäkysymyksiä:

- Vastaako henkilön palkka työsopimusta? Onko palkkaus yleisten työehtosopimusten mukainen?
- Onko henkilöllä itsenäinen pääsy ja hallinta tuloihinsa ja omaisuuteensa? Saako henkilö koko palkan itselleen?
- Ovatko muut työsuhteeseen liittyvät asiat kunnossa (mm. lomat, tauot, sairauspoissaolot ja työturvallisuus)?
- Miten henkilön asuminen on järjestetty? Ovatko kustannukset asumisesta kohtuulliset? Asuuko henkilö työpaikallaan?
- Onko henkilön työsopimus tehty kirjallisesti / suullisesti tai onko sitä lainkaan? Vastaavatko työtehtävät ja -ajat sopimusta?
- Kokeeko henkilö voivansa jättää työn niin halutessaan?

3.3.3. Muut ihmiskaupan muodot kuten kerjääminen, elinsiirrot, laittomat adoptiot, pakkoavioliitot

Ihmiskauppa voi olla myös elinten ja kudosten kauppaa taloudellisessa hyötymistarkoituksessa, pakkoavioliittoja, adoptiokauppaa ja velkavankeuteen saattamista⁶⁵. Suomen lainsäädännön mukaan rangaistavaa ihmiskauppaa on elinkauppa taloudellisessa hyötymistarkoituksessa. Elinkaupasta ei ole kuitenkaan ollut viitteitä Suomessa⁶⁶.

3.4. Tekotavat

Ihmiskauppaan voi liittyä useita tekijöitä ketjun eri vaiheissa. Yksi henkilö voi esimerkiksi vastata rekrytoinnista, toinen kuljetuksesta ja kolmas työllistämisestä kohde- maassa. Toisaalta yksi henkilö voi olla vastuussa kaikista edellä mainituista vaiheista. Tekotavoista voi näin ollen tulla vastuuseen yksi tai useampi henkilö.

Ihmiskauppa liitetään usein rajat ylittävään rikollisuuteen, jolloin tekotavoista henkilön siirtäminen maasta toiseen nähdään yleisimpänä. Koska ihmiskaupan tunnusmerkistö voi täytyä myös ilman, että ihmiskaupan uhri siirretään paikasta toiseen, on myös muut mahdolliset tekotavat lueteltu rikoslain tunnusmerkistössä erikseen. Tällaisia tekotapoja ovat värvääminen ja toisen ottaminen valtaan. Valtaan ottamista voidaan pitää erityisen vakavana tekomuotona.⁶⁷

Toisen ottamisella valtaan tarkoitetaan tilannetta, jossa ihmiskaupan uhri menettää vapautensa, mutta myös joutuu valtaan ottajan määräämisvallan alaiseksi. Toisin sanoen valtaan ottaja saa vallinnan uhuriin. Valtaan ottamisessa on siis kyse pidemmäl-

⁶⁵ Kansallisen ihmiskaupparaportoinnin kertomus 2010 s. 6.

⁶⁶ Keskusrikospoliisin ihmiskauppainternetsivut.

⁶⁷ HE 34/2004 vp s. 95.

le menevästä toiminnasta kuin pelkästä vapaudenriistosta. Tekotapa on luonteeltaan jatkuva rikos eli se jatkuu niin kauan kuin tekijä estää henkilöä poistumasta valtansa alaisuudesta.⁶⁸

Hallituksen esityksen mukaan työhön värväämisellä tarkoitetaan henkilön houkuttelemista tai pyytämistä työn tekemiseen⁶⁹. Ihmiskaupan tunnusmerkistön mukaiset luovuttaminen, kuljettaminen tai vastaanottaminen liittyvät tekotapoina puolestaan läheisimmin maahantuloon. Epäily ihmiskaupasta voi herätä ensinnäkin silloin, jos henkilö ylittää valtion rajan tai oleskelee maassa laittomasti tai jos henkilön arvioidaan olevan laittoman maahantulon järjestämisen kohde. Tällaisessa tilanteessa henkilöllä ei usein ole hallussaan omaa passiaan tai muita tarvittavia matkustusasiakirjoja. Epäilyn ihmiskaupasta saattaa herättää myös se seikka, että joku toinen kuin henkilö itse on järjestänyt matkan, viisumin tai muut tarvittavat asiakirjat. Jos viranomaisen tietoon tulee, että joku järjestää viisumeja toistuvasti muille henkilöille tai sama henkilö esiintyy usein takaaajana eri henkilöiden viisumianomuksissa, asian tarkempi tutkinta on syytä aloittaa, jos myös muut seikat tukevat epäilyä.⁷⁰

Ihmiskaupan uhrin voi luovuttaa ihmiskauppaa varten häntä vallassaan pitävä tai joku kolmas henkilö. Luovuttaminen voi tapahtua korvausta vastaan tai ilman sitä. Kuljettamisella tarkoitetaan kaikenlaista henkilön siirtämistä paikasta toiseen kaikissa matkan vaiheissa. Esimerkiksi uhrin saattaminen lähtöpaikasta johonkin välietappiin luetaan kuljettamiseksi. Vastaanottaminen koskee sekä matkan aikana että lopullisessa kohteessa tapahtuvaa vastaanottamista, kuten majoittaminenkin voi tapahtua sekä matkan aikana että perille saapumisen jälkeen. Majoittaminen on otettu omaksi kohdakseen tekotapojen joukkoon, koska majoittaja ei välttämättä pidä ihmiskaupan uhria vallassaan majoittaessaan tämän. Majoittaminen voi tarkoittaa esimerkiksi pysyvemmän olinpaikan järjestämistä tai uhrin kätkemistä.⁷¹

4. Ihmiskaupan erottaminen ihmiskaupan kaltaisista rikoksista

Varsinaisen ihmiskaupparikoksen lisäksi on niin sanottuja ihmiskaupan kaltaisia rikoksia. Ihmiskaupan kaltaisiksi rikoksiksi luetaan törkeä paritus (RL 20:9 a), törkeä laittoman maahantulon järjestäminen (RL 17:8 a) ja kiskonnantapainen työsyryntä (RL 47:3 a). Lisäksi ihmiskaupan ja ulkomaisen työvoiman hyväksikäytön tarkastelun kannalta olennaisia rikoksia ovat työsyryntä (RL 47:3), työnvälitysrikos (RL 47:6), luvattoman ulkomaisen työvoiman käyttö (RL 47:6 a), kiskonta (RL 36:6), törkeä kiskonta (RL 36:7) ja työaikasuojelurikos (RL 47:2). Lisäksi eräät ulkomaalaislain

⁶⁸ HE 34/2004 vp s. 95.

⁶⁹ HE 34/2004 vp s. 95.

⁷⁰ Valtioneuvoston ihmiskaupan vastaisen toimintasuunnitelman ohjausryhmä 2007 s. 73.

⁷¹ HE 34/2004 vp s. 95.

pykälät ovat olennaisia ulkomaisten työvoiman hyväksikäyttöä tutkittaessa. Näitä ovat ulkomaalaisrikkomus (UlkomL 12 luku 185 §) ja työnantajan ulkomaalaisrikkomus (UlkomL 12 luku 186 §).⁷²

Parituksen kriminalisointi perustuu YK:n vuonna 1949 hyväksymään yleissopimukseen ihmisten kaupan ja toisten prostituutiosta hyötymisen tukahduttamiseksi, jonka tarkoituksena on ehkäistä taloudellista hyötymistä toisen prostituutiosta⁷³. Paritus- ja ihmiskaupparikokset muistuttavat toisiaan teko- ja tarkoituksen osalta. Molemmissa voi olla muun muassa majoitukseen liittyviä teko- ja houkuttelemiseen liittyviä tekijöitä ja molemmissa on nähtävissä hyväksikäyttöelementti (taloudellisen hyödyn elementti). Olennainen ero näiden kahden rikostyyppien osalta koskeekin keinoelementtejä: parituksen osalta rangaistavia keinoja ei ole laissa määritelty, mutta ollakseen ihmiskauppaa menettelyn on täytynyt tapahtua edellä selostettuja, tunnusmerkistössä kuvattuja keinoja käyttäen (rikoksen uhria on erehdytetty, hänen riippuvaista asemaansa tai turvatonta tilaansa on hyväksikäytetty taikka että hänen vallassa pitämistään on maksettu tai otettu vastaan korvaus).⁷⁴

Ihmiskaupparikonalisointia koskevassa hallituksen esityksessä myönnetään, että parituksen ja ihmiskaupan teko- ja tavoitteet ovat osin päällekkäiset. Ihmiskaupassa teon kohteen ajatellaan kuitenkin olevan toisen määräämisvallan alainen laajemmin kuin parituksessa. Lakivaliokunnan mietinnössä täydennetään, että ihmiskaupassa tekijän ja teon välinen alistussuhde on intensiivisempi ja kokonaisvaltaisempi kuin parituksessa⁷⁵. Paritus voi kuitenkin muuttua ihmiskaupaksi esimerkiksi silloin, kun tekijä estää prostituoitua luopumasta prostituutiosta ihmiskauppasäännöksessä mainittuihin keinoihin turvautumalla. Esimerkiksi väkivallan käyttäminen tai sillä uhkaaminen on sisällytetty vain törkeän ihmiskaupan tunnusmerkistöön. Tärkeää on havaita, että molempien tunnusmerkistön täytyessä ihmiskauppasäännöstä on hallituksen esityksen mukaan pidettävä ensisijaisena paritussäännöksiin, myös törkeään paritukseen nähden. Näiden linjausten seurauksena osa paritustapauksista tulee arvioitavaksi ihmiskauppana parituksen sijaan.⁷⁶

Kiskonnantapainen työsyrintä tuli uutena rikosnimikkeenä rikoslakiin vuonna 2004. Lainmuutoksen taustalla oli niin sanotun kiinalaisten kivimiesten tapaus, jossa suomalainen yritys käytti hyväksi ulkomaalaisten työntekijöiden heikkoa asemaa taloudellisessa hyötymistarkoituksessa⁷⁷. Kiskonnantapaista työsyrintää koskevan säädöksen tarkoituksena on sen esitöiden mukaan puuttua harmaaseen talouteen ja turvata ulkomaalaisten työntekijöiden työsuhteen ehtojen lainmukaisuus⁷⁸.

⁷² HEUNI 2011 s. 32.

⁷³ SopS 33/1972.

⁷⁴ Ropponen 2011.

⁷⁵ LaVM 4/2004 vp.

⁷⁶ HE 34/2004 vp s. 100–101.

⁷⁷ Hämeenlinnan käräjäoikeus 30.6.2004; Turun hovioikeus 13.6.2005.

⁷⁸ HE 151/2003 vp.

Kiskonnantapaisessa työsyryjinnässä työnhakija tai työntekijä asetetaan huomattavan epäedulliseen asemaan käyttämällä hyväksi työnhakijan tai työntekijän taloudellista tai muuta ahdinkoa, riippuvaista asemaa, ymmärtämättömyyttä, ajattelemattomuutta tai tietämättömyyttä. Huomattavan epäedulliseen asemaan asettaminen voi tapahtua esimerkiksi maksamalla työntekijälle huomattavan alhaista palkkaa tai noudattamalla epäasiallisia työaikoja⁷⁹. Kiskonnantapainen työsyryjintä pitää sisällään työsyryjintärikoksen (RL 47:3) tunnusmerkistön. Kiskonnantapaisen työsyryjinnän soveltaminen syryjintä puolestaan toissijaisuuslausekkeen perusteella, jos teko on arvioitava rikoslain 36:7 §:ssä tarkoitettuna törkeänä kiskontana.

Rajanveto kiskonnantapaisen työsyryjinnän ja ihmiskaupan välillä ei ole yksiselitteistä eikä yksinkertaista. Kiskonnantapainen työsyryjintä on tarkoitettu nimenomaan syryjintää koskeviin tilanteisiin, kun taas ihmiskauppa on vapautteen kohdistuva rikos⁸⁰. Ihmiskauppaa koskevassa säännöksessä pakkotyölle ei ole annettu tarkkaa määritelmää. Sillä, miten ”pakkotyö” osana ihmiskauppaa ja ”epäedullinen asema” osana kiskonnantapaisesta työsyryjintää määritellään, on merkittävä asema arvioitaessa sitä, kumpi tunnusmerkistöistä mahdollisesti täyttyy. Rajanveto ihmiskaupan ja kiskonnantapaisen työsyryjinnän välillä voi olla hankalaa tilanteissa, joissa tulee arvioida, mitä termillä riippuvainen asema tarkoitetaan toisaalta osana ihmiskauppasäännöstä ja toisaalta osana kiskonnantapaisen työsyryjinnän tunnusmerkistöä. Pakkotyön tunnusmerkistö on luultavasti sanamuotonsa puitteissa vaikeampi arvioida täyttyväksi kuin epäedullinen asema. Jos rajanveto on hankalaa, voi tapausta olla helpompi lähteä tutkimaan kiskonnantapaisena työsyryjintänä kuin ihmiskauppana.⁸¹

YK:n kansainvälistä järjestäytyntä rikollisuutta koskevaan yleissopimukseen sisältyy erikseen ihmiskauppaa ja ihmissalakuljetusta koskevat lisäpöytäkirjat. Ihmissalakuljetus on lisäpöytäkirjassa määritelty toiminnaksi, jolla pyritään suoraan tai välillisesti taloudelliseen tai muuhun aineelliseen hyötyyn järjestämällä henkilö maahan, jossa hänellä ei ole kansalaisuutta tai oleskeluoikeutta. Toisin kuin ihmiskauppa, ihmissalakuljetusta ei määritellä ihmisoikeusloukkaukseksi, vaan siihen suhtaudutaan pääasiassa laittoman maahantulon kysymyksenä. Kärjitettyinä erona näiden kahden välillä voidaan pitää sitä, että ihmiskaupattua henkilöä pidetään rikoksen uhrina, joka tarvitsee erityistä suojelua, kun taas ihmissalakuljetuksella maahan tulleeseen henkilöön suhtaudutaan rikosentekijänä ja maahanmuuttolainsäädännön rikkojana. Jälkimmäiselle ei ole katsottu tarpeelliseksi tarjota palveluja, suojaa tai väliaikaista oleskelulupaa silloinkaan, kun salakuljetukseen on osallistunut järjestäytynyt rikollisryhmä.⁸²

Ihmiskaupan ja ihmissalakuljetuksen jyrkkä oikeudellinen erottelu voi jättää huomiotta salakuljetettuihin maahanmuuttajiin kohdistuneet vakavat ihmisoikeuslouk-

⁷⁹ HEUNI 2011 s. 43.

⁸⁰ HEUNI 2011 s. 47.

⁸¹ Kaikkonen 2008 s. 88.

⁸² Roth 2010a s. 85–88 ja Pärssinen 2006 s. 191–192.

kaukset. Ihmissalakuljetukseen on todettu liittyvän vastaavanlaista väkivaltaa, pakottamista ja hyväksikäyttöä kuin ihmiskauppaankin. Salakuljetuksen kohteena olevat voivat joutua hyväksikäytön ja väkivallan uhreiksi salakuljetuksen aikana tai sen jälkeen, ja ovat usein hyvin riippuvaisia salakuljetuksen järjestäjistä vielä kohdemaahan päästyäänkin.⁸³

5. Ihmiskaupan yleisyys ja ilmeneminen

5.1. Ihmiskauppa Euroopassa

Arviot ihmiskaupan uhrimääristä vaihtelevat suuresti. YK:n huumeiden ja rikollisuuden torjunnasta vastaavan järjestön, UNODC:n, vuonna 2010 julkaiseman raportin mukaan Länsi- ja Keski-Euroopassa olevista ihmiskaupan uhreista 84 prosenttia hyväksikäytetään seksuaalisessa tarkoituksessa, ja heidän vuosittaiseksi lukumääräkseen UNODC on arvioinut noin 140.000. Uhreista suurin osa on kotoisin Balkanilta ja entisen Neuvostoliiton alueelta, erityisesti Romaniasta, Bulgariasta, Ukrainasta, Moldovasta ja Venäjältä. Eurooppaan tulee uhreja lisäksi Etelä-Amerikasta (Brasiiliasta), Länsi-Afrikasta (Nigeriasta) ja Aasiasta (Thaimaasta, Kiinasta, Vietnamista ja Kambodzhasta).⁸⁴ ILO on arvioinut, että noin 10 prosenttia Euroopassa vuonna 2008 toimineista ihmiskaupan uhreista oli lapsia.⁸⁵

ILO:n vuonna 2005 julkaiseman selvityksen mukaan työperäisen ihmiskaupan uhreja on vähintään 2,45 miljoonaa koko maailmassa⁸⁶. ILO:n arvion mukaan Eurooppaan ja Pohjois-Amerikkaan kaikkiin eri tarkoituksiin kaupattujen uhrien lukumäärä oli vuonna 2005 vähintään 279.000⁸⁷. Noin 16–20 prosenttia ihmiskaupasta on työperäistä⁸⁸. ILO:n 300 albanialaiselle, romanialaiselle, moldovalaiselle ja ukrainalaiselle työperäisen ihmiskaupan uhrille suorittaman tutkimuksen mukaan 23 prosenttia ihmiskaupan uhreista oli kuljetettu/kaupattu seksuaalisessa hyväksikäyttötarkoituksessa, 21 prosenttia rakennusalalle ja 13 prosenttia maatalouteen. Loput 43 prosenttia oli pakotettu työskentelemään muun muassa kotityössä, hoiva-alalla, pienteollisuudessa, ravintoloissa ja ruokateollisuudessa.⁸⁹

Ihmiskaupalle tyypillistä on uhrin ja tekijän välinen läheinen suhde. Tekijä on usein uhrin tuttu, ystävä tai sukulainen. Erityisesti balkanilaiset ja ukrainalaiset naiset houkutellessaan Eurooppaan lupaamalla heille töitä. Myös väkivaltaa, uhrin alistamista ja huumeita käytetään uhrien rekrytoinnissa erityisesti Balkanilla ja Venäjällä.⁹⁰

⁸³ Roth 2010a s. 88–89 ja Pärssinen 2006 s. 194.

⁸⁴ UNODC, TOCTA -raportti 2010 s. 43 ja 44.

⁸⁵ UNODC, *Trafficking in Persons, Analysis on Europe 2009*, s. 20.

⁸⁶ ILO 2005: *A Global Alliance Against Forced Labour*.

⁸⁷ UNODC, TOCTA -raportti 2010 s. 49.

⁸⁸ UNODC, TOCTA -raportti 2010 s. 40 ja 44.

⁸⁹ ILO 2005: *A Global Alliance Against Forced Labour* s. 47–48.

⁹⁰ UNODC, TOCTA -raportti 2010 s. 45–46.

Suurin osa Euroopassa ihmiskaupasta tuomituista on miehiä. Ihmiskaupasta tuomituista naisten osuus on maasta riippuen 18–53 prosenttia, kun kaikista rikoksiin syyllistyneistä naisten osuus on 9–18 prosenttia. Erityisesti entisen Neuvostoliiton alueelta kotoisin olevat tekijät ovat useimmiten naisia, jotka ovat aiemmin itse toimineet prostituoituina. Ihmiskauppaan syyllistyville naisille ihmiskauppa voikin olla ainoa keino vapautua riistosta.⁹¹

5.2. Ihmiskauppa Suomessa

Suomessa ihmiskaupaa esiintyy prostituutiosta ja organisoidun parituksen piirissä sekä työmarkkinoilla ulkomaalaista työvoimaa laajasti käytävillä sektoreilla, kuten rakennus-, ravintola-, siivous- ja puutarha-alalla sekä marjanpöiminnässä⁹². Lisäksi työhön liittyvää hyväksikäyttöä on esiintynyt esimerkiksi nuorten kesä-, satunnais- ja pätkätöissä sekä opintoihin liittyvissä pakollisissa harjoitteluisissa⁹³. Myös kerjäläisyyden parissa voi esiintyä ihmiskaupaa. Ihmiskaupan riskiryhmään kuuluvat lisäksi avioliittotarkoituksessa Suomeen tulleet naiset, jotka saattavat olla riippuvaisia aviomiehistään ja joiden integroituminen yhteiskuntaan on onnistunut heikosti. Sen sijaan elin- ja kudoskaupaa ei ole toistaiseksi havaittu Suomessa.⁹⁴

Suomi on paitsi ihmiskaupan kohdamaa, todennäköisesti myös ihmiskaupan kauttakulkumaa. Koska hyväksikäyttötarkoituksen osoittaminen on varsin haasteellista, kauttakulutus tapaukset käsitellään usein kuitenkin esimerkiksi laittoman maahantulon järjestämisenä, valtionrajarikoksena tai väärennöksenä.⁹⁵

Seksuaalisessa hyväksikäyttötarkoituksessa tapahtuvasta ihmiskaupasta Suomessa on suhteellisen vähän tutkimustietoa. Varovaisten arvioiden mukaan pääkaupunkiseudulla toimi 2000-luvun alkupuolella ainakin 500 ulkomaista prostituoitua, joista enemmistö oli virolaisia, vironvenäläisiä tai venäläisiä. Perinteisesti itsenäisesti ilman parittajaa toimineet suomalaiset prostituoidut oli 2000-luvun alkuun mennessä syrjäytetty jokseenkin täysin alan ammattimaisesti johdetuilta markkinoilta, ja suomalaisetkin ammattiprostituoituidut olivat alueesta ja kaupungista riippuen joutuneet työskentelemään joko virolaisten tai venäläisten rikollisjohtajien alaisuudessa.⁹⁶

Rikostutkinnassa saatujen tietojen mukaan Suomeen tulleet prostituoidut ovat tullessaan täysin selvillä työnsä luonteesta ja ehdoista eikä heitä ole salakuljetettu Suomeen tahdonvastaisesti. Suomessa Viron ja Venäjän organisoidulle rikollisuudelle työskentelevät parittajarengit käyttävät kuitenkin runsaasti erilaisia painostus- ja

⁹¹ UNODC, TOCTA -raportti 2010 s. 47.

⁹² Kansallisen ihmiskaupparaportin kertomus 2010 s. 7.

⁹³ Aromaa 2007.

⁹⁴ Kansallisen ihmiskaupparaportin kertomus 2010 s. 7.

⁹⁵ Kansallisen ihmiskaupparaportin kertomus 2010 s. 7.

⁹⁶ Leskinen 2002 s. 10–13.

pakotuskeinoja, kuten liikkumisvapauden rajoittamista ja passien takavarikoimista. Mikäli prostituoidun katsotaan toimineen väärin tai epärehellisesti – esimerkiksi jättämällä ilmoittamatta etukäteen kuukautistensa alkamisen – parittajarengit voivat käyttää sanktiona niin kutsuttua sakotusta, jossa prostituoidulle määrätään huomattava sakkosumma. Prostituoitu suorittaa sakot myymällä tietyn määrän seksipalveluita ja tulouttamalla niistä saadut rahat kokonaan parittajarengille; toisin sanoen työskentelemällä tietyn ajan ilmaiseksi.⁹⁷

Keskusrikospoliisin vuonna 2008 tekemän selvityksen mukaan Suomessa toimivat ulkomaiset prostituoidut tulevat yleensä maahan vapaaehtoisina ja tietoisina siitä, että he tulevat tarjoamaan seksipalveluita. Tässä mielessä he eivät keskusrikospoliisin mukaan ole ihmiskaupan uhreja. Paritus voi kuitenkin muuttua ihmiskaupaksi, jos prostituoitua estetään luopumasta prostituutiosta ja hänet saadaan ihmiskauppasäännöksessä mainittuja keinoja käyttäen jatkamaan toimintaansa. Keskusrikospoliisin selvityksen mukaan Suomessa ihmiskauppa ilmenee keinoissa, joilla seksipalveluita myyviä naisia joissain yksittäistapauksissa painostetaan pysymään prostituutiossa. Vaikka he olisivat ryhtyneet tarjoamaan seksuaalipalveluita vapaaehtoisesti, heidät sidotaan toimintaan parittajan yksipuoleisesti määrittelemillä säännöillä, joita rikotuaan heidän on työskenneltävä ilman korvausta tai alennetulla korvauksella. Lisäksi ihmiskauppana pidetään Suomessa ilmenevää tapaa, joilla prostituoitujen mahdollisuus poistua paritusrenkaasta estetään uhkaamalla henkilökohtaisella tai kotimaassa omaisiin kohdistuvalla väkivallalla. Nämä keinot muodostavat henkisen otteen, jolla prostituoituja hallitaan. Suomessa tutkintanimike saattaa näissä tapauksissa kuitenkin olla paritus tai törkeä paritus.⁹⁸

Myös työperäistä ihmiskauppaa on tutkittu Suomessa toistaiseksi vähän. Ihmiskaupparaporttoija on jakanut Suomessa ilmenneen työperäisen ihmiskaupan kolmeen kategoriaan. Ensimmäisen kategorian muodostavat tapaukset, joissa suomalainen työnantaja hyväksikäyttää ulkomaalaisen työntekijän heikkoa asemaa sekä mahdollista tietämättömyyttä omista oikeuksistaan ja teettää hänellä esimerkiksi ylipitkiä työpäiviä ilman eri korvausta. Toinen kategoria muodostuu tapauksista, joissa hyväksikäyttö tapahtuu saman etnisen ryhmän sisällä niin, että maahanmuuttajataustaiset henkilöt järjestävät synnyinmaansa kansalaisia Suomeen töihin ja käyttävät hyväkseen heidän heikkoa ja riippuvaista asemaansa sekä mahdollista tietämättömyyttä Suomen työläinsäädännöstä. Kolmannessa tapausryhmässä asiat on järjestetty siten, että samaa kansalaisuutta olevat ovat perustaneet Suomessa yrityksen yhden henkilöistä toimiesä työnantajana ja muiden työntekijöinä. Työntekijät saattavat näissäkin tapauksissa tehdä ylipitkiä työpäiviä, eikä toiminnassa muutenkaan noudateta välttämättä työläinsäädäntöä. Erona edelliseen kategoriaan on se, etteivät työntekijät yleensä edes vaadi rangaistusta vastaajalle eikä heillä ole muitakaan vaatimuksia työnantajaa kohtaan.⁹⁹

⁹⁷ Leskinen 2002 s. 11–12.

⁹⁸ Keskusrikospoliisi: Poliisi selvitti ihmiskaupan laajuutta prostituoitujen keskuudessa. 31.7.2008.

⁹⁹ Kansallisen ihmiskaupparaporttoijan kertomus 2010 s. 127–128.

Suurimmat ongelmat ulkomaisen työvoiman käytössä liittyvät alipalkkaukseen ja ylitöiden teettämiseen ilman korvausta. Lisäksi työtä saatetaan teettää ilman työsopimusta tai työsopimus on laadittu kielellä, jota työntekijä ei ymmärrä. Ulkomaalaisia työntekijöitä saatetaan myös asuttaa epäinhimillisissä oloissa ja heitä on joissakin tapauksissa kielletty keskustelemasta suomalaisten kanssa tai opettelemasta suomen kieltä. Esille on tullut tapauksia, joissa työnantaja on ottanut haltuunsa ulkomaalaisten työntekijöiden matkustusasiakirjat ja saattaneet heidät näin työnantajasta riippuvaiseen asemaan. Ihmiskaupparaportoin selvityksen mukaan työperäisen ihmiskaupan taustalla on usein velkaantuminen; työntekijä pyrkii työtä tekemällä maksamaan velkaansa välitysorganisaatiolle.¹⁰⁰

Tunnistettu ihmiskaupparikollisuus on toistaiseksi ollut Suomessa vähäistä. Keskusrikospoliisi avasi yhden uuden tapauksen ihmiskauppa-nimikkeellä ja Rajavartiolaitos kaksi tapausta törkeä ihmiskauppa -nimikkeellä vuonna 2009. Kaikki tapaukset liittyivät työvoiman hyväksikäyttöön.¹⁰¹

6. Oikeuskäytäntö ja tutkinta

6.1. Ihmiskauppa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisa

6.1.1. Seksuaaliseen hyväksikäyttöön liittyvä ihmiskauppa

Ensimmäinen¹⁰² Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen seksuaalisessa hyväksikäyttö-tarkoituksessa tapahtuvaan ihmiskauppaan liittyvä ratkaisu on 7.1.2010 annettu tuomio asiassa *Rantsev v. Kypros ja Venäjä*. Rantsev katsoi, että Kypros oli muun muassa laiminlyönyt tutkia hänen tyttärensä kuolemaa ja Venäjä laiminlyönyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen 4 artiklaa jättämällä tutkimatta tyttären mahdollista joutumista ihmiskaupan uhriksi. Tytär oli saapunut Kyprokselle 2001 sen jälkeen, kun erään sikkäläisen tanssipaikan (cabaret'n) omistaja oli hakenut hänelle oleskelu- ja työlupaa. Reilun kahden viikon jälkeen tytär lähti työnantajansa luota. Työnantaja löysi hänet noin viikkoa myöhemmin eräästä yökerhosta omien sanojensa mukaan päihtyneenä ja vei poliisiasemalle vaatien, että hänet pitäisi laittoman maassa oleskelun vuoksi pidättää. Poliisilla ei ollut kuitenkaan syytä pidättää tätä, joten työnantaja soitettiin hakemaan tytär. Työnantaja sai poliisilta tytön passin ja muut asiakirjat ja vei hänet erään työntekijänsä asunnolle. Rantsevin tytär putosi asunnon parvekkeelta ja hänet löydettiin asunnon edestä kuolleen seuravana aamuna.

¹⁰⁰ Kansallisen ihmiskaupparaportoin kertomus 2010 s. 133–135.

¹⁰¹ Mantila 2010 s. 10.

¹⁰² ja toistaiseksi ainut. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa on vireillä kaksi seksuaaliseen hyväksikäyttöön liittyvää ihmiskauppa-asiaa (*L.R. v. Yhdistynyt Kuningaskunta* 49113/09 ja *Lilyana Sashkova Milanova ja muut v. Italia ja Bulgaria* 40020/03), jotka on vuoden 2010 aikana lähetetty asianomaisten maiden hallituksille selvityksen antamista varten.

Tapauksesta käy ilmi, että tutkimusten mukaan Kypros on usein ihmiskaupan kohdemaana esimerkiksi Venäjältä tuleville naisille, jotka pakotetaan prostituoiduiksi. Tuomioistuimien esillä sen, ettei ihmisoikeussopimuksen 4 artiklassa nimenomaisesti mainita ihmiskauppaa. Ottaen huomioon jäljempänä selostetun *Siliadin*-tapauksen sekä ihmiskaupan viimeaikaisen yleistymisen sekä tulkitessaan sopimusta kokonaisuutena tuomioistuimien kuitenkin johtaa ihmiskaupan kiellon 4 artiklasta. Tuomioistuin toteaa, että jäsenvaltioiden tulee tutkia tapaukset, joissa mahdollisesti on kyse ihmiskaupasta. Tutkinnan tulee tapahtua viranomaisien omasta aloitteesta, mikäli epäily tulee heidän tietoonsa, ja ihmiskauppa tulee kriminalisoida.

6.1.2. Työperäinen ihmiskauppa

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimissa on ollut käsiteltävänä kolme ihmiskauppaan ja erityisesti pakkotyöhön liittyvää tapauksia. Ensimmäisessä ratkaistussa tapauksessa *Siliadin v. Ranska*¹⁰³ Euroopan ihmisoikeustuomioistuin painotti sitä, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen orjuuden ja pakkotyön kieltoa koskevan 4 artiklan takaaminen kansalaisille on demokraattisen yhteiskunnan keskeisimpiä arvoja. Tapauksessa oli kysymys alaikäisen maahanmuuttajatyttö pakottamisesta työskentelemään ilmaisenä kotiapulaisena. Siliadin oli 15-vuotias togolainen tyttö, joka saapui Ranskaan rouva D:n kanssa. D lupasi laillistaa Siliadinin siirtolaisstatuksen ja järjestää hänelle koulutuksen. Vastapalvelukseksi ja maksaakseen lentolippunsa D:lle Siliadinin tuli työskennellä D:n kotiapulaisena palkatta. Siliadinin passi takavarikoitiin. Joitakin kuukausia myöhemmin D ”lainasi” Siliadinin herra ja rouva B:lle, joiden kotona Siliadin työskenteli ilmaisenä kotiapulaisena päivittäin kello 7.30–22.30 seitsemänä päivänä viikossa neljän vuoden ajan, kunnes tapaus paljastui viranomaisille. Herra ja rouva B tuomittiin Ranskassa 12 kuukaudeksi vankeuteen siitä, että he eivät olleet maksaneet palkkaa Siliadinin tekemästä työstä sekä maksamaan korvausta maksamattomasta työstä. Sen sijaan niitä ihmisarvolle sopimattomia olosuhteita, joissa Siliadin oli joutunut asumaan ja tekemään työtä, ei otettu huomioon tuomiossa.

EIT totesi Siliadinin joutuneen pakkotyön (”forced labour”) uhriksi, sillä Siliadin oli joutunut työskentelemään palkatta vastoin tahtoaan herra ja rouva B:lle. Laittomasti Ranskaan saapunut alaikäinen Siliadin pelkäsi poliisin pidättävän hänet. Herra ja rouva B ylläpitivät hänen pelkoaan ja antoivat hänen ymmärtää, että hänen asemansa laillistettaisiin.

EIT katsoi Siliadinin joutuneen pakkotyön ohella myös orjuuden kaltaisen pakkotyön (”servitude”) uhriksi. Siliadin ei ollut itse voinut päättää työskentelystään herra ja rouva B:n luona. Alaikäisenä maahan tullut Siliadin oli EIT mukaan ollut haavoittuvaisessa ja eristetyssä asemassa, eikä hänellä ollut muuta toimeentulomahdollisuutta kuin työskennellä herra ja rouva B:n luona. Siliadin oli elänyt täysin herra ja rouva B:n

¹⁰³ Application no. 73316/01.

armoilla, koska hänen paperinsa oli takavarikoitu ja hänen maahanmuuttaja-asemansa oli luvattu laillistaa herra ja rouva B:n toimesta. Siliadinilla ei ollut liikkumisvapautta eikä vapaa-aikaa, eikä häntä ollut alkuperäisistä lupauksista huolimatta lähetetty kouluun. Siliadin oli täysin riippuvaisessa asemassa herra ja rouva B:hen nähden.

EIT:n mukaan Ranska oli epäonnistunut suojelemaan Siliadinia orjuudelta. Orjuutta ei sellaisenaan ollut merkitty rikokseksi Ranskan rikoslakiin, eikä herra ja rouva B:tä näin ollen ollut tuomittu orjuudesta Ranskan rikoslain perusteella. Heidät oli kansallisessa oikeudessa tuomittu vain maksamattomasta työstä. EIT totesi, ettei Ranska ollut täyttänyt velvollisuuksiaan estää pakkotyön ja orjuuden toteutumista maassaan.

EIT:ssa on parhaillaan vireillä kaksi pakkotyötä koskevaa tapausta. Tapauksessa *Elisabeth Kawogo v. Yhdistynyt Kuningaskunta*¹⁰⁴ tansanialainen valittaja väittää joutuneensa pakkotyön uhriksi Iso-Britanniassa. Kawogo saapui Iso-Britanniaan britannialaisen työnantajansa mukana. Tarkoituksena oli ollut, että Kawogo työskentelisi kolme kuukautta Iso-Britanniassa työnantajansa palkallisena kotiapulaisena ja palaisi tämän jälkeen kotimaahansa. Alkuperäisestä sopimuksesta poiketen Kawogon työnantaja palasi Tansaniaan yksin ja jätti Kawogon, jonka viisumi oli umpeutunut, vanhempiensa luo. Työnantajan mukaan Kawogon tuli työskennellä hänen vanhempiensa luona palkatta vuoden ajan tienatakseen lentolipun kotimaahansa. Työnantajan vanhempien luona Kawogon oli vaadittu tekemään kotitöitä yli 15 tuntia päivässä ilman palkkaa. Kawogo ei ollut saanut käyttää samoja ruokailuvälineitä kuin hänen isäntänsä ja hän oli joutunut nukkumaan patjalla keittiön lattialla. Kawogon ainoat henkilökohtaiset tavarat olivat olleet saippua, hammasharja ja hammastahna. Kawogon ei ollut aluksi sallittu poistua lainkaan talosta. Myöhemmin hän oli saanut käydä kirkossa.

Tapauksessa *C.N. v. Yhdistynyt Kuningaskunta*¹⁰⁵ ugandalainen C.N. on kertonut saapuneensa väärennetyllä passilla Iso-Britanniaan paetakseen seksuaalista hyväksikäyttöä kotimaassaan. Maahantulon jälkeen hänen matkustusasiakirjansa oli takavarikoitu ja häntä oli jatkuvasti uhattu väkivallalla ja karkottamisella. C.N. oli pakotettu työskentelemään ilmaiseksi muun muassa iäkkään pariskunnan luona. Työ oli ollut raskasta ja ympärivuorokautista, koska toinen puolisoista sairasti Parkinsonin tautia. C.N. oli saanut pitää vapaata työstä muutaman tunnin kerran kuukaudessa. C.N.:ää oli pidetty eristyksissä ja häntä oli kielletty puhumasta ulkopuolisten kanssa. C.N. väittää Iso-Britannian rikkoneen Euroopan ihmisoikeussopimuksen 4 ja 8 artikloja. C.N:n mukaan hän ei ollut voinut vaatia itselleen suojaa oikeudessa, koska pakkotyötä ja orjuuden kaltaista pakkotyötä ei ollut vastoin ihmisoikeussopimuksen velvoitteita kriminalisoitu. Lisäksi C.N. katsoo, että hänen kohtelunsa vuosien 2002 ja 2006 välisenä aikana oli perustavalla tavalla loukannut hänen oikeutteen yksityiselämän kunnioitukseen.

¹⁰⁴ Application no. 56921/09.

¹⁰⁵ Application no. 4239/08.

6.2. Oikeuskäytäntö Suomessa

6.2.1. Seksuaaliseen hyväksikäyttöön liittyvä ihmiskauppa

Ihmiskauppa on rikosnimikkeenä harvinainen. Poliisin kirjaamia ihmiskauppatapauksia (joko perusmuotoisena tai törkeänä) oli vuonna 2008 yhteensä 8 kappaletta, vuonna 2009 yhteensä 4 kappaletta ja vuonna 2010 yhteensä 13 kappaletta. Syyttäjälle näistä tapauksista eteni vuonna 2008 yhteensä 5 juttua, seuraavana vuonna 2 juttua ja vuonna 2010 yhteensä 7 juttua.¹⁰⁶

Tuomioistuimiin edenneistä ihmiskauppatapauksista Suomessa ensimmäinen on Helsingin kärjäoikeudessa käsitelty tapaus, jossa tuomio annettiin 20.7.2006¹⁰⁷. Tapauksessa oli kysymys nuoren virolaisen naisen saattamisesta prostituutioon tavalla, jonka katsottiin täyttävän törkeän ihmiskaupan tunnusmerkistön. Vaikka syyttäjä syytti tekijöitä ihmiskaupasta myös muiden asianomistajien osalta, kärjäoikeus katsoi, ettei kynnys ylittynyt ja tuomitsi vastaajat törkeästä parituksesta. Syyttäjä ei valittanut kärjäoikeuden ratkaisusta, eivätkä ratkaisun lopputulos tai perustelut olennaisesti muuttuneet hovioikeudessa¹⁰⁸.

Törkeän ihmiskaupan uhrin osalta kärjäoikeus katsoi, että hänet oli erehdytetty Virosta Suomeen prostituoiduksi lupaamalla hänelle lastenhoitajan työtä. Sen sijaan eräiden muiden asianomistajien osalta, joiden kohdalla vastaajat on tuomittu parituksesta, kärjäoikeus katsoi heidän läheisen suhteensa vastaajiin heikentäneen heidän kertomuksensa uskottavuutta. Tämän läheissuhteen perusteella kärjäoikeus on myös pitänyt ymmärrettävänä sitä, että vastaajalla oli ollut asianomistajan henkilöpaperit hallussaan. Näin oli siitakin huolimatta, että tutkimukset osoittavat ihmiskaupan tekijöiden usein olevan läheisiä ihmiskaupan uhreille (aviopuolisoita, seurustelukumppaneita, sukulaisia). Kärjäoikeus on antanut painoarvoa sille, että parituksen asianomistajat ovat tulleet Suomeen tietäen päätyvänsä prostituutioon, vaikka ihmiskaupan tunnusmerkistö voi täytyä myös kohdemaassa olon aikana. Vastaajien menettelyä ei ole yhtä asianomistajaa lukuun ottamatta tehnyt ihmiskaupaksi sekään, että he olivat rajoittaneet asianomistajien liikkumavapautta ja määränneet sakkoja sääntöjen rikkomisesta. Näin ollen näyttöä riippuvaisesta asemasta tai turvattomasta tilasta ei kärjäoikeuden mukaan ollut.

Toinen ihmiskauppajuttu on käsitelty Kotkan kärjäoikeudessa ja tuomio annettu 9.12.2008 (nro 1655, R 08/1069). Kärjäoikeus tuomitsi kaksi naista ja kolme miestä törkeästä ihmiskaupasta. Vastaajien on katsottu käyttäneen oikeudettoman velan perinnässä uhkauksia, väkivaltaa ja vapaudenriistoa, jotka olivat vaihe vaiheelta johdaneet asianomistajan vaikeaan taloudelliseen ja sosiaaliseen asemaan sekä vahvaan riippuvaiseen asemaan vastaajista. Tätä kehitystä olivat edistäneet asianomistajan

¹⁰⁶ Nissinen 2011.

¹⁰⁷ Tuomio nro 06/6857 (R 06/5204).

¹⁰⁸ Helsingin hovioikeus 1.3.2007 nro 722 (R 06/2317).

nuori ikä (18 vuotta) sekä huumeiden ja päihteiden käyttö. Tilanteen on katsottu kehittyneen niin, ettei asianomistajalla ollut liikkumisvapauden rajoitusten, velkasuhteen, väkivallan uhan ja väkivallan vuoksi ollut enää muuta vaihtoehtoa kuin alistua kaikehenlaiseseen väärinkäyttöön. Hän ei ollut uskaltanut kieltäytyä seksin myymisestäään. Vasta kuolemanpelko oli saanut hänet hakeutumaan turvaan seksinostamista aikoneen henkilön avulla. Hovioikeus hyväksyi muun muassa käräjäoikeuden syyksilukemisen eikä muuttanut käräjäoikeuden tuomiota (Kouvolan hovioikeus 24.9.2009 nro 945, R 09/28). Tapauksesta on todettu, että siitä tekee merkityksellisen suoranaisen väkivallan käyttö sekä se, että tekijät ja uhri olivat suomalaisia¹⁰⁹.

Kolmannessa ihmiskauppajutussa annettiin tuomio Helsingin käräjäoikeudessa 28.11.2008 (nro 11690, R 08/10613). Syyttävä vaati asiassa rangaistusta ensisijaisesti ihmiskaupasta ja toissijaisesti parituksesta. Vastajaat olivat syytteen mukaan erehdyttäneet asianomistajan Virossa Suomeen luvaten tälle säädyllisen työpaikan. Asianomistaja oli kuitenkin saatettu seksuaalisen hyväksikäytön kohteeksi. Käräjäoikeus katsoi, ettei asianomistaja ole ollut lain edellyttämässä tarkoituksessa riippuvaisessa asemassa tai turvattomassa tilassa. Vastajaat tuomittiin parituksesta. Hovioikeus¹¹⁰ kuitenkin katsoi, että asianomistajalla ei ollut puutteellisen kielitaidon, Suomessa puuttuneiden tukihenkilöiden, Virossa tapahtuneesta velkaantumisesta aiheutuneen heikon taloudellisen aseman ja psyykkisistä ominaisuuksista johtuneen keinottomuuden vuoksi ollut muuta todellista ja varteenotettavaa vaihtoehtoa kuin alistua jatkaamaan seksipalvelujen myymistä. Hän oli näin ollen ollut turvattomassa tilassa ja vastaajista riippuvainen. Hovioikeus luki vastaajien syyksi ihmiskaupan.

Seksuaaliseen hyväksikäyttöön liittyvästä ihmiskaupasta on siis annettu tähän mennessä vain kolme lainvoimaista ratkaisua¹¹¹. Osin ihmiskauppaa koskevien rikoslain säännösten monimutkaisesta muotoilusta johtuen ihmiskaupan ja parituksen välinen raja koetaan epäselväksi ja epätarkaksi. Toisaalta ihmiskaupan säännöksiä on tulkittu hyvin tiukasti ja (turhaan) korostettu uhrin aiempaa suostumusta ryhtyä prostituoiduksi. Näyttää nimittäin siltä, että suomalaisen paritustoimintaan liittyy elementtejä, jotka antaisivat aiheen arvioida asiaa myös ihmiskaupan kannalta.¹¹²

Seksuaalista ihmiskauppaa koskevan rajallisen oikeuskäytännön perusteella näyttää siltä, ettei ihmiskaupan tunnusmerkistön käytännössä katsota täyttyvän, ellei hen-

¹⁰⁹ Keskusrikospoliisin ihmiskauppainternetsivut.

¹¹⁰ Helsingin hovioikeus 29.12.2009 nro 3420 (R 09/385).

¹¹¹ Neljäs tapaus on käsitelty Pirkanmaan käräjäoikeudessa. Tuomio on annettu 1.11.2011 (nro 6622, R 11/1073), mutta se on artikkelin kirjoitushetkellä 16.11.2011 lainvoimaa vailla, koska vastaaja on ilmoittanut siihen tyytymättömyyttä. Julkisen selosteen mukaan käräjäoikeus on tuominnut 21-vuotiaan naisen muun muassa nuoreen naiseen kohdistuneesta 1.9.2008–27.4.2009 tehdystä törkeästä ihmiskaupasta kahden vuoden kuuden kuukauden vankeusrangaistukseen. Vastaaja oli uhkauksilla ottanut asianomistajan valtaansa niin, että tämä oli suostunut korvausta vastaan harjoittamaan sukupuoliyhteyttä. Asianomistaja oli ottanut vastaan noin sata asiakasta ja saanut näistä palveluista yhteensä noin 15.000 euroa, mikä määrä oli mennyt vastaajalle lukuun ottamatta asianomistajan saamaa ruokaa, alkoholia ja tupakkaa.

¹¹² Roth 2010a s. 226–227.

kilöä ole fyysistä väkivaltaa käyttäen pakotettu prostituutioon, erehdytetty työn luonteen suhteen tai ellei hän ole kehitysvammainen. Tuomioistuimet eivät ole antaneet painoarvoa niille olosuhteille, joissa työskentely tapahtuu niin, että toiminta saattaisi muuttua ihmiskaupaksi jossain vaiheessa prostituution harjoittamisen aikana, vaikka henkilö olisikin alun perin antanut suostumuksensa prostituutioon. Tämän alkupe-
räisen suostumuksen on katsottu kattavan kaikenlaisen hyväksikäytön, olosuhteet ja kohtelun.¹¹³

6.2.2. Työperäinen ihmiskauppa

Ketään ei ole toistaiseksi tuomittu Suomessa työperäisestä ihmiskaupasta. Kaksi työperäistä ihmiskauppaa koskevaa tapausta on kuitenkin edennyt oikeuteen asti. Vantaan kärjäoikeus antoi tuomion 13.7.2007 nro 1991, jossa syyttäjä vaati vastaajille X ja Y rangaistusta törkeästä ihmiskaupasta ja törkeästä laittoman maahantulonjärjestämisestä. Syytteen mukaan X ja Y olivat syyllistyneet törkeään ihmiskauppaan käyttämällä hyväksi A:n riippuvaista asemaa ja turvatonta tilaa laittomana maahantu-
lijana sekä sitä, että A oli erehdytetty Intiasta Suomeen lupaamalla tälle palkkatyötä, ottaneet valtaansa A:n ja värvänneet, vastaanottaneet ja majoittaneet hänet sekä käyttäneet häntä työntekijänä torikaupassa ja ravintolassa palkatta. X ja Y olivat ottaneet A:n matkustusasiakirjat haltuunsa ja uhkailleet väkivallalla. Rikos oli syytteen mukaan tehty osana järjestäytyntä rikollisryhmää, jonka jäsenet olivat värvänneet A:n, hankkineet ja luovuttaneet tälle väärin perustein hankitut matkustusasiakirjat sekä järjestäneet henkilön kuljetuksen Intiasta Suomeen. Syytteen mukaan rikos oli myös kokonaisuutena arvostellen törkeä.

Kärjäoikeus totesi ihmiskaupan tunnusmerkistön sisältävän kolme osatekijää: keinot, tekotavat ja tarkoituksen. Käytettyjen keinojen osalta kärjäoikeus totesi, että asianomistaja oli omasta aloitteestaan ja omasta tahdostaan lähtenyt kotimaastaan. Kärjäoikeuden mukaan varmaa johtopäätöstä sen suhteen, oliko hänelle vastaajien taholta annettu nimenomaista lupausta työpaikasta vai olivatko he yleisesti keskustelleet töiden järjestämisestä Suomessa, ei ollut tehtävissä. Vaikka A:n ja vastaajien oli selvitetty puhuneen A:n mahdollisuudesta tulla Suomeen tarkoituksin tehdä työtä, näyttämättä jäi, että A:ta olisi erehdytetty lupaamalla tälle palkkatyötä tai että hänet olisi vastaajien toimesta värvätty tunnusmerkistössä tarkoitettuun tavoin. Sen sijaan riidattomaksi kärjäoikeus totesi sen, että X oli vastaanottanut A:n ja järjestänyt tälle majoituksen. Näyttämättä sen sijaan jäi, että vastaajat olisivat käyttäneet hyväkseen A:n riippuvaista asemaa ja turvatonta tilaa tai että A:n vapautta olisi millään tavoin vastaajien toimesta rajoitettu. Vastaajat eivät kärjäoikeuden mukaan olleet ottaneet A:ta lain tarkoittamin tavoin valtaansa. Kärjäoikeus viittasi tuomiossaan pakkotyön määritelmän osalta ILO:n pakollista työtä koskevaan yleissopimukseen, ihmiskauppa-

¹¹³ Roth 2010a s. 231.

puitepäättökseen ja Palermon sopimuksen lisäpöytäkirjaan. Käräjäoikeus totesi pakkotyön termistön olevan epäselvä ja katsoi pakkotyön edellyttävän, että työntekoon on olemassa jonkinasteinen pakko tai edes velvoite. Käräjäoikeuden mukaan ”pelkästään sitä seikkaa, että A oli ollut Y:n mukana toreilla ja auttanut tätä sekä että asianomistaja on ollut X:n omistamassa ravintolassa auttaen siellä jonkin verran ilman, että hänelle olisi maksettu noista toimista palkkaa, ei voida pitää osoituksena rikoslain 25 luvun 3 §:n tarkoittamasta pakkotyöstä tai pakollisesta palvelusta tai muustakaan työntekoon liittyvästä velvoitteesta, mikä olisi vastaajien toimesta asianomistajalle asetettu”.

Toinen ravintolatyötä koskeva ihmiskauppatapaus käsiteltiin Pohjanmaan käräjäoikeudessa, joka hylkäsi tuomiollaan 30.4.2010 kaikki syytteet.¹¹⁴ Syyttäjän mukaan asianomistaja, jonka vastaajat olivat kuljettaneet Vietnamista Suomeen, oli pakotettu työskentelemään vastaajien ravintolassa seitsemänä päivänä viikossa 12 tuntia vuorokaudessa. Vastaajat olivat maksaneet asianomistajalle muodollista palkkaa, mutta pidättäneet tilinkäyttöoikeuden itsellään. Syyttäjän mukaan asianomistajaa kohtaan oli käytetty väkivaltaa, ja häntä ja hänen Vietnamissa olevaa perhettään kohtaan oli uhattu käyttää väkivaltaa. Syyttäjä vaatii toissijaisesti vastaajille rangaistusta kiskonnantapaisesta työsyrynnästä. Käräjäoikeus katsoi, ettei pelkkä asianomistajan kertomus ollut riittävä näyttö ja hylkäsi syytteet.

Ravintolatyöhön liittyy myös Helsingin hovioikeudessa 20.12.2010 ratkaistu tapaus, jossa rajanvetoa käytiin kiskonnantapaisen työsyrynnän ja törkeän kiskonnan tunnusmerkkien välillä¹¹⁵. Asianomistaja A, jonka X oli järjestänyt Pakistanista Suomeen töihin, oli työskennellyt päivittäin noin neljän kuukauden ajan palkatta X:n omistamassa ravintolassa. Syyttäjä vaati X:lle rangaistusta kiskonnantapaisesta työsyrynnästä, josta käräjäoikeus tuomitsi X:n sakkoihin. Toisin kuin syyttäjä ja käräjäoikeus, Helsingin hovioikeus katsoi asianomistajan rangaistusvaatimuksen mukaisesti, että X oli menettelyllään syyllistynyt törkeään kiskontaan kiskonnantapaisen työsyrynnän sijasta. Hovioikeus katsoi, että X oli käyttänyt häikäilemättömästi hyväksi A:n taloudellisesta ahdingosta, kielitaidottomuudesta ja tietämättömyydestä johtuvaa heikkoutta ja turvatonta tilaa. X oli vaatinut A:lta Pakistanissa erittäin suuren työnvälityspalkkion (noin 9.700 euroa), joka oli tullut kokonaan X:n hyväksi ja jota varten A oli joutunut ottamaan lainaa. X ei ollut maksanut A:lle lainkaan palkkaa tämän työskentelystä X:n ravintolassa. Hovioikeus katsoi A:n olleen velkaantumisensa, ulkomaalaisuutensa ja kielitaidottomuutensa takia täysin riippuvainen X:stä ja työpaikastaan X:n ravintolassa. Hovioikeuden mukaan X:n menettelystään saama hyöty oli ollut yhteensä noin 30.000 euroa. Hovioikeus katsoi, että X:n menettelyä oli myös kokonaisuutena arvostellen pidettävä törkeänä. Hovioikeus tuomitsi X:n törkeästä kiskonnasta ehdolliseen vankeusrangaistukseen.

¹¹⁴ Pohjanmaan käräjäoikeus 30.4.2010 nro 704 diaarinumero 09/528.

¹¹⁵ Helsingin hovioikeus 20.12.2010 nro 3385 diaarinumero R 09/2463.

Kiskonnantapaista työsyrrjintää, joissa voidaan nähdä ainakin viitteitä myös ihmiskauppaan viittaavasta toiminnasta, on käsitelty kahdessa ravintolatyötä ja kahdessa rakennusalan työtä koskevassa tapauksessa. Helsingin hovioikeus tuomitsi tapauksessa R 07/92 nro 1499 käräjäoikeuden tavoin ulkomaalaisia opiskelijoita Suomeen rakennusalan yrityksiin työntekijöitä välittäneen yhtiön toimitusjohtajan muun muassa yllytyksestä kiskonnantapaiseen työsyrrjintään ja työnvälitysriskoksesta sekä työnantajat kiskonnantapaisesta työsyrrjinnästä. Työntekijöiden kuukausipalkka oli ollut 510 euroa kuukaudessa ja heiltä oli peritty rekrytointi- ja välitysmaksuja 600–800 euroa henkilöä kohden. Toisin kuin työntekijöitä välittänyt yhtiö väitti, hovioikeus ja käräjäoikeus katsoivat, ettei kyse ollut ollut työharjoittelusta vaan työstä, joka oli täyttänyt työsuhteelle säädetyt tunnusmerkit. Käräjäoikeus katsoi, että työntekijät oli asetettu palkkauksessa huomattavan epäedulliseen asemaan ja että tilanteessa on käytetty hyväksi työntekijän kielitaidottomuutta sekä sitä, ettei henkilöt tunne Suomen työlainsäädäntöä eikä sen antamaa oikeusturvaa.

Tampereen käräjäoikeus antoi 16.12.2009 tuomion¹¹⁶ kiskonnantapaisesta työsyrrjinnästä niin kutsutussa Ideapark-jutussa. Tapaus koski Ideaparkin työmaalla työskennelleitä puolalaisia sähköasentajia, joille maksettu tuntipalkka oli ollut keskimäärin viisi euroa. Työehtosopimuksen mukainen vähimmäistuntipalkka ilman lisiä oli ollut 8,19 euroa. Puolalaiset työntekijät olivat tehneet keskimäärin 18 tuntia viikossa ylityitä. Käräjäoikeus katsoi, että työntekijöiden hyväksikäyttämiseksi oli ollut olemassa keino heidän ulkomaalaisuudestaan johtuvan, työnantajasta riippuvaisen aseman sekä heidän työnantajan velvollisuuksiin ja omiin oikeuksiin työntekijöinä liittyvän ymmärtämättömyyden ja tietämättömyyden vuoksi.

Savonlinnan käräjäoikeus antoi 20.2.2009 tuomion¹¹⁷ muun muassa kiskonnantapaisesta työsyrrjinnästä kahdelle kiinalaiselle ravintolan omistajalle, jotka olivat käyttäneet hyväkseen kymmentä kiinalaista ravintolatyöntekijää yhdeksän vuoden aikana. Osa asianomistajista vaati alunperin vastaajille rangaistusta ihmiskaupasta, mutta luopui rangaistusvaatimuksestaan päästyään vastaajien kanssa sovintoon oikeudenkäynnin aikana. Tutkitun, kiskonnantapaista työsyrrjintää koskevan syytekohdan osalta käräjäoikeus katsoi selvitetyn, että työntekijät olivat etsitty Kiinasta tuttavien ja sukulaisten avulla. Työntekijöille oli järjestetty asuminen, ja he olivat saaneet ruokailla ravintolassa 2-3 kertaa päivässä. Työntekijöiden oli tullut noudattaa kaikkia työnantajien määräyksiä ja pyyntöjä pitääkseen heidät tyytyväisinä. Työntekijät olivat pääasiassa tehneet pitkiä työpäiviä, ja heille oli maksettu palkkaa alle työehtosopimusten määräysten. Työntekijöillä ei ollut ollut varallisuutta Suomeen tullessaan, ja he olivat olleet taloudellisesti täysin riippuvaisia työnantajistaan. Yhden työntekijän palkat oli maksettu työnantajan kanssa yhteiselle tilille. Työntekijöiden suomenkielen taito oli ollut heikko, eikä suomen kielen omaehtoista opiskelua ollut pidetty suota-

¹¹⁶ Tampereen käräjäoikeus 16.12.2008 nro 6596 diaarinumero R 08/4187.

¹¹⁷ Savonlinnan käräjäoikeus 20.2.2009 nro 60 diaarinumero R 08/206.

vana. Työntekijöiden kanssakäymistä suomalaisten kanssa ei myöskään ollut pidetty suotavana, ja työntekijöitä oli kielletty ottamasta yhteyttä Savonlinnassa sijainneen toisen kiinalaisen ravintolan pitäjiin. Käräjäoikeuden mukaan työntekijöillä ei ollut ollut mahdollisuutta ilman omaa kielitaitoa tai suomenkielisiä ystäviä sekä riittävää varallisuutta irtisanoutua ravintolasta ja hankkia toimeentulo muualla Suomessa.

Myös Helsingin hovioikeuden tuomio 12.2.2010 nro 314 koskee kiskonnantapaista työsyryntää ravintolatyössä. Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota. Käräjäoikeus katsoi näytetyksi, että asianomistaja oli työskennellyt vastaajan kahdessa ravintolassa seitsemänä päivänä viikossa siten, että hänen viikoittainen työmääränsä oli ollut jatkuvasti vähintään 50 tuntia. Käräjäoikeuden mukaan asianomistajalle oli jätetty kolmen vuoden ajalta maksamatta lähes kahden vuoden palkkaa vastaava määrä palkkoja. Asianomistaja oli ollut Suomeen saapuessaan kielitaidoton ja heikosti koulutettu. Asianomistaja oli asunut työnantajan järjestämässä asunnossa eikä hänellä ollut perhettä tai ystäviä Suomessa. Asianomistaja ei ollut ollut tietoinen Suomen lainsäädännön hänelle suomista pakottavista oikeuksista.

6.3. Ihmiskaupan tutkinta Suomessa

6.3.1. Esitutkinta

Kuten edellä on mainittu, Suomessa on vuoden marraskuun loppuun 2011 mennessä annettu tuomio ihmiskaupasta ainoastaan neljässä seksuaaliseen hyväksikäyttöön ja prostituutioon liittyvässä tapauksessa. Kahdessa oikeuteen asti edenneessä työvoiman hyväksikäyttöä koskevassa ihmiskauppatapauksessa syytteet on hylätty. Vuosien 2005–2008 aikana törkeästä ihmiskaupasta on tuomittu 12 henkilöä ja kiskonnantapaisesta työsyrynnästä 7 henkilöä.¹¹⁸

Ilmitulleiden ihmiskauppajuttujen määrä on melko vähäinen. Poliisin tietoon on vuosien 2004 ja 2010 välisenä aikana tullut 214 ihmiskauppaa tai sen kaltaista rikosta, joista 17 on koskenut ihmiskauppaa, 10 törkeää ihmiskauppaa, 30 törkeää paritusta, 77 törkeää laittoman maahantulon järjestämistä sekä 80 kiskonnantapaista työsyryntää.¹¹⁹

Poliisin ja Rajavartiolaitoksen tutkimat ihmiskaupparikokset ja ihmiskaupan kaltaiset rikokset vuosina 2007–2010¹²⁰:

¹¹⁸ HEUNI 2001 s. 19–21.

¹¹⁹ HEUNI 2011 s. 19.

¹²⁰ KRP Rikollisuuskatsaus 2011 4.1.

	2007	2008	2009	2010
Ihmiskauppa	2	6	2	11
Törkeä ihmiskauppa	1	2	2	2
Laittoman maahantulon järjestäminen	68	86	104	104
Törkeä laittoman maahantulon järjestäminen	13	12	28	20
Seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäytön yritys	23	181	26	0
Seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttö	6	0	0	0
Paritus	6	5	12	3
Parituksen yritys	0	2	1	1
Törkeä paritus	0	7	9	0
Kiskonnantapainen työsyryntä	14	14	47	36

6.3.2. Aluehallintoviraston työsuojelun vastuualueen suorittama valvonta

Aluehallintovirastojen työsuojelun vastuualueilla työskentelee yhteensä yhdeksän ulkomaalaistarkastajaa, jotka ovat erikoistuneet ulkomaisen työvoiman käytön valvontaan. Valvonta perustuu ulkomaalaislakiin, lakiin lähetetyistä työntekijöistä ja lakiin työsuojelun valvonnasta ja työpaikan työsuojeluyhteistoiminnasta. Tarkastuksen yhteydessä ulkomaalaistarkastaja käy läpi työntekijän työnteko-oikeuden perusteet, ulkomaalaisia työntekijöitä koskevien tietojen säilyttämisen ja tietojen antamisen työpaikan luottamushenkilöille. Tämän lisäksi ulkomaalaistarkastaja katsoo, onko ulkomaalainen työntekijä perehdytetty työtehtäviinsä ja että hänen työsuhteensa vähimmäisehdot täyttyvät ja työolosuhteet ovat hyväksyttävät. Tarkastuksessa otetaan huomioon myös työterveyshuollon järjestäminen, työaikakirjanpito ja tapaturmavakuuttaminen. Työsuojeluviranomaisilla on velvollisuus ilmoittaa asiasta poliisille, jos on perusteltua epäillä ulkomaalaisrikkomusta (UlkomL 185 §), työnantajan ulkomaalaisrikkomusta (UlkomL 186 §), luvaton ulkomaisen työvoiman käyttöä (RL 47 6 a §), työsyryntää (RL 47 3 §), tai kiskonnantapaista työsyryntää (RL 47 3 a §). Ihmiskaupparikos ei tällä hetkellä kuulu niihin rikoksiin, joista työsuojeluviranomaisilla on ilmoitusvelvollisuus.¹²¹

¹²¹ HEUNI 2011 s. 25–26.

7. Loppupäätelmiä

7.1. Ongelmia

YK:n ihmiskauppalisäpöytäkirjan laatimisesta lähtien ihmiskauppaan on kiinnitetty entistä enemmän huomiota ja sitä on pyritty ehkäisemään. Tästä huomiosta huolimatta ihmiskauppa ei vaikuta vähentyneen. Mistä tämä johtuu? Syitä lienee monia.¹²²

Ihmiskauppa on maailmanlaajuisesti tunnustettu vakavaksi rikokseksi ja ihmisoikeuksien loukkaukseksi. Euroopan valtioille näyttää kuitenkin olevan ensisijaista laittomien maahanmuuttajien torjunta, ei niinkään ihmiskaupan uhrien tunnistaminen ja auttaminen. Laitonta maahantuloa tarkkailemalla ja rajavalvontaa lisäämällä ei ratkaista ihmiskaupan ongelmia, sillä uhri on usein rajanylitysvaiheessa vielä tietämätön häntä odottavasta kohtalosta tai ylittää rajan yksin laillisilla asiakirjoilla, jotka myöhemmin takavarikoidaan häneltä.¹²³

Toistaiseksi tunnustettu ihmiskaupparikollisuus Suomessa on ollut vähäistä. Ihmiskaupan uhrien tunnistaminen onkin vaikeaa.¹²⁴ Ihmiskauppa tulee joka tapauksessa erottaa ihmisten salakuljetuksesta, jossa ihminen on vapaa päästyään maahan; ihmiskaupassa hyväksikäyttö alkaa tai jatkuu maahantulon jälkeenkin.¹²⁵

Poliisi on se viranomainen, joka tavallisimmin tunnistaa ihmiskaupan uhrin. Näin ollen ihmiskaupan uhrin tunnistaminen jää melkein yksinomaan poliisin harteille, samoin kuin se, miten uhreja kohdellaan. Näin ei tulisi olla, vaan uhreilla pitäisi olla mahdollisuus kääntyä vähemmän virallisen tahon kuin poliisin puoleen. Poliisit saattavat lisäksi syyllistää uhreja tai uhrin käännetytään ennen kuin heidän asiaansa on riittävästi tutkittu.¹²⁶

Yhdeksi ihmiskaupan torjuntaa hankaloittavaksi ongelmaksi on määritelty ihmiskaupan uhrien tavoittamisen vaikeus, jolloin konkreettisia tapauksia on vaikea saada esituttuun, syyteharkintaan ja tuomioistuinten käsiteltäviksi. Suomessa esiin tulleiden ihmiskauppatapausten määrä on ollut huomattavasti pienempi kuin mitä arviot antavat ymmärtää. Selityksenä tälle on annettu muun muassa se, että tapauksia pystytään ennaltaehkäisemään esimerkiksi ulkomaanedustustojen kautta ja lehtoyhtiöiden kanssa tehtävän yhteistyön avulla. Lisäksi on epäilty, että ihmiskaupan kaltaisia rikoksia tehdään todellisuudessa selvästi ihmiskaupparikoksia enemmän. Tähän liittyen on myös aiheellisesti todettu ihmiskaupparikosten määrän vähyden mahdollisesti johtuvan myös rajanveto-ongelmista eri rikosnimikkeiden välillä tai puhtaasti siitä, että rikosten tunnistaminen nimenomaan ihmiskaupaksi tähänastisella kokemuksella on vielä epävarmaa.¹²⁷

¹²² Konrad 2008 s. 161.

¹²³ Konrad 2008 s. 162–163.

¹²⁴ Mantila 2010 s. 10.

¹²⁵ Konrad 2008 s. 164–165.

¹²⁶ Konrad 2008 s. 169.

¹²⁷ Valtioneuvoston ihmiskaupan vastaisen toimintasuunnitelman ohjausryhmä 2007 s. 5 ja 35.

Ihmiskaupan paljastumista vaikeuttaa myös se, että uhrit ovat tekijöihin nähden alisteisessa asemassa eivätkä välttämättä hae apua. He eivät myöskään välttämättä esimerkiksi ulkomaalaisina tiedä, kenen puoleen kääntyä tai miten toimia. Myös kielimuri aiheuttaa vaikeuksia. Toisaalta ihmiskaupan uhri ei välttämättä luota viranomaisiin, kuten esimerkiksi poliisiin tai on tottunut kotimaassaan vieläkin huonompiin oloihin kuin mihin hän joutuu kohdemaassa. Uhri ei myöskään välttämättä uskalla tai halua kertoa tapahtuneesta riittävän yksityiskohtaisesti ja avoimesti.

Tilannetta vaikeuttaa vielä se, että ihmiskauppa muuttuu jatkuvasti. Perinteiset uhrikansallisuudet ovat korvautuneet uusilla kansallisuuksilla. Tämä kertoo siitä, miten rikollispiirit reagoivat potentiaalisten uhrien ihmiskauppatietoisuuden lisääntymiseen, tiukentuneeseen viranomaiskontrolliin sekä parantuneisiin elinolosuhteisiin perinteisissä lähtömaissa.¹²⁸ ILO:n arvion mukaan vähintään kolmasosa ihmiskaupan 2,45 miljoonasta uhrista on kaupattu muussa kuin seksuaalisessa hyväksikäyttötarkoituksessa. Tämän vuoksi perinteistä näkökulmaa ihmiskaupasta naisten ja tyttöjen seksuaalisena hyväksikäyttönä tulisi laajentaa.¹²⁹

7.2. Parannusehdotuksia

Edempänä tarkastellut oikeustapauksetkin osoittavat, että ihmiskaupan erottaminen ihmiskaupan kaltaisista rikoksista on vaativaa. Jos ihmiskaupan uhreiksi kelpuutetaan oikeuskäytännössä vain hyvin ilmeiset tapaukset, saattaa suuri osa ihmiskaupan uhreista jäädä tunnistamatta ja ohjautumatta auttamis- ja oleskeluoikeusjärjestelmien piiriin. Tarpeettoman rajoittava ihmiskauppasäännösten tulkinta voi pahimmillaan johtaa rikosten uhrien perusteettoman syrjivään kohteluun sekä ihmiskaupan vastaisen toiminnan hiipumiseen.¹³⁰ Oikeuskäytännöllä on siten ratkaisevan suuri merkitys uhrien aseman kehittämiselle.

Vastajaajan kannalta ei ole suurtakaan merkitystä sillä, tuomitaanko hänet rangaistukseen ihmiskaupasta vai sen kaltaisesta rikoksesta. Rikoksen uhrin oikeuksien ja aseman kannalta ei kuitenkaan ole yhdentekevää, mistä rikoksesta tekijät tuomitaan. Ihmiskaupan tunnistaminen on tärkeää, jotta uhri saa osakseen sellaista suojelua kuin ihmiskaupan uhreille on tarkoitettu antaa.¹³¹ Seksuaalisesti hyväksikäytetyille henkilöille tunnistaminen on vielä merkityksellisempää kuin työperäisesti hyväksikäytetyille, sillä parituksen kohteilla on esitutkinnassa ja rikosprosessissa nykyisessä käytännössä todistajan asema, kun taas ihmiskaupan uhreilla on asianomistajan asema¹³².

¹²⁸ Mantila 2010 s.10 ja UNODC, TOCTA -raportti 2010 s. 51.

¹²⁹ ILO 2005: A Global Alliance Against Forced Labour s. 46.

¹³⁰ Roth 2007b s. 421.

¹³¹ TyVM 15/2008 vp.

¹³² Rikosprosessin kannalta merkillepantavaa on myös se, että yritys voidaan tuomita ihmiskaupasta yhteisösakkoon, kiskonnantapaisessa työsyrynnässä ei.

Työperäisesti hyväksikäytetyt uhrit ovat asianomistajan asemassa siitä riippumatta, käsitelläänkö heidän tapaustaan kiskonnantapaisena työsyryntänä vai työperäisenä ihmiskauppana. Kansallinen ihmiskaupparaportoiija on pitänyt tätä eri aseman synnyttävää käytäntöä syrjivänä.¹³³

Ihmiskaupan ehkäisytoimet tiivistyvät viiteen pilariin: syytetoimet, suojeleminen, ennaltaehkäisy sekä kansallinen ja kansainvälinen yhteistyö ja koordinointi. Uhrin tukemisella on merkitystä rikosprosessin onnistumisen lisäksi siten, että tukitoimenpiteet suojelevat kyseistä varsin haavoittuvassa asemassa olevaa ihmisryhmää.¹³⁴

Suomi on nähty etupäässä ihmiskaupan kauttakulkumaana. Jos näin on, Suomen on kuitenkin tiedostettava oma roolinsa ja sen edellyttämät toimenpiteet. Mikäli ihmiskaupparikollisuus lisääntyy, täydentyy sen uhrien kansallisuuskina mitä todennäköisimmin useilla kansallisuuksilla, esimerkkinä kiinalaisilla, vietnamilaisilla, etelä-amerikkalaisilla ja nigerilaisilla. Huomattavaa on myös, että koko toiminta voi tapahtua Suomen rajojen sisäpuolella, jolloin sekä tekijä että uhri ovat suomalaisia. Toisaalta vaikka ihmiskaupan volyymi ei sinänsä osoittaisikaan vahvistumisen merkkejä, ihmiskaupparikollisuus ja siihen läheisesti liittyvä rikollisuus (paritus, seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttö, laittoman maahantulon järjestäminen) edellyttää jatkuvaa seurantaa ja valppautta.¹³⁵

Ruotsin poliisihallituksen jokunen aika sitten antamien lausumien mukaan seksuaalisessa hyväksikäyttötarkoituksessa tapahtuvassa ihmiskaupassa tekijöiden keinovalikoima oli muuttunut hienovaraisemmaksi ja suoranaista väkivaltaa käytetään aiempaa vähemmän. Tekijät sallivat naisille paremmat olosuhteet, jotta nämä olisivat vähäisemmässä määrin taipuvaisia tekemään yhteistyötä poliisin kanssa. Tämä puolestaan vaikeuttaa ihmiskaupan tunnistamista ja tekijöiden saamista vastuuseen.¹³⁶

Suomen kansallinen ihmiskaupparaportoiija on vuoden 2010 kertomuksessaan kiinnittänyt huomiota tuomioistuinten ihmiskauppasäännösten ahtaaseen tulkintaan¹³⁷. Hyvällä syyllä voidaan kuitenkin kysyä, onko ihmiskaupan tunnistamisen kannalta riittävää, että esitutkinnassa, syyteharkinnassa ja tuomitsemiskäytännössä säännöksiä tulkitaan riittävän väljästi. Toisaalta on myös myönnettävä, että keinovalikoimien siistiytyessä osa tapauksista saattaa aidosti ja yksinkertaisesti jäädä varsinaisen ihmiskaupparikollisuuden ulkopuolelle. Joka tapauksessa ihmiskaupparikollisuuden tunnistamiseksi ja asianosaisten oikeusturvan varmistamiseksi on ensiarvoisen tärkeää, että poliisi ja syyttäjät toimivat esitutkintavaiheessa yhteistyössä ja miettivät tutkintasuunnitelmia laatiessaan ne nimikkeet, joilla rikosepäilyä on aihetta tutkia.¹³⁸ Kynnystä syyttää ihmiskaupasta ei tulisi asettaa liian korkealle, mutta kuten oikeuskäytäntö on

¹³³ Kansallisen ihmiskaupparaportoiijan kertomus 2010 s. 104.

¹³⁴ Mantila 2010 s. 10 ja UNODC, TOCTA -raportti 2010 s. 52.

¹³⁵ Mantila 2010 s. 10.

¹³⁶ Mantila 2010 s. 10–11.

¹³⁷ Mantila 2010 s. 11 ja kansallisen ihmiskaupparaportoiijan kertomus 2010 s. 117.

¹³⁸ Mantila 2010 s. 11.

osoittanut, ihmiskaupan kaltaisten rikosten tunnusmerkistöt täyttyy helpommin kuin varsinainen ihmiskauppa, ja tästä syystä toissijaisten tunnusmerkistöjen asettaminen jo esitutkinnassa voi olla aiheellista.

Jos ihmiskaupan nähdään kumpuavan yhteiskunnan rakenteista ja sukupuolisesta eriarvoisuudesta sekä tiettyjen alueiden taloudellisesta toivottomuudesta, on ihmiskaupan kokonaisvaltaisemmasta torjunnassa pitkällä tähtäimellä keskityttävä nimenomaan näiden altistavien tekijöiden minimoimiseen. Ihmiskaupan taustalla on vakavia taloudellisia ja poliittisia ongelmia ja siihen liittyy usein toivo paremmasta toimeentulosta, jota välittäjät käyttävät häikäilemättömästi hyväkseen. Naisten ja lasten oikeuksien nykyistä parempi turvaaminen heidän kotimaissaan pienentäisi heihin kohdistuvaa uhkaa joutua ihmiskaupan uhreiksi.¹³⁹ Lisäksi on huomattava, että myös lievempien hyväksikäytön ja syrjinnän muotojen ennaltaehkäiseminen ehkäisee ihmiskauppaa¹⁴⁰.

Liian usein uhrien oikeuksien suojeleminen nähdään tarpeellisenä vain silloin, kun siitä on hyötyä ihmiskaupaan syyllistyneiden oikeudelliseen vastuuseen saattamisessa. Vaikka rikostorjunta rikosprosesseineen on tärkeä osa myös ihmiskaupan ehkäisemistä, ihmiskaupan vastaiset toimet eivät saa johtaa uhrin ihmisoikeuksien tai ihmisarvon loukkaamiseen. Mikäli uhria lähestytään välineenä, ei päämääränä, on mahdollista, ettei rikostorjunnankaan tavoite lopulta toteudu. Pontevammin tulisi tarttua myös muihin ihmiskaupan ennaltaehkäisyn muotoihin, kuten elämisen edellytysten parantamiseen lähtömaissa sekä laillisten työtekomahdollisuuksien lisäämiseen kohdemaissa¹⁴¹. Tämä vähentäisi tarvetta turvautua prostituutioon tai tarttua mihin hyvänsä työtarijoukseen. Myös lähtömaissa suoritettavat koulutus- ja tiedotuskampanjat ovat osoittautuneet yhdeksi tehokkaaksi tavaksi vähentää ihmiskauppaa. Lähtömaassa huomiota tulee toki kiinnittää myös lainsäädännöllisiin kehitystoimiin, kuten ihmiskaupan kriminalisointiin ja ihmiskaupan uhreille tarjottaviin todistajansuojeluohjelmiin. Nämä samat vaatimukset koskevat tietysti myös ihmiskaupan kohdemaita. Kohdemaissa tulee olla riittävät valmiudet tarjota uhreille sosiaalista ja terveydellistä apua sekä taata heidän maassa oleskelunsa oikeudenkäynnin ajan. Sekä lähtö- että kohdemaissa on myös kiinnitettävä huomiota järjestäytyneeseen rikollisuuteen, jonka parissa ihmiskauppaa usein esiintyy.¹⁴²

Poliiseilla ja rajavartiolaitaviranomaisilla on suuri päätäntävalta ihmiskauppaa koskevissa asioissa. Usein on heidän käsissään ohjata epäilty ihmiskaupan uhri auttamisjärjestelmän piiriin. Näiden viranomaisten koulutukseen tulisikin suunnata voimavaroja. Myös oikeuslaitoksen koulutukseen tulisi panostaa, jotta ihmiskaupan rangaistussäännösten tulkinta vastaisi lainsäätäjän tarkoitusta sekä kansainvälisiä ja eurooppaoikeudellisia velvoitteita.¹⁴³

¹³⁹ Nieminen 2005 s. 132–135.

¹⁴⁰ Roth 2010b s. 287.

¹⁴¹ Pärssinen 2006 s. 195–196.

¹⁴² Sulaimanova 2006 s. 70–71.

¹⁴³ Roth 2007a.

Rikosilmoitukset työrikoksista tehdään usein aluehallintovirastoista, joissa valvotaan työolosuhteita. Osaltaan siihen, että työperäisiä ihmiskauppajuttuja on Suomessa tullut ilmi vähän, on saattanut vaikuttaa se, ettei työsuojeluviranomaisilla ole velvollisuutta ilmoittaa ihmiskaupasta. Käytännön syistä syyttäjäkään ei välttämättä lähde suorittamaan lisätutkintaa mahdollisesta ihmiskaupasta, jos esitutkinta on jo työsuojeluviranomaisen ilmoituksen perusteella tehty esimerkiksi kiskonnantapaisesta työsyrynnästä.

Ihmiskauppa on erittäin ajankohtainen ja laajalle levinnyt ihmisoikeusongelma. Ihmiskauppasääntelyllä suojattavista arvoista keskeisimmät ovat vapaus ja koskemattomuus. Vapauteen liittyy aineksia, jotka kuvaavat käsitystämme ihmisestä yksilönä ja ihmisarvoisesta elämästä¹⁴⁴. Ihmiskauppa onkin sijoitettu rikoslaisa juuri vapauteen kohdistuvia rikoksia koskevaan 25 lukuun. Siitä huolimatta, että ihmiskauppasääntelyn keskiössä on ihmisen vapaus, ihmiskaupassa on harvoin kyse konkreettisesta, fyysiseen vapauteen kohdistuvasta riistosta, jollaiseksi ihmiskauppa usein mielletään. Huomiota tulee kiinnittää vähemmän ilmeisiin ihmiskaupan toteuttaviin keinoihin, kuten turvattoman tilan ja riippuvaisen aseman hyväksikäyttöön. Tapauksiin sisältyy usein piirteitä eri hyväksikäytön ja toimintatapojen muodoista. Jotta muutkin kuin vain kaikkein räikeimmät ja ilmeisimmät ihmiskauppatapaukset tulisivat ihmiskauppana tuomituiksi ja uhrit saisivat heille laissa turvatun suojan, on tärkeää huomata, että sekä ihmiskaupan kansainvälisoikeudellinen määritelmä että Suomen rikoslaki mahdollistavat nykyistä oikeuskäytäntöä laajemman tavan ymmärtää ihmiskauppa.

Lähteet

Kirjallisuus ja virallislähteet

- Aromaa, Kauko*: Ihmiskauppa jatkuu. Haaste 2/2007. Osoitteessa: <http://www.haaste.om.fi/Etu-sivu/Lehtiarkisto/Haasteet2007/Haaste22007/1205254004635> (7.1.2011)
- Cameron, Sally*: Trafficking of women for prostitution. In Cameron, Sally – Newman, Edward (ed): Trafficking in Humans. Social, Cultural and Political Dimensions. United Nations University Press. Tokyo 2008.
- Ejalu, William A. E.*: From Home to Hell: The Telling Story of an African Woman's Journey and Stay in Europe. In Amir, Delila and Beeks, Karen (ed): Trafficking and the Global Sex Industry. Lexington Books, Maryland 2006.
- Euroopan unionin neuvoston puitepäätös ihmiskaupan torjunnasta* 19.7.2002. 2002/629/YOS. EYVL L 203 1.8.2002 s. 1–4.
- Frände, Dan*: Yleinen rikosoikeus. Edita Publishing Oy. Helsinki 2005.
- Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 34/2004 vp).
- Ihmiskaupan vastainen toimintasuunnitelma*. Ulkoasiainministeriön julkaisusarja. Edita Prima Oy 2005.

¹⁴⁴ O LJ 1/1989 s. 261.

- International Labour Organisation (ILO):* A global alliance against forced labour (2005). Global report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2005. International Labour Conference, 93rd Session 2005, Report I (B). Geneva: International Labour Office, 2005.
- International Labour Organisation (ILO):* Trafficking for Forced Labour. How to Monitor the Recruitment of Migrant Workers. Geneva: International Labour Office, 2005.
- Kaikkonen, Emilia:* Ulkomaalaisen työvoiman hyväksikäyttö ihmiskaupan ja kiskonnantapaisen työsyönnän muodossa. Pro gradu -tutkielma. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Toukokuu 2008.
- Kansallinen ihmiskaupparaportti.* Kertomus 2010. Ihmiskauppa ja siihen liittyvät ilmiöt sekä ihmiskaupan uhrien oikeuksien toteutuminen Suomessa. K 17/2010 vp. Osoitteessa: [http://www.vahemmistovaltuutettu.fi/intermin/vvt/home.nsf/files/Ihmiskaupparaportti%202010_suomi_netiversio/\\$file/Ihmiskaupparaportti%202010_suomi_netiversio.pdf](http://www.vahemmistovaltuutettu.fi/intermin/vvt/home.nsf/files/Ihmiskaupparaportti%202010_suomi_netiversio/$file/Ihmiskaupparaportti%202010_suomi_netiversio.pdf) (4.1.2011)
- Konrad, Helga:* The fight against trafficking in human beings from the European perspective. In Cameron, Sally – Newman, Edward (ed): Trafficking in Humans. Social, Cultural and Political Dimensions. United Nations University Press. Tokyo 2008.
- Kuivaniemi, Leni:* Human Rights Perspective to Trafficking in Women. Edilex Asiantuntijakirjoitukset 11.5.2004. Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/haku/?search=lakikirjasto&sent=1> (2.3.2011)
- Lakivaliokunnan mietintö 4/2004 vp.
- Leskinen, Jari:* Organisoitu paritus ja prostituutio Suomessa. Teoksessa Keskusrikospoliisi. Rikostutkimus 2002, s. 9–30.
- Mantila, Anu:* Maailmanlaajuisen ihmiskaupan surullinen profiili. Akkusastoori 6/2010.
- Newman, Edward – Cameron, Sally:* Introduction: Understanding human trafficking. In Cameron, Sally – Newman, Edward (ed): Trafficking in Humans. Social, Cultural and Political Dimensions. United Nations University Press. Tokyo 2008.
- Nieminen, Liisa:* Nais- ja ihmiskauppa ihmisoikeusongelmana. Oikeus 2005 (34); 2: 130–156.
- Pellonpää, Matti:* Euroopan ihmisoikeussopimus. Gummerus Kirjapaino Oy 2005.
- Pärssinen, Venla:* Uhreille myönnettävä oleskelulupa ihmiskaupan vastaisen toiminnan keinona: EU:n uhridirektiivi ja siihen liittyvä hallituksen esitys kansainvälisten velvoitteiden ja suositusten valossa. Oikeus 2006 (35); 2: 178–199.
- Roth, Venla:* Ihmiskaupan vastaisen toiminnan saavutuksia ja haasteita. Haaste 3/2007. Osoitteessa: <http://www.haaste.om.fi/text/Etusivu/Lehtiarkisto/Haasteet2007/Haaste32007/1205253984677> (7.1.2011) (2007a)
- Roth, Venla:* Paritusta vai ihmiskauppaa. Defensor Legis N:o 3/2007 s. 419–436. (2007b)
- Roth, Venla:* Defining Human Trafficking, Identifying its victims. A Study on the Impact and Future Challenges of the International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings. Uniprint. Turku 2010. (2010a)
- Roth, Venla:* Ihmiskaupasta suomalaisessa työelämässä. Oikeus 2010 (39); 3: 278–287. (2010b)
- SopS 71/2006* Kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastaisen Yhdistyneiden Kansakuntien yleissopimuksen lisäpöytäkirja ihmiskaupan, erityisesti naisten ja lasten kaupan ehkäisemisestä, torjumisesta ja rankaisemisesta.
- SopS 20/2004* Kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastainen Yhdistyneiden Kansakuntien yleissopimus.
- SopS 60/1991* Yleissopimus lapsen oikeuksista.
- SopS 63/1999* Euroopan ihmisoikeussopimus.
- SopS 60/1989* Kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus.

SopS 68/1986 Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus.
SopS 8/1976 Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus.
SopS 6/1976 Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva yleissopimus.
SopS 33/1972 Ihmisten kaupan ja toisten prostituutiosta hyötymisen tukahduttamista koskeva yleissopimus.
SopS 37/1970 Kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus.
SopS 17/1960 Sopimus joka koskee pakkotyön poistamista.
SopS 44/1935 Pakollista työtä koskeva yleissopimus.
Sulaimanova, Saltanat: Trafficking in Women from the Former Soviet Union for the Purposes of Sexual Exploitation. In Amir, Delila – Beeks, Karen (ed.): Trafficking and the Global Sex Industry. Lexington Books, Maryland 2006.
Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö 15/2008 vp.
United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC): The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment (TOCTA) 2010. Osoitteessa: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf (4.1.2011)
United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC): Trafficking in Persons, Analysis on Europe 2009. Osoitteessa: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Trafficking_in_Persons_in_Europe_09.pdf (9.1.2011)
Valtioneuvoston ihmiskaupan vastaisen toimintasuunnitelman ohjausryhmä: Ohjausryhmän ehdotus ihmiskaupan vastaisen toimintasuunnitelman tarkentamiseksi 2007.

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Van der Müsselle v. Belgia 23.11.1983
Siliadin v. Ranska 26.7.2005
Rantsev v. Kypros ja Venäjä 7.1.2010

Vireillä olevat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapaukset

Elisabeth Kawogo v. Yhdistynyt Kuningaskunta
C.N. v. Yhdistynyt Kuningaskunta
L.R. v. Yhdistynyt Kuningaskunta
Lilyana Sashkova Milanova ja muut v. Italia ja Bulgaria

Hovioikeudet

Turun hovioikeus 13.6.2005 nro 1496 (Hämeenlinnan käräjäoikeus 30.6.2004 nro 611)
Turun hovioikeus 14.9.2007 nro 1770 (Hämeenlinnan käräjäoikeus 9.12.2005 nro 3424)

Helsingin hovioikeus 1.3.2007 nro 722 (Helsingin käräjäoikeus 20.7.2006 nro 6857)
Helsingin hovioikeus 29.12.2009 nro 3420 (Helsingin käräjäoikeus 28.11.2008 nro 11690)
Helsingin hovioikeus 12.2.2010 nro 314 (Helsingin käräjäoikeus 9.6.2009 nro 5199)
Helsingin hovioikeus 20.12.2010 nro 3385 (Vantaan käräjäoikeus 10.7.2009 nro 2312)

Kouvolan hovioikeus 24.9.2009 nro 945 (Kotkan käräjäoikeus 9.12.2008 nro 1655)

Käräjäoikeudet

Helsingin käräjäoikeus 22.11.2006 nro 11223

Vantaan käräjäoikeus 13.7.2007 nro 1991

Savonlinnan käräjäoikeus 20.2.2009 nro 60 ja 29.1.2009 nro 37

Pohjanmaan käräjäoikeus 30.4.2010 nro 704

Julkinen seloste Pirkanmaan käräjäoikeuden ratkaisusta 1.11.2011 nro 6622

Muut lähteet

Edilex-uutiset 14.12.2010. Euroopan parlamentti hyväksyi ihmiskaupan estämiseen tähtäävät tiukemmat säännöt. Osoitteessa: <http://edilex.fi/uutiset/26334.html> (10.2.2011)

HEUNI: Ehdoilla millä hyvänsä. Työperäinen ihmiskauppa ja ulkomaalaisten työntekijöiden hyväksikäyttö Suomessa. Osoitteessa: http://www.heuni.fi/Satellite?blobtable=MungoBlobs&blobcol=urldata&SSURIdpptype=BlobServer&SSURIdcontainer=Default&SSURIdsession=false&blobkey=id&blobheadervalue1=inline;%20filename=Taitto_67_FINAL_20012011.pdf&SSURIdsscontext=Satellite%20Server&blobwhere=1295265233056&blobheadervalue1=Content-Disposition&ssbinary=true&blobheader=application/pdf (12.2.2011)

Keskusrikospoliisi: Rikollisuuskatsaus 2011 4.1 Ihmiskauppa 15.2.2011. Vielä julkaisematon (30.3.2010).

Keskusrikospoliisi: Poliisi selvitti ihmiskaupan laajuutta prostituoitujen keskuudessa. 31.7.2008. Osoitteessa:

<http://www.poliisi.fi/poliisi/bulletin.nsf/pfbdarch/2AD1A92E949D7E95C22574970046058B?opendocument> (10.1.2011)

Keskusrikospoliisin ihmiskauppainternetsivut. Osoitteessa

<http://www.poliisi.fi/poliisi/krp/home.nsf/pages/A95AE1046BA5196FC22571ED004A679A> (7.1.2011).

Nissinen, Matti: Ihmiskauppa työelämässä – syyttäjän näkökulma. Luento Ihmiskauppa suomalaisessa työelämässä -seminaarissa 3.–4.2.2011. Osoitteessa <http://www.ofm.fi/intermin/vvt/home.nsf/headlines/2740B79FD50C3DEBC225781E00319AE9?OpenDocument> (10.2.2011).

Oikeusministeriön säädöshankkeet 1.9.2010. Toiminta ja hallinto 69/2010. Osoitteessa: http://www.om.fi/Satellite?blobtable=MungoBlobs&blobcol=urldata&SSURIdpptype=BlobServer&SSURIdcontainer=Default&SSURIdsession=false&blobkey=id&blobheadervalue1=inline;%20filename=OMTH%2069%202010%20S%C3%A4%C3%A4d%C3%B6shankelutelo%20_180%20s.pdf&SSURIdsscontext=Satellite%20Server&blobwhere=1277813485234&blobheadervalue1=Content-Disposition&ssbinary=true&blobheader=application/pdf (7.1.2010)

Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1989, Rikoslain kokonaisuudistus II, Rikoslakiprojektin ehdotus. Valtion painatuskeskus, 1989 (OLJ)

Ropponen, Maija: Ihmiskaupan tunnistaminen ilmiönä. Ihmiskaupaa koskevan tunnusmerkistön soveltaminen erityisesti seksuaalisen hyväksikäytön osalta. Luento oikeusministeriön Ihmiskaupan tunnistaminen ilmiönä -koulutustilaisuudessa Helsingissä 24.1.2011.

Identiteettivarkaudet – haasteita rikostukinnalle ja -oikeudelle, paljon vaivaa ja harmia uhrille

1. Johdanto

Identiteettivarkaus on termi, jota nykyisin käytetään yleisesti, mutta jonka sisältö ei ole täysin yksiselitteinen eikä vakiintunut. Mitä varastetaan, jos varastetaan identiteetti? Identiteettitietoja ovat varsinaisten henkilötietojen lisäksi erilaiset tunnisteet, joilla osoitetaan tunnisteiden haltija tai tunnisteiden haltijan oikeus päästä käsiksi tietoon tai palveluun, esimerkiksi erilaiset korttien numerot sekä tilien ja palveluiden käyttäjätunnukset. Henkilöllisyysvarkaus on identiteettivarkauden osajoukko.¹

Entä voidaanko identiteettiä ylipäänsä varastaa? Rikoslain 28 luvun 1 §:n mukaisessa varkaudessa on kyse irtaimen omaisuuden anastamisesta toisen hallusta. Aineeton omaisuus ei pääsääntöisesti voi olla varkauden kohteena. Identiteettivarkaus-sanalla kuvatuissa tilanteissa ei identiteettiä myöskään useimmiten anasteta uhrin käytöstä, vaan käytetään luvatta uhrin tietämättä.²

Yhtä kaikki ilmaus identiteettivarkaus on että myös sikäli harhaanjohtava, että kyseinen menettely ei ole Suomen lain mukaan nykyisin rikos – ei varkaus eikä muukaan itsenäisesti rangaistava teko. Identiteettivarkautena käsitettävä menettely tulee nykyisin tutkittavaksi ja rangaistavaksi jonkun muun rikoksen tunnusmerkistöön sisältyvänä tai liitännäisesti. Useimmiten kyse on petosrikoksesta tai kunnianloukkauksesta. Itsenäisesti rangaistava teko toisen identiteetin varastaminen tai luvaton käyttäminen ei ole.

¹ Sisäasiainministeriö asetti 29.10.2008 hankkeen valtion vahvistaman henkilöllisyyden luomista koskevien menettelytapojen sekä henkilöllisyyttä koskevan lainsäädännön laatimiseksi. Henkilöllisyyden luomista koskeva hanke (Identiteettiohjelma) antoi loppuraportin 26.1.2011. Muun muassa loppuraportin sivuilla 20 ja 48 on kuvattu identiteettivarkaus-käsitettä.

² EU:n OSA-neuvosto on joulukuussa 2010 antamassaan selvityksessä todennut, että käsite Identiteettiin liittyvät rikokset (Identity related crimes) on riittävän laaja ja kattaa kaikenlaiset teot liittyen identiteettiin -identiteettivarkaudet ja väärän henkilöllisyyden käytön. – Kansainvälisestikään terminologia ei ole yhtenäinen. Yhdysvalloissa on yleisesti käytössä ilmaisu ”identity theft”, ilmaus ”identity fraud” (suom. identiteettipetos) on sen sijaan suosittu Yhdistyneissä Kuningaskunnissa. Muita käytössä olevia ilmauksia on ”identity-related offences”, ”phishing”, ”account takeover” sekä ”account hijacking”. Ks. Gercke, s. 25. – SM identiteettiohjelmassa, sivulla 20 todetaan, että identiteettivarkaus-termi on heikkouksistaan huolimatta niin laajalti käytetty, että työryhmäkin katsoi parhaaksi käyttää sitä.

Sähköisen asioinnin ja sosiaalisen median käytön voimakkaan lisääntymisen myötä on käynnistetty selvitystöitä ja hankkeita identiteettitietoihin liittyvien väärinkäytösten erillisen rangaistavuuden selvittämiseksi. Identiteettivarkauden kriminalisoinnin tarve on noussut selvittelyn ja keskustelun kohteeksi niin Suomessa kuin muissa EU-jäsenmaissa ja EU:n tasolla, koska tietoverkko on muuttanut toimintaympäristöjä ja rikollisuuden ilmentymistä merkittävästi. On havaittu, että toisen henkilöllisyyden väärinkäytön erilaiset muodot ovat nopeasti yleistynyt rikollisuuden muoto ja kansainvälisesti vakava ongelma. Monissa yhteyksissä on todettu, että Suomen lainsäädäntö on monilta osin puutteellista näiden ongelmien estämiseksi ja ratkomiseksi. Kansainvälisellä tasolla tarkasteltuna vain harvojen valtioiden lainsäädännössä on erillisiä kriminalisointeja identiteettiin liittyvistä rikoksista. Euroopan valtioista pisimmällä lainsäädäntöhankkeissa on Yhdistynyt Kuningaskunta.³ Euroopan unionin komissio on 30.9.2010 antanut ehdotuksen direktiiviksi tietojärjestelmiin kohdistuvista hyökkäyksistä ja neuvoston puitepäätöksen 2005/222/YOS kumoamisesta. Direktiivin tavoitteena on lähentää tietojärjestelmiin kohdistuvia hyökkäyksiä koskevia jäsenvaltioiden rikosoikeudellisia säännöksiä ja parantaa oikeus- ja muiden toimivaltaisten viranomaisten välistä yhteistyötä, jäsenvaltioiden poliisi- ja muut erikoistuneet lainvalvontaviranomaiset mukaan luettuina.⁴

2. Identiteettivarkauden ilmenemismuotoja

Identiteetin varastamiseen käytännössä sisältyy se, että toisen henkilön henkilöllisyyteen liittyvä tunniste tai muutoin hänelle yksin kuuluva tunniste – kortin numero, käyttäjätunnus – otetaan luvattomasti käyttöön tai hankitaan luvattomasti. Tässä kohden voidaan jaotella tekotapoina perinteinen reaalia maailmaan liittyvä menettely eli esimerkiksi toisen lompakon anastaminen ja sitä kautta tietojen haltuunsaanti.⁵ Tiedot voivat tulla niiden käyttäjän haltuun myös sinänsä laillisesti esimerkiksi poisheitetyn postin päädyttyä tekijän haltuun tai siten, että tiedot ovat tekijän hallussa valmiiksi muutoin, esimerkiksi lähipiiriin kuuluvan perheenjäsenen tai vastaavan henkilötiedot. Toinen tietojensaantitekotapa liittyy tietoverkkoympäristöön. Toisen henkilön identiteettiin liittyvä tieto hankitaan ja saadaan haltuun kaappaamalla se tietoverkosta. Tämä tekotapa mahdollistaa useisiin henkilöihin liittyvien tietojen samanaikaisen massiivisenkin tietojenkeruun.⁶ Nimenomaan tämä ongelma on saanut aikaan lakihankkeiden tarpeen.

³ Ks. Martins de Almeida 2011 s. 66–68.

⁴ KOM (2010) s. 10. Komission direktiiviehdotusta on käsitellyt Suvi Aaltonen tutkielmassaan Identiteettivarkaudet ja niiden torjunta pohtiessaan ratkaisuvaihtoehtoja Suomen kehitykseen. Ks Aaltonen, s. 103–104.

⁵ Edellä mainitussa EU:n OSA neuvoston selvityksessä kiinnitetään huomiota siihen, että monet identiteettiin liittyvät rikokset tehdään käyttämällä varastettuja tai kadonneita henkilöllisyysasiakirjoja.

⁶ Nykyisin yleisimmät digitaaliseen tietoon liittyvät huijaukset on kuvattu termeillä skimming, jolla tarkoitetaan pakkiautomaatin manipulointia tarkoituksin kopioida käyttäjien maksukorttitietoja sekä phishing, jolla tarkoitetaan verkkourkintaa ja tietojen kalastelua tietoverkosta. Verkkourkinta voi ilmetä useina erilaisina tekotapoina. Ks. Gercke 2011 s. 16–17.

Identiteettivarkaus pitää toiseksi sisällään sen, että hallussa tai tiedossa olevaa identiteettitietoa käytetään hyväksi. Tietojen käyttö voi tapahtua perinteisellä manuaalisella tavalla. Toisen henkilön henkilöllisyyspapereita tai muuta fyysistä identiteettiasiakirjaa voidaan käyttää erilaisissa rikollisissa tarkoituksissa. Toisen henkilön tiedoilla voidaan täyttää tilauslomakkeita palveluiden tai tavaroiden hankkimiseksi laittomasti ilman henkilötietojen omistajan suostumusta. Toisaalta tiedon käyttö voi tapahtua sähköisesti erilaisia palveluja ja sitoumuksia tietoverkossa tehden ja hankkien. Tietoverkossa tapahtuvat identiteettirikokset liittyvät usein taloudellisen hyödyn tavoitteluun. Toisaalta rikoksia etenkin sosiaalisessa mediassa saatetaan tehdä pelkässä loukkaamistarkoituksessa. Identiteettejä voidaan myös varastaa tarkoituksin myydä tietoja eteenpäin rikollisiin tarkoituksiin käytettäväksi.⁷

3. Identiteettivarkauksien tutkinnan ongelmista

Toisen henkilöllisyys- tai identiteettitietoja käyttämällä toteutetut rikokset ovat voimassa olevan lainsäädännön puitteissa ongelmallisia. Teot tulevat tutkittavaksi erilaisten rikosnimikkeiden alla riippuen toteutustavasta ja teon ilmenemisestä. Esitutkinta- ja pakkokeinovaltuudet ovat tätä kautta vaihtelevia. Verkon kautta tapahtuvaan rikollisuuteen liittyy omat tutkintakeinonsa. Tekojen kansainväliset ulottuvuudet ovat haasteena tutkinnalle. Myös tekojen rikosoikeudellinen syytteeseen saattaminen sisältää usein harkintaa sen selvittämiseksi, minkä rikoslain mukaisen teon menettely toteuttaa ja onko riittävää näyttöä tekijän syyllisyydestä esitettävissä.

Varsinkin verkkoympäristössä tapahtuneisiin rikoksiin liittyy usein kansainvälisiä ulottuvuuksia, joiden selvittämiseksi tarvitaan esitutkinnassa kansainvälisiä oikeusapupyynnöitä.⁸ Tällöin rikoksen selvittämisestä aiheutuvat kustannukset saattavat kuitenkin muodostua niin suuriksi, että prosessiekonomiset näkökohdat tulevat pohdittaviksi. Esitutkintalain 4 §:n 4 momentin mukaan syyttäjä voi tutkinnanjohtajan tekemästä esityksestä päättää, että esitutkinta lopetetaan jos tutkinnan jatkamisesta aiheutuvat kustannukset olisivat selvässä epäsuhteessa tutkittavana olevan asian laatuun ja siitä mahdollisesti odotettavaan seuraamukseen. Lisäedellytyksenä on, ettei tärkeä yleinen tai yksityinen etu vaadi esitutkinnan jatkamista.⁹ Esimerkiksi interne-

⁷ Ks. Gercke 2011 s. 19–20.

⁸ Kansainvälisessä oikeusavussa rikosoikeudenhoidosta vastaavat viranomaiset pyytävät toisen valtion vastaavilta viranomaisilta, että nämä käyttäisivät oman oikeusjärjestyksensä mukaista toimivaltaa suorittaakseen oman valtionsa alueella sellaisia toimenpiteitä, jotka palvelevat ensiksi mainitussa valtiossa vireillä olevaa, pyynnön perusteena olevaa rikosta koskevaa esitutkintaa, syyteharkintaa, oikeudenkäyntiä tai tuosta rikoksesta tuomittavien tai jo tuomittujen muiden seuraamusten kuin vapaudenmenetyksen käsittävien seuraamusten myöhempää täytäntöönpanoa tai pannakseen vireille rikosprosessin epäiltyä vastaan ja toteuttaakseen siten oman aineellisen rikoslainsäädäntönsä mukaisen rikosvastuun pyynnön perusteena olevan rikoksen johdosta. Sihto 2007 s. 1390.

⁹ Esitutkinnan rajoittamista koskevaa esitutkintalain 4 §:ää täydennettiin 4 momentilla, joka mahdollistaa kustannusperusteisen esitutkinnan rajoittamisen. Tarkoituksena on mahdollistaa esitutkintare-

tin kautta tehdyissä petosrikoksissa yleinen etu usein vaatii tutkinnan jatkamista, jos tiedossa tai epäilyksenä on, että sama tekijätaho on tehnyt useampia samankaltaisia tekoja. Yksityinen etu liittyy lähinnä asianomistajan vahingonkorvausvaatimukseen. Kärsityn vahingon suuruus ja asianomistajan taloudellinen tilanne ovat harkinnassa huomioitavia seikkoja.¹⁰ Tiedossa kuitenkin on, että useissa maissa virka-apupyynnön toteuttaminen saattaa edellyttää huomattavaakin rikosvahinkoa.¹¹

Kuten edellä on todettu, identiteettivarkaudet voivat olla rikoksina hyvin erityyppisiä ja erilaajuisia. Yksinkertaisimmillaan ja suppeimmillaan kyse on yhden henkilön henkilö- tai muiden tunnistetietojen käytöstä reaali maailmaan kytkeytyvällä tekotavalla, esimerkiksi varastetun ajokortin esittämisellä ja rikoksen toteuttamisella toisena henkilönä esiintymällä. Toisaalta identiteettivarkaus on myös kyseessä tilanteissa, joissa tietoverkossa useilta uhreilta kaapataan huomattava määrä rahaksi muutettavissa olevaa tietoa, maksuvälinetunnisteita, verkkopalveluiden asiointitunnuksia tai sähköpostiosoitteita. Näitä tietoja voidaan käyttää esimerkiksi törkeiden petosten tekemisessä. Henkilöllisyyden väärinkäyttöpaukset voivat liittyä myös järjestäytyneeseen rikollisuuteen tai laittomaan maahantuloon.¹² Esitutkinnassa rikosten selvittämiseksi käytettävissä olevat keinot kytkeytyvät siihen, minkä laatuista tai laajuista rikosta tutkitaan. Reaali maailmassa tapahtuvien identiteettivarkauksien tutkimisessa käytetään perinteisiä tutkintakeinoja tekijän henkilöllisyyden selvittämiseksi, kuten esimerkiksi mahdollisten henkilötodistajien tai asianomistajan havainnot, tekijän tunnistaminen, pankkiautomaattien valvontakamerakuvat, käsialavertailu keskusrikospoliisissa ja niin edelleen. Sen sijaan tietoverkossa tilanne on olennaisesti erilainen. Tietoverkossa ei rikoksesta ole olemassa juuri muita jälkiä kuin tietoteknisiä jälkiä. Tunnistamistietojen hankkimiseen ja televiestien tutkimiseen tarvitaan pakkokeinoja.

Televalvontaluvan edellytyksenä nyt käsitellyn kaltaisissa rikoksissa on nykyisen pakkokeinolain 5 a luvun 3 §:n mukaan se, että on syytä epäillä rikosta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään neljä vuotta vankeutta tai automaattiseen tietojenkäsittelyjärjestelmään kohdistunutta rikosta, joka on tehty telepäätelaitetta käyttäen. Tällaisia rikoksia ovat esimerkiksi tietokoneen luvaton käyttö (rikoslain 28 luvun 7 §), yritysvakoilun (rikoslain 30 luvun 4 §) eräät muodot, tietokonevahingonteko (rikoslain 35 luvun 1 §:n 2 mom.), eräät väärennyksen muodot (rikoslain 33 luvun 1 ja

surssien tarkoituksenmukainen ja tehokas hyödyntäminen. HE 271/2004 vp. Säännöksen soveltamistilanteet voivat olla liittyä joko yksittäisiin tekoihin tai laajoihin juttukokonaisuuksiin. Yksittäisen asian laadun voidaan ajatella viittaavan erityisesti lieviin rikoksiin ja rikkomuksiin. VKSV 2007:2.

¹⁰ Vaikka yksityinen intressi olisi tärkeää vähäisempikin, on harkittava tutkinnan jatkamista ainakin siihen saakka, että asianomistajan käytettävissä on riittävät tosiasiatiedot ja muu selvitys vaatimuksensa toteuttamiseen. VKSV 2007:2.

¹¹ Keskusrikospoliisin internet-sivuillaan 24.5.2010 julkaisemassa tiedotteessa ”Kansainväliset nettipeptokset jäävät yleensä selvittämättä” todetaan, että erilaisten verkkopetosten valtavan määrän vuoksi monet maat ovat joutuneet rajoittamaan virka-avun antamista tapauksiin, joissa rikosvahinko on merkittävä, vähintään 5 000 euroa. KRP 24.5.2010.

¹² Ks. VN 5.3.2009, s. 9.

6 §:n 1 mom.), tietokonepetos (rikoslain 36 luvun 1 §:n 2 mom.), tietomurto (rikoslain 38 luvun 8 §). Lain esitöissä todetaan, että näissä rikoksissa voi olla kysymys suurista taloudellisista arvoista ja niiden selvittämisessä televalvonnalla saaduilla tiedoilla voi usein olla ratkaiseva merkitys.¹³

Valmisteltaessa vuonna 2014 voimaan tulevaa esitutkinta- ja pakkokeinolain muutosta hallituksen esitysvaiheessa todettiin, että voimassa olevan sääntely ei tältä osin vastaa tämän päivän rikostutkinnallisia tarpeita eikä ole johdonmukainen. Televalvonta on tehokas tutkintakeino nimenomaan niissä tapauksissa, joissa rikos on tehty telesoitetta tai telepäätelaitetta käyttäen. Hallituksen esitykseen 222/2010 sisältyi ehdotus, jonka mukaan televalvontalupa olisi voitu myöntää rikoksesta epäillyn hallussa olevan tai oletettavasti muuten käyttämään telesoitteen tai telepäätelaitteen televalvontaan, kun on syytä epäillä telepäätelaitetta käyttäen tehtyä rikosta. Televalvonnan käyttöala olisi tällöin laajentunut esimerkiksi eräiden taloudellisten rikosten lisäksi kotirauhaan ja kunniaan kohdistuviin rikoksiin. Viime aikoina huomiota on kiinnitetty myös niin sanottuihin koulu-uhkauksiin, jotka liittyvät rikoslain 34 luvun 10 §:ssä rangaistavaksi säädettyyn perättömään vaarailmoitukseen. Perusterikosten piirin laajentamiseen tällä tavalla olisi hallituksen esityksen mukaan ollut tekniseen kehitykseen ja siitä aiheutuvaan rikosten tekotapojen muuttumiseen liittyvää perusteltua syytä. Esitystä perusteltiin muun muassa sillä, että kysymys ei kuitenkaan olisi luottamuksellisen viestin suojan ydinalueeseen puuttumisesta.¹⁴

Perustuslakivaliokunta otti tässä kohden kuitenkin hallituksen esityksestä poikkeavan kannan. Se korostaa lakiesitykseen antamassaan lausumassa¹⁵, että televalvontaa koskevia säännösehdotuksia on arvioitava perustuslain 10 §:n 2 momentissa säädetyn luottamuksellisen viestin salaisuuden loukkaamattomuuden kannalta. Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan kiinnittänyt huomiota siihen, että hallituksen esityksen mukainen televalvonta laajentuisi myös sellaisiin rikoksiin, joita ei voida pitää perustuslain 10 §:n 3 momentissa tarkoitettuina yksilön ja yhteiskunnan turvallisuutta taikka kotirauhaa vaarantavina rikoksina. Valiokunnan mukaan ehdotettu kohta on rajattava koskemaan mainitun tyyppisiä tai niihin törkeysasteeltaan verrattavia rikoksia.

Lakivaliokunta toteaa lakiesitykseen antamassaan lausunnossa¹⁶, että salaisten pakkokeinojen käyttöedellytysten kannalta rikoksen törkeysasteella on merkitystä siten, että keinosta riippuen pääsääntöisesti edellytetään selvittävän rikosta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään tietyn mittainen. Lakivaliokunnan mukaan kokonaisarvioinnin mukaan kahden vuoden enimmäisrangaistusvaatimuksen asettamista voi pitää selkeänä ja perusteltuna. 1.1.2014 voimaantulevassa pakkokeinolain 10 luvun 6 §:n mukaan (L 806/2011) esitutkintaviranomaiselle voidaan antaa lupa rikoksesta epäillyn hallussa olevan tai oletettavasti muuten käyttämän telesoitteen tai telepää-

¹³ HE 22/1994 vp s. 14. Televalvonnan edellytyksistä ks. Pölönen 1997 s. 120–124.

¹⁴ HE 222/2010 vp s. 123–124.

¹⁵ PeVL 66/2010 vp.

¹⁶ LaVM 44/2010 vp.

telaitteen televalvontaan muun muassa, kun epäiltyä on syytä epäillä teleosoitetta tai telepäätelaitetta käyttäen tehdystä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kaksi vuotta vankeutta. Sinällään televalvonnan perusterikosten rajaaminen näin sulkee televalvonnan ulkopuolelle joitakin rikoksia, jotka kohdistuvat yksilön ja yhteiskunnan turvallisuuteen ja kotirauhaan (esimerkiksi perätön vaarailmoitus ja kotirauhan rikkominen). Kuitenkin uudistus osaltaan jonkin verran parantaa rikostutkinnan mahdollisuuksia.

Pakkokeinolain mukaisen televalvonnan lisäksi laissa sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä säännellään verkkoviestin tunnistamistietojen luovuttamisesta. Kyseisen lain 5 luvun 17 §:ssä säädetään, että tuomioistuimien voi pakkokeinolain (450/1987) 1 luvun 6 §:n 1 kohdassa tarkoitetun pidättämiseen oikeutetun virkamiehen, virallisen syyttäjän tai asianomistajan vaatimuksesta määrätä lähettimen, palvelimen tai muun sellaisen laitteen ylläpitäjän luovuttamaan verkkoviestin lähettäjän selvittämisessä tarpeelliset tunnistamistiedot vaatimuksen esittäjälle, jos on todennäköisiä syitä epäillä viestin olevan sisällöltään sellainen, että sen toimittaminen yleisön saataville on säädetty rangaistavaksi. Asianomistajalle tunnistamistiedot saa kuitenkin määrätä luovutettaviksi vasta, kun hän saa itse nostaa syytteen rikoksesta. Vaatimus on esitettävä laitteen ylläpitäjän kotipaikan tai Helsingin käräjäoikeudelle kolmen kuukauden kuluessa vaatimuksen perusteena olevan viestin julkaisemisesta.

Ongelmaksi tietotekniikkarikosten tutkinnassa on koettu se, että nykyisellään identiteettitiedon oikeudetonta keräämistä tietoverkossa ei ole tiedon keruuvaiheessa yleensä mahdollista tehokkaasti tutkia eikä tulevaa vahinkoa mahdollista estää.¹⁷ Identiteettitiedon oikeudeton käyttäminen saattaa toteuttaa rikosnimikkeen esimerkiksi törkeä petos, törkeä maksuvälinepetos, jolla televalvonta on mahdollista. Tietoverkossa oleva tietotekninen jälki viestistä tai tietoliikenneyhteydestä on olemassa vain lyhyen ajan. Tiedon väärinkäyttöön liittyvien tunnusmerkkien ollessa käsillä tutkintatoimet ovat käytännössä jo myöhässä, koska jäljet eivät ole enää tallella.¹⁸

Identiteettitiedon oikeudetonta käyttämistä koskevan rikosilmoituksen saapuessa esitutkinnassa usein törmätään siis siihen tosiasiaan, ettei näyttöä rikoksen tekijästä ole saatavissa. Keinot tietoverkossa tapahtuneen rikoksen tekijän selvittämiseksi puuttuvat usein. Tällöin poliisi voi keskeyttää rikoksen tutkinnan tai joitain tutkintatoimenpiteitä tehtyään esittää syyttäjälle, että esitutkinta keskeytetään esitutkintalain 4 §:n 4 momentin nojalla. Syyttäjä voi tehdä päätöksen esitutkinnan rajoittamisesta, jos jo suoritettujen esitutkintatoimenpiteiden perusteella on varsin todennäköistä, että hän tulisi jättämään syytteen nostamatta näytön puuttumisen vuoksi.¹⁹

¹⁷ Ks. Gercke 2011 s. 36–37, jonka mukaan tietyt identiteettiin liittyvät teot ovat jääneet sääntelyn ulkopuolelle. Tällaisena esimerkkinä mainitaan identiteettiin liittyvän informaation siirto ja myynti.

¹⁸ Toimivaltuuksista taloudellista hyötyä tavoittelevissa ID-rikoksissa ks. SM identiteettiohjelma, s. 79–82.

¹⁹ Riittämättömän näytön tilanteissa normaalisti kysymykseen tuleva esitutkinnallinen toimenpide on tutkinnanjohtajan itsenäisellä päätöksellä tapahtuva esitutkinnan keskeyttäminen, mikä ei edellytä syyttäjän osallistumista. Keskeyttämiseen sisältyy aina se varaus, että tutkintaa voidaan myöhemmin

Identiteetin väärinkäyttöön liittyvien rikosten selvittämisessä on siis omat ongelmansa ja haasteensa. Yhtenä ratkaisuna on siis pohdittu pakkokeinojen käytön laajentamista. Toisaalta ongelman ratkaisemiseksi on esille myös nostettu identiteettivarkautta koskevan oman rangaistussäännöksen säätäminen.

4. Rikosnimikkeistä identiteettivarkauksiin liittyvissä rikoksissa

Kuten pakkokeinojen käytön laajentamisen osalta, uusia rangaistussäännöksiä harkittaessa tärkeä punninta liittyy perusoikeuksiin. Identiteettivarkautta koskevien tapausten rangaistavuuden alan laajentamisen puolesta punninnassa ovat perustuslaissa turvatut yksityisyyden suoja ja omaisuuden suoja. Toisaalta sananvapauden suoja ja luottamuksellisen viestinnän suoja ovat oikeuksia, joita uudet rangaistussäännökset kaventaisivat.²⁰

Tällä hetkellä identiteetin anastamiseen tai väärinkäyttöön liittyvät teot tulevat tutkittavaksi ja rangaistavaksi useimmiten petoksina, maksuvälinepetoksina, kunnianloukkauksina tai yksityiselämää koskevan tiedon levittämisinä. Käsittelen jatkossa kutakin rikostyyppiä erikseen.

4.1. Petos

Petoksen rangaistavuus edellyttää, että tekijän menettely on luokiteltavissa erehdyttämiseksi: tekijä välittää virheellistä, puutteellista tai harhaanjohtavaa informaatiota, jonka perusteella uhri erehtyy. Lisäksi petoksen rangaistavuus edellyttää, että uhri tekee virheellisen tai tosiasioita vastaamattoman informaation varassa taloudellisen määräämistoimen, josta aiheutuu seuraus, joka arvioidaan taloudelliseksi vahingoksi²¹ Kun rikos tehdään käyttämällä toisen henkilön henkilötietoja tai muita tunnistamistietoja, on erehdyttämistoimi se, että tekijä antaa väärän tiedon siitä, kuka palvelun tilaaja, tuotteen hankkija tai muu vastaava on. Palveluntarjoaja tai muu taho, jolle väärä henkilötieto annetaan, erehtyy pitäessään henkilöä sinä, joka sille on virheellisesti ilmoitettu. Väärän henkilöllisyyden tai tunnistamistietojen kautta toimiva hen-

jatkua, jos uutta näyttöä ilmenee. Esimerkiksi joku aikanaan taltioitu DNA-tunniste saatetaan myöhemmin identifioida ja rikoksesta epäilystä saadaan silloin selvitystä. ETL:n 4 §:n 4 momentilla ei ole tarkoitettu siirtää esitutinnan keskeyttämisharkintaa ja -päätöksiä tutkinnanjohtajilta syyttäjille. Tämä koskee myös tilanteita, joissa rikoksen tekijän henkilöllisyyttä ei ole saatu selvitettyksi. Niissä ja muissa ns. ”pimeissä” jutuissa menettelyllinen pääsääntö on edelleen esitutinnan keskeyttäminen. VKSV 2007:2.

²⁰ Sähköisen viestinnän perusoikeuskysymyksistä ks. esim. Helopuro – Perttula – Ristola 2009 s. 269–290 ja Innanen – Saarimäki 2009 s. 9–37.

²¹ Tapani 2007 s. 640.

kilö saattaa olla sellainen, jonka omilla tiedoilla ei vastaavaa palvelua olisi tarjottu tai tuotetta toimitettu esimerkiksi maksuhäiriömerkinnän vuoksi. Taloudellisen vahingon synty liittyy useimmiten siihen, että palvelun tai tuotteen vastaanottajalla ei ole tarkoitustakaan maksaa saamastaan tuotteesta tai palvelusta. Teolla erehdytetään maksuhalusta tai maksukyvyistä.²² Toisinaan käytännössä tulee eteen tapauksia, joissa toisen henkilötietoa on käytetty, mutta lainaa tai muuta maksusitoumusta on ainakin alkuun hoidettu erehdyttäjän taholta. Tällöin tulee rajanvetokysymyksiä siitä, toteuttaako teko petoksen tunnusmerkistön. Kun pelkkä väärän henkilötiedon antaminen yksityiselle taholle ei ole rangaistavaa, saattaa tällainen toiminta jäädä kokonaan rangaistavuuden ulkopuolelle.²³

Ennen vuotta 1999 yksityisen henkilön erehdyttäminen käyttämällä toisen passia, työtodistusta samankaltaista todistusta oli rangaistavaa. Lainkohdan kumoamista perusteltiin sillä, että pykälässä kuvattu epärehellisyys liittyy yleensä jonkin muun rikoksen tekemiseen.²⁴ Toiselle kuuluvan henkilötodistuksen väärinkäyttöä koskevaa lainkohtaa ehdotettiin rikoslakiin lisättäväksi hallituksen esityksessä 169/2005. Rangaistavaksi menettelyksi ehdotettiin oikeudellisesti merkityksellisen tiedon antamista yksityishenkilölle toisen henkilön passia, ajokorttia tai muuta viranomaisen myöntämää todistusta käyttämällä. Lakivaliokunta kuitenkin katsoi lakiesitykseen antamassaan lausunnossa, että uudelle kriminalisoinnille ei ollut riittäviä perusteita. Lakivaliokunta kiinnitti lausunnossaan huomiota siihen, että kaikelle rikoslainsäädännölle tulee olla hyväksyttävä peruste ja että on kyettävä osoittamaan painava yhteiskunnallinen tarve, joka edellyttää juuri uuden rikostunnusmerkistön säätämistä hyväksyttäväksi arvioidun tavoitteen saavuttamiseksi. Lisäksi säädettävän kriminalisoinnin tulee olla ennaltaehkäisevä, eli uuden rangaistussäännöksen on voitava perustellusti olettaa edes jossain määrin vaikuttavan tarkoitettulla tavalla. Lakivaliokunta totesi, että ehdotettu tunnusmerkistö täytyisi jo pelkästään toisen henkilötodistuksen käyttämisellä ilman, että tällaisella käyttämisellä tavoiteltaisiin taloudellista hyötyä – jolloin kyseeseen voisi tulla petosrikos – tai että henkilötodistusta olisi millään tavoin muunneltu, jolloin kyseessä saattaisi olla väärennysrikos. Lakivaliokunnan mielestä tällainen käyttäytyminen ei ollut sillä tavoin moitittavaa, että siihen tulisi reagoida rikoslain avulla. Valiokunnan mielestä rangaistussäännös olisi käytännössä tullut kohdistumaan vain alaikäisiin.²⁵

²² Maksukyvyistä ja -halusta, Tapani 2007 s. 642–645, jonka mukaan ”tilauspetoksissa onkin selvitettävä erittäin tarkkaan, onko myyjä epäillyt liikekumppaninsa taloudellista suorituskykyä, mutta siitä huolimatta ottanut liikeriskin ja toimittanut edelleen tavaroita laskua vastaan.” Väärän identiteetin käytön tilanteissa myyjä ei voi tätä harkintaa tehdä.

²³ Toisaalta on huomattava, että petosrikoksen tunnusmerkistön täyttymiseen riittää pelkkä vahingon vaaran syntyminen. Taloudellisen vahingon voidaan pitää myös sellaista tilannetta, jossa taloudellisen määräämistoimen hetkellä syntyy huomioon otettava vaara vahingon syntymisestä. Ks. Tapani 2007 s. 655

²⁴ HE 6/1997 vp s. 192.

²⁵ LaVM 15/2005 vp s. 5.

Identiteettivarkaudet ja muut tietoverkossa tapahtuvat rikokset ovat muuttaneet tilannetta vuoden 2005 jälkeen olennaisesti. Lakivaliokunta totesi tuolloin, että kuvatonlaisen käyttäytymiseen on mahdollista puuttua myöhemmin rikosoikeudellisin keinoin, jos osoitetaan sille olevan painava yhteiskunnallinen tarve ja muut valiokunnan uudelle rikossäännökselle asettamat vaatimukset toteutuvat.²⁶ Nyt tarve toisen henkilöllisyyden käyttämisen kriminalisoinnista etenkin tietoverkossa tapahtuvien rikosten asettamiin vaatimuksiin päivitettyä on taas ajankohtaistunut.²⁷

4.2. Maksuvälinepetos

Identiteettiä määrittävät varsinaisten henkilötietojen lisäksi erilaiset tunnisteet, joilla osoitetaan tunnisteiden haltija tai tunnisteiden haltijan oikeus päästä käsiksi tietoon tai palveluun, esimerkiksi erilaiset korttien numerot sekä tilien ja palveluiden käyttäjä-tunnukset.

Maksuvälinepetos on rikoslain 37 luvun 8 §:n mukaan kyseessä, jos joku käyttää maksuvälinettä ilman sen laillisen haltijan lupaa, lupaan perustuvan oikeutensa ylittäen tai muuten ilman laillista oikeutta tai luovuttaa maksuvälineen tai maksuväline-lomakkeen toiselle saattaakseen sen ilman laillista oikeutta käytettäväksi tarkoituksin hankkia itselleen tai toiselle oikeudetonta taloudellista hyötyä. Pelkkä toisen henkilön anastetun maksukortin käyttäminen maksukortin tunnuslukua käyttäen tai muutoin pitää tekotapana sisällän sen, että käyttäjä esiintyy kortinhaltijana eli käyttää luvottomasti toisen identiteettiä.

Perinteisiä maksukorttiväärinkäytöksiä ongelmallisempia ovat niin sanotut skimmingtapaukset. Niissä rikoksenteijät kopioivat maksukortin magneettiraidan sekä hankkivat haltuunsa kortin tunnusluvun tarkoitusta varten suunnitelluilla ja valmisteluilla laitteilla. Näin haltuun saatua maksukorttidataa voidaan käyttää käteisnostojen tekemiseen. Nostot voivat tapahtua ajallisesti täysin erillään tietojen kopioimisesta ja kaappaamisesta ja teot voivat myös maantieteellisesti olla aivan erillään toisistaan. Suomessa kaapattuja tietoja voidaan yrittää käyttää pitkänkin ajan päästä toisella puolella Eurooppaa tai maapalloa. Ongelmana onkin, että minkä rikoksen tunnusmerkistön toteuttaa ”pelkkä” korttien kopiointi ja tunnuslukujen laiton hankkiminen ja tämän aineiston hallussapito, mikäli poliisi ehtii teon keskeyttää ennen kuin nostoja tai nostoyrityksiä on ehditty tehdä tai niitä ei esitutkintavaiheessa ole vielä tiedossa.²⁸ Tällaisten tekojen motiivina on selkeästi suurten taloudellisten hyötyjen tavoittelu.

²⁶ LaVM 15/2005 vp s. 5.

²⁷ Tiedotusvälineissä on aiheesta käyty paljon keskustelua. Oikeusministeri on 4.10.2010 antanut vastauksen kansanedustajan kirjalliseen kysymykseen KK 739/1010 vp ”Mitä toimenpiteitä tai lainsäädännön uudistuksia hallitus aikoo tehdä, että identiteettivarkauksien kaikista muodoista tehdään rangaistavia?”

²⁸ Länsi-Uudenmaan käräjäoikeudessa käsitellyssä asiassa R 11/1488, jossa tuomio 11/1974 on annettu 10.10.2011, on ns. skimmingilla tallentuneilla maksuvälinekortin tallenteilla nostettu tai yritetty

Maksuvälinepetoksen tai törkeän maksuvälinepetoksen yritys ei kuitenkaan ole rangaistavaa. Toisaalta maksuvälinepetos syrjäyttää erityissäännöksenä petoksen. Maksuvälinepetosrikosta säädettyä lainvalmistelussa lähdettiin siitä, että maksuvälinepetoksen täyttymispiste on niin varhainen, ettei teon yritystä ollut tarpeen säätää rangaistavaksi. Maksuvälinepetos täyttyy heti maksuvälinettä käytettäessä.

Käyttäminen merkitsee maksuvälineen esittämistä sellaisen vaihdantatoimen yhteydessä, johon maksuväline on luonteensa mukaan tarkoitettu. Maksuväline voidaan esittää yhtä hyvin ihmiselle kuin tietoja käsittelevälle automaatille eikä kenenkään erehdyttämistä tai erehtymistä vaadittaisi. Pelkkä mahdollisuus vaihdantatoimen aikaansaamiseen riittäisi. Käyttäminen olisi jo tapahtunut, vaikka petollinen aikomus paljastuisikin välittömästi.²⁹ Ratkaisussa KKO 1999:110 on käsitelty maksuvälinepetoksen täyttymistä. Korkein oikeus toteaa kyseisessä ratkaisussaan, että maksukorttien oikeudetonta käyttöä pyritään yleisesti vaikeuttamaan asettamalla varojen noston edellytykseksi, että kortin automaattiin syöttämisen yhteydessä automaatille annetaan korttiin kuuluva tunnusluku ja, jos oikeaa tunnuslukua ei anneta kolmella yrityskerralla, kortti jää automaattiin. Tilanteessa, jossa henkilöllä ei ole tiedossaan oikeaa tunnuslukua, todennäköisyys varojen nostamisen onnistumiselle on erittäin pieni. Maksuvälinerikoksia koskevilla säännöksillä (HE 66/1988 vp s. 143) pyritään kuitenkin ensisijaisesti turvaamaan maksuliikenteen varmuutta ja turvallisuutta yleensä. Rangaistavuuden edellytykseksi ei nyt kysymyksessä olevassa lainkohdassa ole siten asetettu sitä, että varojen nostolle olisi yksittäistapauksessa huomioon otettavaa vaaraa. Rikos täyttyy jo siinä vaiheessa, kun maksukortti syötetään automaattiin ja automaatille annetaan tunnusluvuksi tarkoitettu lukusarja aikomuksin nostaa kortinhaltijan tililtä varoja.

Tämänhetkisen oikeuskäytännön³⁰ mukaan tilanne on siis se, että rangaistava maksuvälinepetos tai törkeä maksuvälinepetos on käsillä, jos henkilö pitää hallussaan anastettua maksukorttia ja syöttää sen automaattiin ilman minkäänlaista käytännön mahdollisuutta saada tililtä rahaa nostetuksi. Sen sijaan kopioidun korttitiedon tai

nostaa käteisvaroja Dominikaanisessa tasavallassa. Käräjäoikeuden tuomiossa perustelluin tavoin näytön katsottu riittävän vain maksuvälinepetoksen valmisteluun, kun tekijöiden katsottiin asentaneen ja irrottaneen magneettiraidan kopiointilaitteen. Muilta osin syytteet ja asianomistajien korvausvaatimukset, jotka koostuivat muun muassa väärinkäytetyillä tiedoilla suoritetuista käteisnostoista, hylättiin. Tuomio ei ole lainvoimainen. – Helsingin käräjäoikeuden 5/10 osastolla 24.5.2011 annetussa tuomiossa 11/4862 niin ikään syyte törkeästä maksuvälinepetoksesta ei menestynyt, vaan käräjäoikeus tuomitsi maksuvälinepetoksen valmistelusta. Kahta maksukorttia oli näytetty käytetyn pankki-automaattilaitteissa vain tarkoituksin varmistaa asennettujen kopiointilaitteiden toimivuus. Tämä ei riittänyt maksuvälinepetoksen tunnusmerkitön täyttymiseen. Näyttöä oli vain pankki- ja luottokorttien kopiointilaitteiden hallussapidosta, joka toteutti maksuvälinepetoksen valmistelun. Tuomio ei ole lainvoimainen. – Sen sijaan Helsingin käräjäoikeuden 5/11 osaston 24.11.2011 antamassa tuomiossa 11/11326 on tekijät tuomittu törkeästä maksuvälinepetoksesta rangaistuksiin, kun kopioiduilla korteilla ja tunnuslukutiedoilla oli nostettu rahaa ulkomailta.

²⁹ HE 66/1988 vp s. 150 ss.

³⁰ Ks. edellä alaviitteessä 28 luetellut tuomiot. Tosin ns. skimmausjutuista ei tiedossani ole ylempien tuomioistuinten ratkaisuja.

lukuisten korttitietojen hallussapito täsmäävien tunnuslukujen kanssa ei olisi maksuvälinepetos eikä törkeä maksuvälinepetos, vaan arvioidaan maksuvälinepetoksen valmisteluna, josta maksimirangaistus on ainoastaan vuosi vankeutta. Huomioiden, että niin sanotut skimmausjutut ovat varsin ammattimaisesti suunniteltuja toteutettuja, tätä voidaan pitää ilmeisenä lainsäädännöllisenä ja lainsoveltamisen epäkohtana.³¹

4.3. Kunnianloukkausrikos, yksityiselämää loukkaavan tiedon levittäminen

Sosiaalisessa mediassa identiteettivarkaudet voivat ilmentyä toisen henkilön nimissä esiintymisenä muussa kuin taloudellisen hyödyn tavoittelemisen tarkoituksessa. Internetin yhteisöpalvelut ovat palveluita, joiden välityksellä käyttäjät voivat luoda omia sisältöjään, viestiä muiden palvelun käyttäjien kanssa sekä määrittää, millä tavoin tiedot näkyvät muille käyttäjille. Tunnettu yhteisöpalvelu on esimerkiksi Facebook. Yhteisöpalvelu antaa mahdollisuuden ladata käyttäjän omia tietoja ja sisältöjä palveluun. Nämä tiedot voivat olla esimerkiksi kirjoituksia, tietoja, linkkejä, kuvia, musiikkia tai videoita. Tietojen kokonaisuudesta muodostuu käyttäjän profiili.³² Erilaiset toisen nimissä tehdyt valeprofiilit voivat olla luotuja tarkoituksin loukata henkilöä, jonka nimissä profiili on luotu tai esittää valeprofiilin turvin muita loukkaavia tietoja tai väitteitä. Pelkkä toisesta henkilöstä tehty profiilin luominen ei täytä mitään rikostunnusmerkistöä, mutta tahallinen halventaminen saattaa toteuttaa kunnianloukkausrikoksen. Rikoksesta epäilty on pääsääntöisesti valeprofiilin tehnyt henkilö. Profiili voi olla tehty myös siinä tarkoituksessa, että muita henkilöitä pyydetään ivaamaan ja halventamaan profiilissa esiintyvää henkilöä.³³ Profiilin tekijän selville saaminen rikostutkinnassa ei kuitenkaan ole itsestään selvää. Teot saattavat tästä syystä jäädä selvittämättä.³⁴ Mikäli verkossa lähetetyn viestin sisältö toteuttaa rikostunnusmerkistön voi syyttäjä, tutkinnanjohtaja tai asianomistaja hakea tuomioistuimelta internetsivuston sulkemista. Laissa sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä on verkkoviestin jakelun keskeyttämismääräystä koskeva lainkohta (18 §, L 463/2011). Mikäli teko on tehty pelkässä kiusaamistarkoituksessa, mutta ei toteuta minkään rikoksen tunnusmerkistöä, poliisilla ei ole oikeutta auttaa uhria vaatimalla tuomioistuimelta määräystä viestien tai profiilin poistamiseksi.³⁵

³¹ Poliisin tutkimissa skimmausjutuissa on teot toteutettu asentamalla pankkiautomaatteihin kortin lukuaukon yhteyteen erillinen lukulaite sekä tunnusluvun tallentamiseksi kamera tai erillinen valenäpäämistö. Ks. esitutkinta-aineisto esimerkiksi edellä selostetuissa tuomioissa.

³² Innanen 2009 s. 3.

³³ Poliisin ”feikkiprofiili”-tapauksissa tutkimista rikosnimikkeistä, ks. Virtuaalinen lähipoliisiryhmä, Nettirikosten pohdintaa.

³⁴ Esimerkiksi yhteisöpalvelu Facebookin osalta sisäasiainministeriön ylitarkastaja Johanna Kari toteaa: ”Kun palveluntarjoajan palvelin sijaitsee yhdysvalloissa, ei tekijän IP-osoitetta ole mahdollista saada kuin vakavissa rikostapauksissa.” Ks. Castrén 2010.

³⁵ ks. Kajantie 2010.

Identiteettivarkaus voidaan toteuttaa myös toisen henkilön omaa Facebook-profiilia käyttämällä. Niin sanotuissa Facerape-tapauksissa (suom. kasvojen raiskaus) toisen henkilön profiiliin kirjaututaan hänen tietämättään. Tämä on mahdollista, jos Facebook-käyttäjä ei ole kirjautunut ulos palvelusta tai hänen salasanasensa on ulkopuolisten saatavilla. Tällöin Facebook-profiilia käytetään tarkoituksin saada lyhyessä ajassa tehdyksi vahinkoa uhriksi joutuneen maineelle. Yleisin tavoite tällaisissa teoissa on muuttaa uhrin seksuaalinen suuntatutuminen julkisina tunnustuksina tai lähettää uhrin nimissä omituisia viestejä.³⁶

Internetprofiiliin laitettu valokuva voi käynnistää myös erilaisia rikosepäilyjä. Profiilissa luvatta käytetty toisen kuva voi toteuttaa tekijänoikeusrikoksen tai -rikkomuksen. Jos profiilin kuva tai tiedot sisältävät arkaluonteista materiaalia, voi yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämisen tunnusmerkistö toteutua.³⁷ Helsingin kärjäoikeudessa käsitellyssä asiassa R 09/5097 (tuomio 11/6252)³⁸ oli kyse tilanteesta, jossa mieshenkilön epäiltiin luoneen Facebook-palvelimelle profiilin entisen seurustelukumppaninsa nimissä ja laittaneen profiiliin tämän alastonkuvia. Lisäksi miehen epäiltiin kutsuneen asianomistajan tuntemia henkilöitä niin sanotuksi Facebook-ystäviksi, jolloin nämä ovat päässeet näkemään alastonkuvat. Syyte oli yksityiselämää koskevan tiedon levittämisestä. Kärjäoikeus kuitenkin hylkäsi syytteen katsoen jääneen epäselväksi, että vastaaja olisi teon tekijänä. Yhtenä perusteena syytteen hylkäämiselle on ollut se, että asiassa ei ollut selvitetty, mistä IP-osoitteesta valeprofiili oli luotu.³⁹

Näin ollen myös toiselle henkilölle kuuluvan sähköpostiosoitteen tai käyttäjätunnuksen käyttäminen ja käytön yhteydessä tehdyt toimet ilmentävät identiteettivarkautta tai ovat sen tekotapoja. Tällöin käsille tulevia rikosnimikkeitä ovat tietomurto (RL 38 luku 8 §), viestintäsalaisuuden loukkaus (RL 38 luku 3 §), tietoliikenteen häirintä (RL 38 luku 5 §), luvaton käyttö (RL 28 luku 7 §), vahingonteko (RL 35 luku 1 §).⁴⁰ Erityisesti tietoverkossa identiteetti voi myös olla täysin virtuaalinen.⁴¹

Kouvolan hovioikeus on ratkaisussaan KouHO 2011:3 käsitellyt tilannetta, jossa syytetty oli anastanut toisen henkilön Habbo.fi-tiliin liittyvästä virtuaalisesta Habbo-hotellista virtuaalisia huonekaluja 465 euron arvosta siirtämällä virtuaalihakemolle kuuluneet tavarat pois hahmolta tuntemattomaksi jääneeseen kohteeseen. Kouvolan

³⁶ Facerape-ilmioistä kirjoitus muun muassa Aamuposti-lehdessä 16.10.2011 s. 6. Myös Urban Dictionary sisältää määritelmän kyseisestä ilmiöstä.

³⁷ Virtuaalinen lähipoliisiryhmä, Nettirikosten pohdintaa, s. 2.

³⁸ Kyse on alioikeustasoisesta ratkaisusta, joka jäi lainvoimaiseksi. Tuomio ylitti toisaalta uutiskynnyksen esimerkiksi Helsingin Sanomien uutisoitua tuomiosta. (Helsingin Sanomat 27.6.2011).

³⁹ IP-osoitteen selville saaminen ei toisaalta välttämättä selvitä rikoksen tekijää. IP-osoite saattaa olla sellaisen tietokoneen käytössä, jota voi käyttää useat eri henkilöt. Toisaalta IP-osoite voi olla anonyymi. IP-osoitteista ja poliisin oikeudesta niiden selvittämiseen Helopuro – Perttunen – Ristolainen 2009 s. 290–294.

⁴⁰ Datarikoksia koskevasta sääntelystä ks. Pihlajamäki 2004.

⁴¹ Tällaista identiteettiä käytetään erottelemaan sosiaalisen median osallistujat toisistaan, mutta identiteetti ei ole helposti yhdistettävissä hahmon taustalla olevaan todelliseen luonnolliseen henkilöön. SM Identiteettiohjelma, s. 17.

hovi oikeus katsoi muun muassa, että aineettoman omaisuuden ei voida katsoa olevan rangaistusuhalla tavoitellun suojan piirissä sillä tavoin, mitä edellytetään lainsäädännön selkeydeltä ja ymmärrettävyydeltä. Kun otetaan lisäksi huomioon, että sähköä ja lämpöä ei ole katsottu irtaimeksi omaisuudeksi tai siihen rinnastettu, ja niiden osalta on säädetty oma soveltamissäännöksensä, jollaista nyt kysymyksessä olevan omaisuuden osalta ei ole säädetty, ei kyseisen omaisuuden katsominen irtaimeksi omaisuudeksi tai siihen rinnastaminen ole perusteltua. Rangaistavuuteen johtava tulkinta ei olisi myöskään ollut kohtuudella syytetyn ennalta arvattavissa. Lain sanamuodon, laillisuusperiaatteen ja lainsäätäjän tarkoituksen nojalla hovioikeus katsoi, ettei näpistyksen tunnusmerkistö tässä tapauksessa täyttynyt.

5. Asianomistaja-asema

Ongelmat rikosten tutkinnassa ja tekojen rikosvastuuseen saattamisessa liittyvät kiinteästi rikoksen uhrin asemaan. Kansalaisten oikeusturvan kannalta oman henkilöllisyyden suojaaminen on hyvin tärkeää ja keskeistä. Rikoksen uhrin intressissä on, että teot pystytään selvittämään ja rikosasia käsittelemään ja samassa yhteydessä käsittelemään myös mahdolliset asianomistajan korvausvaatimukset. Asianomistajan kannalta on merkitystä myös sillä, että rikos voidaan todeta tapahtuneeksi, muutoinhan hän on vaarassa joutua luvottomasti hänen henkilötiedoillaan tehtyjen sitoumusten tai vastuiden kohteeksi. Identiteettivarkauden uhrin suojan tarve ja hänelle koitua vahinko on voi olla laaja-alaisempi kuin yksittäiseen sitoumukseen liittyvä. Asianomistajalla saattaa esimerkiksi olla tarve hakea vastaavien tekojen estämiseksi itselleen luottokieltoa.⁴² Kaiken kaikkiaan identiteettivarkauden uhrin asema voi muodostua varsin hankalaksi. Identiteettivarkaus voi aiheuttaa muun muassa vaikeuksia saada lainaa. Taloudellisten menetysten lisäksi identiteetin oikeudeton käyttäminen voi aiheuttaa merkittäviä sosiaalisia seurauksia. Ongelmia voi tulla rajan yli liikkumisessa tai teko voi johtaa jopa väärin perustein rikosepäilyksi joutumiseen.⁴³ Lisäksi uusien identiteettiväärinkäytösten estäminen voi olla hankalaa ellei mahdotonta. Fyysisessä ympäristössä tapahtuneet identiteetin väärinkäytökset saattavat loppua, kun esimerkiksi kadonnut, väärinkäytetty henkilöllisyysasiakirja löytyy ja saadaan pois tekijän hallusta. Verkossa tapahtuvien identiteettivarkauksien estäminen sen sijaan ei ole niin yksinkertaista.

Viranomaisten puuttuvat toimivaltuudet verkossa tapahtuvien rikosten tutkimiseksi ja estämiseksi koituvat näin ollen myös uhrin aseman heikennykseksi.⁴⁴ Voidaankin

⁴² Luottotietolain 12 §:n mukaan luottotietorekisteriin voidaan tallettaa tieto rekisteröidyn itsensä ilmoittamasta luottokiellosta.

⁴³ Yhdistyneen Kuningaskunnan kansalainen oli joutunut pidätetyksi, koska identiteettivaras oli käyttänyt hänen luottokorttitietojaan päästäkseen lapsipornosivustolle. Pidätyksen johdosta hän menetti työnsä ja perheensä. Lawson 2011 s. 123.

⁴⁴ Uhrin asemasta identiteettivarkauksissa, Identiteettiohjelma s. 85.

kysyä, onko lainsäädäntömme tältä osin tasolla, joka turvaa riittävällä tavalla kansalaisten perusoikeudet. Ovatko yksityisyyden suoja ja omaisuuden suoja riittävästi turvattuja vai annetaanko painoarvoa enemmän luottamuksellisen viestinnän suojalle ja sananvapaudelle?⁴⁵

Tapauksessa *K.U. v. Suomi* 2.12.2008 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin käsitteli kysymystä yksityiselämän suojan loukkauksesta, kun internetiin alaikäisen nimellä hänen tietämättään seksuaalisuonteisen seuranhakuilmoituksen laittanutta henkilöä ei voitu lainsäädännön puutteista johtuen selvittää eikä saattaa syytteeseen. EIT totesi ratkaisussaan, että vaikka EIS 8 artikla tarkoitti pääasiassa suojella yksilöä viranomaisten mielivaltaisilta puuttumisilta, se saattoi tuon negatiivisen velvollisuuden ohella perustaa valtiolle myös positiivisia velvollisuuksia ryhtyä toimenpiteisiin yksityiselämän suojaamiseksi jopa yksityishenkilöiden keskinäisissä suhteissa. EIT totesi edelleen, että tehokasta esitutkintaa ei ollut voitu tapauksessa aloittaa, kun tietoliikennesalaisuudelle oli pantu enemmän painoa. Vaikka salaisuus ja sananvapaus olivat ensiarvoisia näkökohtia ja tietoliikenteen käyttäjillä ja internetpalvelujen tarjoajilla täytyi olla takeita omasta yksityisyydestään ja sananvapaudestaan, nuo takeet eivät olleet ehdottomia vaan tapauksesta riippuen muut hyväksyttävät vaatimukset kuten epäjärjestyksen tai rikollisuuden estäminen taikka muiden oikeuksien ja maineen suojele saattoivat olla niitä painavampia. EIT katsoi, että lainsäätäjän olisi tullut tarjota puitteet, joilla suojasta kilpailevat vaateet olisi voitu sovittaa toisiinsa. Sittemmin puute on korjattu lailla sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä, mutta korjaus oli tullut liian myöhään valittajan kannalta. EIS 8 artiklaa oli rikottu.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on myös ratkaisukäytännössään katsonut, että omaisuudensuoja ei rajoitu vain fyysisiin esineisiin. Omaisuuden haltijan pitää kuitenkin pystyä osoittamaan, että omaisuudella on jokin erityinen arvo. Siten esimerkiksi verkkotunnukset voivat olla suojattua omaisuutta, jos ne perustuvat taloudellisia oikeuksia ja etuja.⁴⁶

⁴⁵ Niin sanottujen tekstiviestilainojen ottaminen väärin tiedoin avatun matkapuhelinliittymän avulla on ollut yleinen identiteettivarkausmenettely. Tilannetta on kuitenkin pyritty korjaamaan lainsäädäntöhankkeilla. Ks. HE 64/2009 vp s. 15–17, jonka mukaan osa pikaluottoyrityksistä varmistaa tekstiviestillä lainaa hakevan henkilöllisyyden ainoastaan tarkistamalla, että lainan hakijaksi ilmoittautuneen antamat tiedot ovat samat kuin sen liittymän haltijan tiedot, jonka puhelimesta lainahakemus on tehty. Kuluttajansuojalakiin lisättävä säännös, jolla asetetaan luotonantajalle velvollisuus todentaa lainanhakijan henkilöllisyys huolellisesti, pyrkii parantamaan nykyistä epätyytyttävää tilaa, jossa lainanhakijan henkilöllisyyden puutteellinen todentaminen on mahdollistanut väärinkäytöksiä, joissa laina on saatu omalle tilille käyttämällä hyväksi toisen henkilön matkapuhelinta, osoitetietoja ja henkilötunnusta. Lailla 844/2009 vahvistettiin kyseinen säännös kuluttajansuojalakiin (7 luku 9 a§). Lainmuutos tuli voimaan 1.2.2010.

⁴⁶ Innanen – Saarimäki 2009 s. 21–22. *Paeffgen GmbH*-tapauksessa EIT totesi, että omaisuus-käsitteellä oli 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklassa autonominen merkitys eikä se rajoittunut fyysisten esineiden omistamiseen tai riippunut omaisuutta koskevista kotimaisen lain määritelmistä. Myös muita varallisuuden perustavia oikeuksia tai intressejä voitiin pitää omaisuutena tuon artiklan kannalta. Kun kysymys oli muusta kuin esineellisestä varallisuudesta, EIT oli omaisuuden olemassaoloa harkitessaan ottanut huomioon, perustiko asianomainen oikeudellinen asema taloudellisia oikeuksia ja etuja ja oliko sillä siten taloudellista arvoa.

Oikeuskirjallisuudessa asianomistaja on vakiintuneesti määritelty rikoksella välitömmästi loukatun oikeushyvän haltijaksi. Asianomistaja on se, kehen rikos kohdistuu ja kenen rikosoikeudellisesti suojattuja etuja rikollinen teko loukkaa tai vaarantaa.⁴⁷ Miten perinteinen asianomistajakäsite taipuu esimerkiksi toisen henkilöllisyystiedoilla tapahtuneeseen nettipetokseen? Erehdytetty on palvelua tai tuotetta tarjoava taho. Sille voidaan myös vahingon maksamatta jääneestä laskusta lähtökohtaisesti katsoa koituvan.⁴⁸ Mutta entä henkilö, jonka tietoja on teon toteuttamisessa käytetty, onko myös hän petosrikoksen asianomistaja? Mielestäni kyllä on. Oikeudettomalla henkilötietojen käytöllä petosrikoksen toteuttamisessa loukataan henkilön yksityisyyttä, joka on myös lainsäädännöllä suojattava oikeushyvä. Petosrikoksessa suojeltava oikeushyvä on kuitenkin varallisuus. Näin ollen asianomistaja-asema ei voi muodostua tämän tavallaan ”väärän” oikeushyvän kautta.⁴⁹ Kuitenkin henkilölle, jonka tietoja teon toteuttamisessa on väärin käytetty, on aiheutunut vähintäänkin taloudellisen vahingon vaara menettelyn seurauksena. Pelkkä vahingon vaara riittää petosrikostunnusmerkistön toteutumiseen. Toimella on vaarannettu myös henkilötietojen haltijan omaisuudensuojaa. Näin ollen katsoisin, että myös henkilötietojen haltijalle kuuluu asianomistaja-asema kuvatuissa teoissa.⁵⁰

6. Keinot identiteettivarkauksien estämiseksi

Erilaiset internetin yhteisöpalvelut ovat muuttaneet yksityisyyden suojan aluetta. Yleisesti voidaan todeta, että koskaan aikaisemmin yksityisistä henkilöistä ei ole ollut näin paljon yksityisyyden suojan alaan kuuluvaa informaatiota saatavilla. Merkittävä kehityssuunta on myös se, että henkilöt haluavat julkaista itsestään yhä enemmän

⁴⁷ Tämä ns. Granfeltin määritelmä on saanut tavanomaisen oikeuden aseman. Kun laissa ei ole yleistä säännöstä, ketä pidetään asianomistajana, on asianomistajakysymys jäänyt oikeustieteen ja -käytännön selvittäväksi. Virolainen – Pölönen 2004 s. 153 ss. käsitellään asianomistajakäsitettä ja sen määrittelemiä.

⁴⁸ HE 66/1988 vp s. 132: ”Ehdotuksen mukaan petoksen tunnusmerkistöön kuuluvan taloudellisen vahingon ei välttämättä tarvitsisi kohdata erehtynyttä itseään. Vahinko voisi aiheutua myös sille, jonka eduista erehtyneellä henkilöllä on ollut mahdollisuus määrätä. Ehdotus ei siis edellyttäisi varsinaista sopimukseen perustuvaa toimeksiantosuhdetta erehtyneen ja vahingonkärsijän välillä. Oikeuselämässä ilmenee järjestelyjä, joissa joillakin henkilöillä on ilman eri valtuutustakin tosiasiallinen mahdollisuus määrätä toisten taloudelliseen asemaan välittömästi vaikuttavista seikoista. Esimerkkinä nykyisestä oikeuskäytännöstä voidaan mainita pankin antaman lunastustakuun alaisen maksuvälineen väärinkäyttö. Tällöin erehdyttäminen voi kohdistua kauppiaseen, mutta vahingon kärsii joko pankki tai pankin asiakas siitä huolimatta, etteivät kauppias ja vahingonkärsijä ole sopimussuhteessa keskenään.”

⁴⁹ Yksityisestä oikeushyvästä, Virolainen – Pölönen 2004 s. 163–164.

⁵⁰ SM:n identiteettiohjelmassa on tältä osin nähty ongelma. Raportin sivulla 86–87 on todettu, että jos erehdytetty henkilö / yritys ei vie asiaa rikostutkintaan, ei sillä jonka henkilötietoja on käytetty ole mahdollisuutta saattaa asiaa esitutkintaan. Edelleen raportissa todetaan, että tietoverkossa lainsäädäntö pitää henkilöllisyysrikoksen uhrina palveluntarjoajaa, jota on harhautettu toisen henkilötiedoilla, vaikka myös identiteettinsä menettänyt henkilö on tosiasiallinen uhri.

informaatiota: suurin osa yhteisöpalveluiden tiedoista on palvelussa käyttäjien suostumuksella ja materiaali on heidän itse lataamaansa. Henkilötietolaissa säädetään rekisterinpitäjälle yleinen huolehtimisvelvollisuus henkilötietojen käsittelyssä. Lain mukaan rekisterinpitäjän tulee käsitellä henkilötietoja laillisesti, noudattaa huolellisuutta ja hyvää tietojenkäsittelytapaa sekä toimia muutoinkin niin, ettei rekisteröidyn yksityiselämän suojaa ja muita yksityisyyden suojan turvaavia perusoikeuksia rajoiteta ilman laissa säädettyä perustetta. Yleistä huolehtimisvelvollisuutta täydennetään rekisterinpitäjälle säädetyllä nimenomaisella velvollisuudella huolehtia käsiteltävien henkilötietojen tietosuojasta. Yhteisöpalvelun tietoturva-asetukset tai muut asetukset eivät kuitenkaan yleensä poista toisen osapuolen käytännön mahdollisuutta helposti tallentaa viestintää tai toistaa sisältöjä. Tämän vuoksi yhteisöpalvelun käyttäjän tulee olla tarkkana siitä, mitä sisältöjä hän lataa sivustolleen.⁵¹ Lisäksi kuluttajilta ja kansalaisilta kysellään yhä useammin internetissä ja sähköpostissa identiteetin kannalta keskeisiä tietoja. Muun muassa kuluttajavirasto, tietosuojavaltuutetun toimisto ja viestintävirasto ovat useasti tiedottaneet, että kaikkiin tunnistetietojen pyyntöihin on syytä suhtautua varauksella.⁵²

Vaikka toisinaan uhri on saattanut omalla käyttäytymisellään myötävaikuttaa tietojensa päätymiseen rikolliseen käyttöön, ovat tapaukset pääsääntöisesti kuitenkin sellaisia, ettei uhri ole menettelyllään vaikuttanut rikoksen tapahtumiseen eikä olisi pystynyt tekoa toisin toimimalla estämään. Käyttäjän mahdollisuudet torjua tietoteknistä tiedonkaappaamista ovat rajalliset. Kuluttajien yleisimmissä käyttöympäristöissä käyttäjillä ei ole aina riittäviä edellytyksiä havaita tietojensa kaappaamista.⁵³

⁵¹ Innanen 2009 s. 6 ja 13.

⁵² SM Identiteettiohjelma s. 77. Tietosuojavaltuutetun toimiston julkaisemassa ohjeessa on neuvottu, miten voi toimia vähentääkseen identifioivien tietojen väärinkäytön mahdollisuuksia, miten paljastaa mahdollisia väärinkäyttöjä ja miten toimia, jos epäilee identiteettiä käytetyn väärin. Tietosuoja 2010, s. 2 ja 3.

⁵³ SM Identiteettiohjelma s. 78

Tätä kirjoittaessa ajankohtaista on kolmen laajan tietomurtoepäilyn tapahtuminen:

– 5.11.2011 noin 16.000 suomalaisen henkilötiedot vuotivat internetiin. Keskusrikospoliisin 7.11.2011 antamassa tiedotteessa todetaan, että esitutkinnan alkuvaiheessa poliisi selvitti henkilötietojen lähdettä ja tietojen julkaisijan henkilöllisyyttä. Tiedot olivat peräisin eri aikuis- ja täydennyskoulutusorganisaatioista. Poliisi tutkii epäiltynä tietomurtona sitä, onko jokin taho saanut rekisterin haltuunsa laittomin keinoin. Tietojen julkaisemista puolestaan tutkitaan epäiltynä henkilörekisteririkoksena. <http://www.poliisi.fi/poliisi/krp/home.nsf/pfbd/AE1A1D099A2DEF23C225794100420795?opendocument>

– 12.11.2011 paljastui tietovuoto, joka koskee noin 500.000 sähköpostiosoitteen julkaisemista internetissä ja noin 14.600 mahdollisen salasanan, joiden epäillään liittyvän sähköpostiosoitteiden vuotamista internetiin. Keskusrikospoliisi tutkii tältä osin törkeää tietomurtoa ja henkilörekisteririkosta. <http://www.poliisi.fi/poliisi/krp/home.nsf/PFBD/F534AD0523D11B44C225794800457C00?opendocument>

– 16.11.2011 julkaistiin internetissä Netcar.fi palvelusta haltuunsaatuja palveluun rekisteröityneiden ihmisten henkilötietoja. Julkaisun yhteydessä paljastui noin 12.000 käyttäjätunnusta, salasanaa ja sähköpostiosoitetta. Asiaa tutkitaan törkeänä tietomurtona ja henkilörekisteririkoksena. <http://www.poliisi.fi/poliisi/krp/home.nsf/PFBD/E095E67E6516D21BC225794B00350BB0?opendocument>

Esimerkiksi sosiaalisen median palveluita hyödyntämällä rikolliset voivat levittää haittaohjelmia, jotka mahdollistavat esimerkiksi käyttäjän tietokoneen etähallinnan ja käyttämisen rikollisten haluamaan käyttötarkoitukseen. Rikoksen tekijöiden ylläpitämä jopa (sadoista) tuhansista kaapatuista tietokoneista koostuva niin sanottu bot-net-verkko voi toimia tehokkaana huijaus-verkkopalveluna, kohdistettuja palvelines-tohyökkäyksiä suorittavana verkkoalustana tai palveluihin eri salasanayhdistelmiä kokeilevana, tietomurtautumista yrittävänä verkostona tai salasanoja matemaattisesti murtavana laskukeskuksena.⁵⁴

Toisaalta identiteettivarkauksissa käytettäviä tietoja voidaan haltuun saada laillis-takin lähteistä ilman, että tietojen haltija pystyy tätä estämään.⁵⁵ Esimerkiksi rikos-asioiden käsittelyn yhteydessä asianosaisten henkilötiedot ja yhteystiedot kirjataan pääsääntöisesti esitutkintapöytäkirjaan, jotka ovat rikosasian käräjäoikeuskäsitte-lyn alettua pääsääntöisesti julkisia ja jo ennen käsittelyn alkua asianosaisjulkisia.⁵⁶ Eduskunnan oikeusasiamiehen käsittelemässä asiassa dnro 3435/4/09 olivat kante-lijän nimi, osoite ja henkilötunnus päätyneet ilmeisesti Tampereen käräjäoikeuden käsittelemän rikosasian asiakirjoista identiteettivarkauksia tekevän henkilön tietoon. Kyseinen henkilö oli sittemmin tilannut useista eri nettifirminoista tavaraa kantelijan nimissä ja on avannut tämän nimissä luotollisia tilejä. Henkilötietojen välittymiseen esitutkintapöytäkirjan kautta liittyvä ongelma on tiedostettu poliisissa ja luvassa lie-nee muutoksia viimeistään osana viranomaisten tietojärjestelmien yhteensovittamista koskevaa niin sanottua VITJA-hanketta.⁵⁷

Myös reaali maailmassa tapahtuva identiteettitietojen anastaminen ja väärinkäyttä-minen voi jäädä uhrin huomaamatta, jos rikoksenteikijä on teon yhteydessä tehnyt uh-

⁵⁴ Valtiovarainministeriö 2010 s. 13.

⁵⁵ Valmisteltaessa Valtioneuvoston periaatepäätöstä sähköisestä tunnistamisesta Oikeusministeriö katsoi, että toisen henkilön tietojen pelkän ”luvattoman” haltuun ottamisen kriminalisointi ei ole tarkoituksen-mukaista eikä järkevällä tavalla mahdollistakaan ottaen huomioon, kuinka laajoja ovat mahdollisuudet saada toisen henkilötietoja laillisesti. Toisen henkilön tietoja saa haltuunsa esimerkiksi kysymällä, tiedotusvälineistä, julkisista rekistereistä ja internetistä. Ks. SM identiteettiohjelma s. 50–51

⁵⁶ Poliisihallituksen antaman esitutkintapöytäkirjan laatimista koskevan ohjeen (POHA 2069) ja sen liitteenä 1 olevan Käsikirja esitutkintapöytäkirjan laadinnasta mukaan, jos henkilö on pyytänyt julki-suuslain tarkoittamien yhteystietojen salassa pitämistä ja hänellä on perusteltu syy epäillä itsensä tai perheensä terveyden tai turvallisuuden tulevan uhatuksi, ei henkilön yhteystietoja saa merkitä ilmoitus-lomakkeelle. Salassa pidettäviä yhteystietoja ei saa merkitä myöskään kuulustelulomakkeelle. Näissä tapauksissa kuulustelulomakkeen asianomaiset kohdat jätetään tyhjiksi ja salassa pidettävät henkilön yhteystiedot merkitään erilliseen asiakirjaan, joka toimitetaan esitutkintapöytäkirjan ohessa syyttäjälle. Ks. myös Poliisihallituksen ohje (POHA 2070) tietojen kirjaamisesta poliisiasian tietojärjestelmään, jonka mukaan jos todetaan tarve todistajan tai asianosaisen suojeluun tai on turvakielto tai muu vastaa-va syy, kirjataan järjestelmään vain nimi, syntymämaa ja kansallisuus.

⁵⁷ VaVM 53/2010 vp – HE 126/2010 vp, HE 228/2010 vp, jossa todetaan, että poliisiasiantietojärjes-telmän kokonaisuudistuksen (Vitja-hanke) tuloksena saatava uusi toiminnan tuottavuutta parantava järjestelmä on tarkoitus ottaa käyttöön vuonna 2013. – Yle Uutiset käsitteli ongelmaa 9.11.2011. Ks. Uutinen otsikolla ”Poliisipöytäkirjakin on tietoturvaongelma”. http://yle.fi/uutiset/kotimaa/2011/11/poliisipoytakirjakin_on_tietoturvaongelma_3015287.html

rin postien käännön pois tämän osoitteesta.⁵⁸ Henkilötietojen väärinkäytöksistä aiheutuvat perusteettomat sopimukset ja laskut eivät tällöin tavoita identiteettivarkauden uhria ja teon on mahdollista jatkua. Suunnitelluimmissa teoissa tekijä saattaa estää tai yrittää estää myös asianomistajan tavoitettavuuden puhelimitse.⁵⁹

Tietojärjestelmien ja verkkopalveluiden laatua ja turvajärjestelyjä kehittämällä sekä palveluntarjoajien vastuuta lisäämällä voidaan osa identiteettivarkauksista estää.⁶⁰ Toisaalta yhteisöpalvelun käyttäjille tulee antaa selkeät ja kattavat tiedot siitä, miten henkilötietoja käsitellään. Käyttäjille tulee antaa tietoa siitä, millä tavalla hän voi rajoittaa tietoihin pääsyä tai poistaa tietojaan.⁶¹ Tietoverkossa tapahtuneiden identiteettivarkauksien aiheuttamien vahinkojen rajaamiseksi mahdollisimman pieniksi tieto identiteettitietojen kaappauksesta on saatava mahdollisimman nopeasti toimijoille. Eräänä mahdollisuutena on säännellä kotimaisten palveluntarjoajien informointivelvollisuus henkilötietojen kaappauksesta.⁶² Toisaalta voidaan pohtia ja kyseenalaistaa nykyisin käytössä olevia tunnistamismenetelmiä ja henkilöllisyyttä osoittavia asiakirjoja ja etsiä niille vaihtoehtoja.⁶³ Täysin identiteettivarkausongelmasta ei varmastikaan päästä eroon, vaikka menettely kriminalisoitaisiin erillisillä säännöksillä tai vaikka poliisilla olisi käytössään laajemmat pakkokeinovaltuudet. Tärkeää olisi parantaa asianomistajan asemaa joka tapauksessa. Vaihtoehtona on nostettu esiin esimerkiksi keskitetty ilmoitusjärjestelmä identiteettivarkauksien uhreille, joka mahdollistaisi tiedon kulun eteenpäin, tarjoaisi yksinkertaisemman mahdollisuuden vahingolta suojautumiseen sekä vähentäisi uhrille koituvaa selvittelytyön määrää.⁶⁴ Laissa väestötietojärjestelmässä on nykyisin säännös, joka mahdollistaa identiteettivarkauden uhrille henkilötunnuksen vaihtamisen.⁶⁵ On tietenkin hyvä, että lainsäädäntöön on voitu näinkin radikaali mahdollisuus identiteettivarkauden uhreille säätää. Toisaalta omasta henkilöllisyydestä luopuminen rikoksen johdosta on varmuudella raskas ratkaisu tehtäväksi. Toivottavaa tietenkin olisi, että myös identiteettivarkauksien estämiseksi ja tekijöiden kiinni saamiseksi pystyttäisiin tulevaisuudessa keksimään ja säätämään yhtä radikaaleja ja raskaita ratkaisuvaihtoehtoja.

⁵⁸ Yksityishenkilöt voivat tehdä muuttoilmoituksen ja postin jakelun keskeytyksen nykyisin myös internetin välityksellä ja puhelimitse.

⁵⁹ Esimerkiksi Vantaan käräjäoikeudessa käsitellyssä rikosasiassa R 07/695 (tuomio 07/1411) olivat rikoksen tekijät asianomistajana esiintyneen palkanneet lakimiehen menemään pankkiin tekemään myyntitoimeksiantoa asianomistajan osakkeista. Estääkseen teon paljastumisen olivat tekijät onnistuneet tekemään asianomistajan puhelimesta soitonsiirron omaan puhelimeensa.

⁶⁰ Henkilötietolaissa säädetään rekisterinpitäjälle yleinen huolehtimisvelvollisuus henkilötietojen käsittelyssä. Yleistä huolehtimisvelvollisuutta täydennetään rekisterinpitäjälle säädetyllä nimenomaisella velvollisuudella huolehtia käsiteltävien henkilötietojen tietosuojasta. Henkilötietolaki 2 luku 5 § ja 3 luku.

⁶¹ Innanen 2009 s. 13.

⁶² SM identiteettiohjelma s. 78.

⁶³ Biometristen tunnistamisratkaisujen vaikutuksesta identiteettivarkauksiin. Ks. Hyppönen 2011.

⁶⁴ SM identiteettiohjelma s. 77.

⁶⁵ Laki väestötietojärjestelmästä ja Väestörekisterikeskuksen varmennepalveluista, 3 luku 12 §

Lähteet

Kirjallisuus

- Aaltonen, Suvi*: Identiteettivarkaudet ja niiden torjunta. Helsingin yliopisto. Oikeustieteellinen tiedekunta. Rikosoikeus. Syventävien opintojen tutkielma. 8.5.2011
- Castrén, Kirsi*: Identiteetti on suojaamisen arvoinen. Tietosuoja 4/2010.
- Gercke, Marco*: Legal Approaches to Criminalize Identity Theft. Handbook on Identity-related crime. United Nations Office on Drugs and Crime 2011.
- Helopuro, Sanna – Perttula, Juha – Ristola, Juhapekka*: Sähköisen viestinnän tietosuoja. Talentum. Helsinki 2009.
- Hyppönen, Mikko*: Identiteettivarkaudet ja biometria. Evidenssi 1/2011.
- Innanen, Antti*: Internetin yhteisöpalveluihin sovellettavasta lainsäädännöstä. Edilex 2009/18.
- Innanen, Antti – Saarimäki, Jarkko*: Internetoikeus. Edita. Helsinki 2009.
- Kajantie Sari*: Miksi joku haluaa varastaa identiteetin? Tiedosta-lehti 4/2010. TIEKE Tietoyhteiskunnan kehittämiskeskus ry. Löydettävissä osoitteesta http://www.tieke.fi/julkaisut/tiedosta-lehti/?ARTICLE_NUM=40473
- Lawson, Philippa*: Identity-related crime victim issues: a discussion paper. Handbook on Identity-related crime, United Nations Office on drugs and crime 2011.
- Martins de Almeida, Gilberto*: Typology and criminalization approaches to identity-related crime: Compendium of examples of relevant legislation. Handbook on Identity-related crime, United Nations Office on drugs and crime 2011.
- Pihlajamäki, Antti*: Tietojenkäsittelyrauhan rikosoikeudellinen suoja. Datarikoksia koskeva sääntely Suomen rikoslaissa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 258. Jyväskylä 2004.
- Pölönen, Pasi*: Salaiset pakkokeinot. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997
- Tapani, Jussi*: Omaisuus- ja varallisuusrikokset. 7.10 Petos. Teoksessa Keskeiset rikokset. Edita. Helsinki 2007.
- Sihto, Juha*: Kansainvälinen rikosprosessioikeus. Teoksessa Prosessioikeus, Oikeuden perusteokset. WSOY. Toinen, uudistettu painos. Saarijärvi 2007.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin osalliset. Rikosprosessioikeus II. WSOY lakitieto. Helsinki 2004.

Virallislähteet

- Council of the European Union, Council conclusions on preventing and combating identity related crimes and on identity management, including the establishment and development of permanent structured cooperation between the Member States of the European Union. 3051st JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting, Brussels, 2 and 3 December 2010. Löytyy esim. osoitteesta http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/118173.pdf.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi 66/1988 vp.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi 22/1944 vp.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi 6/1997 vp.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain, oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien rikosasioiden käsittelyä käräjäoikeudessa koskevien säännösten muuttamisesta 271/2004 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kuluttajansuojalain 7 luvun, rikoslain 36 luvun 6 §:n ja korkolain 4 §:n muuttamisesta 64/2009 vp.

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

Keskusrikospoliisi: Kansainväliset nettipetokset jäävät yleensä selvittämättä 24.5.2010. Julkaistu osoitteessa <http://www.poliisi.fi/poliisi/krp/home.nsf/PFBD/A69FE5F75FE3C133C225772D00266279?opendocument>

Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksen laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi johdosta 15/2005 vp.

Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksen esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi johdosta 44/2010 vp.

Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksen esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi johdosta 66/2010 vp.

Poliisihallitus POHA Dno/2010/2069. Ohje esitutkintapöytäkirjan laadinnasta.

Poliisihallitus POHA Dno/2010/2070. Ohje tietojen kirjaamisesta poliisiasian tietojärjestelmään.

Sisäasiainministeriön julkaisut 32/2010. Henkilöllisyyden luomista koskeva hanke (identiteettiohjelma). Työryhmän loppuraportti (SM092:00/2008).

Tietosuojavaltuutetun toimisto – Identiteettivarkaus, mikä se on? Päivitetty 27.7.2010. Julkaistu osoitteessa <http://www.tietosuoja.fi/uploads/02ltswkek9.pdf>

Valtakunnansyyttäjän ohjeet ja määräykset 2007:2: Esitutkinnan rajoittaminen.

Valtiovarainministeriö, Sosiaalisen median tietoturvaohje 4/2010

Valtiovarainvaliokunnan mietintö hallituksen esityksen valtion talousarvioksi vuodelle 2011 johdosta. VaVM 53/2010 vp - HE 126/2010 vp, HE 228/2010 vp

Virtuaalinen lähipoliisiryhmä Nettirikosten pohdintaa. Julkaistu osoitteessa [http://www.poliisi.fi/poliisi/helsinki/home.nsf/files/Nettirikosten%20pohdintaa/\\$file/Nettirikosten%20pohdintaa.pdf](http://www.poliisi.fi/poliisi/helsinki/home.nsf/files/Nettirikosten%20pohdintaa/$file/Nettirikosten%20pohdintaa.pdf)

Valtioneuvoston 5.3.2009 periaatepäätös sähköisestä tunnistamisesta. <http://www.valtioneuvosto.fi/tiedostot/julkinen/periaatepaatokset/2009/periaatepaatos-sahkoinen-tunnistaminen/145451.pdf>

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

K.U. v. Suomi, 2.12.2008

Paeffgen GmbH v. Saksa, 18.9.2007

Korkein oikeus

KKO 1999:110

Käräjäoikeudet

Helsingin käräjäoikeus R 09/5097, nro 11/6252

Helsingin käräjäoikeus, osasto 5/10 R 11/3915, nro 11/4862

Helsingin käräjäoikeus, osasto 5/11 R 11/8783, nro 11/11326

Länsi-Uudenmaan käräjäoikeus R 11/1488, nro 11/1974

Vantaan käräjäoikeus R 07/695 nro 07/1411

Eduskunnan oikeusasiamies

Dnro 3435/4/09

Muut lähteet

Helsingin Sanomat 27.6.2011: Facebookiin tehty alastonkuvasivu ei tuonut tuomiota.

Aamuposti 16.10.2011: Facerape saa nuoret syylistymään rikoksiin

Yle Uutiset 9.11.2011: Poliisipöytäkirjakin on tietoturvaongelma.

Jenni Korvenmaa

Itsekriminointisuoja korkeimman oikeuden viimeaikaisessa oikeuskäytännössä – tarkastelun kohteena erityisesti ratkaisut KKO 2009:80 ja KKO 2010:41

1. Johdanto

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa käytetään itsekriminointisuojusta puhuttaessa myös termejä *myötävaikuttamattomuusperiaate*¹ ja *itsensä syyllistämiskielto*². *Itsekriminointisuoja* on suora käännös EIT:n käyttämästä käsitteestä *self-incrimination* ja aion käyttää sitä jatkossa tässä tekstissä.³

Kansalaisyhteiskunnan ja poliittisten oikeuksien koskevan yleissopimuksen 14 artiklan 3 kappaleen g kohdan mukaan ketään ei saa pakottaa rikossyytettä tutkittaessa todistamaan itseään vastaan tai tunnustamaan syyllisyyttään. Itsekriminointisuoja on olennainen osa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, vaikka Euroopan ihmisoikeussopimuksessa siitä ei ole nimenomaista mainintaa. Periaate on vahvistettu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä ja se kuuluu myös suomalaisen rikosprosessilainsäädännön perusvaatimuksiin.⁴ Itsekriminointisuojan on katsottu olevan osa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 (2) artiklaan kirjattua syyttömyysolettamaa:⁵ Jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Syyttömyysolettaman ja itsekriminointisuojan ero on kuitenkin selvä; kun syyttömyysolettama alkaa horjua syyllisyyttä tukevan näytön vahvistuessa, itsekriminointisuoja takaa sen, ettei epäiltyä tai syytettyä edelleenkaan voida velvoittaa aktiivisesti selvittämään omaa syyllisyyttään.⁶

¹ Ervo 2003 s. 1–25.

² Nuutila 2001 s. 157–167.

³ Pölönen 2003 s. 184 ja Virolainen – Pölönen 2004 s. 301 ja alaviite 158. Tapanila DL 5/2010 s. 559

⁴ PL 21 §, ETL 7 § 2, HE 82/1995 vp s. 70: ”Rikosasian vastaajalla ei ole velvollisuutta huolehtia sellaisen selvityksen hankkimisesta, joka tukisi hänen syyttömyyttään, eikä vastaajalta voida edellyttää sellaisten näkökohtien esille tuomista, jotka ovat hänelle epäedullisia.” Kts. myös ehdotus uudeksi esitutkintalain 7 luvun 10 § 1 momentiksi, jossa ehdotetaan säädettäväksi esitutkintaviranomaisen velvollisuudesta ilmoittaa rikoksesta epäillylle tämän 4 luvun 3 §:ssä säädetyistä oikeudesta olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen. HE 222/2010 vp s. 192–193.

⁵ Virolainen – Pölönen 2004 s. 285.

⁶ Ervo 2003 s. 3.

2. Itsekriminointisuojaan ydin

Itsekriminointisuojaan keskeinen ajatus on suojella rikoksesta syytettyä viranomaisen epäasiallista painostusta vastaan. Suoja ensisijaisesti turvaa syytetyn oikeutta pysyä vaihi ja olla esittämättä todisteita itseään vastaan. Tarkoitus on suojata syytetyn persoonallisuutta ja turvata vähimmäistakeet valtion vallankäyttöä vastaan.⁷ Oikeuskirjallisuudessa on pidetty EIT ratkaisukäytännöstä ilmenevänä itsekriminointisuojaan tarkoituksena menettelyjen oikeudenmukaisuuden turvaamista ja väärin tunnustusten ehkäisemistä.⁸

Itsekriminointisuojaan on kysymys prosessuaaliseen tasavertaisuuteen pyrkimisestä, ja yksi keskeinen keino sen saavuttamisessa on kielto velvoittaa epäiltyä tai syytettyä vastoin tahtoaan esitutinnan tai oikeudenkäynnin aikana toimimaan aktiivisesti oman syyllisyytensä selvittämiseksi.⁹ Pakottaminen yhteistyöhön viranomaisten kanssa esitutkintavaiheessa voi rikkoa sanottua oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyyden selvittämiseen, ja koko myöhempi prosessi ei enää välttämättä täytä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia. Syyttäjän on näytettävä syyte toteen turvautumatta pakolla tai painostamalla saatuihin todisteisiin. Suojaan kieltämistä ei valtio voi perustella turvallisuudella tai yleisellä järjestyksellä.¹⁰

2.1. Oikeus pysyä vaihi

Perinteisessä mielessä oikeus pysyä vaihi tarkoittaa vain oikeutta olla puhumatta¹¹. Oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen pitää sisällään paljon muutakin. Epäillyllä tai syytetyllä on oikeus olla antamatta asiassa vastinetta tai lausumasta syytteen johdosta mitään painostuksen alaisena. Hänelle ei voida asettaa velvollisuutta esittää todistetta, eli editiovelvollisuutta (OK 17:12), eikä hänellä ole oikeudenkäynnissä totuusvelvollisuutta, kuten muilla asianosaisilla.¹² Näin asian on ratkaissut EIT tapauksissaan *Funke v. Ranska* ja *J.B. v Sveitsi* (3.5.2001). Oikeutta pysyä vaihi ja oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen voidaan kuvata kahdella osittain päällekkäisellä ympyrällä, jossa ensin mainittu oikeus muodostaa pienemmän ympyrän. On kuitenkin huomattava, että oikeus pysyä vaihi menee osittain pidemmälle, koska se suojaa oikeutta olla antamatta *mitään lausumia asiassa*, kun itsekriminointisuoja tarkoittaa lähinnä suojaa joutua antamasta

⁷ Ervo 2003 s. 1.

⁸ Koponen 2006 s. 143.

⁹ Virolainen – Pölonen 2004 s. 299.

¹⁰ KOM(2006) 174 s. 7–8.

¹¹ Trechsel 2005 s. 342.

¹² Virolainen – Pölonen 2004 s. 303 ja Ervo 2003 s. 2. Joidenkin näkökantojen mukaan vastaajalla ei pitäisi olla myöskään velvollisuutta paljastaa puolustuksensa luonnetta ennen oikeudenkäyntiä. Kts. KOM (2006)174 s. 8. Mielestäni tällainen tulkinta johtaisi vain turhiin oikeudenkäynteihin.

omaa syyllisyyttä osoittavia lausumia painostuksen alaisena. Tämä ilmenee muun muassa tapauksessa *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (6.6.2000).¹³

Tapauksessa KKO 2011:46 korkein oikeus linjasi väärin tietojen antamista koskevassa veropetosrikosasiassa, ettei väärin tietojen antamista – ts. valehtelua – ole syytä arvioida toisin kuin oikeutta vaieta tai jättää tietoja antamatta. Itsekriminointisuojaan katsottiin ulottuvan myös verotusmenettelyyn, jossa henkilö oli antanut vääriä tietoja, kun häntä vastaan oli ollut samanaikaisesti vireillä veropetosta koskeva esitutkinta, ja Verohallinto oli tuolloin tehnyt hänen yrityksessä verotarkastuksen. Korkein oikeus totesi, että menettelyn katsominen rangaistavaksi hävittäisi olennaisilta osiltaan syylliseksi epäillyn oikeuden vaieta tai olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen.

Epäillyn tai syytetyn vaikenemista esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä ei pääsääntöisesti saa ottaa huomioon syytettä tukevana todisteena.¹⁴ Epäiltyä tai syytettyä voidaan kuitenkin käyttää todistuskeinona asiassa, vaikka hänellä onkin oikeus olla passiivinen niin esitutkinnassa kuin oikeudenkäynnin aikana. Hänellä on ts. velvollisuus pakkokeinojen sietämiseen. Pakkokeinojen käyttö ei tarkoita sitä, että henkilö velvoitettaisiin aktiivisesti tai oma-aloitteisesti antamaan tietoa viranomaisille.¹⁵

Vaitiolo-oikeus ei ole riippuvainen kansallisen lain määrittämästä epäillyn tai syytetyn asemasta, vaan henkilö voi olla EIT:n tulkintakäytännön mukaan rikoksesta syytetyn asemassa (häneen on kohdistunut *criminal charge*¹⁶) silloinkin, kun hänen statusensa ei kansallisen lain mukaan ole sellainen.¹⁷ Korkein oikeus muutti asiaa koskevaa tulkintaansa tapauksessaan KKO 2009:80. Suomalaisessa oikeuskäytännössä oli perinteisesti katsottu¹⁸, ettei henkilö nauttinut itsekriminointisuojaan rikosprosessin kanssa samanaikaisesti vireillä olevissa siviiliprosessuaalisissa tai muissakaan sanktiouhkaisissa kuulemistilaisuuksissa, kuten konkurssimenettelyssä. Itsekriminointisuoja oli voimassa vain niissä tilanteissa, joissa henkilö kuultiin epäiltynä tai syytettynä rikosasiassa. Ratkaisu aiheutti itsekriminointisuojaan koskevaan tulkintaan muutoksen siten, että nyt suoja voi ulottaa vaikutuksensa myös muihin, *ainakin* rikosprosessin kanssa *samanaikaisesti*, vireillä oleviin menettelyihin.¹⁹

¹³ Trechsel 2005 s. 342 “...it refers to acoustic communication alone...”

¹⁴ EIT on todennut tapauksessa *John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta* (8.2.1996), ettei vaitiolo-oikeus ole ehdoton, eikä ole EIS:n vastaista ottaa syytettä tukevana näyttönä huomioon vaitioloa, kunhan vaitiolo ei ole jutussa ainoa tai pääasiallinen näyttö. Tilannetta on aina arvioitava tapauskohtaisesti. Samoin *Averill v. Yhdistynyt kuningaskunta* (6.6.2000).

¹⁵ Virolainen – Pölonen 2004 s. 308. Kts. esim. EIT:n tapaus *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (17.12.1996).

¹⁶ Kts. kappale 2.1.

¹⁷ Ervo 2003 s. 5. Esimerkiksi henkilö voi olla kurinpitomenettelyn kohteena ja nauttia sanottua oikeutta, jos hänen asemansa tosiasiallisesti muistuttaa rikoksesta syytetyn asemaa.

¹⁸ Muun muassa tapauksissa KKO 2002:116, KKO 2002:122 ja KKO 2009:27 katsottiin, ettei kysymys ollut rikosprosessista, vaan täytäntöönpanomenettelystä eikä tarkoitus ollut hankkia syyllisyyttä osoittavaa näyttöä.

¹⁹ Vuorenperä 2011 s. 586–587.

2.2. Suoja epäasiallista painostusta vastaan

On edelleen epäselvää, milloin painostus on epäasiallista tai missä kulkee asiallisen painostuksen raja. Ihmisoikeustuomioistuimen linjan mukaan pakottaminen tai painostus on ollut epäasiallista ja EIS:n vastaista ainakin, jos vaikenemisen murtamiseen on liittynyt sanktioita. Oikeudellisten sanktioiden kuten uhkasakon, sakon, vankeuden ja oikeudenmenetyksen käyttäminen on kiellettyä.²⁰ Pakon käyttäminen tietojen saamiseksi aiheuttaa riskin valheellisista vastauksista ja vääristä tuomioista.²¹ Esimerkiksi tapauksessa *Marttinen v. Suomi* (21.4.2009) henkilö oli rikosprosessin ulkopuolisessa ulosottomenettelyssä kieltäytynyt antamasta tietoja, koska samaan aikaan hän oli rikoksesta epäiltyä teoista, joista ja joihin olennaisesti liittyvistä seikoista selvitystä oli vaadittu. Korkein oikeus oli tuominnut pakotetun uhkasakkoon²², mitä menettelyä EIT piti itsekriminointisuoja loukkaavana. Kiellettyä ei sen sijaan ole esimerkiksi varoittaa vaikenemisen epäedullisista seuraamuksista näytön arviointiin.²³

Tässä yhteydessä on syytä tuoda esiin, ettei EIT:n ratkaisukäytännöstä ole löydettävissä kaikkia rikoksia koskevaa yhtenäistä linjaa painostuksen tai uhan käyttämisestä rikosprosessissa näytön hankkimiseksi, vaikka EIT on itse lausunut esimerkiksi tapauksissa *Saunders* (17.12.1996), *Heany ja McGuinness* (2.12.2000) ja *Bykov v. Venäjä* (10.3.2009), että oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyyden selvittämiseen koskee kaikenlaisia rikosasioita yksinkertaisimmista monimutkaisimpiin rikostyyppisiin riippumatta. Esimerkiksi yleinen etu ei sen mukaan voisi oikeuttaa pakolla viranomaismenettelyssä saatujen tietojen käyttämisestä syytetyn syyllisyyden selvittämiseen rikosoikeudenkäynnissä.²⁴ Erityisesti poikkeama muuten varsin linjakkaasta ratkaisukäytännöstä on havaittavissa liikennevalvontaa koskevissa tapauksissa, kuten *Tora Tolmos v. Espanja* (17.5.1995), *Weh v. Itävalta* (8.4.2004) ja *O'Halloran ja Francis v. Iso-Britannia* (29.6.2007), joissa tietoja ajoneuvon kuljettajasta oli pyritty hankkimaan sakon uhalla ja kaikissa tapauksissa valittajat oli tuomittu sakkoon. Ensimmäisessä tapauksessa sakko oli tuomittu tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnistä, toisessa tapauksessa liian epätäsmällisten tietojen antamisesta. Kolmannessa tapauksessa O'Halloran oli myöntänyt ajaneensa autoa, mutta perunut tunnustuksensa ja halunnut, ettei sitä käytetä näyttönä häntä vastaan. Francis oli vedonnut itsekriminointisuojaan. Missään edellä mainituista tapauksista EIT ei todennut itsekriminointisuoja loukatun. Tapanila onkin kiinnittänyt huomiota siihen, ettei liikennevalvontaa koskevista tapauksista ole perusteltua johtaa oikeusohjeita muihin tilanteisiin ilman, että samalla hämärretään EIT:n itsekriminointisuoja koskeva sinänsä johdonmukainen linjaus. Tapauksessa *Weh* eriävän mielipiteen jättäneiden tuomareiden äänestyslausunnoista

²⁰ Frände 2011 s. 3.

²¹ Trechsel 2005 s. 347.

²² Kts. KKO 2002:116. Kysymyksessä oli äänestysratkaisu, jossa erimieltä ollut jäsen katsoi velallisella olevan itsekriminointisuojaan vuoksi hyväksyttävä syy velvoitteen noudattamatta jättämiseen.

²³ *Averill v. Yhdistynyt kuningaskunta* (6.6.2000).

²⁴ Kts. KKO 2009:80 perustelujen kohta 12.

onkin havaittavissa, että liikennevalvontaa koskevissa tapauksissa valittu julkilau-sumaton linjaus johtuu siitä, että liikennevalvonnassa on kysymys vähäisistä massa-rikoksista ja valvonnan tehokkaaseen ja kustannuksiltaan järkevään toteuttamiseen on merkittävä julkinen intressi.²⁵

Itsekriminointisuoja ei kuitenkaan voida katsoa loukatun pelkän uhan kautta. Jos henkilöä on rikosprosessin rinnalla käynnissä olleessa hallinnollisessa menettelyssä sakon, vankeuden tai muun vastaavan uhan kautta painostettu antamaan tietoja, mutta hän ei ole tietoja uhasta huolimatta antanut, eikä sakkoa tai vankeutta koskaan tuomi-ta, uhka ei sellaisenaan riitä itsekriminointisuojan loukkaukseksi.²⁶ Uhka ei ole tällöin vaikuttanut millään tavoin negatiivisesti uhatun puolustautumismahdollisuuksiin. Hän on toiminut juuri niin kuin hän olisi toiminut ilman uhkaa.

3. Itsekriminointisuoja rikosprosessin ulkopuolisissa menettelyissä

Kuten edellä on todettu, korkein oikeus muutti tapauksessa KKO 2009:80 tulkintaa itsekriminointisuojan ulottuvuudesta rikosprosessin kanssa rinnan oleviin menettelyi-hin. Suojan saaminen ei edelleenkään ole itsestään selvää, vaan itsekriminointisuoja saa vain tiettyjen kriteerien täytyessä.²⁷ Ongelmallinen, ja tämän kirjoituksen kan-nalta olennainen tilanne siis liittyy velallisen epärehellisyyden, velallisen petoksen ja ulosotto- tai konkurssimenettelyjen sekamelskaan henkilön itsekriminointisuojan kannalta. Mikäli velallinen on siirtänyt omaisuuttaan velkojien ulottumattomiin ja häntä tämän johdosta epäillään – tai häneen voidaan katsoa kohdistuneen edellä mai-nittu *criminal charge* RL 39 luvun 1 §:n mukaisesta velallisen epärehellisyydestä, ja hän on samalla ulosottomenettelyn kohteena tai konkurssissa, hänen tulisi täytäntöön-panomenettelyssä sanktion uhalla paljastaa myös ne varat, jotka hän on rikollisesti siirtänyt. Näin menetellessään hän tulee samalla myötävaikuttaneeksi oman syyllisyy-tensä selvittämiseen. Mikäli hän salaa kyseisen omaisuuden, on hän vaarassa joutua syytteeseen RL 39 luvun 2 §:n mukaisesta velallisen petoksesta.²⁸

3.1. Samanaikaisuusvaatimus²⁹

Ensimmäisenä edellytyksenä itsekriminointisuojan syntymiselle on, että henkilöön on kohdistunut EIS 6.1 artiklan mukainen *criminal charge* (rikossyyte)³⁰. Edellä on

²⁵ Tapanila 2010 s. 572–574.

²⁶ Frände 2011 s. 3. Katso myös alaviitteessä 11 mainitut teokset.

²⁷ Itsekriminointisuojan edellytyksiä on systematisoitu eri tavoin. Kts. esim. Vuorenpää 2011 s. 588–590, Frände 2011 ja Tapanila 2010 s. 582.

²⁸ Tapanila 2010 s. 561.

²⁹ Vuorenpää 2011 s. 588.

³⁰ Frände 2011 s. 2.

todettu, ettei termiä tulkita pelkästään kansallisen lainsäädännön merkityksessä, vaan kysymyksessä on autonominen käsite. EIT:n tulkintakäytännön mukaisesti huomioon on otettava rikossyytteen kansallisen rikosprosessijärjestyksen systematiikan lisäksi kyseessä olevan teon laatu sekä siitä määrättävän seuraamuksen luonne ja ankaruus. Jos seuraamus voi olla tuntuva, sillä tavoitellaan preventiivistä vaikutusta ja jos se kohdistuu laajemmalle kuin vain rajoitettuun kohderyhmään, myös hallinnollinen menettely voidaan katsoa ”rikossyytteeksi”.³¹ Esimerkiksi hallinnollisessa menettelyssä määrättävä veronkorotus täyttää edellä mainitut kriteerit. Muutoin henkilöä pidetään syytettynä jo silloin, kun häneen kohdistettu rikosepäily on vaikuttanut hänen asemaansa tai toimivaltainen viranomaisena on virallisesti ilmoittanut hänen viakseen väitetystä rikollisesta teosta.³² Trechsel on esittänyt, että heti kun henkilölle esitetään kysymyksiä tai pyydetään asiakirjoja, jotka voivat selvittää hänen syyllisyyttään, on hän EIS 6 artiklan tarkoittamassa mielessä *de facto* ”charged”.³³

Esimerkiksi EIT:n tapauksessa *J.B. v. Sveitsi* (3.5.2001) kysymys oli veronkorotusmenettelystä. Valittaja oli myöntänyt, ettei ollut ilmoittanut yhtiöstä saamia tuloja vaadittavalla tavalla, mutta jätti häneltä vaaditun kirjallisen materiaalin toimittamatta. Verottaja määräsi valittajalle veronkorotuksen ja myöhemmin tuomioistuin kurinpidollisen, kyseisestä laiminlyönnistä johtuvan sakan. EIT rinnasti tilanteen rikossyytteen, vaikka tapauksessa ei ollut vireillä, eikä näkyvissä mitään valittajaan kohdistuvaa rikostutkintaa. Riittävää oli, että valittaja olisi mahdollisesti voinut tulla ilmaiseeksi jotain sellaista, joka olisi myöhemmin voinut johtaa syytteen nostamiseen veronkierrosta.³⁴ Tapauksessa *Weh v. Itävalta* (8.4.2004) ”criminal charge”-edellytyksen täyttymisen lähtökohtana on pidetty sitä, että mahdollinen rikosprosessi on materiaalisesti vaikuttanut henkilön oikeudelliseen asemaan, eli vaadittujen lausumien ja mahdollisen rikosprosessin välillä on riittävän konkreettinen yhteys. Tämä yhteys ei saa olla etäinen ja hypoteettinen.³⁵

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2011:35 velallisen epärehellisyysyteen syylistynyt ei ollut ilmoittanut näin saamiaan varoja henkilökohtaisessa verotuksessa tuloinaan. Koska vastaaja ei kuitenkaan ollut epäiltynä rikoksesta vielä siinä vaiheessa, kun hän on täyttänyt tai ollut velvollinen täyttämään veroilmoitusvelvollisuutensa, ei hän saanut itsekriminointisuojaa. Tapauksessa KKO 2011:52 yrityksestään lainvastaisesti varoja siirtänyt A oli menettelyllään syylistynyt törkeään velallisen epärehellisyysyteen. A:lle vaadittiin rangaistusta myös siitä, ettei hän ollut maksanut näillä varoilla ulosotossa olleita henkilökohtaisia velkojaan, vaan hän oli hävittänyt varat. A vetosi puolustukseksi muun muassa siihen, että mikäli hän olisi maksanut varoil-

³¹ Koponen 2006 s. 133.

³² Virolainen – Pölonen 2004 s. 257 ja alaviite 7.

³³ Trechsel 2005 s. 349.

³⁴ Tapanila 2010 s. 567–568. “While it was not for the Court to speculate what the nature of such information would have been, the applicant could not exclude that any additional income which transpired from these documents from untaxed sources could have constituted the offence of tax evasion.”

³⁵ Frände 2011 s. 2.

la velkojaan, olisi hän näin tullut paljastaneeksi syyllystyneensä osakeyhtiörikokseen tai muuhun rikolliseen menettelyyn varojen hankinnassa. Koska asiassa ei ollut esitetty, että samaan aikaan olisi ollut vireillä ulosottomenettelyä, jossa A:n olisi tullut rangaistuksen uhalla paljastaa varojen alkuperä, ei väitteellä ollut korkeimman oikeuden mielestä oikeudellista merkitystä. Tapauksesta ei käy ilmi, olisiko tilanne ollut toinen, jos käynnissä olisi ollut jo esimerkiksi esitutkinta yrityksen varojen käytöstä tai niiden siirtämisestä A:lle. Korkeimman oikeuden kanta samanaikaisuusvaatimukseen näyttäisi siis siltä, että mikäli uhka tai painostus kohdistuu aikaan, jolloin viranomaisella ei vielä ole tietoa tapahtuneesta rikoksesta, on rikoksella hankitut varat rangaistuksen uhalla ainakin ilmoitettava verotuksessa ja niillä tulee maksaa aikaisemmat ulosottovelat. Näin siitä huolimatta, että siten todennäköisimmin paljastaa tekemänsä rikoksen ja saattaa itsensä syytteen vaaraan.

Tapauksessa *K v. Itävalta* (26.5.1993) valittajaa oli syytetty siitä, että hän oli ostanut heroiinia erältä pariskunnalta. Kyseinen pariskunta oli syytteessä huumeiden myymisestä. Valittaja todettiin syyttömäksi, mutta haastettiin pian todistamaan pariskunnan rikosoikeudenkäynnissä. Todistajana hänellä oli ollut käytännössä kaksi vaihtoehtoa; joko hänen olisi täytynyt valehdella tai sitten kertoa totuus ja paljastaa syyllystyneensä rikokseen. Komissio totesi, ettei EIS 6 artiklaa voitu soveltaa valittajaan, koska hän ei ollut pariskunnan oikeudenkäynnissä syytetyn asemassa, mutta sovelsi sen sijaan sananvapautta koskevaa 10 artiklaa. Se katsoi oikeuden sananvapautteen takaavan myös negatiivisen oikeuden, eli oikeuden olla ilmaisemasta mitään ts. oikeuden olla hiljaa.³⁶

Vuorenpää on esittänyt OK 17 luvun 24 §:ssä säädetystä todistajan kieltäytymisoikeudesta tulkinnan, jonka mukaan todistaja, joka täyttää itsekriminointisuojaan syntymiselle asetetut edellytykset, päättää kieltäytymisoikeudestaan huolimatta vastata kysymyksiin, aiheuttaa itsekriminointisuojaan johtuva todistajan samastaminen syytettyyn tilanteessa sen, ettei hänellä nykyisin voitaisikaan katsoa olevan totuudessapysymisvelvollisuutta.³⁷ Asiaa voitaneen toisaalta tarkastella myös siten, että ihmisten vapaus tehdä valintoja tuo mukanaan myös vastuun tehdyistä valinnoista. Mikäli henkilölle, joka on muussa menettelyssä rikoksesta epäilty, annetaan vapaus tai oikeus valita itsekriminointisuojaan ts. todistajan kieltäytymisoikeuden ja tietojen antamisen välillä ja hän valitsee tietojen antamisen ja vastaa kysymyksiin, voitaneen hänen katsoa luopuneen itsekriminointisuojaan. Jos henkilö saisi todistajan asemassa itsekriminointisuojaan vedoten valehdella, aiheuttaisi se vaaran vääristä tuomioista. Väärin tuomioiden minimoimiseksi yksilöiden oikeuksia on voitava kohtuullisessa

³⁶ Trechsel 2005 s. 343. Tapauksessa *Serves v. Ranska* (20.9.1997) oli kysymys samankaltaisesta tilanteesta, mutta EIT ei katsonut aiheelliseksi ottaa kantaa 10 artiklan soveltumisesta tilanteeseen, koska se oli jo todennut 6 artiklan soveltuvan valittajan asemaan.

³⁷ Vuorenpää 2011 s. 594 sekä Virolainen – Pölönen 2004 s. 309. Mikäli itsekriminointisuoja tulkittaisiin supistavasti siten, että se olisi voimassa vain sellaisina hetkinä, kun tiedossa on jokin rikosprosessi po. seikoista, de facto mahdollistetaan koko oikeusturvatakeen helppo kiertäminen.

määrin rajoittaa, mikä tarkoittaisi tässä tapauksessa sitä, että todistajan edellytetään puhuvan totta, kun hän nimenomaisesti luopuu oikeudestaan kieltäytyä vastauksen antamisesta.³⁸

Selvää siis on, että itsekriminointisuoja on voimassa ainakin siitä lähtien, kun henkilö on esitutkinnassa määritelty rikoksesta epäillyksi. Mielessä on kuitenkin pidettävä myös se, että suoja *voi olla* voimassa jo ennen kuin henkilöstä tulee rikoksesta epäilty. Pölönen onkin huomauttanut, että ”itsekriminointisuoja kuuluu kaikille ihmisille jokaisessa tilanteessa, mahdollisista käynnissä olevista rikosten selvittelyprosesseista riippumatta.”

3.2. Tietojen antamiseen liittynyt pakko ja painostus

Edellä olen jo selostanut pakon ja painostuksen yhteyttä itsekriminointisuojan syntymiseen. Konkreettisia tilanteita, joissa henkilölle on laissa säädetty myötävaikutusvelvollisuus viranomaisessa, ja joiden tehosteena on mahdollista käyttää eriasteisia pakkoja ja uhkia, on useita; konkurssivelallisella on tietojenanto- ja myötävaikutusvelvollisuus konkurssimenettelyssä. Hänen tulee vahvistaa pesäluettelon tiedot oikeiksi uhkasakon ja vankeuden uhalla (konkurssilaki 4 luku 5, 6 ja 11 §). Nykyisin konkurssivelallinen voi kuitenkin tehdä varauman pesäluettelon vahvistamisessa esimerkiksi, jos siitä velallisen tietten puuttuu jotain. Tällainen menettely koskisi esimerkiksi juuri itsekriminointisuojaritilanteita.³⁹

Velallinen on ulosottoasiassa velvollinen ilmoittamaan totuudenmukaisesti muun muassa omaisuutensa, varansa ja velkansa. Mikäli velallinen ei luovuta tietoja vapaaehtoisesti, voi ulosottomies toimittaa ulosotto selvityksen sakon uhalla. Mikäli velallinen ei saavu ulosotto selvitykseen vapaaehtoisesti, voidaan hänet ulosottomiehen kirjallisesta pyynnöstä poliisin toimesta noutaa paikalle (ulosotto kaari 3 luku 52, 56, 59 ja 63 §).

Myös verotusmenettelyyn liittyy useita painostuskeinoja tietojen saamiseksi; tiedonantovelvolliselle voidaan määrätä 2000 euron suuruinen laiminlyöntimaksu (VML 22a §), ja verovelvolliselle voidaan määrätä veronkorotus (VML 32 §).⁴⁰ Tapauksessa KKO 2011:46 korkein oikeus on pitänyt erityisesti veropetossäännöksen rangaistusuhkaa veronkorotuksen ohella verotusmenettelyssä tietojen antamiseen liittyvänä pakkona. Säännönmukainen veroilmoitusvelvollisuus sen sijaan ei EIT: n ratkaisukäy-

³⁸ Tätä mieltä on muun muassa Ilman sähköpostissaan minulle 31.3.2011.

³⁹ Ks. HE 26/2003 vp s. 64 ja Virolainen – Pölönen 2004 s. 323 alaviite 230. Varauman mahdollistava säännös on tullut voimaan 1.9.2004.

⁴⁰ *J.B. v. Sveitsi* (3.5.2001) verotusmenettelyssä uhkasakoin ja rangaistusuhin tehostettu velvollisuus luovuttaa viranomaiselle asiakirja-aineistoa, joka saattoi johtaa verolainsäädännön mukaiseen rikossyyt-teeseen, katsottiin loukanneen itsekriminointisuojaa. Valittaja oli tapauksessa samanaikaisesti veronkorotusmenettelyn kohteena.

tännön mukaan laukaise itsekriminointisuoja, vaikka taustalla onkin mahdollisuus joutua sanktioiden kohteeksi väärin tietojen tai puutteellisen ilmoituksen johdosta. EIT tapauksessa *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* (10.9.2002) valittaja oli antanut vääriä tietoja veroilmoituksessa ja häntä oli sen johdosta syytetty ja rangaistu rikoksesta. EIT nosti itsekriminointisuojaan syntymisen kannalta merkityksellisiksi seikoiksi muun muassa sen, ettei selvitystä valittajan varoista ollut käytetty häntä vastaan siinä mielessä, että sillä olisi saatu näyttöä hänen aiemmin tekemästään rikoksesta, eikä häntä ollut syytetty siitä, että hän olisi jättänyt antamatta tietoja, jotka saattoivat selvittää hänen syyllisyyttään vireillä tai odotettavissa olevassa rikosasiassa. Kysymys oli siten rikoksesta itsestään. EIT:n mukaan oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen ei voitu ymmärtää niin, että se suojaisi yleisesti toimia, joilla henkilön haluttiin antavan viranomaisille tietoja, joita mahdollisesti voitiin käyttää myöhemmässä rikosasiassa.⁴¹ Näistä tilanteista on siis edellä mainitun tapauksen valossa pidettävä erillään tilanteet, joissa tietojen antamatta jättämisen tai väärin tietojen antamisen ohella henkilöä syytetään myös jostakin aikaisemmasta, ilmoitusvelvollisuuteen läheisesti liittyvästä rikoksesta.

Edellä kuvatuilla menettelyillä pyritään ensisijaisesti turvaamaan esimerkiksi velkojen oikeuksia tai verotuksen tehokkuutta, mutta tosiasiasa oman syyllisyyden paljastaminen pakon edessä ei ole kaukana. Vastaavia myötävaikutusvelvollisuuksia sisältyy lainsäädäntöömme muitakin, mutta on muistettava, ettei itsekriminointisuoja tarvitse miettiä silloin, kun tietojen antaminen tapahtuu vapaaehtoisesti, ilman sanktiouhkaa.

3.3. Vaadittujen lausumien ja rikosprosessin välinen yhteys (yhteysvaatimus)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan painostamalla vaadittujen lausumien ja rikosprosessin väliseltä yhteydeltä edellytetään, että lausumat koskevat samoja tosiseikkoja kuin joita rikosasia koskee. Yhteysvaatimusta on arvioitava syytetyn näkökulmasta ja niillä tiedoilla, joita hänellä sillä hetkellä on. *Syytetyllä ei ole velvollisuutta antaa sellaisia tietoja, jotka hänen oman perustellun arvionsa mukaan liittyvät rikosepäilyyn.*⁴² Vuoren pää on huomauttanut, että yleisellä tasolla on mahdotonta määritellä, miten läheistä liityntää itsekriminointisuoja edellyttää sanktiouhan alaisuudessa annettujen lausumien ja rikosprosessin välillä. Yhteysvaatimus täytyy kuitenkin ainakin silloin, jos ne koskevat samoja tosiseikkoja.⁴³ Mikäli siis

⁴¹ Valittajaa oli syytetty myös muista veropetosrikoksista.

⁴² KKO 2009:80 perustelujen kohta 17.

⁴³ Vuoren pää 2011 s. 589.

faktat ovat niin sanotusti samat ja palomuuria⁴⁴ ei ole, on henkilö itsekriminointisuo-
jan piirissä.⁴⁵

Joitain viitteitä vaaditusta minimitasosta voi löytää korkeimman oikeuden perus-
teluista, jossa se tulkitsee EIT:n ratkaisukäytäntöä. KKO toteaa, että EIT:n ratkai-
sukäytännön perusteella riittävänä tietojen ja rikosepäilyn välisen yhteyden kannalta
on pidetty jo sitä, ettei tietoja vaadittaessa ole voitu sulkea pois sitä mahdollisuutta,
että tiedot saattavat olla merkityksellisiä siinä rikosasiassa, johon itsekriminointisuoja
liittyy.⁴⁶ Arvio tehdään edelleen syytetyn kannalta. Hänellä ei ole velvollisuutta antaa
sellaisia tietoja, joiden hän on perustellusti voinut arvioida vaarantavan tai heikentä-
vän omia puolustautumismahdollisuuksiaan.⁴⁷ Korkein oikeus ei näytä edellyttävän
suojan saamiseksi kovin läheistä liittytään sanktiouhan alaisuudessa vaadittujen tieto-
jen ja rikosprosessin välillä. Ratkaisussaan KKO 2009:80 korkein oikeus toteaa, että
kolme velallisen petosta koskevaa syytekohtaa koskee samoja varoja, joiden osalta
pesäluettelon vahvistamiseen määrätty oli samanaikaisesti syytteessä. Arvioitavana on
ollut kuitenkin viisi kohtaa, joista kaksi ei suoranaisesti koske samoja faktoja (perus-
telujen kohdat 31–33):

”Syytekohtassa 1 d mainittu purjevene oli liittynyt pesäluettelon vahvistamisen
aikaan vireillä olleeseen velallisen epärehellisyysyyteeseen siten, että purjevene oli
ollut yksi käyttöömaisuuteen kuulunut esine, jonka osalta kaupan oli väitetty tapah-
tuneen alihintaan. Vaikka syyteasiassa kyse on ollut siitä, oliko käyttöömaisuuden
kauppa ollut alihintainen vai ei, purjevenettä koskevilla tiedoilla *olisi voinut olla mer-
kitystä vireillä olleessa rikosasiassa. A ei tältäkään osin ole voinut sulkea pois tätä
mahdollisuutta.*

Syytekohtassa 1 c tarkoitettuun Lincat-yhtiöön *ei ole siirretty niitä varoja, joiden
osalta A on ollut syytteessä velallisen epärehellisyystestä.* Syytekohtassa mainittu Ku-
losaaren kiinteistö on hankittu varoilla, jotka ovat peräisin kohdassa 22 mainituista 15
miljoonan markan osuudesta Interbank Osakepankin osakkeiden kauppahintaa. *Näin
ollen kiinteistön hankkimiseen ei ole käytetty syytteessä tarkoitettuja varoja. Konkurs-
sissa Lincatista ja Kulosaaren kiinteistöistä annettavilla tiedoilla ei tällä perusteella*

⁴⁴ Termiä käyttää mm. Frände 2010 s. 235. Kysymys on siis hyödyntämiskiellosta tai muuten pätevistä
oikeusturvatakeesta sille, ettei tietoja käytetä henkilöä vastaan rikosoikeudenkäynnissä.

⁴⁵ Frände 2010 s. 235–236. Korkeimman oikeuden ratkaisun perusteluissa (kohta 34) todetaan, ettei kor-
keimman oikeuden aikaisempi kanta vaitiolo-oikeuden arvioimisesta saanut tukea EIT:n ratkaisukäy-
tännöstä. Korkein oikeus oli nimittäin todennut purkuhakemuksen kohteena olevassa ratkaisussaan,
että vaitiolo-oikeutta arvioitaessa oli keskeistä arvioida sitä, *miten merkittävänä näyttönä* henkilön
syyllisyydestä pakon alaisena annettuja tietoja olisi voitu käyttää. ”Itsekriminointisuoja on *päinvastoin*
sovellettu siten, että jos vireillä oleva syyte ja velalliselta ulosotto- tai konkurssimenettelyssä sank-
tion uhalla haluttavat tiedot koskevat *samoja seikkoja*, velallinen saa kieltäytyä ilmoittamasta tällaista
omaisuutta riippumatta siitä, miten merkittävänä näitä tietoja pidettäisiin hänen syyllisyytensä näkö-
kulmasta”. Kts. myös tältä osin Illman s.11. ”Mikäli tieto vahvistaisi syyllisyyden puolesta puhuvaa
kokonaisuutena, henkilö oli itsekriminointisuojan piirissä antaessaan tietoja.”

⁴⁶ KKO 2009:80 perustelujen kohta 34.

⁴⁷ Vuorenpää kutsuu tätä edellytystä ”relevanttiusvaatimukseksi”.

olisi ollut merkitystä velallisen epärehellisyyttä koskevan syyteen käsittämässä rikosasiassa.

Kiinteistön ostoon käytetyt varat ovat kuitenkin edellä todetuin tavoin olleet peräisin samasta Interbank Osakepankin osakkeiden kaupasta kuin syytteessä tarkoitetut varat. Ne on siirretty vastaavin tavoin A:n määräysvallassa oleviin eri ulkomaisiin yhtiöihin ja sitä kautta Lincatiin, joka on ollut yksi näistä yhtiöistä. *Syytetty käräjäoikeudessa käsiteltäessä syyttäjä on syytetty tukevana näyttönä nimenomaisesti vedonnut näiden 15 miljoonan markan varojen siirtoihin katsoen niiden osaltaan osoittavan A:n tarkoitusta siirtää syytteenkin tarkoittamat varat perusteettomasti omaan hallintaansa. Tähän nähden Korkein oikeus katsoo, ettei A ole omaisuuttaan konkurssissa ilmoittaessaan voinut sulkea pois sitä mahdollisuutta, että Lincatia ja Kulosaaren kiinteistöä koskevilla tiedoilla olisi merkitystä velallisen epärehellisyyttä koskevassa rikosasiassa.*”

Korkein oikeus tarkoittaneekin edellä mainituilla perusteilla, että henkilö voi nauttia itsekriminointisuoja, vaikka kysymyksessä eivät ole samat faktat. Korkein oikeus pohtii tietojen merkitystä oman syyllisyyden selvittämiseksi kokonaisvaltaisemmin todetessaan, että ”tietojen ilmoittamisella olisi välillisesti ollut tällainen vaikutus, koska näin annetut tiedot olisivat näyttönä tukeneet syyttäjän esittämää taustaselitystä, joista A:ta samanaikaisesti syytettiin.” On siis arvioitava, onko pakolla vaadituilla tiedoilla voinut olla merkitystä rikosprosessissa. Itsekriminointisuoja ei koske seikkoja, joilla ei ole mitään merkitystä rikosprosessissa syyllisyyskysymyksen kannalta.⁴⁸ Tapauksessa Saunders tuomioistuin totesi, ettei oikeutta olla syyllistämättä itseään (right not to incriminate oneself) voida rajoittaa koskemaan ainoastaan tunnustuksia tai muita suoraan syyllisyyttä osoittavia lausumia. Myös pakon alaisena annettuja lausumia, jotka sellaisinaan eivät vaikuta syyllistäviltä, saatetaan syyttäjän toimesta myöhemmin hyödyntää rikosoikeudenkäynnissä esimerkiksi horjuttamaan vastaajan uskottavuutta. Merkitystä on sillä, miten pakon alaisena annettuja lausumia käytetään rikosoikeudenkäynnissä.⁴⁹

Frände on esittänyt, että vasta yhteys- ja palomuuriedellytysten täyttymisen jälkeen on vielä kiinnitettävä huomiota tietojen vaarantavaan luonteeseen.⁵⁰ Vuorenpää on omassa tekstissään tuonut esiin tulkinnan, jonka mukaan tietojen vaarantava luonne (”relevanttiusvaatimus”) täyttyy jo sillä, että palomuuuri puuttuu.⁵¹

Illman on todennut, että pelkkä syytetyn ilmoitus tietojen puolustautumismahdollisuuksia vaarantavasta luonteesta ei riitä. Henkilön on kyettävä osoittamaan edes jonkinlaista näyttöä väitteensä tueksi, mutta mitään ankaraa perustelutaakkaa ei hänelle voida asettaa.⁵² On mielestäni luonnollista odottaa syytetyltä edes jonkin asteista arviointia ja näyttöä siitä, saattaako tiedoilla olla merkitystä rikosasiassa. Mikäli

⁴⁸ Vuorenpää 2011 s. 589.

⁴⁹ Trechsel 2005 s. 344.

⁵⁰ Frände 2011 s. 3–4 ja alaviite 14.

⁵¹ Vuorenpää 2011 s.589–590.

⁵² VKSV Dnro 32/34/09 s. 12.

sanktiouhkaisessa kuulemisessa henkilöltä ei edellytetä lainkaan näkemystä tietojen vaarantavasta luonteesta, vaan hän saa itsekriminointisuojaan vedoten jättää ilmoittamatta tietoja, vaikka niillä ei hänen tieteen olisi mitään merkitystä minkään rikoksen selvittämisessä, tulee mielestäni itsekriminointisuojaalle liian laaja soveltamisala. Yleisesti ottaen tiedoilla on varmuudella merkitystä itse menettelyssä, jossa niitä vaaditaan. Tapanila on kiinnittänyt huomiota siihen, että tietojen näyttöarvon harkinta on ongelmallista tilanteissa, joissa tiedonantovelvollisuus on laiminlyöty. Jälkikäteen on vaikea arvioida, mikä merkitys salatuilla tiedoilla olisi ollut oikeudenkäynnissä, jota ei koskaan järjestetty. Tapauksessa J.B. itsekriminointisuojaan soveltamisen kannalta riittävää oli siis se, ettei valittaja ollut voinut tietoja vaadittaessa sulkea pois sitä mahdollisuutta, että tietoja myöhemmin käytettäisiin häntä vastaan rikosoikeudenkäynnissä.⁵³ Kuinka paljon loppujen lopuksi tietoja antamatta jättävä joutuisi paljastamaan, jotta selviäisi tietojen vaarantava luonne ja miten hän asian ilmaisisi, jotta sitä ei käytettäisi näyttönä häntä vastaan? Voi olla, että palomuurin, ts. tehokkaan hyödyntämiskiellon puuttuminen, todellakin jo käytännön syistä laukaisee itsekriminointisuojaan.

Mikäli esimerkiksi edellä kuvatussa tapauksessa KKO 2011:35 suomalaisen velolainsäädäntöön sisältyisi ehdoton hyödyntämiskielto vastaavissa tilanteissa, ei vastaajalla olisi ainakaan pitänyt olla omasta näkökulmastaan mitään itsensä syyllistämiseen liittyvää syytä olla ilmoittamatta myös rikoksella hankkimaansa varallisuutta tuloinaan.⁵⁴ Korkein oikeushan siis katsoi, ettei hänellä tällaista syytä ollutkaan, mutta mielestäni palomuri selkeyttäisi tilannetta.

3.4. Palomuri

Mikäli henkilö on voinut kansalliseen, lähtökohtaisesti aineelliseen lainsäädäntöön⁵⁵ sisältyvän tehokkaan hyödyntämiskiellon (palomuri) perusteella jo tietoja vaadittaessa sulkea pois sen mahdollisuuden, ettei tietoja voida käyttää häntä vastaan tulevassa rikosprosessissa, ei hän voi vedota itsekriminointisuojaan mahdollisessa myöhemmässä tietojen antamatta jättämisestä tai valheellista tietoa koskevassa rikosoikeudenkäynnissä. Näin siitä huolimatta, että suojan arvioinnissa kaikki edellä mainitut kriteerit olisivat tähän mennessä täyttyneet.⁵⁶

⁵³ Tapanila 2010 s. 568.

⁵⁴ Toki tarkoitushan talousrikoksessa yleensä on oman maksimaalisen hyödyn tavoittelu ilman pienintäkään siivua valtiolle...

⁵⁵ ...tai oikeuskäytäntöön. Kts VKSV Dnro 32/34/09 s. 15–16. Ilman vertaa tapauksen perusteella tekemäänsä hyödyntämiskieltoon johtavaa tulkintaansa tilanteeseen, jossa henkilö on ensin kuulusteltu esitutkinnassa todistajan asemassa ja sen jälkeen epäilty. Ensin saatua kertomusta ei tule käyttää näyttönä epäiltyä vastaan, koska hän on antanut sen totuudessapysymisvelvollisena. Menettelystä ei ole lainsäädäntöä, mutta se perustuu vaatimukseen oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä.

⁵⁶ Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2009:80 (perustelujen kohta 13 ja 15) viitannut tapauksiin *J.B. v. Sveitsi* (3.5.2001) ja *Martinen v. Suomi* (21.4.2009) ja nostonut niistä merkitykselliseksi lausumiksi ensin mainitussa: ”henkilö ei ollut voinut sulkea pois sitä mahdollisuutta, että asiakirjoista ilmenisi tie-

Esimerkiksi ulosottokaaren 3 luvun 73 §:ssä on säädetty kielto luovuttaa tietoja esitutkintaviranomaisille muun muassa tilanteissa, joissa tiedot on saatu olennaisin osin vaitioloon oikeutetuilta tai velalliselta kysyttäessä peräytettävissä olevia ja muita vastaavia järjestelyitä koskevia seikkoja, jos vastauksesta käy ilmi, että velallinen on saattanut syyllistyä muuhun kuin ulosottomenettelyssä tehtyyn rikokseen, ja tiedon luovuttaminen saattaa hänet syytteen vaaraan. Kun huomioon otetaan vielä OK 17:23.1 momentin 1 kohdan sääntely⁵⁷, on kysymyksessä ehdoton todistamiskielto ja tiedot ovat hyödyntämiskelvottomia myös tuomioistuimessa.⁵⁸

Itsekriminointisuojaan loukkaamisen välttämiseksi hyödyntämiskielto on mahdollisesti ainoa kohtuullisesti toimiva oikeussuojakeino.⁵⁹ EIT on jättänyt hyödyntämiskieltoasiat kansallisesti ratkaistaviksi. Meillä kiellonvastaisesti hankitun todistusaineiston hyödyntämisestä kiistellään. Hyödyntämiskiellon vastustajat katsovat, että mahdollinen virkarikossyyte riittää pidäkkeeksi hankkia näyttöä lainvastaisin keinoin. Jos todiste on kiellon vastaisesti hankittu, on sitä mahdollisuus hyödyntää, jos se edistää totuuden selvittämistä. Itsekriminointisuojaatilanteissa tämä perustelu ei kuitenkaan ole pitävä, koska virkamies ei riko mitään lakia, jos henkilöllä on alun alkaen ollut lakiin perustuva myötävaikutusvelvollisuus.⁶⁰ Vuorenpää on tosin huomauttanut, että tietyin varauksin hyödyntämiskieltokaan ei estä poliisia *suuntaamasta jo aloitettua* esitutkintaa sellaisten tietojen perusteella, jotka on saatu esitutkinnan kohteena olevan henkilön sanktiouhkaisessa kuulemisessa⁶¹.

Frände on todennut, että mikäli velallinen kertoo uhanalaisena totuuden, ei näin saatua näyttöä voi käyttää rikosoikeudenkäynnissä näyttönä häntä vastaan. Jos näin tapahtuisi, olisi kysymyksessä oikeudenkäyntivirhe.⁶² Tapanila on esittänyt, että tilanne ratkaistaisiin säättämällä OK 17 lukuun itsekriminointisuojaan koskeva hyödyntämiskieltopykälä.⁶³

toja sellaisista tuloista, joita ei ollut verotettu” ja viimeksi mainitussa: ”Asiassa ei ollut esitetty sellaista suomalaista oikeuskäytäntöä, jonka mukaan ulosotto selvityksessä esiin tullutta tietoa ei olisi voitu käyttää todisteena rikosoikeudenkäynnissä.” Nykyisin tilanne on hyödyntämiskiellon osalta jokseenkin toinen (kts. ulosottoaari 3 luku 73 §).

⁵⁷ Todistaa ei saa virkamies tahi julkista tehtävää tai asiaa toimittamaan valittu tai määrätty siitä, mitä hänen tässä toimessaan on salassa pidettävä.

⁵⁸ Virolainen – Pölönen 2004 s. 321. Huomioon on otettava, että tietoja saa edelleen luovuttaa ulosottomenettelyssä tehdyistä rikoksista ja itsekriminointia koskeva ongelma voi tätä kautta jälleen konkretisoitua.

⁵⁹ Virolainen – Pölönen 2004 s. 317.

⁶⁰ Ervo 2003 s. 23, alaviite 32.

⁶¹ Vuorenpää 2011 s. 591.

⁶² Frände 2010 s. 235, alaviite 3. Katso myös VKSV Dnro 32/34/09 s. 14–16.

⁶³ Tapanila 2010 s. 584.

4. Itsekriminointisuoja vastuusta vapauttavana seikkana

Itsekriminointisuoja ei mainita rikoslaissa oikeuttamis- tai anteeksiantoperusteena, eikä se ole suoraan niihin rinnastettavissa. Vastuuvapausperusteiden oikeusvaikutukset ovat erilaisia ja niillä on erilaiset vaikutukset myös osallisten vastuuseen. Toisen kehottaminen hyödyntämään ihmisoikeuksiaan ei ole rangaistavaa. Esimerkiksi puolustajan on voitava ilmoittaa velallisen petoksesta epäillylle itsekriminointisuojan sisällöstä ja jopa kehottaa hyödyntämään oikeuksiaan ilman rangaistuksen uhkaa.⁶⁴ Huomioon on otettava myös rikoslain 5 luvun 7 §, jossa säädetään erityisestä henkilöön liittyvästä olosuhteesta vastuusta vapauttavana seikkana. Sinänsä oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet ovat pitkälti vakiintuneet oikeuskäytännössä ja niiden luetteloa lainsäädännössämme voidaan pitää jokseenkin tyhjentyvänä.⁶⁵ Tämän kirjoituksen kannalta mielenkiinnon kohteena ovat siis tapaukset KKO 2009:80 ja KKO 2010:41.

Tapauksessa KKO 2009:80 velallisen epärehellisyydestä syytteessä ollut vastaaja (jatkossa A) oli samanaikaisesti asetettu henkilökohtaiseen konkurssiin ja hänet oli määrätty vannomaan pesäluettelo. Pesäluettelo vannotessaan hän oli jättänyt ilmoittamatta osan omaisuudestaan katsoen, että hänellä oli oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. A oli tuomittu Korkeimman oikeuden ratkaisulla KKO 2009:27 vankeusrangaistukseen törkeästä velallisen petoksesta. Nyt korkein oikeus kuitenkin katsoi, että konkurssissa annettaviksi vaaditut tiedot olivat sellaisessa yhteydessä samanaikaisesti vireillä olleeseen rikosasiaan, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen asiaa koskeva oikeuskäytäntö huomioon ottaen A:lla oli pesäluettelo vannotessaan *ollut oikeus olla ilmoittamatta* omaisuuttaan siltä osin kuin hänet oli tuomittu rangaistukseen törkeästä velallisen petoksesta. Tuomio purettiin ja syyte hylättiin. A *vapautettiin myös vahingonkorvausvastuusta*. Korkein oikeus katsoi, ettei *vastaaja ollut syyllistynyt rangaistavaan menettelyyn* jättäessään omaisuuttaan ilmoittamatta. Sanamuoto huomioon ottaen itsekriminointisuoja näyttäisi toimineen oikeuttamisperusteena ja kysymyksessä olisikin siten ollut rikosoikeudellisesti sallittu teko.

Kyseinen tapaus sai jatkoa korkeimman oikeuden tapauksesta KKO 2010:41. Vastaaja (jatkossa B) oli tuomittu rangaistukseen törkeästä kätkemisrikoksesta sillä perusteella, että hän oli erilaisilla toimenpiteillään peittänyt ja häivyttänyt sellaista omaisuutta, joka oli katsottu A:n edellä mainitulla törkeällä velallisen petoksella (ts. rikoksella RL 32:1.2 (1304/1993) ja RL 32:6 (61/2003)) hankkimaksi. Korkein oikeus katsoi tässä tapauksessa, että *itsekriminointisuojan vaikutus kohdistui vain A:han* ja hylkäsi kätkemisrikoksesta tuomitun purkuhakemuksen. Itsekriminointisuoja on oikeuttanut A:n pysymään konkurssimenettelyssä passiivisena ja olemaan antamatta tietoja, jotka velallisena hänen olisi muutoin tullut antaa. A on ollut pesäluettelo vannotessaan *oikeudellisessa ristiriitatilanteessa*. Vastaajalta silloisessa asemassaan *ei siis*

⁶⁴ Frände 2011 s. 4.

⁶⁵ Frände 2005 s. 183.

ole voitu vaatia muunlaista suhtautumista. Lausumat viittaavat itsekriminointisuojan luonteeseen anteeksiantoperusteena.

Korkein oikeus joutui siis pohtimaan, kuinka käsitteeseen ”rikoksella hankittua” vaikuttaa se, ettei A:ta voida rangaista itsekriminointisuojan vuoksi velallisen petoksesta. Onko kysymys edelleen rikoksesta?⁶⁶ Miten itsekriminointisuoja istuu rikoksen rakenteeseen ja mikä merkitys itsekriminointisuoja on rikokseen osallisille, kun suoja on käsillä yhtä aikaan rangaistusuhalla tehostetun totuusvelvollisuuden kanssa?⁶⁷

4.1. Lyhyesti vastuusta vapauttavista seikoista

Rikos on tunnusmerkistön mukainen oikeudenvastainen ja syyllisyyttä osoittava ihmellinen teko. Kun konkreettista tapahtumaa ryhdytään arvioimaan rikosoikeudellisesta näkökulmasta, aloitetaan kysymällä, oliko teko tunnusmerkistön mukainen, eli prima facie kielletty. Tämän jälkeen tarkistetaan, oliko teko näissä olosuhteissa kielletty (siis soveltuuko mikään oikeuttamisperuste), minkä jälkeen on todettava tekijän syyntakeisuus ja toimiko tekijä tahallaan tai huolimattomasti. Näiden kysymysten jälkeen harkittavaksi tulee mahdollisten anteeksiantoperusteiden soveltuminen.⁶⁸ Vastuuvapausperusteisiin kuuluvat muun muassa syyntakeettomuuden perusteet, erehdystilanteet, oikeuttamisperusteet sekä syyllisyyden poistavat anteeksiantoperusteet, samoin laajassa mielessä henkilökohtaisen rangaistuksen poistamisperusteet, kuten yrityksestä luopuminen ja tehokas katumus sekä vanhentumista ja parlamentaarista immuniteettia koskevat säännökset.⁶⁹

4.2. Itsekriminointisuoja ja tunnusmerkistön mukaisuus

Rangaistava vääryys on määritelty yksittäisissä rikostunnusmerkistöissä. Normaali-tapauksessa tunnusmerkistön mukainen teko on samalla oikeudenvastainen. Rikoksen tunnusmerkistöstä käy ilmi oikeushyvä tai suojeleobjekti, jota kriminalisoinnilla on tarkoitus suojella. Nyt käsillä olevan velallisen petoksen suojeleobjektina ovat velkojien oikeudet. Itsekriminointisuojan vuoksi velkojien oikeudet ovat ristiriidassa henkilön persoonallisuuden suojan (ts. itsemääräämisoikeuden/oikeuden olla myötävai-

⁶⁶ Frände 2011 s. 5.

⁶⁷ VKSV Dnro 32/34/09 s. 12–13.

⁶⁸ Nuutila 1997 s. 86. Kts. myös Frände 2005 s. 13 Frände sijoittaa tahallisuuden ja huolimattomuuden tunnusmerkistön mukaisuuteen: ”ensin tutkitaan, ovatko tietyn rangaistussäännöksen kaikki tunnusmerkit käsillä; kuuluuhan tahallisuusvaatimus ja huolimattomuusvaatimus juuri tunnusmerkistöön.” Frände on todennut, että tahallisuuden ja huolimattomuuden sijoittamisesta ei johdu mitään sisällöllisiä seurauksia yksittäisille rikoksen edellytyksille.

⁶⁹ HE 44/2002 vp ja Frände 2005 s. 303.

kuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen), eli ihmis- ja perusoikeuden kanssa. Voiko jokin reaalia maailman tapahtumasarja edes täyttää rikoksen tunnusmerkistön, jos tunnusmerkistö itsekriminointisuoja tapauksessa tavallaan itsessään sisältää ihmis- oikeusloukkauksen tullessaan sovelletuksi? Muun muassa Frände ja Illman ovat kat- soneet, että teko jäisi itsekriminointisuoja tapauksissa tunnusmerkistön ulkopuolelle.⁷⁰ Ajatuksellisesti itsekriminointisuoja rinnastuisi heidän mukaan tällöin esimerkiksi lupaan myydä tupakkatuotteita tai huumausaineeksi luokiteltavia lääkevalmisteita.⁷¹

Tilanne muistuttaa mielestäni perusoikeuspunnintaa esimerkiksi sananvapausrikos- jutuissa. Niissä vastakkain ovat usein perusoikeuksina sananvapaus ja esimerkiksi yk- sityiselämän suoja tai kunnia. Yksityiselämää loukkaava tiedon levittämistä koskeva rikoslain tunnusmerkistö väistyy, mikäli sananvapaus katsotaan perusoikeuspunnin- nassa yksittäistapauksessa arvokkaammaksi suojeltavaksi oikeudeksi. Kysymyksessä ovat tasavahvat oikeudet. Jos ajatellaan, että joku julkaisee toisesta loukkaavaa aineis- toa pysyen kuitenkin sananvapauden sallimissa rajoissa kritisoidessaan esimerkiksi vallanpitäjää, niin sananvapausrikoksen tunnusmerkistö jää täyttymättä. Sananvapaut- ta ei pidetä oikeuttamisperusteena, vaan seikkana, joka vaikuttaa tunnusmerkistön tul- kintaan supistavasti. Nyt kysymyksessä olevan velallisen petoksen tunnusmerkistö on edellä kerrotuista esimerkeistä hankalampi, koska jos henkilö on syyllistynyt rikoslain 39 luvun 1 §:n mukaiseen velallisen epärehellisyyteen ja on sen lisäksi konkurssissa tai ulosottomenettelyn kohteena, tietoja sanktiouhan alaisena ilmoittamalla hän kertoo itseään raskauttavia seikkoja, mutta salaamalla tietoja tai ilmoittamalla vääriä tieto- ja hän syyllistyy velallisen petokseen. Velallisen petoksen tunnusmerkistö tavallaan täyttyy juuri sillä menettelyllä, minkä itsekriminointisuoja poikkeuksellisesti sallii.

Sananvapaustilanteessa tuomioistuin ei sovelle yksityisyyttä loukkaavaa tiedonle- vittämistä tai kunnianloukkausta koskevia tunnusmerkistöjä, vaikka niiden tunnus- merkistö sinänsä täyttyy, vaan sananvapaus katsotaan ”suuremmaksi” tai ”painavam- maksi” oikeushyväksi. Näin pitäisi olla myös velallisen petoksen tunnusmerkistön kohdalla. Tunnusmerkistöä ei sovelleta, koska itsekriminointisuoja on vahva perus- ja ihmisoikeus, jonka käyttämistä ei saa rangaista. Tähän liittyen voidaan todeta myös, mitä perustuslakivaliokunta on mietinnössään hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta lausunut: ”Tavallisella lailla ei voi säätää pe- rusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta.”⁷²

Kysymys on myös siitä katsotaanko itsekriminointisuojan olevan absoluuttinen vai relatiivinen oikeus. Mikäli kysymyksessä on absoluuttinen oikeus ja itsekriminointi- suojan syntymiselle asetetut edellytykset täyttyvät, tarkoittaisi se mielestäni kaikissa tapauksissa, että tunnusmerkistöä ei sovellettaisi. Mikäli kysymys on relatiivisesta oi-

⁷⁰ Frände 2009 s. 379. ”På den som skyddas av förbudet tillämpas kriminaliseringen över huvud taget inte alls. Kriminaliseringen skall läsas: 'Den som inte misstänks för ett brott som hör samman med den aktuella upplysningsskyldigheten skall utföra handlingen x'” VKSV Dnro 32/34/09 s. 14.

⁷¹ Frände LM 2/2011 s. 5.

⁷² PeVM 25/1994 vp s.5.

keudesta, voi tuomioistuimella olla harkintavaltaa eri oikeuksien punninnassa. Tapaus Saunders antaa ymmärtää, että ainakin oikeus vaieta olisi absoluuttinen oikeus, kun perusteluissa todetaan, ettei oikeuden toteutuminen ole riippuvainen siitä minkälaisesta rikollisuudesta kulloinkin on kyse. Toisaalta tapauksessa *John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta* annetaan ennemminkin painoarvoa sille miten oikeudenmukainen oikeudenkäynti kokonaisuudessaan on. Näin myös rikosprosessin realiteetit voidaan ottaa paremmin huomioon.⁷³

Punnintamalli ei myöskään ole täysin vieras tässä asiayhteydessä. Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 1996:101 oli kysymys TLL 58 §:n mukaisesta auttamisvelvollisuudesta. Korkein oikeus totesi, ettei säännöksen noudattamisesta seuraa, että liikenneonnettomuuteen osallisella ja rikokseen syylliseksi epäillyllä ei olisi niitä oikeuksia, jotka syylliseksi epäilylle on taattu. Käräjäoikeus oli tässä tilanteessa ratkaissut asian intressipunninnalla. Kysymyksessä olevassa tapauksessa vallitsi ihmisoikeuskollisio, eli ristiriidassa olivat toisaalta oikeus henkeen ja terveyteen ja toisaalta oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyyden selvittämiseen. Käräjäoikeus katsoi hengen ja terveyden arvokkaammiksi oikeuksiksi. Myös Turun hovioikeus on ratkaissut 29.10.1993 kyseistä lainkohtaa koskevan tapauksen intressipunninnalla ja pitänyt oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen arvokkaampana oikeutena. Ristiriidassa olivat sen mielestä kyseisessä tilanteessa henkilö- ja omaisuusvahinkojen vahingonkorvaus- ja rikosoikeudellisten vastuukysymysten selvittäminen ja itsekriminointisuoja, ei niinkään henki ja terveys ja itsekriminointisuoja.⁷⁴

Kun itsekriminointisuoja pitää sisällään epäillyn oikeuden pysyä vaieti ja vaietiolo-oikeus taas pitää sisällään muun muassa oikeuden valehdella, ei esimerkiksi sillä, antaako velallinen vääriä tietoja, siis valehtelee, tai jättääkö antamatta tietoja, ole velallisen petoksen tunnusmerkistön täyttymisen kannalta merkitystä, jos itsekriminointisuojan syntymiselle vaaditut kriteerit täyttyvät. Tunnuksmerkistöä ei sovelleta ja samalla myös osallisten vastuu sulkeutuu pois.

4.3. Itsekriminointisuoja oikeuttamisperusteena

Laissa säädettyjä oikeuttamisperusteita ovat muun muassa hätävarjelu (RL 4 luku 1 § 1 momentti) ja pakkotila (RL 4 luku 5 § 1 momentti). Kun teko katsotaan oikeudenmukaiseksi, käytetään laissa termiä ”sallittu”. Oikeudenmukainen teko on teko, joka on oikeusjärjestyksen tavoitteiden mukainen ja siihen jokaisella on oikeus. Usein tekoon voi olla jopa (ainakin moraalinen) velvollisuus. Oikeuttamisperusteen käsillä ollessa tekijälle ei voida tuomita rangaistusta, menettämisseuraamuksia tai vahingon-

⁷³ Trechsel 2005 s. 344–345.

⁷⁴ Ervo 2003 s. 19.

korvausvelvollisuutta.⁷⁵ Teon ollessa oikeudenmukainen, koskee vastuuvapaus kaikkia tekoon osallisia.

Purkaessaan A:ta vastaan tuomion velallisen petoksesta ja hylätessään tätä koskevan syytteen, korkein oikeus totesi, että ”A:lla on ollut oikeus kieltäytyä ilmoittamasta pesäluetteloa vannoessaan syytekohtissa 1 a – 1 e mainittua omaisuutta Sen vuoksi hän ei ole syyllistynyt törkeään velallisen petokseen...”, ja vielä ”Koska A ei ole syyllistynyt rangaistavaan menettelyyn syytekohtien 1 a – 1 e osalta, hän ei ole velvollinen korvaamaan konkurssipesälle näihin syytekohtiin perustuvia vahinkoja.” Perustelut vaikuttavat pitävän sisällään ajatuksen siitä, että itsekriminointisuoja olisi rinnastettu oikeuttamisperusteeseen tai ainakin sillä näyttäisi olevan aivan samankaltaiset oikeusvaikutukset.

Edellä mainitun kätkeyttäjä B:n hakiessa oman tuomionsa purkua luulisi edellä mainituilla perusteilla, että korkein oikeus hyväksyisi hakemuksen, koska A:n teko oli ollut oikeutettu. Näin ei kuitenkaan käynyt, vaan korkein oikeus hylkäsi B:n purkuhakemuksen.

Kysymyksessä on äänestyspäätös, jossa kolme eri mieltä ollutta oikeusneuvosta hyväksyi esittelijän mietinnön. He olisivat hylänneet törkeää kätkemisrikosta koskevan syytteen ja purkaneet tuomion.⁷⁶ Heidän mielestään itsekriminointisuoja ei liity yksittäiseen henkilöön tai tämän henkilökohtaisiin olosuhteisiin. Suoja kuuluu EIS 6 artiklan turvaamana oikeutena kaikille vastaavassa asemassa oleville eikä oikeudenkäynti, jossa sitä on rikottu ole ollut oikeudenmukainen. Heidän mielestään ratkaisusta KKO 2009:80 nimenomaan ilmenee, että itsekriminointisuoja on merkitystä arvioitaessa sitä, *voidaanko henkilön katsoa syyllistyneen rikokseen* itsekriminointisuojan vastaisesti vaadittujen tietojen antamatta jättämisen perusteella; A:lla on ratkaisun perusteella ollut *oikeus* menettelyynsä, eikä hänen siten voida katsoa tehneen sitä rikosta, jolla hankitun omaisuuden peittämisestä ja häivyttämisestä B:tä on syytetty. Itsekriminointisuoja olisi siten aineellisoikeudellisia vaikutuksia.⁷⁷ Muutoin itsekriminointisuojan vaikutukset rajoittuvat pitkälti todistusoikeuden piiriin.

4.4. Itsekriminointisuoja – erityinen henkilöön liittyvä olosuhde

Rikoslain 5 luvun 7 §:ssä säädetään: ”Erityinen henkilöön liittyvä olosuhde, joka poistaa jonkin teon rangaistavuuden taikka vähentää tai enentää sitä, koskee se ainoastaan mainitussa suhteessa olevaa tekijää, yllyttäjää tai avunantajaa. Yllyttäjää tai avunantajaa ei vapauta rangaistusvastuusta se, ettei häntä koske sellainen erityinen henkilöön liittyvä olosuhde, joka perustaa tekijän teon rangaistavuuden.” Nämä perusteet voi-

⁷⁵ HE 44/2002 vp s. 99.

⁷⁶ Molemmissa tapauksissa asian ovat ratkaisseet täysistunnossa samat henkilöt.

⁷⁷ Näin itsekriminointisuoja on sovellettu Ruotsissa muun muassa tapauksessa NJA 2001 s. 563. Kts myös Koponen 2006 s. 138–139.

daan jaotella sen mukaan vaikuttavatko ne vain tekijän syyllisyyteen vai sisältyvätkö ne tunnusmerkistökuvaukseen. Ensin mainittuja (subjektiivisesti henkilökohtaisia olosuhteita) ovat esimerkiksi alentunut syyntakeisuus, nuoruus ja uusiminen. Jälkimmäisistä rangaistuksen poistavista olosuhteista esimerkkeinä (tunnusmerkistöstä ilmenevä objektiivisesti henkilökohtainen olosuhde) mainittakoon lähisukulaisuus törkeän rikoksen ilmoittamatta jättämisessä (RL 15 luku 10 §) ja rikosentekijän suojelemisessa (RL 15 luku 11 §). Tunnusmerkistöjä ei sovelleta rikosentekijän lähisukulaiseen.⁷⁸

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2010:41 eri mieltä olleet jäsenet ovat todenneet perusteluissaan, ettei itsekriminointisuoja liity yksittäiseen henkilöön tai tämän henkilökohtaisiin olosuhteisiin, vaan se kuuluu EIS 6 artiklan turvaamana oikeutena kaikille vastaavassa asemassa oleville. Enemmistön perusteluissa taas todetaan, että ”kysymyksessä on ollut B:tä (tässä esityksessä siis A:ta) rangaistusseuramuksilta suojannut vastuuvapausperuste, jonka oikeusvaikutukset ulottuvat vain itse tekijään.”⁷⁹

Voidaanko siis ajatella, että itsekriminointisuoja olisi rinnastettavissa tilanteisiin, joissa päätekijä on alentuneesti syyntakeinen, nuori tai hänen kohdaltaan rikos on vanhentunut? Ennen kuin syytetty voi saada itsekriminointisuoja, täytyy häneen voida liittää varsin ”erityiset olosuhteet”, joita edellä on tarkemmin selostettu. Itsekriminointisuoja tarkoitukseltaan ei mielestäni ole löydettävissä pitävää syytä sille, miksi itsekriminointisuoja tulisi ulottua rikoksen osallisiin. Jos itsekriminointisuoja rinnastettaisiin rangaistuksen poissulkeviin perusteisiin ja todettaisiin sen olevan henkilöön liittyvä erityinen olosuhde, osalliset voisivat joutua rangaistusvastuuseen avunannosta tai yllytyksestä, eikä myöhemmin anteeksiantoperusteen yhteydessä mainittua välillistä tekijää koskevaa säännöstä tarvitsisi soveltaa.⁸⁰

4.5. Itsekriminointisuoja anteeksiantoperusteena

Anteeksiantoperuste poistaa tekijän syyllisyyden, eikä häneen voida kohdistaa moitetta. Kysytään: mitä asianomaiselta henkilöltä voidaan yleensä tai teon olosuhteissa edellyttää? Onko anteeksiantoperusteena oleva seikka vaikuttanut tekijän kykyyn ja mahdollisuuksiin valita sallitun ja kielletyn käyttäytymisen välillä? Puhutaan myös toisintoimimismahdollisuudesta. Teko itsessään säilyy kuitenkin moitittavana ja hylättävänä. Anteeksiantoperusteet liittyvät kiinteästi tekijän henkilöön, ja kuten edellä

⁷⁸ Nuutila 1997 s. 360 ja HE 44/2002 vp s. 158.

⁷⁹ Frände 2011 s. 6. Frände on kiinnittänyt huomiota luonnollisesti myös siihen, että ensin täytyy olla ajateltavissa sellainen avunannon tai yllytyksen muoto, joka voisi ylipäätään aktualisoitua sanktioidun ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnin yhteydessä, ennen kuin on edes merkitystä sillä, minä vastuuvapausperusteena itsekriminointisuoja pidetään.

⁸⁰ Frände 2005 s. 285.

on todettu, se ei poista tekijän vahingonkorvausvelvollisuutta.⁸¹ Tällaisia syyllisyyden poistavia vastuuvapausperusteita ovat syyntakeettomuus, puuttuva vastuikä, hätävarjelun liioittelu, voimakeinojen käytön liioittelu, anteeksiannettava pakkotilateko, esimiehen käsky ja kieltöerhdys. Laissa on käytetty ilmausta ”tekijä on kuitenkin rangaistusvastuusta vapaa, mikäli kysymys on anteeksiantoperusteesta.”⁸²

Jos päätekijään sovelletaan anteeksiantoperustetta, ei se vapauta muita tekoon osallisia rikosvastuusta. Tämä johtuu siitä, että Suomen rikosoikeudessa on voimassa osallisuustekojen liitännäisyyden (aksessorisuuden) vaatimus. Avunannon tai yllytyksen kohteen tulee olla rikos. Jos siis henkilö on edistänyt tunnusmerkistön mukaista ja oikeudenvastaista tekoa, joka ei kuitenkaan ole syyllisyyttä osoittava, niin kysymyksessä ei ole rangaistava avunanto.⁸³ Tällöin tulee sovellettavaksi RL 5 luvun 4 §:ssä säädetty välillistä tekemistä koskeva lainkohta, jotta rikosvastuu saadaan asianmukaisella tavalla kohdennettua.⁸⁴

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2010:41 ei ollut kysymys suoranaisestä avunannosta velallisen petokseen, vaan edellä kuvatulla tavalla kätkemisrikoksesta ja sen tunnusmerkistön edellytyksestä ”rikoksella hankittu”. Lainsäädännössä ei ole edellytetty, että esirikos olisi konkreettisesti rangaistava. Tuomion perusteluissa on todettu, että A:ta on koskenut pesäluettelon vannomistilanteessa oikeudellinen ristiiriittilanne. Se on ratkaistu tapauksessa KKO 2009:80 sillä, että velvollisuus tietojen antamiseen konkurssimenettelyssä ja sen myötä rangaistusvastuu velvollisuuden rikkomisesta ovat hänen osaltaan väistyneet. Häneltä ei silloisessa asemassaan ole voitu vaatia muunlaista suhtautumista. A:ta on katsottu suojanneen vastuuvapausperuste, jonka oikeusvaikutukset rajoittuvat vain itse tekijään. Perusteluissa todetaan, että vaikka A:n menettely on täyttänyt velallisen petoksen tunnusmerkistön, ei sitä edellä mainitut perustelut huomioon ottaen voitu lukea hänen syyksi.⁸⁵ Tapani on kommentoinut edellä mainittua ratkaisua ja tullut siihen johtopäätökseen, että edellä mainituilla argumenteilla korkein oikeus on selvästi päätenyt rinnastamaan itsekriminointisuojaan anteeksiantoperusteeseen.⁸⁶ Mistään korkeimman oikeuden perustelujen kohdasta ei kuitenkaan ole suoraan luettavissa tätä, vaan kysymys on siitä, mitä korkeimman oikeuden voidaan *olettaa* tarkoittaneen. Frände onkin omassa artikkelissaan huomauttanut, että näyttää siltä kuin korkein oikeus olisi antanut moraalisten näkökohtien muodostua lopputuloksen kannalta ratkaiseviksi. Sitä ei vain ole kirjoitettu avoimesti perusteluihin.⁸⁷

⁸¹ HE 44/2002 vp s. 99–100 ja KKO 2010:41 perustelujen kohta 11.

⁸² Frände 2005 s. 183 .

⁸³ Frände 2005 s. 281 ja 285.

⁸⁴ RL 5 luku 4 § kuuluu: Tekijänä tuomitaan se, joka on tehnyt tahallisen rikoksen käyttäen välikappaleena toista, jota ei voida rangaista siitä rikoksesta syyntakeettomuuden tai tahallisuuden puuttumisen vuoksi taikka muusta rikosoikeudellisen vastuun edellytyksiin liittyvästä syystä.

⁸⁵ Perustelujen kohdat 15–18.

⁸⁶ Tapani 2010 s. 341.

⁸⁷ Frände 2011 s. 7.

5. Johtopäätökset

Itsekriminointisuoja yhdessä esimerkiksi *ne bis in idem* -säännön kanssa ovat tällä hetkellä oikeustieteilijöiden ja käytännön tuomioistuinjuristien niin sanottuja ”kuumia perunoita”. Korkein oikeus on lyhyen ajan sisällä antanut useita varsin merkittäviä ratkaisuja, jotka perustavalla tavalla vaikuttavat niin esitutkintaan, syyteharkintaan kuin tuomioistuiimiin niiden harkitessa kysymystä henkilön syyllistymisestä rikokseen ja sen toteennäyttämistä. Kaikkien rikosprosessiketjun toimijoiden on oltava ”hereillä” sen kysymyksen suhteen, *miten* näyttö hankitaan ja on hankittu ja *mitä* näyttöä voidaan hyödyntää rikosoikeudenkäynnissä.

Itsekriminointisuoja yksittäistapauksessa tulee käsittääkseni arvioida nykyisen oikeuskäytännön valossa seuraavalla tavalla:

Jos tietoja vaadittaessa henkilö on jo syyllistynyt johonkin rikokseen aikaisemmin...

1. ...jonka osalta häneen on kohdistunut *criminal charge* ja
2. tietoja vaaditaan sakon, vankeuden tai muun rangaistuksen/pakon uhalla
3. ja vieläpä siten, että hän voi perustellusti arvella vaadittujen tietojen koskevan juuri kyseistä rikosta ja niiden antaminen heikentäisi hänen puolustautumismahdollisuuksiaan tai ainakin syyttäjä voisi välillisesti käyttää vaadittuja tietoja tukemaan mahdollista syytettä ja tiedot saattaisivat siten olla hänen näkökulmaansa merkityksellisiä rikosasiassa.
4. Hän ei myöskään voisi mihinkään kansalliseen lainsäädäntöön sisältyvän tai vaikiintuneen oikeuskäytännön nojalla sulkea pois sitä mahdollisuutta, että tietoja käytettäisiin häntä vastaan mahdollisessa tulevassa tai käynnissä olevassa rikosoikeudenkäynnissä.

Kyseisen henkilön ei tällöin tarvitsisi antaa tietoja, eikä häntä voitaisi tietojen antamatta jättämisestä tai väärien tietojen antamisesta rangaista. Ainoa ajateltavissa oleva ja velkojien sekä verottajan intressit turvaava keino olisi säätää oikeudenkäymiskäärteen itsekriminointisuojarilanteita koskeva todisteiden hyödyntämiskieltopykälä, kuten jo Tapanila on tekstissään esittänyt.⁸⁸ Kysymys olisi kiellosta käyttää edellä kuvatuin tavoin saatuja tietoja rikosprosessissa, mutta se ei estäisi velkojia tai verottajaa saamasta osuuttaan rikoksellakin hankitusta varallisuudesta. Henkilö, jolta tietoja on painostamalla vaadittu, ja jotka hän on joutunut antamaan, koska enää ei olisi vaaraa joutua syytteeseen kyseisten tietojen perusteella, olisi luonnollisesti edelleen rikosvastuussa ”päärikoksesta”⁸⁹. Syyttäjän vain täytyy pystyä näyttämään se toteen muilla keinoin. Hän ei myöskään voisi välttyä rikosoikeudelliselta vastuulta, mikäli hän rikosprosessin ulkopuolisessa menettelyssä uhan alaisena kieltäytyy antamasta tietoja

⁸⁸ Tapanila DL 5/2010 s. 584

⁸⁹ Esimerkiksi velallisen epärehellisyydestä.

tai antaa vääriä tietoja vedoten siihen, että muuten hän saattaisi tulla selvittäneeksi edellä mainittua ”päärikosta”. Kysymys olisi silloin ns. rikoksesta itsessään, kuten esimerkiksi velallisen petoksesta. Tilanteiden moninaisuuden vuoksi pykälä voisi olla sanamuodoltaan avoin, mikä jättäisi tuomioistuimille paljon harkintavaltaa. Tilanne ei siten kyllä paljoo paranisi nykyisestä. Toinen vaihtoehto olisi yrittää määritellä ainakin se, milloin tietojen voidaan katsoa annetun pakon alaisena ja kieltää sitten näin saatujen tietojen käyttäminen kyseistä henkilöä vastaan rikosoikeudenkäynnissä.

Viimeistään tällaisen pykälän säätämisen yhteydessä tulisi ottaa kantaa myös mahdollisuuden suunnata esitutkintaa sellaisten tietojen perusteella, jotka on joko kiellon vastaisesti hankittu tai tavalla tai toisella päätyneet esitutkintaviranomaisen haltuun. Valtakunnansyyttäjänvirasto pyysi lausussaan konkurssilainsäädännön uudistamista koskevasta työryhmän mietinnöstä ottamaan kantaa tähän kysymykseen. Kuten edellä olen jo todennut, hallituksen esityksessä uudeksi pakkokeinolaisiksi mahdollistetaan salaisten pakkokeinojen käyttämisen yhteydessä saadun ylimääräisen tiedon käyttäminen esitutkinnan suuntaamiseksi.⁹⁰ Työryhmä ei katsonut lainkaan tarpeelliseksi säätää kansallisessa laissa itsekriminointisuoja koskevista määritelmistä.⁹¹

Tilanteessa, jossa henkilö salaamalla tai kieltäytymällä luovuttamasta tietoja tai laiminlyömällä jonkin laissa säädetyn⁹² toimimisvelvollisuuden, syyllistyy johonkin rikokseen, mutta toimimalla vaaditulla tavalla paljastaa tai saattaa itsensä syytteen vaaraan toisesta rikoksesta, käynnistyy väistämättä pohdinta myös itsekriminointisuojan luonteesta vastuusta vapauttavana seikkana. Mielestäni on mahdollista ajatella asiaa niin, että sen rikoksen tunnusmerkistö väistyy, joka rankaisisi tiedonanto- tai toimimisvelvollisuuden laiminlyönnistä, koska menettely on poikkeuksellisesti itsekriminoinnista johtuvista syistä sallittu. Tunnusmerkistö väistyy, koska kysymyksessä olisi painavampi perus-/ihmisoikeus kuin rangaistuspykälän suojaama oikeus. Ennen edellä kuvattua tulkintaa tulisi myös ratkaista, onko itsekriminointisuojoissa kysymys absoluuttisesta vai relatiivisesta oikeudesta.

Näyttää siltä, että korkein oikeus on kätkemistä koskevan tapauksen jälkeen mahdollisesti palaamassa sille linjalle, että itsekriminointisuojan oikeusvaikutukset rinnastuisivat oikeuttamisperusteen oikeusvaikutuksiin. Tapauksessa KKO 2009:80 korkein oikeus siis lausui, että A:lla on ollut *oikeus* kieltäytyä ilmoittamasta pesäluetteloa vannotessaan omaisuutta. Sen vuoksi hän ei ollut syyllistynyt törkeään velallisen petokseen. *A ei ole syyllistynyt rangaistavaan menettelyyn.*⁹³ Tämän jälkeen korkein oikeus antoi kätkemistä koskevan ratkaisunsa, jossa se totesi edellä mainitun menettelyn vastanneenkin olosuhteita, jossa vastuuvapausperuste on suojannut vain A:ta ja sen

⁹⁰ HE 222/2010 vp, esitetyn lain 10 luvun 56 §:n perustelut.

⁹¹ Kts. OMMML73/2010 s. 14 ja 26, korkeimman oikeuden antaman lausunon johdosta OH2010/191, 2.12.2010 Nro 2407 sekä VKSV:n lausunon mietinnön johdosta 18.11.2010 Dnro 76/61/10

⁹² ...ja miksei myös oikeuskäytännössä vakiintuneen...

⁹³ KKO 2009:80 perustelujen kohdat 38 ja 39.

oikeusvaikutukset ulottuivatkin vain häneen. Häntä oli koskenut oikeudellinen ristiriitatilanne. A:lta ei siis voitu vaatia muunlaista suhtautumista. A:n menettely on sinänsä täyttänyt velallisen petoksen tunnusmerkistön.⁹⁴ Kaikki lausumat viittaavat anteeksi-antoperusteeseen. Kuitenkin viimeisimmässä tapauksessa KKO 2011:46 korkein oikeus jälleen toteaa, ettei sitä, että A on antanut verotarkastuksessa vääriä tietoja, voida pitää rangaistavana. A ei siten ole syyllistynyt törkeään veropetokseen.⁹⁵

Tapaus KKO 2011:35, jossa korkein oikeus totesi, ettei henkilö tilanteessa nauttinut itsekriminointisuoja, koska hän ei ollut epäilty rikoksesta samaan aikaan, kun hänen olisi täytyntä velvollisuutensa verotusmenettelyssä täyttää, herättää kysymyksen pakon sekä termin *criminal charge* määrittelemisestä ja ajallisesta ulottuvuudesta. Verotusmenettelyssä henkilö, joka on tehnyt esimerkiksi jonkin velallisen rikoksen, on jatkuvasti tietoja antaessaan tai antamatta jättäessään ikään kuin uhan alaisena ja voisiko sanoa, että häneen kohdistuu ”jatkuva *criminal charge*”⁹⁶. Pakko- ja perustilanteessa verotusmenettelyssä toimii rangaistusuhka verorikoksesta, mikäli velvollisuutta tulojen ja varojen ilmoittamisesta ei täydy. Paine antaa vääriä tietoja tai laiminlyödä velvollisuus aikaisemman rikoksen peittämiseksi on olemassa. Korkeimman oikeuden tapauksessa ilmoittamisvelvollisuuden laiminlyönti on mitä ilmeisimmin noussut esiin vasta, kun verovelvollista on viranomaisen toimesta jostakin syystä alettu ensin epäilemään velallisen epärehellisyydestä ja vasta tämän jälkeen on todettu, ettei hän ollut ilmoitusvelvollisuuttaan täyttänyt. Kysymys on kuitenkin ollut rikollisesti saaduista varoista, jotka ilmoittamalla henkilö olisi mahdollisesti saattanut itsensä syytteen vaaraan aikaisemmasta rikoksesta. *Allen*-tapauksen selkeä ohje on se, ettei itsekriminointisuoja ole loukattu, milloin kysymys on rikoksesta itsestään, ei mahdollisen aikaisemman rikoksen selvittämisestä. Nyt vastaajaa oli syytetty molemmista rikoksista⁹⁷ yhtäaikaaisesti. EIT:n käytännön mukaisesti, jonka korkein oikeus on omaksunut, tietojen merkitystä tulee arvioida syytetyn näkökulmasta ja niillä tiedoilla, joita hänellä on ollut tietojen vaatimista koskevana ajankohtana. *J.B. v. Sveitsi*-tapauksessa ei näköpiirissä ollut lainkaan rikosprosessia, mutta tiedonantovelvollisen kannalta oli todellinen riski siitä, että annettuja tietoja olisi käytetty mahdollisessa rikosprosessissa, eikä hänellä ollut keinoja estää sitä. Itsekriminointisuoja oli loukattu. *Allen*-tapauksessa, johon myös korkein oikeus ratkaisussaan viittaa, henkilöä oli siis syytetty ainoastaan rikoksesta, jossa hän oli antanut verotusmenettelyssä vääriä tietoja ja EIT:n ratkaisukäytännön mukaisesti ei itsekriminointisuoja ollut loukattu, vaikka taustalla olikin mahdollisesti jokin aikaisempi rikos, jonka jäljet oli näin pyritty hävittämään. Korkeimman oikeuden tapauksessa kysymys oli myös aikaisemmasta rikoksesta ja *sen lisäksi* kyseisen rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn ilmoittamatta jättämisestä verotusmenettelyssä.

⁹⁴ KKO 2010:41 perustelujen kohdat 14–17.

⁹⁵ KKO 2011:46 perustelujen kohta 19.

⁹⁶ Kts. edellä mitä otsikolla ”Samanaikaisuusvaatimus” on kirjoitettu.

⁹⁷ ...siis velallisen epärehellisyydestä ja näin saatujen varojen verotuksessa ilmoittamatta jättämisestä.

Myös tapauksessa KKO 2011:52 korkein oikeus toteaa toimimisvelvoitteen laiminlyöjän velvollisuudeksi niin ikään ”paljastaa rikoksensa”, koska hän ei ollut minkään sellaisen ulosottomenettelyn kohteena, jossa hänen olisi tullut rangaistuksen uhalla paljastaa varojen alkuperä. Tulevia tapauksia ajatellen velallisen epärehellisyysrikoksen tehnyt joutuu miettimään, toimiiko lainmukaisesti ja maksaa rikollisesti hankkimillaan rahoillaan ulosottovelkojaan, mutta saattaa itsensä silloin myös syytteen varaan vai jättääkö tämän velvollisuuden noudattamatta ja syyllistyy siten mahdollisesti velallisen rikokseen.

Jos pidetään mielessä, mitä itsekriminointisuoja on tarkoitus puhtaimmillaan suojata ja minkä tyyppisestä perus-/ihmisoikeudesta oikein on kysymys, palataan Pölösen esittämään näkemykseen siitä, että itsekriminointisuoja kuuluu kaikille ihmisille jokaisessa tilanteessa, mahdollisista käynnissä olevista rikosten selvittelyprosesseista riippumatta. Mikäli itsekriminointisuoja tulkittaisiin supistavasti siten, että se olisi voimassa vain sellaisina hetkinä, kun tiedossa on jokin rikosprosessi, mahdollistetaan koko oikeusturvatakeen helppo kiertäminen.⁹⁸

Ennen kuin oikeudenkäymiskaareen saadaan säädettyä tehokas itsekriminointisuojeiltilanteita koskeva hyödyntämiskieltoykalä, toteutuu itsekriminointisuoja ainoastaan yksittäistapauksittain ja jälkikäteen. Tähän on kiinnittänyt huomiota myös korkeimman oikeuden presidentti Koskelo korkeimman oikeuden puolesta antamassaan lausumassa konkurssityöryhmän mietintöön. Hän toi selvästi esiin, että vallitseva tilanne on tuomioistuinten kannalta kestävä ja jopa perustuslainvastainen.⁹⁹

Lähteet

Kirjallisuus ja virallislähteet

Frände, Dan: KKO 2010:41 ja sen arviointi laajemmassa kontekstissa. Lakimies 2/2011 s. 1–7.

Frände, Dan: KKO 2009:80 ja sen arviointi. Lakimies 2/2010, s. 233–237.

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Helsinki 2005.

Frände, Dan: Finsk straffprocessrätt I. Helsinki 1999.

Ervo, Laura: Nemo tenetur se ipsum accusare – myötävaikuttamattomuusperiaatteen sisältö ja rajat. Teoksessa Matkalla pohjoiseen – professori Jyrki Virolaisen juhlaKirja 26.2.2003. Rovaniemi 2003.

Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi (HE 82/1995 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi poliisilain muuttamisesta (HE 34/1999 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi (HE 44/2002 vp)

⁹⁸ Virolainen-Pölönen 2004 s. 309.

⁹⁹ Korkeimman oikeuden lausunto OH2010/191, 2.12.2010 Nro 2407.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta (HE 52/2002 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamiseksi (HE 26/2003 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi (HE 222/2010 vp)

Koponen, Pekka: Itsekriminointisuoja. Teoksessa Jääskeläinen, Petri et al.(toim.): Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. Helsinki 2006.

Korkeimman oikeuden lausunto OH2010/191, 2.12.2010 Nro 2407.

Nuutila, Ari-Matti: Saako rikoksella saadut varat salata ulosotossa ja verotuksessa. Teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta, Jyväskylä 2001.

Nuutila, Ari-Matti: Rikoslain yleinen osa. Jyväskylä 1997.

Oikeusministeriön työryhmän asettamispäätös 14.1.2010, OM 1/41/2010.

Oikeusministeriö Konkurssilain tarkistaminen -työryhmän mietintö OMMML 73/2010: Konkurssilain tarkistaminen 30.9.2010.

Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (PeVM 25/1994 vp)

Pölonen, Pasi: Henkilötodistelu rikosprosessissa, Jyväskylä 2003.

Tapani, Jussi: Itsekriminointisuoja ja ulosottovelallisen ilmoitusvelvollisuus, s. 432–443 teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein 2010 I, Hämeenlinna 2010.

Tapanila, Antti: Itsekriminointisuoja tiedonanto- ja toimimisvelvoitteen rajoitteena. Defensor Legis 5/2010, s. 559–584.

Trechsel, Stefan, with the assistance of *Sarah J. Summers*: Human Rights in Criminal Proceedings, Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York 2005.

Vihreä kirja syyttömyysolettamasta, KOM(2006) 174, Bryssel 26.4.2006.

Virolainen, Jyrki – Pölonen, Pasi: Rikosprosessioikeus 2. Rikosprosessin osalliset. Helsinki 2004.

VKSV lausunto konkurssilain tarkistaminen -työryhmän mietinnön johdosta 18.11.2010 Dnro 76/61/10.

VKSV/Ilman, Mika: Muistio 19.11.2009, Dnro 32/34/09, Alustavia näkökohtia ns itsekriminointisuojaan merkityksestä ratkaisun KKO 2009:80 valossa.

Vuorenpää, Mikko: Itsekriminointisuojaan tulkinta ja sen vaikutukset todisteluun. Teoksessa Juhlajulkaisu Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta. Turku 2011.

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Marttinen v. Suomi (21.4.2009)

Bykov v. Venäjä (10.3.2009)

V. v. Suomi (24.4.2007)

O'Halloran ja Francis v. Yhdistynyt kuningaskunta (29.6.2007)

Weh v. Itävalta (8.4.2004)

Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta (10.9.2002)

J.B. v. Sveitsi (3.5.2001)

Heany ja McGuinness v. Irlanti (21.12.2000)

Averill v. Yhdistynyt kuningaskunta (6.6.2000)

Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta (12.5.2000)

Teixeira de Castro v. Portugali (9.6.1998)

Serves v. Ranska (20.10.1997)

Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.12.1996)

Tora Tolmos v. Espanja (17.5.1995)
John Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.10.1994 EIT:A-300-A)
K v. Itävalta (26.5.1993)
Funke v. Ranska (25.2.1993)
Lüdi v. Sveitsi (15.6.1992, A 238)
Schenk v. Sveitsi (12.7.1988, A 140)

Korkein oikeus

KKO 1996:101
KKO 2002:116
KKO 2002:122
KKO 2009:27
KKO:2009:80
KKO 2010:41
KKO 2011:20
KKO 2011:35
KKO 2011:46
KKO 2011:52

Hovioikeudet

Helsingin hovioikeus 26.10.2005 (Dnro R 05/1005)
Kouvolan hovioikeus 14.9.2004 (Dnro R 04/493)
Turun hovioikeus 29.10.1993

Riikka Rask

Vihapuhe Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa

1. Johdanto

Tämä kirjoitelma käsittelee kriminalisoitua vihapuhetta ja sananvapautta, joiden välinen suhde on lähtökohtaisesti jännitteinen erityisesti poliittisen ja yhteiskunnallisen keskustelun yhteydessä. Poliittisen ja yhteiskunnallisen keskustelun on arvioitu muuttuneen luonteeltaan kovemmaksi ja kärkevämmäksi, ja myös äärilaitojen mielipiteet ovat tulleet laajemmin ja voimakkaamman esille. Mielipiteet ovat kärjistyneet muun muassa keskusteltaessa eri vähemmistöryhmien asemasta yhteiskunnassamme kuten ulkomaalais- ja maahanmuuttopolitiikasta sekä seksuaalivähemmistöjen asemasta. Keskustelun koventumiselle ja polarisoitumiselle on olemassa erilaisia syitä. Keskustelun siirtyminen internetin keskustelupalstoille on tarjonnut mahdollisuuden käydä keskustelua ja esittää mielipiteitä myös anonyymisti.

Mahdollisuus osallistua vapaaseen keskusteluun yhteiskunnallisista asioista on demokratian kulmakiviä. Ihmis- ja perusoikeuksista sananvapaus onkin yksi demokratian yhteiskunnan tärkeimmistä periaatteista, ja poliittinen sananvapaus kuuluu sen ydinalueelle. Sananvapaus sisältyy kaikkiin keskeisiin kansainvälisiin ja eurooppalaisiin ihmisoikeussopimuksiin sekä kansallisella tasolla perusoikeuksina muun muassa kaikkien Euroopan unionin jäsenvaltioiden perustuslakeihin. Toisaalta yleisesti hyväksytään, että rasistinen ja muu vastaava julkinen yllyttäminen syrjintään, vihollisuuksiin tai väkivaltaan loukkaa ihmisoikeuksia¹. Tällaisten viestien levittäminen ei kuulu sananvapauden suojan piiriin, vaan menettelyn kriminalisointi on sallittua myös sananvapauden näkökulmasta. Rikoslaisissa vihapuhe ja rasististen ilmaisujen levittäminen on kriminalisoitu 11 luvun 10 §:ssä nimikkeellä *kiihottaminen kansanryhmää vastaan*. Teon törkeästä tekemuodosta säädetään 11 luvun 10a §:ssä (jäljempänä myös RL 11:10/RL 11:10a ja kiihottamisrikos/törkeä kiihottamisrikos).

Kiihottamisrikos on yhtäältä niin sanottu sananvapausrikos. Sananvapausrikoksissa on kysymys siitä, että sisällöltään loukkaava tai uhkaava viesti tai kuva asetetaan yleisön saataville.² Tarkastelemalla suojeluobjekteja ja suojeltavia oikeushyviä voidaan

¹ HE 317/2010 vp s. 5. Nuutila – Nuotio 2009 s. 265.

² Muita sananvapausrikoksia ovat RL 17:1, RL 17:10, RL 17:8, RL 17:8a, RL 24:9–10, RL 24:8. Hanula – Neuvonen 2011 s. 527.

selvittää, minkälaisien tietojen esittäminen voi olla rangaistavaa.³ Toisaalta kiihottamisrikoksessa – kuten muissakin niin sanotuissa viharikoksissa⁴ – keskeiset tunnusmerkistökäsitteet liittyvät teon vaikuttimiin. Kiihottamisrikoksen kohteeksi valikoituu ihmisryhmä rasistisella tai muulla vastaavalla perusteella. Ryhmään kohdistuvan vihan lietsomisen motiivina on ennakkoluulo tai vihamielisyys tätä ryhmää kohtaan. Kiihottamisrikoksella ei ole asianomistajaa.

Kiihottamisrikosta koskevan säännöksen sisältöä ja tulkintaa sekä erityisesti sitä, miten sananvapaus rajoittaa po. rikoksen tunnusmerkistön tulkintaa on tarkasteltu kattavasti Mika Illmanin väitöskirjassa *Hets mot folkgrupp*⁵ vuodelta 2005. Aihetta on käsitelty myös Helsingin hovioikeuden laatuhankeen vuoden 2009 keväällä järjestetyn viestintäoikeus -kurssin puitteissa⁶ ja laadittu myös pro gradu -tutkielma⁷ vuonna 2010. Näiden tutkimusten jälkeen kiihottamisrikosta on muutettu 1.6.2011 voimaan tulleella lailla 511/2011.

Tässä työssä tarkastellaan merkittävimpiä RL 11:10:ään tehtyjä muutoksia. Muutosten tarkoituksena on ollut varmistaa, että rikoslaki täyttää Suomea sitovat eurooppalaiset rasismiin ja muukalaisvihaan liittyvät kriminalisointivelvoitteet. Eurooppalaisia velvoitteita selostetaan työn rajoitetun laajuuden johdosta vain lyhyesti luvussa 2. Luvussa 3 tarkastellaan rikoslakiin tehtyjä muutoksia koskien suojelun kohteena olevan ryhmän määrittelyn perustetta, rikoksen tekotapaa ja 11 lukuun lisättyä törkeää tekemuotoa 10a § sekä rikoksen suhdetta sananvapauteen. Oikeushenkilön rangaistusvastuuta on laajennettu siten, että se ulottuu myös rasistisiin rikoksiin. Oikeushenkilön rangaistusvastuu voinee Suomessa tulla kysymykseen vain poikkeustapauksissa, ja työn rajoitetun laajuuden takia lakimuutosta ei tältä osin selosteta. Rasistinen motiivi koventamisperusteena ei tule sovellettavaksi kiihottamisrikoksen yhteydessä, ja siksi myös koventamisperusteeseen tehdyt muutokset on rajattu työn ulkopuolelle.⁸

Kiihottamisrikoksesta ei ole olemassa korkeimman oikeuden ratkaisuja. Hovioikeustasoisista oikeuskäytäntöä on melko laajasti selostettu edellä mainituissa tutkimuksissa. Heiskanen havaintojen mukaan hovioikeuden ratkaisuissa ei ole juurikaan perusteltu sitä, että sananvapauden rajoittaminen perustuu Euroopan ihmisoikeussopimukseen (jäljempänä EIS). Suhdetta sananvapauteen on sen sijaan käsitelty myös valtakunnansyyttäjänviraston päätöksissä.⁹ Myös tuoreessa Kouvolan hovioikeuden

³ Ollila 2004 s. 137. Ollila on todennut näin ilmaisurikosten yhteydessä. Ilmaisurikos on laajempi käsite, joka kattaa myös suppeammalle ihmisryhmälle suunnatut viestit (Hannula – Neuvonen 2011 s. 527).

⁴ Rasistisia rikoksia tai viharikoksia ei ole määritelty lainsäädännössä tai kansainvälisesti. Yleensä rasistisessa tai muunlaisessa viharikoksessa on kysymys esimerkiksi pahoinpitelystä, kunnian loukkauksesta tai laittomasta uhkauksesta, joiden kohteeksi joutunut henkilö on valikoitunut rasistisella tai muulla kielletyllä perusteella. Nämä yksilöön kohdistuvat viharikokset eivät ole tämän työn kohteena.

⁵ Illman 2005.

⁶ Heiskanen 2009.

⁷ Riihimäki 2010.

⁸ HE 317/2010 vp s. 5, 13–14.

⁹ Heiskanen 2010 s. 36–38.

tuomiossa ratkaisua on perusteltu EIS:n ihmisoikeusmääräyksillä ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (jäljempänä EIT) oikeuskäytännössä vakiintuneilla periaatteilla¹⁰.

Selvää on, että kiihottamisrikoksen soveltamisessa sananvapaudella on suuri merkitys. Erityisesti rajanvetoa käydään sananvapauden ydinalueella eli poliittisen ja yhteiskunnallisen keskustelun yhteydessä. Sananvapaudesta on säädetty perustuslain 12 §:ssä, ja se on Suomea velvoittavaan EIS:een sisältyvä ihmisoikeusmääräys. Työn loppuosassa (luku 4) tarkastellaan EIT:n ratkaisukäytäntöä koskien sananvapauden rajoittamista vihapuheen perusteella. Tarkastelun kohteena ovat tapaukset, joissa vihapuhe on liittynyt poliittiseen ja muuten yleisesti kiinnostavista aiheista käytävään keskusteluun. EIT:n rinnalla myös kansallisilla tuomioistuimilla on keskeinen rooli sopimuksessa turvattujen oikeuksien valvojana. Siten EIT:n sananvapautta koskeville ratkaisuille tulee antaa merkitystä myös kiihottamisrikosta tulkittaessa.

2. EU-rikosoikeuden säännökset rasismiin ja muukalaisvihan torjumisesta

Rasismiin ja muukalaisvihan torjunta ovat olleet osa Euroopan unionin toimintaa vuosikymmenet. EU:n toimielimet ovat vuodesta 1977 lähtien toistuvasti tuominneet rasismiin ja muukalaisvihan ilmenemismuodot. EU:n toimivalta rasismiin ja muukalaisvihan torjunnassa perustuu perussopimuksen Sopimus EU:n toiminnasta (jäljempänä SEUT) 19 artiklaan (vanha 13 artikla), jossa EU:lle annetaan toimivaltuudet toteuttaa toimenpiteitä syrjinnän torjumiseksi. EU-rikosoikeudessa rasismiin ja muukalaisvihan torjunta on mainittu monissa asiakirjoissa, esimerkiksi Wienin toimintasuunnitelmassa (vuodelta 1999) sekä Haagin (vuodelta 2005) ja Tukholman (vuodelta 2009) ohjelmissa. Lisäksi rasismiin ja muukalaisvihan torjunta on mainittu nimenomaisesti III-pilarin rikosoikeudellista yhteistyötä koskevassa oikeusperustassa (29 artikla) sekä vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueen oikeusperustaa koskevassa perussopimuksen SEUT 67(3) artiklassa.¹¹

EU:n neuvosto on 28.11.2008 antanut puitepäätöksen 2008/913/YOS rasismiin ja muukalaisvihan tiettyjen muotojen ja ilmaisujen torjumisesta rikosoikeudellisin keinoin (jäljempänä puitepäätös). Puitepäätöksen taustalla on Euroopan neuvoston (jäljempänä EN) vuonna 2003 Euroopan neuvoston tietoverkkorikoksia koskevaan yleissopimukseen (SopS 59-60/2007) hyväksymä rasistisia rikoksia koskeva lisäpöytäkirja (jäljempänä lisäpöytäkirja).¹²

¹⁰ Kouvolan hovioikeus 12.12.2011 nro 1146, R 10/1164.

¹¹ Melander 2010 s. 325–326.

¹² Euroopan neuvoston tietoverkkorikoksia koskeva yleissopimus on tullut kansainvälisesti voimaan 1.7.2004, ja se on Suomessa saatettu voimaan 23.1.2007. Lisäpöytäkirja on tullut kansainvälisesti voimaan 1.3.2006.

EN:n yleissopimuksen tavoitteena on yhteiskunnan suojeleminen tietotekniikkarikollisuudelta ja sen aiheuttamilta vahingoilta (johdanto-osa, 4 kappale). Lisäpöytäkirja koskee ainoastaan tietojärjestelmien välityksellä tehtyjen, luonteeltaan rasististen ja muukalaisvihamielisten tekojen kriminalisointeja. Lisäpöytäkirjan tarkoituksena on suojella yhteiskuntaa nimenomaan rasistiselta ja muukalaisvihamieliseltä propagandalta sekä sen oikeusvaltiolle aiheuttamilta vahingoilta (artikla 1). Lisäpöytäkirjan laatimisen taustalla on ollut sopimusvaltioiden huoli, että tietoverkon tarjoamia ”ennennäkemättömiä keinoja” toteuttaa sananvapautta ja viestintää koko maailmassa käytetään väärin tai rasistisen ja muukalaisvihamielisen propagandan levittämiseen.¹³

Sekä lisäpöytäkirjan että puitepäättöksen tavoitteena on lisätä kansainvälistä ja eurooppalaista yhteistyötä julkisesti, erityisesti tietoverkoissa levitettävien rasististen ja muukalaisvihamielisten lausumien torjumiseksi. Molemmat instrumentit velvoittavat sopimusvaltioita kriminalisoimaan rasistisista vaikuttimista tehtyjä tekoja. Samalla tarkoitus on, että kansallisissa oikeusjärjestelmissä noudatettaviin ilmaisunvapauden periaatteisiin ei puututa.¹⁴

Sekä puitepäättös että lisäpöytäkirja koskevat vain julkisesti levitettävää rasistista propagandaa. Molempien instrumenttien keskeinen merkitys on julkisesti internetissä esitettävän rasistisen ja muukalaisvihamielisen propagandan kriminalisoinnissa. Puitepäättöksen soveltamisala on lisäpöytäkirjaa laajempi, sillä se ei rajoitu tietoverkkoihin.¹⁵

Rikoslain kiihottamisrikosta koskeva säännöstä on muutettu siten, että sen on katsottu vastaavan edellä mainittuja lisäpöytäkirjan ja puitepäättöksen vaatimuksia. Lisäpöytäkirjan ja puitepäättöksen artikloita selostetaan alla rikoslakiin 1.6.2011 voimaantulleiden muutosten tarkastelun yhteydessä.

3. Kiihottamisrikoksen tunnusmerkistö

Kiihottamisrikoksen tarkoituksena on suojata tietyn ihmisryhmän oikeutta olla rauhassa, ennen kaikkea oikeutta olla joutumatta vakavasti otettavan uhkailun, solvauksen tai panettelun, eli niin sanotun ”propagandan” kohteeksi. Suojan kohteena ovat ennen kaikkea ne vähemmistöryhmät, jotka yleensä ovat yhteiskunnassa sosiaalisesti heikommassa asemassa ja sen vuoksi erityisen suojan tarpeessa. Soveltamisala ei rajoitu valtaväestöön kuuluvien henkilöiden muuhun kansanryhmään kohdistamiin lausumiin. Säännöstä voidaan soveltaa myös esimerkiksi johonkin etniseen vähemmistöryhmään kuluvan henkilön lausumiin, joissa kiihotetaan vihaan toista etnistä vähemmistöryhmää vastaan. Kiihottamisrikos edellyttää tekijän tahallisuutta.¹⁶

¹³ HE 317/2010 vp s. 5, 16–17.

¹⁴ Näin on todettu mm. HE 317/2010 vp s. 5 ja LaVM 39/2010 vp s. 2. Ilmaisia EU-rikosoikeuden instrumentit on käytetty mm. HE 317/2010 vp s. 5.

¹⁵ HE 317/2010 vp s. 5, Melander 2010 s. 327–328.

¹⁶ HE 317/2010 vp s. 42, Nuutila – Nuotio 2009 s. 264–265, 268.

Kiihottamisrikosta koskevat rikoslain 11 luvun säännökset (laki 511/2011) ovat sisällöltään seuraavat (muutokset on merkitty kursiivilla):

10 § Kiihottaminen kansanryhmää vastaan

Joka *asettaa yleisön saataville* tai muutoin yleisön keskuuteen levittää tai *pitää yleisön saatavilla tiedon, mielipiteen tai muun viestin*, jossa uhataan, panetellaan tai solvataan jotakin ryhmää rodun, *ihonvärin, syntyperän*, kansallisen tai etnisen alkuperän, uskonnon tai *vakaumuksen, seksuaalisen suuntautumisen tai vammaisuuden* perusteella taikka niihin rinnastettavalla muulla *perusteella*, on tuomittava kiihottamisesta kansanryhmää vastaan sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.

10a § *Törkeä kiihottaminen kansanryhmää vastaan*

Jos kiihottamisessa kansanryhmää vastaan kehotetaan tai houkutellaan

- 1) *joukkotuhontaan tai sen valmisteluun, rikokseen ihmisyyttä vastaan, törkeään rikokseen ihmisyyttä vastaan, sotarikokseen, törkeään sotarikokseen, murhaan tai terroristisessa tarkoituksessa tehtyyn tappoon, tai*
- 2) *muuhun kuin 1 kohdassa tarkoitettuun vakavaan väkivaltaan siten, että teolla selvästi vaarannetaan yleistä järjestystä ja turvallisuutta ja kiihottaminen kansanryhmää vastaan on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, rikoksentehtyjä on tuomittava törkeästä kiihottamisesta kansanryhmää vastaan vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi.*

Lakivaliokunnan mietinnössä on katsottu tarpeelliseksi selvyuden vuoksi erikseen todeta, että säännöksessä ei kriminalisoida tiettyä rasistista mielipidettä tai aineistoa itsessään, vaan kyseisen mielipiteen tai aineiston *levittäminen yleisön keskuuteen*.¹⁷ Selvää siis on, että ajatuksen vapautta ja säännöksessä tarkoitetun aineiston hallussapitoa kriminalisointi ei rajoita.

3.1. Suojapiiriin kuuluva ryhmä

Kiihottamisrikoksen suojan kohdetta on laajennettu, minkä tarkoituksena on varmistaa, että säännös soveltuu rasistisista motiiveista tehtyjen rikosten lisäksi myös muihin niin sanottuihin viharikoksiin.¹⁸ Muutosta soveltamisalassa ilmentää se, että seksuaaliseen suuntautuneisuuteen¹⁹ ja vammaisuuteen perustuvat vaikuttimet on lisätty säännökseen. Ennen lakimuutosta on ollut epäselvää, voidaanko RL 11:10:ää (212/2008) soveltaa esimerkiksi seksuaalivähemmistöryhmiin kohdistuviin viharikoksiin.²⁰

¹⁷ LaVM 39/2010 vp s. 2.

¹⁸ HE 317/2010 vp s. 39.

¹⁹ OM:n mietinnössä 3/2010 on käytetty sanaa ”sukupuolinen suuntautuminen” viharikoksen motiivina. Ilmaisu on muutettu eduskunnalle annetussa hallituksen esityksessä 317/2010 vp se on korvattu sanalla ”seksuaalinen vähemmistö”. Ks. lausuntotiivistelmä 77/2010 s. 23.

²⁰ Aiheesta Illman 2005 s. 255–256, Heiskanen 2010 s. 30–31.

Muutosta soveltamisalassa ilmentää myös se, että käsitettä kansanryhmä on käytetty vain teon nimikkeessä. Säännöstekstissä termiä kansanryhmä ei enää käytetä, koska se ei luontevasti kuvaa esimerkiksi vammaisuuden perusteella määräytyvää ryhmää. Perusteluista ei ilmene, miksi termi kansanryhmä on jätetty teon nimikkeeseen. Tämä voi aiheuttaa hämmennystä säännöksen sisällön tulkinnassa. Selvää kuitenkin on, että uuden säännöksen suojankohde määritellään nimenomaan tiettyä ihmisryhmää määrittävien, säännöksessä tarkoitettujen perusteiden kautta, eikä enää käsitteen ”kansanryhmä” kautta.²¹

RL 11:10:n (212/208) aikaisemman sanamuodon mukaan kriminalisoituja vaikuttimia ovat olleet kansallinen, etninen, rodullinen tai uskonnollinen ryhmä taikka niihin rinnastettavaa muu tekijä. Racististen vaikuttimien luetteloon on lakimuutoksen yhteydessä lisätty ihonväri ja syntyperä. Tältä osin muutos aikaisempaan kiihottamisrikokseen (212/208) verrattuna on selventävä, sillä aikaisempikin säännös on sovelnut myös ihonvärin ja syntyperän perusteella määräytyviin ryhmiin²². Racistisena vaikuttimena mainitaan edelleen yleiskielen ilmaisu ”rotu”, vaikka nykyisen käsityksen mukaan käsitteelle ei ole olemassa tieteellisiä perusteita: olemassa on vain yksi ihmisrotu. Rotu-sanasta luopumista on suositeltu jo vuonna 1950. Myös perustuslakivaliokunta on todennut, että sana on korvattavissa esimerkiksi termillä alkuperä. Hallituksen esityksen mukaan puhekielessä vakiintuneen ”rodun” nimenomaisella mainitsemisella on haluttu välttää käytännön soveltamisongelmia.²³

Racististen vaikuttimien luettelo vastaa lisäpöytäkirjan 2 artiklan racististen ja muukalaisvihamielisten vaikuttimien luetteloa: rotu, ihonväri, syntyperä tai kansallinen tai etninen alkuperä. Puitepäätöksen johdannon 7 kohdan mukaan ”syntyperällä” viitataan pääosin henkilöihin tai henkilöryhmiin, jotka polveutuvat henkilöistä, jotka voitaisiin tunnistaa tietyistä piirteistä (kuten ihonväri), vaikka kaikkia näitä piirteitä ei välttämättä enää ole olemassa. On pidetty mahdollisena, että tällaiset henkilöt tai henkilöryhmät voivat joutua vihan tai väkivallan kohteeksi syntyperänsä vuoksi, vaikka heitä ei olisi mahdollista tunnistaa ulkoisten piirteiden perusteella.

Uskonnollisten vaikuttimien lisäksi kiihottamisrikokseen on lisätty vakaumus²⁴. Esitöiden mukaan uskonnolla ei ole erityisasemaa muiden ideologioiden joukossa, ja uskontoon on haluttu nimenomaisesti rinnastaa vakaumus tai muu vastaava ideologia. Näin ollen esimerkiksi ateistiset ryhmät kuuluvat riidattomasti säännöksen soveltamisalaan.²⁵ Säännöksen suojapiiriä on tulkittu näin myös aikaisemmin, ja ratkaisevana piirteenä on pidetty jonkin uskon tunnustamista²⁶. Rangaistavuuden kannalta ei mer-

²¹ HE 317/2010 vp s. 41.

²² HE 317/2010 vp s. 41.

²³ HE 317/2010 vp s. 40, PeLM 26/2002 vp, määritelmäkappale, Illman 2005 s. 249–250.

²⁴ OM:n mietinnössä 3/2010 on käytetty sanaa ”elämänkatsomus” viharikoksen motiivina. Ilmaisua on muutettu eduskunnalle annetussa hallituksen esityksessä 317/2010 vp se on korvattu sanalla ”vakaumus”. Ks. lausuntotiivistelmä 77/2010 s. 2.

²⁵ HE 317/2010 vp s. 41.

²⁶ Nuutila – Nuotio 2009 s. 265.

kitystä ole sillä, onko kyseessä kirkkoon tai uskonnolliseen ryhmään kuuluvista henkilöistä²⁷. Tältä osin muutos aikaisempaan kiihottamisrikokseen (212/208) verrattuna on selventävä. Myös lisäpöytäkirjan 2 artiklassa mainitaan vaikuttimena uskonto. Tältä osin artiklassa edellytetään lisäksi, että uskontoa käytetään tekosyynä jonkin edellä (lisäpöytäkirjassa) mainitun piirteen sijasta. Puitepäätöksen johdanto-osan 8 kohdan mukaan ”uskonnolla” viitataan yleisesti henkilöihin, jotka määrittellään heidän uskonnollisen vakaumuksensa tai maailmankatsomuksensa perusteella.

Lisäpöytäkirjassa oleva lisäys on perusteltu, koska se selventää säännöksen suojapiiriä. Kiihottamisrikoksen tarkoituksena ei ole suojata jotain uskontoa tai aatetta sinänsä. Tässä työssä ei sen rajoitetun laajuuden vuoksi tarkastella uskonnon asemaa rikosoikeudessa laajemmin, vaikka sillä on yhtymäkohtia myös kiihottamisrikokseen. Todettakoon, että rikoslaista jumalanpilkkua koskeva kriminalisointi on poistettu vuonna 1998.

Säännöksen sisältämät perusteet on edelleen jätetty avoimiksi, ja myös *muu niihin rinnastettava peruste* voi muodostaa rangaistavan teon vaikuttimen. Aikaisemmin voimassa olleessa säännöksessä rinnastus on tehty muuhun säännöksessä tarkoitettuun *kansanryhmään*. Uuden säännöksen mukaan ”muuta perustetta” tulkitaan rinnastamalla se laissa lueteltuihin perusteisiin eikä käsitteeseen kansanryhmä. Myös tällä on haluttu vahvistaa ja laajentaa säännöksen soveltuvuutta viharikoksiin.

Muina edellä lueteltuihin tekijöihin rinnastuvana seikkana on oikeuskirjallisuudessa pidetty kieltä tai Suomessa asuvat pakolaiset ja maahanmuuttajat.²⁸ Myös hallituksen esityksessä on todettu, että maahanmuuttajat ovat kuuluneet jo aikaisemmin voimassa olleen RL 11:10 soveltamisen piiriin, vaikka ryhmää määritteleviä perusteita voi olla useita. Perusteet voivat olla myös muita kuin laissa mainittuja. Arvioinnissa voidaan ottaa huomioon ryhmän yhteiskunnallinen asema. Jos ryhmä on suojan tarpeessa, kysymys voi olla säännöksessä mainittuihin perusteisiin rinnastettavasta vaikuttimesta. Hallituksen esityksessä on mainittu esimerkkinä sukupuolivähemmistöistä transihmiset ja intersukupuoliset henkilöt.²⁹

Kiihottamisrikoksen vaikuttimet liittyvät henkilöiden synnynnäisiin ominaisuuksiin ja identiteettiin, jotka ovat pääsääntöisesti pysyviä ja joihin he eivät voi itse suoranaisesti vaikuttaa. Rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen (täsmällisyysvaatimus) ja sananvapauden toteutumisen kannalta on oleellista, että vihapuheen kohteena oleva ihmisryhmä voidaan erottaa melko täsmällisesti. Sananvapauden kannalta pulmallisempaa on vihapuheen kriminalisointi sellaisten vaikuttimien perusteella, joihin henkilöt voivat ainakin jossain määrin myös itse vapaaehtoisilla valinnoillaan vaikuttaa. Esimerkiksi ”elämänkatsomukseen” perustuvan ryhmän määrittelyä on tässä mielessä pidetty pulmallisena³⁰.

²⁷ Illman 2005 s. 251–252.

²⁸ Nuutila – Nuotio 2009 s. 265.

²⁹ HE 317/2010 vp s. 41.

³⁰ Lausuntotiivistelmä 77/2010 s. 21/Ollila.

Vastaavasti edellä tarkoitettujen synnynnäisiin ominaisuuksiin ja identiteettiin perustuvien vaikuttimien kanssa erilainen luonne on poliittisen mielipiteen perusteella muodostuneilla ryhmillä. Ne eivät ole pysyviä ja perustuvat henkilöiden vapaaehtoi- siin valintoihin, ja ovat kiihottamisrikoksen soveltamisalan kannalta ongelmallisia. Yhteiskunnallisten ja poliittisten näkemysten perusteella täsmällisesti erotettavien ryhmien kuulumiseen säännöksen suojan piiriin onkin esitetty ristiriitaisia näkemyk- siä.³¹ Pulmallista voi myös olla vetää rajaa poliittisen aatteen perusteella muodostuvan ryhmän sekä esimerkiksi poliittisia tavoitteita ajavan uskonnollisen fundamentalisti- ryhmän välillä.

Puitepäättöksen johdannon 10 kohdan mukaan puitepäättös ei estä jäsenvaltiota antamasta kansallisessa lainsäädännössään säännöksiä, jotka laajentavat 1 artiklan 1 kohdan c ja d kohdan koskemaan rikoksia, jotka kohdistuvat jonkin muun perusteen kuin rodun, ihonvärin, uskonnon, syntyperän taikka kansallisen tai etnisen alkupe- rän mukaan määriteltyyn ihmisryhmään; tällaisia perusteita voivat olla esimerkiksi yhteiskunnallinen asema tai poliittiset vakaumukset. Rikoslain kiihottamisrikoksen perusteita on edellä selostetusti haluttu selkeyttää ja osin myös laajentaa koskemaan myös joitain muita kuin rasistisia ja muukalaisvihamielisiä viharikosperusteita. Tältä osin kiihottamisrikoksen kriminalisoidut vaikuttimet ovat laajemmat kuin mitä lisä- pöytäkirja ja puitepäättös edellyttävät.

3.2. Tekomuodot erityisesti tietoverkossa

Kansanryhmään kohdistuvaan vihaan yllyttäminen merkitsee käytännössä tiettyä ih- misryhmää koskevien erilaisten uhkaavien tai perättömien ja loukkaavien lausumien ja tiedonantojen esittämistä julkisuudessa. RL 11:10:n aikaisemman sanamuodon mu- kaan kriminalisointi on koskenut *yleisön keskuuteen levittämistä*. Uuden säännöksen mukaan tekomuoto kattaa levittämisen ohella myös *asettamisen yleisön saataville* ja *yleisön saatavilla pitämisen*. Levittämisenä on jo aikaisemmin voimassa olleen säännöksen perusteella pidetty *asettamista yleisön saataville*. Epäselvää on sen si- jaan ollut, onko tietoverkossa *yleisön saatavilla pitämistä* voinut tulkita aktiiviseen tekemiseen viittaavana *levittämisenä*, josta voidaan tuomita tekijänä. Pulmallista on ollut esimerkiksi se, miten ylläpitäjän rikosoikeudellinen vastuu määrittyy tilantees- sa, jossa ylläpitäjä havaitsee keskustelupalstalla rasistisen kirjoittelun jälkikäteen, tai levittääkö viestin toimittanut henkilö edelleen viestiä, kun viesti on palstalla yleisön saatavilla. Näiden soveltamispulmien johdosta muutoksella on haluttu nimenomai- sesti selventää teon ajallista ulottuvuutta ja korostaa rikoksen jatkuvaa luonnetta, mil- lä on merkitystä myös osallisuuden ja rikoksen vanhentumisen kannalta. Muutosten

³¹ Nuutila – Nuotio 2009 s. 265. Vrt. Heiskanen 2010 s. 30.

tavoitteena on ollut varmistaa, että säännös soveltuu myös tietoverkon välityksellä tapahtuvaan levittämiseen.³²

Lisäpöytäkirjan 3 artiklan perusteella sopimusvaltioissa tulee olla rangaistavaa tietojärjestelmän välityksellä tapahtuva rasistisen ja muukalaisvihamielisen aineiston tahallinen ja oikeudeton levittäminen tai muu yleisön saataville toimittaminen. Edellä mainitut lisäykset tekemuotoon sisältävät lisäpöytäkirjan mukaisen muun saataville toimittamisen.³³ Puitepääatoksen kriminalisointivelvoitteista on säädetty 1 artiklassa, ja siinä mainittuina tekoapoina ovat julkinen väkivaltaan tai vihaan yllyttäminen levittämällä tai jakamalla julkisesti kirjoituksia, kuvia tai muuta aineistoa (b-kohta).

Asettamisella yleisön saataville tarkoitetaan muun muassa aineiston yleisön saataville toimittamista ”on line” esimerkiksi internetin keskuspalstalle tai muulle sivustolle. *Levittämisenä* voidaan tietoverkossa pitää sinne toimitetun viestin edelleen levittämistä sekä hyperlinkkien perustamista ja kokoamista. Käytännössä laittomaan aineistoon osoittava linkkilista osoittaa yleisölle, mistä kiellettyä aineistoa voidaan tietoverkossa löytää, jolloin se on helpommin toisten saatavilla. Tätä kautta tekijävastuu on paitsi itse sisällöltään vihapuheena pidettävän tekstin kirjoittajalla myös muulla henkilöllä, joka on helpottanut tekstien löytämistä linkittämällä niihin johtavat sivustot omaksi sivustoksi. Kiihottamisrikos edellyttää tahallisuutta, ja tekijän on siten oltava tietoinen, että hänen avaamallaan sivustoilla on rasistista tai muuta vastaavaa kiihottamista sisältävää aineistoa.³⁴

Tekemuodon laajentamista ovat lausuntokierroksella arvostelleet ja pitäneet liian laajana erityisesti sananvapautta korostavat tahot. Erityisesti ”linkittämisen” kriminalisointia on pidetty pulmallisena, ja sen on katsottu osoittavan hypertekstin ja internetin luonteen väärin ymmärtämistä. Pulmallisena on pidetty, että linkittäminen ei muuta materiaalin saatavillaoloa, ja että se on ilmauksen ”asettaa yleisön saataville” yleiskielisen normaalimerkityksen vastainen.³⁵ Myös oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että linkittämisen kannalta pulmalliseksi voi muodostua linkittämistilanteiden, niihin liittyvien intressien ja linkittämistekniikan vaikutusten suuri tapauskohtainen vaihtelu.³⁶

Aineiston pitäminen yleisön saatavilla voi ulottua myös sivustojen ylläpitäjään, joka ei ole laatinut aineistoa, mutta joka teknisesti myötävaikuttaa aineiston levittämiseen. Kyse voi olla esimerkiksi yhtiöstä, joka tarjoaa yksityishenkilöille teknisen mahdollisuuden niin sanotun blogi-sivuston ylläpitämiseen taikka portaalin tai keskustelupalstan ylläpitäjistä. Ylläpitäjän rikosoikeudellinen vastuu edellyttää tahallisuutta eli ennen kaikkea tietoisuutta aineiston lainvastaisuudesta.³⁷

³² HE 317/2010 vp s. 39–40. Rasistisen aineiston levittämisestä nimenomaan tietoverkossa ovat laajemmin käsitelleet Hannula – Neuvonen 2011 s. 542 ja Pihlajarinne 2011 s. 1205.

³³ HE 317/2010 vp s. 17.

³⁴ HE 317/2010 vp s. 39, Hannula – Neuvonen 2011 s. 540–541.

³⁵ Lausuntotiivistelmä 77/2010 s. 26 / EFFI. <http://www.ffi.org/>.

³⁶ Pihlajarinne 2011 s. 1205.

³⁷ LaVM 39/2010 vp s. 3.

Sivuston ylläpitäjän vastuun määrittely voi olla hankalaa. Kyseessä on tunnusmerkistö, joka voidaan täyttää laiminlyönnillä. Laiminlyönti ei ilmene kiihottamisrikosta koskevasta säännöksestä, vaan laiminlyöntivastuun perustana on rikoslain 3 luvun 3 § 2 momentin mukainen epävarsinaista laiminlyöntirikosta koskeva säännös³⁸. Lakivaliokunta on tältä osin todennut, että säännöksessä tarkoitettu laiminlyöntistä voi olla kyse, jos ylläpitäjän huomiota kiinnitetään sivustolla olevaan lainvastaiseen materiaaliin, mutta tällaisesta tiedosta huolimatta ylläpitäjä tietoisesti sallii aineiston pitämisen sivustollaan eikä ryhdy toimenpiteisiin sen poistamiseksi sivustolta, vaikka se olisi ylläpitäjälle teknisesti mahdollista. Oikeuskirjallisuudessa on lisäksi pidetty mahdollisena, että poikkeuksellisesti toimintavollisuus voisi perustua siihen, että ylläpitäjä sallii palstansa käyttämisen jatkuvasti kiihottamisrikossäännöksessä tarkoitettua aineiston levittämiseen. Rangaistavuuden perusteeksi on esitetty, että tilanteessa on vahva intressi saada keskustelupalstan pitäjä ryhtymään toimenpiteisiin, kun palsta toimii tällöin keskeisesti kanavana rikoksen toteuttamiselle.³⁹ Julkisuudessa on keskusteltu myös siitä, ulottuuko ylläpitäjän rikosoikeudellinen vastuu aineiston saatavilla pitämisestä operaattoreihin, jotka tarjoavat tietoliikennepalvelun⁴⁰.

Yleisöllä tarkoitetaan samaa kuin aikaisemmin voimassa olleessa RL 11:10:ssä. Tässä työssä asiaa ei käsitellä laajemmin. Todettakoon lyhyesti, että rajanveto voi olla pulmallista tilanteissa, joissa vihapuhetta levitetään suurelle määrälle johonkin yhdistykseen kuuluvia jäseniä. Esimerkiksi niin sanotun sosiaalisen median yhteisöpalvelut saattavat muodostua tulkinnan kannalta haasteellisiksi⁴¹. Tällaisissa tilanteissa *yleisön saataville ja keskuuteen levittämistä tai saatavilla pitämistä* on arvioitava tapauskohtaisesti.⁴²

3.3. Vihapuheen sisältö

Aikaisemman säännöksen mukaan levittämisen kohteena olevasta aineistosta on käytetty ilmaisua ”lausuntoja tai muita tiedonantoja”. Käsitteistöä on muutettu vastaamaan perustuslain ja sananvapausslain ilmaisua ”tiedon, mielipiteen tai muun viestin”. ”Viesti” kattaa minkälaisen tahansa ilmaisutavan ja soveltuvat kaikenlaisiin kirjoituksiin, kuviin ja mielipiteen ilmaisuihin kuten esimerkiksi valokuviin, piirroksiin, symboleihin, elokuviin, musiikkivideoihin ja puheeseen. Myös lisäpöytäkirjan 2 artiklassa ja puitepäättöksen 1 kohdan b alakohdassa mainitaan erikseen kuva.

³⁸ Epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta laajemmin mm. Koskinen 2008 s. 164–165. Nurmimäki 2010 s. 127–139.

³⁹ LaVM 39/2010 vp s. 3, Hannula – Neuvonen 2011 s. 543–546, Pihlajarinne 2011 s. 1205.

⁴⁰ HS 19.12.2011.

⁴¹ Lausuntotiivistelmä 77/2010 s. 27 / liikenne- ja viestintäministeriö.

⁴² HE 317/2010 vp s. 49–50.

Viestin levittämisen rangaistavuus edellyttää, että viestissä *uhataan, panetellaan tai solvataan* jotain säännöksessä tarkoitettua ryhmää. Tältä osin tekotapa viittaa ilmaisuun vihapuhe, jota ulkomaisessa kirjallisuudessa kuvataan termillä ”hate speech”. Säännöksessä tarkoitettua tyypillistä rangaistavaa menettelyä on sellaisen tiedon, mielipiteen tai muun viestin levittäminen, joissa ryhmään kohdistuvaa väkivaltaa tai syrjintää pidetään hyväksyttävänä tai toivottavana tai ihmisiä verrataan eläimiin, loisiin jne. tai yleistäen väitetään heitä rikollisiksi tai esitetään alempiarvoisiksi jne.⁴³ Panettelulla ja solvauksella tarkoitetaan ryhmään kohdistuvan loukkaavan aineiston levittämistä, ja ne määrittyvät samalla tavalla kuin kunnianloukkausrikosten yhteydessä tarkoitetaan. Säännöksen tunnusmerkistöä ei ole tältä osin muutettu, ja sen sisällön osalta viitataan oikeuskirjallisuuteen.⁴⁴

Lisäpöytäkirjan 2 artiklan mukaan rasistisella ja vihamielisellä aineistolla tarkoitetaan aineistoa, kuvaa tai muuta sellaisten ideoiden tai teorioiden esittämistä, jotka puolustavat tai kannattavat vihaa, syrjintää tai väkivaltaa taikka sellaiseen yllyttävät edellä selostettujen vaikuttimien perusteella. Lisäksi kriminalisointivelvoitteen piiriin kuluvat edellä selostettujen vaikuttimien perusteella määrittyvän ryhmän vakavalla rikoksella uhkaaminen (artikla 4) ja loukkaaminen (artikla 5). Puitepäätöksen 1 artiklan mukaan kiellettyä on julkinen yllyttäminen väkivaltaan tai vihaan.

Suomi on käyttänyt 3 artiklan kappaleessa tarkoitettua varauman, joka mahdollistaa kriminalisoinnin rajoittamisen koskien syrjintää puoltamista tai edistämistä. Lähtökohtaisesti kansanryhmän syrjinnän puoltaminen, edistäminen tai siihen kehoittaminen, vaikkei siihen sisältyisikään vihan tai väkivallan puolustamista tms., voi olla kiihottamisrikoksen tunnusmerkistössä tarkoitettulla tavalla uhkaava tai solvaava. Esimerkiksi Kouvolan hovioikeus on tuoreessa ratkaisussaan käsitellyt poliitikon blogikirjoitusta, jossa kirjoittaja on esittänyt, että hillittömän muslimimaahanmuuton seurauksena on ”huumeita, ryöstelyä, raiskausrikoksia, pedofiliaa ja lopulta jopa terrorismia”. Hovioikeus on pitänyt tekstiä yleistävänä ja syrjivänä, koska se on kohdistunut yleisesti kaikkiin muslimeihin rajoittumatta vain ääriaineisiin, ja koska siinä kuvataan kokonaiseen kansanryhmään kuuluvat ihmiset rikollisina ja muihin nähden ala-arvoisina.⁴⁵

Kriminalisointivelvoitteesta poikkeamista syrjinnän osalta on kuitenkin pidetty perusteltuna, koska ”puheena olevien lausumien levittäminen on olennaisilta osin jo voimassaolevan lain perusteella rangaistavaa ja tämänkaltaisten lausumien levittämisen täydellinen kieltäminen voisi olla joissakin tapauksissa ristiriidassa Suomessa noudatettujen sananvapausperiaatteiden kanssa”. Esitöissä ei ole esimerkkejä siitä, millainen syrjintää puoltava tai edistävä julkinen viesti on sananvapauden piirissä, vaikka

⁴³ HE 317/2010 vp s. 42.

⁴⁴ Iilman 2005 s. 259–262, Nuutila – Nuotio 2009 s. 267. Heiskanen on selostanut kolmea hovioikeuden ratkaisua Helsingin hovioikeus 7.10.2002 nro 2993 R 01/1459 ja 5.9.2001 nro 2267 R 99/1521 sekä Itä-Suomen hovioikeus 14.12.1999 nro 1200 R 99/663 (Heiskanen 2010 s. 35–36).

⁴⁵ Kouvolan hovioikeus 12.12.2011 nro 1146, R 10/1164.

se voisi loukata viestissä tarkoitettua ryhmää. Varaamaa on perusteltu painottamalla sananvapauden merkitystä arvioitaessa syrjintää puoltavia lausuntoja.⁴⁶

3.4. Törkeä kiihottaminen kansanryhmää vastaan

Uuden törkeän tekemuodon kvalifointiperusteissa korostetaan levitetyn aineiston erityistä uhkaavuutta. Ensimmäisen kvalifointiperusteen mukainen tilanne on kysymyksessä, jos säännöksessä tarkoitettua ryhmää uhataan erityisen vakavalla väkivallalla eli rikoslain 11 lukuun sisältyvillä kaikkein vakavimmilla kansainvälisillä tai henkeen kohdistuvilla rikoksilla. Tällaisessa tilanteessa on selvää, että levitettävä aineisto on RL 11:10:ssä tarkoitetulla tavalla uhkaavaa. Pelkkä kehottaminen syrjintään tai paneteluun ei riitä törkeän tekemuodon soveltamiseen. Kohdan soveltaminen ei edellytä, että käsillä on yhteiskunnallinen kriisitilanne, vaikka tuolloin julkinen kehottaminen tai houkuttelu on erityisen vaarallista. Myös rauhallisemmissa oloissa julkista kehoittamista näin vakaviin rikoksiin on arvosteltava tavallista ankarammin. Kvalifointiperusteen soveltaminen ei edellytä, että kehoittamisesta tai houkuttelemisesta aiheutuisi vaara, eikä sitä, että kehoituksessa tai houkuttelussa tarkoitettu rikos tai sen rangaistava yritys tehdään. Riittää, että kehottaminen ja houkuttelu ovat uhkaavia.⁴⁷

Törkeän kiihottamisrikoksen toinen kvalifointiperuste laajentaa kiihottamisrikoksen suojelukohteeksi myös yleisen järjestyksen ja turvallisuuden. Toisin kuin ensimmäisen kvalifointiperusteen kohdalla, toisen kvalifointiperusteen soveltaminen edellyttää konkreettista ja vähäistä suurempaa vaaraa yleiselle järjestykselle ja turvallisuudelle. Muulla kuin 1 kohdassa tarkoitetulla vakavalla väkivallalla tarkoitetaan henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa, jonka perusteella teon kohteena olevaan ryhmään kuuluvilla henkilöillä on perusteltu syy pelätä henkilökohtaisen turvallisuutensa olevan vakavassa vaarassa. Perusteltua syytä pelätä arvioidaan kuten laittomassa uhkauksessa.⁴⁸

Törkeä tekemuoto ei täyty, jos törkeitä kansainvälisiä rikoksia julkisesti puolustellaan, kielletään tai vakavasti vähätellään, taikka jos viesti on ainoastaan erityisen loukkaava (ei uhkaava), vaikka näistäkin aiheutuisi vaaraa yleiselle järjestykselle ja turvallisuudelle. Tällaiset ovat rangaistavia kiihottamisena kansanryhmää vastaan sillä edellytyksellä, että viestillä myös uhataan tai loukataan määrättyä kansanryhmää. Tältä osin aikaisemmin voimassa ollutta oikeustilaa ei muuteta.⁴⁹

Konkreettinen vaara yleiselle järjestykselle ja turvallisuudelle on kyseessä, jos kehoitus tai houkuttelu aiheuttaa välittömän vaaran, että se väkivaltarikos, johon ke-

⁴⁶ HE 317/2010 vp s. 18–19.

⁴⁷ HE 317/2010 vp s. 43.

⁴⁸ HE 317/2010 vp s. 44–45.

⁴⁹ HE 317/2010 vp s. 44–45. Heiskanen 2010 s. 36, ja siinä mainittu Helsingin hovioikeuden tuomio 13.9.2006 nro 2641 R 04/2483.

hotetaan tai houkuteltaan, tai sen rangaistava yritys, tehdään. Tämä on pääteltävissä esimerkiksi siitä, että joku tai jotkut ryhtyvät valmistelemaan sellaista rikosta tai heidän lausumistaan tai muusta käyttäytymisestään voidaan päätellä heidän todennäköisesti ryhtyvän kehotuksen tai houkuttelun mukaiseen rikokseen. Yleinen järjestys voi vaarantua, jos kehoitus tai houkuttelu herättää yleisön keskuudessa pelkoa tai levottomuutta tai kun sen johdosta mahdollisesti tehtävän rikoksen kohteet joutuvat ryhtymään erityistoimiin suojautuakseen rikokselta.⁵⁰

Käytännössä konkreettinen vaara syntyy, kun vakavaan väkivaltaan yllytetään tietynlaisissa olosuhteissa. Erityisen vaarallista julkinen houkuttelu ja kehoitus väkivaltaan ovat yhteiskunnallisissa kriisitilanteissa tai sellaisen uhatessa. Tuolloin julkinen kiihottaminen 1 kohdassa tarkoitettuja vakavia kansainvälisiä rikoksia lievempiin väkivallantekoihin voi herkästi myötävaikuttaa tilanteen pahenemiseen tai lisätä konkreettista vaaraa levottomuuksien käynnistymisestä, esimerkiksi jos kiihottamiseen ryhdytään sellaisella paikkakunnalla, jossa on juuri tapahtunut hyökkäyksiä suojaa tarvitsevia ryhmiä kohtaan ja vaara eri ryhmittymien välisten väkivaltaisten yhteenottojen jatkumisesta on suuri.⁵¹ Poliisi on syksyn 2011 aikana tutkinut Lieksassa useita henkilöitä epäiltynä törkeästä kiihottamisesta kansanryhmää vastaan. Taustalla on aikaisemmin paikkakunnalla asuneiden ja viime vuoden aikana muodostuneen maahanmuuttaja yhteisön välillä kiristynyt tilanne.⁵²

Pääsääntöisesti yleisellä järjestyksellä ja turvallisuudella tarkoitetaan järjestystä tai turvallisuutta Suomen alueella. Poikkeuksellisesti yleinen järjestys ja turvallisuus voivat kuitenkin vaarantua toisessakin valtiossa lainkohdassa tarkoitettulla tavalla. Näin voi olla esimerkiksi silloin, jos rasistista kiihotusta sisältävää aineistoa levitetään internetin välityksellä globaalisti, ja vakava aseellinen selkkkaus tai hyökkäys siviiliväestöä vastaan on jossain toisessa valtiossa meneillään tai uhkaamassa ja tekijän levittämä aineisto koskee näitä tapahtumia.⁵³

Kun teon törkeyttä arvioidaan kokonaisuutena, voidaan ottaa huomioon muun muassa se, onko toiminta ollut järjestäytyntä ja ovatko esitetyt tiedot, mielipiteet tai muut viestit myös tosiasiallisesti saavuttaneet laajan levinneisyyden, kuinka laajaa tai suurta pelkoa teko on omiaan aiheuttamaan ja onko levitetyn aineiston sisältö erityisen loukkaavaa. Sananvapausnäkökohdat on otettava huomioon myös teon törkeyden kokonaisarvioinnissa.⁵⁴

⁵⁰ Tulkitaan kuten julkinen kehottaminen rikokseen ja sen esitöissä (HE 6/1997 vp) on todettu. HE 317/2010 vp s. 44.

⁵¹ HE 317/2010 vp s. 44.

⁵² Helsingin Sanomat 16.11.2011, 18.11.2011 ja 20.11.2011.

⁵³ HE 317/2010 vp s. 44.

⁵⁴ HE 317/2010 vp s. 45.

3.5. Kiihottamisrikoksen suhde sananvapauteen

Lakia valmistelleessa oikeusministeriön mietinnössä 3/2010 ehdotettiin, että RL 11:10:ään lisättäisiin uusi 2 momentti. Tarkoituksena oli että uudella säännöksellä vahvistettaisiin sananvapauden merkitystä kiihottamisrikoksen tulkinnassa ja soveltamiskäytännössä niillä aloilla, joilla sananvapauden merkitystä säännöksen soveltamisessa pidetään tavanomaista suurempana.⁵⁵ Mietinnössä esitetyn uuden momentin 2 mukaan RL 11:10:n 1 momentissa tarkoitettu menettely ei olisi kiellettyä, jos esittämistä on pidettävä hyväksyttävänä tieteessä, taiteessa tai näihin rinnastettavassa julkisessa toiminnassa taikka ajankohtaisten tai historiallisten tapahtumien selostamiseksi. Lausuntokierroksella lisäystä arvosteltiin muun muassa sen johdosta, että tieteen ja taiteen alueet on vaikea määritellä, minkä johdosta säännöksen merkitys jäisi epämääräiseksi. Epäkohtana pidettiin myös sitä, että taiteen ja tieteen kanssa yhtä lailla sananvapauden ydinalueeseen kuuluva poliittinen keskustelu oli jätetty säännöksen ulkopuolelle. Tämän arvioitiin antavan vääränlaisen viestin, kun kiistanalaisten ilmaisujen käyttöä tieteessä ja taiteessa pidettäisiin säännöksen perusteella hyväksyttävämpänä kuin poliittisessa keskustelussa.⁵⁶

Erillistä säännöstä ei lopulliseen hallituksen esitykseen sisällynyt, mutta säännöksen esitöissä todetaan, että RL 11 luvun 10 ja 10a § eivät rajoita vapautta keskustella yhteiskunnallisesti merkityksellisistä asioista. Poliittinen ja yhteiskunnallinen keskustelu kuuluvat sananvapauden ydinalueeseen, ja tällaisen keskustelun rajoittamiseen on suhtauduttava tiukemmin kuin esimerkiksi kaupallisessa mainonnassa. Esimerkkinä todetaan, että maahanmuutto- ja ulkomaalaispolitiikan tai siitä vastuussa olevien ankarakaan arvostelu ei sellaisenaan täytä rikoksen tunnusmerkistöä. Myös tieteen ja taiteen vapaus ovat tärkeitä perusoikeuksia, jotka tulee ottaa asianmukaisesti huomioon ehdotettuja säännöksiä sovellettaessa.⁵⁷

Myös lisäpöytäkirjassa ja puitepäätöksessä korostetaan sananvapauden merkitystä ja sitä, että kriminalisoinneissa on haettava tasapainoa sananvapauden kanssa. Lisäpöytäkirjan johdannossa todetaan ”että ilmaisun vapaus on yksi demokraattisen yhteiskunnan olennaisista perusteista ja eräs olennainen ehto sen edistämiseksi ja jokaisen ihmisen kehitykselle”. Puitepäätöksen laatiminen oli hankalaa ja kesti yli seitsemän vuotta. Vaikeudet yhteisymmärryksen löytämisessä liittyivät ennen kaikkea huoleen sanan- ja ilmaisunvapauden toteutumisesta. Puitepäätöksen johdanto-osassa viitataan EIS:een ja EU:n perusoikeuskirjan II ja VI lukuihin. Tähän liittyen johdannossa myös todetaan, että ”Yhdistymisvapauden ja sananvapauden, erityisesti lehdistönvapauden ja muiden tiedotusvälineiden sananvapauden kunnioittamiseen liittyvät näkökohdat ovat johtaneet useissa jäsenvaltioissa menettelyyn liittyviin takeisiin sekä

⁵⁵ Mietintö 3/2010 s. 23.

⁵⁶ Lausuntotiivistelmä 77/2010 s. 16–17 / mm. Ollila ja Nuotio.

⁵⁷ HE 317/2010 vp s. 14, 42.

vastuun määrittämistä tai rajaamista koskevien erityissääntöjen antamiseen kansallisessa lainsäädännössä.” (johdanto kohdat 14 ja 15).⁵⁸

Vaikka kiihottamisrikokseen ei sisällytetty uutta sananvapautta korostavaa säännöstä, on selvää, että kiihottamisrikosten tunnusmerkistön toteutumisessa on arvioitava sananvapauden toteutumista. Arvioinnin kohteena on kiihottamisrikoksen suojaama oikeushyvä, jonka perusteella sananvapautta voidaan rajoittaa. Punninta sananvapauden ja muiden oikeushyvien toteutumisen välillä tehdään ensisijaisesti lainsäädännössä, mutta asiaa on punnittava myös lakia tulkittaessa.⁵⁹

4. Vihapuhe sananvapauden rajoituksena EIT:n oikeuskäytännössä

Luvussa tarkastellaan, minkä sisältöinen vihapuhe on EIT:n oikeuskäytännössä jäänyt sananvapauden suojapiiriin ulkopuolelle. Tarkastelun kohteena ovat tapaukset, joissa on ollut kysymys poliittisesta keskustelusta tai laajemmin yleisesti kiinnostavia asioita koskevasta julkisesta keskustelusta, jota sopimusvaltion tuomioistuimessa on pidetty rasistisena tai muunlaisena vihapuheena. Suomea koskevia ratkaisuja ei aihepiiristä ole. Suomea koskeneissa ratkaisuissa on ollut kysymys journalistisen sananvapauden sekä yksityisyyden ja kunnian suojan välisestä punninnasta.

4.1. Lyhyesti sananvapaudesta ja sen rajoittamisesta

Sananvapauden keskeisenä tarkoituksena on taata kansanvaltaisen yhteiskunnan edellytyksenä oleva vapaa mielipiteenmuodostus, avoin julkinen keskustelu, joukkotiedotuksen vapaa kehitys ja moniarvoisuus sekä mahdollisuus vallankäytön julkiseen kritiikkiin. Ydinajatukseltaan sananvapautta on perinteisesti pidetty demokraattisen yhteiskuntajärjestyksen peruseriaatteena ja siten ennen muuta poliittisena perusoikeutena.⁶⁰

Kuten muun muassa perustuslakivaliokunnan kannanotoistakin⁶¹ ilmenee, liittyy sananvapauden yhteiskuntateoreettinen perusta demokratian säilyttämiseen ja edistämiseen. Sen perimmäiseksi tarkoitukseksi on ymmärretty deliberatiivisen demokratian⁶² ja yhteisten asioiden hoidon edistäminen nimenomaan joukkotiedotusvälinei-

⁵⁸ Melander 2010 s. 326–325. HE 317/2010 vp s. 44.

⁵⁹ Ollila 2004 s. 140–141.

⁶⁰ HE 309/1993 vp s. 56/II, PeVL 19/1998 vp s. 5/I, PeLM 26/2002 vp, Perustelut/yleistä, Manninen 2011 s. 463, Harris et. al. 2009 443–444.

⁶¹ HE 309/1993 vp s. 56/II, PeVL 19/1998 vp s. 5/I, PeLM 26/2002 vp, Perustelut/yleistä.

⁶² Deliberatiivisessa demokratiakäsityksessä korostetaan päätöksenteossa äänestämisen ja enemmistö-päätösten sijaan sitä, että asioista päätetään yhdessä julkisesti ja tasa-arvoisesti harkitusti keskustellen. Keskeisenä kysymyksenä on muun muassa se, miten päätettävään asiaan vaikuttavista seikoista saadaan tietoa ja miten erilaisuutta voi ymmärtää. Toppinen 2003 s. 2, 9–14.

den – ja erityisesti lehdistön – avulla. Sananvapauden ytimenä ei ole pidetty sitä, että kaikki pääsevät sanomaan mielipiteensä, vaan että kaikki sanomisen arvoinen tulee sanottua.⁶³

Sananvapaus⁶⁴ ei ole absoluuttinen ihmis-/perusoikeus, kuten esimerkiksi oikeus elämään. Yleisesti tunnustetaan, että sananvapautta on voitava rajoittaa tilanteissa, joissa sananvapautta käytetään väärin ja demokraattisten periaatteiden vastaisesti. Rajoittaminen on katsottu perustelluksi, jos teot loukkaavat muita ihmisoikeuksia ja uhkaavat demokraattista yhteiskuntajärjestystä. Kaikkiin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin on sisällytetty mahdollisuus määrätä perusteiden rajoittama sananvapautta.⁶⁵ Perustuslakivaliokunnan mukaan ”sananvapaussäännös ei estä siihen sisältyvien oikeuksien rajoittamista jälkikäteeseen valvontaan perustuvan sääntelyn keinoin, kunhan sääntely täyttää perusoikeusrajoituksilta edellytettävät yleiset vaatimukset. Rajoitusten tulee olla mm. täsmällisiä ja oikeasuhtaisia, eikä niillä saa puuttua perusoikeuden ytimeen. Siten esimerkiksi pitkälle menevät ja väljät poliittisen ilmaisuvapauden käytön kriminalisoinnit voivat olla sananvapauden kannalta ongelmallisia.”⁶⁶

Erityisesti joukkotiedotusvälineiden ja tietoverkon avulla sananvapautta voidaan käyttää väkivallan yllyttämiseen, vihapuheisiin sekä yksityisyyden ja turvallisuuden loukkaamiseen.⁶⁷ Tällöin sananvapauden käyttäminen kääntyy sen tavoitteen, demokratian edistämisen, vastaiseksi. Esimerkiksi internetin tarjoama mahdollisuus ”törkyviestintään” voi vähentää halukkuutta osallistua julkiseen ja yhteiskunnalliseen keskusteluun sekä siten heikentää vapaata keskustelua⁶⁸. Rasistinen ja muu vihapuhe perustuvat usein stereotyyppioihin, ja mielipiteet ilmaistaan iskulauseiden avulla, mikä ohjaa julkista keskustelua epäasialliseen suuntaan⁶⁹. Erityisen vaarallisena kiihotta-

⁶³ Perinteisen näkökulman on esitetty ylikorostavan sananvapauden poliittista luonnetta ja vähättelevän yksilöautonomiamia. Väitteen taustalla on ajatus siitä, että joukkoviestintävälineiden perinteinen asema yhteiskunnallisen muutoksen ja vaikuttamisen välineenä sekä sananvapauden taustaoletuksena on muuttunut. Joukkotiedotusvälineiden rinnalla ovat vahvistuneet sananvapauden henkilökohtaiset välineet: matkapuhelimet, tietokoneet, kamerat, musiikki- ja lukulaitteet sekä niiden yhdistelmät. Ihmisten ja yritysten arkeen nykyisin kuuluvat piirteet, kuten tietojen yhdistäminen, etsiminen, välittäminen ja jakaminen valituille ryhmille, ovat aikaisemmin olleet tyypillisiä vain joukkotiedotusvälineille. Edellä selostettu muutos sananvapauden käyttämisen välineissä ja olosuhteissa muuttaa sananvapauden käyttämisen painotuksen yksilöautonomiamia ja itsensä toteuttamisen. Sananvapauden käyttäminen on nykyisin yhä korostetummin yksilön oikeus ilmaista ja toteuttaa itseään, mikä muuttaa sananvapauden perinteistä sisältöä oikeutena osallistua yhteisistä asioista käytävään keskusteluun. Huovinen 2010 s. 143–144. Huovinen on viitannut alaviitteessä 2 Meiklejohin määritelmään.

⁶⁴ Sananvapaus on turvattu kaikissa keskeisissä kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa, kuten YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimuksen 19 artiklassa (SopS 7–8/1976; jäljempänä KP-sopimus). Eurooppalaisella tasolla sananvapaus sisältyy Euroopan ihmisoikeussopimukseen (jäljempänä EIS) 10 artiklan 1 kohtaan ja Euroopan perusoikeuskirjan 11 artiklan 1 kohtaan, minkä lisäksi sananvapaus on turvattu kaikissa EU:n jäsenvaltioissa perustuslain tasoilla säädöksillä. Suomessa sananvapaus sisältyy perustuslain (jäljempänä myös PL) 12 § 1 momenttiin.

⁶⁵ Sananvapaus rangaistavan menettelyn rajoituksena ks. Illman 2005 s. 163–209, Verpeaux 2010 s. 42.

⁶⁶ PeLM 26/2002 vp, Perustelut/yleistä. Samoin myös HE 309/1993 vp, s. 57/II.

⁶⁷ Ovey – White 2006 s. 318.

⁶⁸ Lausuntotiivistelmä/Riitta Ollilla s. 17.

⁶⁹ *Daniel Feret v. Belgia* 16.7.2009.

misrikosta voidaan pitää yhteiskunnallisen konfliktin oloissa ja sellaisen uhatessa, mistä lähihistorian esimerkkinä on Ruandan kansanmurhaan johtanut ja sen täytäntöönpanossa käytetty järjestelmällinen vihapuhe⁷⁰.

EIS:n sananvapautta koskeva 10 artikla rakentuu siten, että artiklan 1 kappale ilmaisee turvatuksen sananvapauden, ja 2 kappaleessa määritellään perusteet ja edellytykset sananvapauden rajoittamiselle. EIS:ssa sananvapauden sisältö on erittäin laaja, ja se kattaa kaikki eri ilmaisun muodot⁷¹. Demokraattinen yhteiskunta on pluralistinen, suvaitsevainen ja avarakatseinen, mikä johdosta myös eri ihmisryhmiä loukkaavat, järkyttävät ja huolestuttavat (offend, shock or disturb) tiedot ja ajatukset voivat kuulua sananvapauden suojan piiriin.⁷²

EIS:n artiklan 10 kohdan 2 mukaan *koska näiden vapauksien käyttöön liittyy velvollisuuksia ja vastuuta, se voidaan asettaa sellaisten muodollisuuksien, ehtojen, rajoitusten ja rangaistusten alaiseksi, joista on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen turvallisuuden, alueellisen koskemattomuuden tai yleisen turvallisuuden vuoksi, epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalisen suojaamiseksi, muiden henkilöiden maineen tai oikeuksien turvaamiseksi, luottamuksellisten tietojen paljastumisen estämiseksi, tai tuomioistuinten arvovalan ja puolueettomuuden varmistamiseksi.*

EIS 10 artiklan 2 kohdan rajoitusperusteen tulkinnessa keskeistä on, onko rajoitus ollut ”välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa”. EIT on tulkinut ilmaisun tarkoittavan sitä, että ollakseen oikeutettu rajoituksen on perustuttava pakottavaan yhteiskunnalliseen tarpeeseen (”pressing social need”), jota arvioidessaan sopimusvaltioilla oli tiettyä harkintamarginaalia⁷³.

EIT:n oikeuskäytännössä sananvapauden rajoittaminen rasistisen puheen yhteydessä voi perustua myös EIS:n 17 artiklaan ”oikeuksien väärinkäytön kiellosta”. Artiklan mukaan *Minkään tässä yleissopimuksessa ei saa tulkita suovan millegäkään valtiolle, ryhmälle tai henkilölle oikeutta ryhtyä sellaiseen toimintaan tai tehdä sellaista tekoa, jonka tarkoituksena on tehdä tyhjäksi jokin tässä yleissopimuksessa tunnustettu oikeus tai vapaus tai rajoittaa niitä enemmän kuin tässä yleissopimuksessa on sallittu.* Artiklan tarkoituksena on toisen maailmansodan jälkeen sopimusta laadittaessa ollut turvata yhteiskuntajärjestys totalitarismin ja fasismin vaaralta. EIT on kuitenkin oikeuskäytännössään tarkastellut tapauksia, jotka ovat liittyneet antidemokraattisten poliittisten ideologioiden esilläoloon, ennen kaikkea artiklan 10 kohdan 2 rajoituslausekkeeseen perustuvien kriteereiden perusteella.⁷⁴

⁷⁰ HE 317/2010 vp s. 43, Nuutila – Nuotio 2009 s. 267.

⁷¹ Harris et. al. 2009 s. 444–446, Ovey – White 2006 s. 317.

⁷² Harris et. al. 2009 s. 444–446. Esim. *Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta* (7.12.1976) kohta 49, *Lindon, Otchakovsky-Laurens ja July v. Ranska* 22.10.2007, kohta 45.

⁷³ *Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta* (7.12.1976), erityisesti kohdat 47–50.

⁷⁴ Harris et. al. 2009 s. 449–450, Verpeaux 2010 s. 42

4.2. EIT:n tulkintaperiaatteista

EIS:n määräykset on kirjoitettu yleisluonteiseen ja tulkinnanvaraiseen muotoon, mikä johtaa tulkinnan ja EIT:n oman oikeuskäytännön korostumiseen ihmisoikeuksia koskevassa soveltamiskäytännössä. Tulkinnanvaraisuutta lisää myös se, että ihmisoikeuksia sovellettaessa joudutaan tekemään perustavanlaatuisia arvovalintoja. Tyypillisesti joudutaan punnitsemaan oikeuksien suhdetta painaviin yhteiskunnallisiin intresseihin ja/tai keskenään ristiriitaisten ihmisoikeusmääräysten keskinäistä suhdetta.⁷⁵

EIT ihmisoikeusmääräysten soveltamisessa noudattamat tulkintaperiaatteet ovat melko vakiintuneet. Työn rajoitetun laajuuden vuoksi tulkintaperiaatteita ei tässä ole mahdollista käsitellä laajemmin. Todetaan vain lyhyesti, että tulkinnan lähtökohtana on sopimuksen sananmuoto, jota on kuitenkin tulkittava EIS:n ”tarkoitus ja päämäärä” huomioon ottaen. Lisäksi tulkintakäytäntö on ”evoluutis-dynaamista”, millä tarkoitetaan sitä, että EIT ei ole pitäytynyt sopijapuolten alkuperäisessä tarkoituksessa, vaan se on voinut ottaa huomioon yhteiskunnallisen ilmapiirin ja demokraattisten periaatteiden muutokset Euroopassa. Evoluutis-dynaaminen tulkinta on ilmennyt erityisesti ratkaisuisissa, jotka heijastavat eurooppalaisissa moraalikäsitelyissä tapahtuneita muutoksia.⁷⁶

Sopimusvaltioilla on mahdollisuus arvioida ”pakottavan yhteiskunnallisen tarpeen” olemassa oloa ja sananvapauden rajoittamista niin sanotun kansallisen harkintamarginaalin puitteissa. Harkintamarginaalioppi määrittelee EIT:n ja sopimusvaltioiden välistä suhdetta, ja se liittyy kiinteästi 10 artiklan rajoituslausekkeen tulkintaan.⁷⁷ Valtioiden harkintamarginaali vaihtelee ja riippuu sovellettavana olevasta rajoitusperusteesta. Harkintamarginaali on ollut korostetun kapea poliittisia mielipiteitä ja yleisiä asioita koskevalle keskustelulle asetettaviin sananvapauden rajoituksiin liittyen. Tällainen keskustelu on kiinteässä yhteydessä EIS:n tarkoitukseen turvata, ylläpitää ja edistää muun muassa demokraattisen yhteiskunnan ihanteita ja arvoja. EIT onkin korostanut erityisesti lehdistön sananvapautta.⁷⁸ Varsinaisen ajankohtaisen ja päivänpoliittisen keskustelun lisäksi valtion harkintamarginaali on ollut kapea esimerkiksi kansakunnan lähihistoriaa koskevan keskustelun osalta.⁷⁹ Harkintamarginaali on ollut

⁷⁵ Lavapuro 2011 s. 467–468.

⁷⁶ Lavapuro 2011 s. 470, Pellonpää 2005 s. 208–234, Rautiainen 2011 s. 1152–1169. Esimerkiksi suhtautumisessa seksuaalivähemmistöihin.

⁷⁷ Opin mukaan EIT ei aina pyri itse arvioimaan sopimusvaltioissa sinänsä asianmukaisesti voimaansaatettujen rajoitusten objektiivista välttämättömyyttä, vaan jättää valtiolle tältä osin harkintamarginaalin. EIT on lähtökohtaisesti katsonut, että kansalliset toimijat (lainsäätäjät, tuomioistuimet tai muu viranomaiset) ovat paremmassa asemassa arvioimaan ihmisoikeusvelvoitteiden merkitystä yksittäisessä tapauksessa. Lavapuro 2011 s. 469–470. Laajemmin ks. Pellonpää 2005 s. 222–234 ja Rautiainen 2011 s. 1153.

⁷⁸ Lavapuro 2011 s. 477–478, Pellonpää 2005 s. 420, 490, *Kubaszewski v. Puola* (2.2.2010).

⁷⁹ Pellonpää 2005 s. 495.

laajempi kaupallisissa ja yleiseen moraaliin liittyvissä yhteyksissä kuin sananvapauden poliittisen käytön yhteydessä⁸⁰.

Artiklan 10 rakenteen mukaisesti EIT:n perustelut ovat nelivaiheiset. Ensin tuomioistuin ratkaisee, onko valtio valituksen kohteena olevassa tapauksessa puuttunut valittajan sananvapauteen. Tämän jälkeen se tarkastelee, perustuuko sananvapauden rajoittaminen laintasoiseen normiin, ja onko säännöksellä (kriminalisoinnilla) 10 artiklan 2 kohdasta ilmenevä hyväksyttävä rajoitusperuste. Tämän jälkeen seuraavat varsinaiset perustelut koskien sitä, onko rajoittaminen ollut kyseisessä tapauksessa välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa, ja sitä onko keino ollut oikeassa suhteessa tavoitteeseen nähden, eli onko se ollut suhteellisuusperiaatteen mukainen.⁸¹

4.3. EIT:n oikeuskäytännöstä

Tapaukset on haettu Finlexin sivustolta sanayhdistelmällä ”sananvapaus” ”rasis*”, jolloin osumia on tullut 35 kappaletta⁸². Näistä tapauksista osa on Turkiaa koskevia poliittisen ilmaisuvapauden rajoittamista koskevia tapauksia, joissa kurdivähemmistöön kuuluvat henkilöt ovat arvostelleet hallituksen politiikkaa nimittäen sitä rassistiseksi. Nämä tapaukset on jätetty tarkastelun ulkopuolelle. Kirjoituksessa on käytetty EIT:n hakusivustolta HUDOC-portaalista haettuja englanninkielisiä tuomioita, jos sellainen on ollut saatavilla. Lisäksi on käytetty Finlexissä julkaistuja suomeksi kirjoitettuja tiivistelmiä ja HODOC-sivustolla julkaistuja englanninkielisiä lehdistötiedotteita.⁸³ Tapaukset on ryhmitelty kolmeen eri ryhmään: sananvapauden rajoittaminen poliittisessa tai yhteiskunnallisessa keskustelussa, lehdistön ja muiden tiedotusvälineiden sananvapauden rajoittaminen sekä historiallisista tapahtumista käydyn keskustelun yhteydessä.

4.3.1. Poliittinen ja yhteiskunnallinen keskustelu

Tapauksessa *Daniel Feret v. Belgia* 16.7.2009 on kysymys sananvapauden rajoista poliittisessa keskustelussa, jossa aiheena on maahanmuutto, maahanmuuttajien asema ja heidän saamansa kohtelu⁸⁴. EIT:n enemmistön mukaan jo rassistiseen syrjintään kehotava vaarallinen keskustelu jää sananvapauden suojanpiiriin ulkopuolelle. Vähemmistö puolestaan arvioi, että pelkkä vaarallinen puhe ilman, että siinä kehoitettiin väkivaltai-

⁸⁰ Pellonpää 2005 s. 500–503. Uskonnonlisten mainosten kieltäminen ja sananvapaus ks. *Roy Murphy v. Irlanti* (10.7.2003). Sananvapaus ja moraali ks. *Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta* (7.12.1976).

⁸¹ Harris et. al. 2009 s. 444, Pellonpää 2005 s. 222–232, Heiskanen 2010 s. 28.

⁸² Hakusanoilla viharikos tai vihapuhe Finlexistä ei löydy tapauksia.

⁸³ <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/description/>; 26.10.2011.

⁸⁴ *Feret*-ratkaisusta on olemassa ainoastaan ranskankielinen tuomio. Tässä selostettu perustuu Finlexissä olevaan suomenkieliseen käännökseen (lyhennelmä) ja HUDOC-sivustolla olevaan englanninkieliseen lehdistötiedotteeseen.

seen tai muutoin rikolliseen tekoon, ei ollut riittävä peruste poliitikon sananvapauden rajoittamiseen.

Ranskalainen Feret oli kansallismielisen puolueen johtaja ja parlamentin jäsen, joka oli kirjoituksissaan käsitellyt maahanmuutosta aiheutuvia ongelmia. Feret oli todennut muun muassa, että tietystä pakolaiskeskuksesta aiheutui asukkaille haittaa, ja että poliisi ei pystynyt palauttamaan järjestystä ja turvallisuutta, koska pakolaisia tuli jatkuvasti lisää. Toiseen kirjoitukseen oli sisältynyt kaksi piirrosta, joista toinen oli esittänyt työministeriä jakamassa seteleitä marokkolaisille, ja toinen eläkeläistä tulossa rähjäisestä rakennuksesta kädessään pari seteliä ja kolikoita. Kuviin liittyneessä tekstissä oli todettu muun muassa ”Eläkeläiset, hallitus ei välitä teistä vähäkään”, kutsuttiin papereita tulleita rikoksentehtäviksi, ja todettu turvapaikanhakijoiden määrän kasvaneen räjähdysmäisesti. Kolmannen rikosilmoituksen johtaneen julisteen otsikkona oli ollut ”Tämä on couscous-klaani”, ja siinä esitettiin hunnutettua naista ja turbaanipäistä miestä, jotka olivat sanoneet: ”Koraani sanoo: Tappakaa uskottomat suuren verilöylyn malliin”. Eräässä kirjoituksessa oli todettu, että couscous-klaani oli Yhdysvaltoihin tehtyjen hyökkäysten takana. Feret väitti esittäneensä syytteessä tarkoitetut lauseet osana viranomaistoimintaan kohdistuvana arvosteluna.

EIT:n perusteluissa todetaan, että EIS 10 artiklan 2 kohta antaa vain hyvin rajoitetun mahdollisuuden rajoittaa poliittista puhetta tai keskustelua yleisesti kiinnostavista kysymyksistä. Toisaalta tasa-arvo on yksi demokraattisen ja moniarvoisen (pluralistisen) yhteiskunnan kulmakiviä. Tämän johdosta joissain tilanteissa voi olla välttämätöntä estää puheet, joilla kiihotettiin suvaitsemattomuuteen perustuvaan vihaan tai pidettiin sellaista oikeutettuna.

Perusteluissa EIT kiinnitti huomiota siihen, että Feret’n levittämissä kirjoituksissa maahanmuuttajia oli pidetty rikollisina ja sellaisena ihmisryhmänä, joka haluaa hyötyä Belgiassa olemassa olevista sosiaalietuuksista (keen to exploit the benefits they derive from living in Belgium). Tämän lisäksi maahanmuuttajat oli yritetty saattaa naurunalaisiksi. EIT:n enemmistö arvioi, että tällaiset puheet ovat omiaan herättämään erityisesti vähemmän koulutetussa (less knowledgeable) yleisössä epäluottamusta, torjuntaa ja jopa vihaa ulkomaalaisia kohtaan (distrust, rejection, or even hatred towards foreigners).

Perustelujen mukaan maahanmuuttoon liittyvistä ongelmista voidaan keskustella julkisuudessa, vaikka mielipiteet voivat loukata, järkyttää tai huolestuttaa jotakin väestönosaa. Poliittisen keskustelun vapautta voidaan rajoittaa vain pakottavin perustein. Sananvapaudella on erityinen merkitys henkilölle, joka vaaleilla valittuna edustajana ajaa kansalaisten etuja. Toisaalta rasistisen ja muukalaisvihamielisen puheen vaikutus on vaalikampanjan (in an electoral context) yhteydessä estettynä moninkertainen. Jos tällaisessa yhteydessä esittää rasistista syrjintää (racial discrimination) maahanmuuttoon liittyvien ongelmien ratkaisuksi, puhe todennäköisesti aiheuttaa yhteiskunnassa sosiaalisia jännitteitä ja vähentää luottamusta demokraattisiin instituutioihin. Myös poliitikkojen tulee välttää julkisissa puheissaan suvaitsemattomuutta ruokkivia ja rasistista syrjintää puoltavia ilmaisuja. Feret’n tapauksessa oli kysymys pakottavasta

sosiaalisesta tarpeesta (compelling social need) suojata demokraattisia instituutioita. Siksi Feret'n asema parlamentaarikkona ei vähentänyt hänen vastuutaan.

Ratkaisussaan EIT:n enemmistö arvioi, että rasistista syrjintää ja ulkomaalaisvihaa on vastustettava kaikissa muodoissa myös silloin, kun puheella ei kehoitettu ryhtymään mihinkään tiettyyn väkivaltaiseen tai muutoin rikolliseen tekoon. Ulkomaalaisien syrjäyttämiseen kiihottaminen loukkasi niin olennaisesti heidän oikeuksiaan, että se oikeutti seuraamusten asettamisen myös poliitikoille. Merkitystä oli myös sillä, että kirjoituksillaan Feret on tavoitellut koko väestön huomiota. Stereotyyppiset iskulauseet tai ilmaiset ohjaavat keskustelua epäasialliseen suuntaan ja järkevän väittelyn ulkopuolelle, mikä lisää rasististen puheiden haitallisia vaikutuksia avoimen keskustelun kannalta. Puuttumista valittajan sananvapauteen voitiin pitää välttämättömänä demokraattisessa yhteiskunnassa eikä EIS 10 artiklaa ollut rikottu.

Hallituksen esityksessä on kiinnitetty huomiota siihen, että Feret olisi voinut arvostella viranomaistoimintaa pakolaisasian hoitamisessa sisällyttämättä siihen syytteessä tarkoitettuja somaleja panettelevia ja solvaavia lauseita. Feret'llä ei ole ollut sellaista erityistä tarkoitusta, joka EIT:n oikeuskäytännön mukaan voisi poikkeuksellisesti tehdä tämän tyyppisten lausumien levittämisen sallituksi sananvapauden puitteissa.⁸⁵

EIT:n vähemmistö ei pitänyt Feret'n käyttämiä kielteisiä ilmaisuja rasistisina, koska hän ”ei ollut vedonnut jonkin rodun ylemmyyteen tai pitänyt jotakin rotua muita alhaisempina sille luonteenomaisin biologisin seikoin”. Hallituksen esityksessä HE 317/2010 vp (s. 8) vähemmistön kannanotto on nostettu esiin ja siihen liittyen on todettu, että ”myös vähemmistöön jääneet tuomioistuimen jäsenet olisivat rajanneet sananvapauden ulkopuolelle sellaiset väitteet, joissa jotakin kansanryhmää pidetään muita alhaisempina sille luonteenomaisin biologisin seikoin. Tämä on varsin ymmärrettävää, koska esimerkiksi klassiseen kansallissosialistiseen vihapropagandaan liittyi juuri viittaaminen eräiden kansanryhmien biologiseen ala-arvoisuuteen. Edes poliittinen sananvapaus ei salli tällaisten vihapuheiden levittämistä.” EIT:n vähemmistön mukaan kyse ei myöskään ollut vihaan yllyttämisestä, kun Feret ei ollut kehoittanut ketään ryhtymään syrjiviin, väkivaltaisiin tai muuten rikollisiin toimenpiteisiin, vaan tukenut vaaleissa puolueen poliittista toimintaa. Kyseessä oli vaarallinen puhe, mutta kun puheessa ei yllytetty vihaan kansanryhmää kohtaan, se kuului poliittisen sananvapauden suojan piiriin.

Tapauksessa *Willem v. Ranska* (16.7.2009)⁸⁶ kaupungin pormestari oli ilmoittanut kaupunginvaltuuston kokouksessa, että hän aikoo boikotoida israelilaisia tuotteita kaupunkinsa alueella. Ilmoituksesta oli kerrottu lehdessä muutaman päivän kuluttua. Lehdessä oli kerrottu myös, että kysymys oli protestista Israelin hallituksen Palestiinan-vastaista ja epädemokraattista politiikkaa kohtaan sekä erityisesti poliittikkoa

⁸⁵ HE 317/2010 vp s. 9.

⁸⁶ *Willem*-ratkaisusta on olemassa ainoastaan ranskankielinen tuomio. Tässä selostettu perustuu Finlexissä olevaan suomenkieliseen käännökseen (lyhennelmä) ja HUDOC-sivustolla olevaan englanninkieliseen lehdistöiedotteeseen.

Ariel Sharonia vastaan, kun tämä syyllistyi julmuuksiin ja joukkomurhiin noudattamatta lainkaan YK:n päätöksiä. Lisäksi pormestari oli julkaissut kaupungin internet-sivuilla avoimen kirjeen asiasta. Willem esitti, että boikotti oli osa Israelin ja Palestiinan väliseen konfliktiin liittyvää poliittista keskustelua ("debate"), jolla on yleistä merkitystä ("public interest"), ja että hänet oli tuomittu poliittisen mielipiteensä takia.

EIT:n ratkaisussa todetaan, että sananvapaudella on erityisen tärkeä merkitys vaaleilla valitulle henkilölle. Kansalaiset olivat valinneet pormestarin edustamaan itseään ja ajamaan heidän etujaan, ja siksi sananvapauden rajoittamiseen on suhtauduttava hyvin varovaisesti. Tämän lisäksi poliittisen keskustelun vapautta on tärkeää edistää. Toisaalta yleisesti merkittävää kysymystä koskevassa julkisessa keskustelussa ei voida käydä rajoituksetta. Toisten oikeudet on otettava huomioon, vaikka jonkinlainen liioittelu tai provokaatio on sallittua, eikä keskustelun tarvitse pitäytyä tiukan maltillisena tai sävyisänä. EIT:n ratkaisussa enemmistö korostaa pormestarin asemaan liittyviä velvollisuuksia ja vastuita. Hänen on toimittava neutraalisti ja harkitsevasti koko kaupunkia koskevissa toimissa ja julkisten varojen käytössä, eikä hänen tullut yllyttää niiden kuluttamiseen syrjivän logiikan mukaisesti.

Puheen sisällöstä EIT on todennut, että pormestari oli Sharonin politiikan kritisoinnin lisäksi ilmoittanut israelilaisten elintarviketuotteiden boikotoinnista sekä siten valtuustossa yllyttänyt syrjintään. Tekoa pahensi, että hän oli laittanut viestin kaupungin internetsivuille.

Sananvapauden korostuminen poliittisen puheen yhteydessä ilmenee vähemmistöön jääneen tuomarin perusteluista. Hän arvioi, että pormestarin menettelyä voitiin pitää sallittuna liioitteluna tai provokaationa. Vastaavassa tilanteessa joku pormestari olisi voinut kehottaa boikotoimaan Yhdysvaltain tuotteita Irakin sodan johdosta tai venäläisiä tuotteita Tšetšnian konfliktin vuoksi taikka kiinalaisia kauppatavaroita Tiibetin tukemiseksi. Demokraattisen yhteiskunnan tuli suvaita tällaista (kantaottaavaa) keskustelua tai joskus jopa yllyttää tällaisiin toimiin. Kysymys oli poliittisen käsityksen ilmaisemisesta, joka kuului sananvapauden piiriin.

Tapauksessa *Soulas ja muut v. Ranska* (10.7.2008)⁸⁷ on kysymys sananvapauden rajoista kirjassa, jossa muslimien maahanmuuttoa Eurooppaan on käsitelty katastrofaalisena ilmiönä. Kirjaan oli sisältynyt tekijän käsityksiä eurooppalaisen ja islamilaisen sivistyksen yhteensopimattomuudesta tietyllä maantieteellisellä alueella. Kirjassa oli todettu muun muassa: "Etninen sota oli alkanut ja että musliminuorten rikollisuus oli keino valloittaa alueita ja karkottaa eurooppalaiset Ranskan keskiosiin ja asettua itse näiden tilalle. Niillä alueilla, joille eurooppalaiset olivat jääneet vähemmistönä, muslimituomarit jakaisivat oikeutta Koraanin mukaan - - Islam pyrki Euroopassa ja aluksi Ranskassa asteittain poliittiseen valtaan ja muslimitasavallan perustamiseen.

⁸⁷ *Soulas*-ratkaisusta on olemassa ainoastaan ranskankielinen tuomio. Tässä selostettu perustuu Finlexissä olevaan suomenkieliseen käännökseen (lyhennelmä) ja HUDOC-sivustolla olevaan englanninkieliseen lehdistötiedotteeseen.

Muslimit oikeuttivat rikollisuutensa kostonhalulla, mikä konkretisoitui esim. euroopalaisten naisten rituaaliraiskauksina. Euroopan tuleminen kolmannen maailman siirtomaaksi oli ongelma, johon voitiin löytää ratkaisu vain etnisen kansalaissodan puhkeamisella, koska nuorisoriikollisuuden ja etnisten ryhmien käymän alueellisen sissisodan kasvu oli ennakoitavissa”⁸⁸

EIT:n perusteluissa todetaan, että valittajien kirjassa käsiteltiin yleisesti kiinnostavia kysymyksiä, ja että maahanmuuttoon liittyvä keskustelu oli Ranskassa ajankohtainen asia. Valtiolla on oltava riittävän väljä harkintamarginaali arvioida tällaisten yhteiskunnallisten ongelmien laajuutta ja sitä, millä tavoin niiden äärimuotoihin voidaan sopivalla tavalla puuttua. EIT kiinnitti huomiota, että kirjassa annettiin negatiivinen kuva muslimiyhteisöistä ja maahanmuuton vaikutuksia kuvattiin katastrofaalisiksi. Kirjan tavoitteena on ollut herättää torjuntaa ja korostaa vastakkainasettelua eri ryhmien välillä. Siinä käytettiin sotilaallista kieltä (”military language”) ja muslimiyhteisöä kuvattiin pääviholliseksi. EIT korosti rasistisen syrjinnän vastustamisen tärkeyttä sen kaikissa muodoissa. Tämä tavoite ilmeni EIS:n ohella monesta muusta kansainvälisestä asiakirjasta. Sananvapauden rajoittaminen oli ollut perusteltu.

Tapauksessa *Denis Leroy v. Ranska* (2.10.2008)⁸⁹ on arvioitu pilapiirrosta, joka oli julkaistu kaksi päivää New Yorkiin 11.9.2001 tehtyjen WTC-iskujen jälkeen, ja sitä, viestikö se tekijänsä anti-amerikkalaisuudesta ja arvosteltiinko piirustuksessa amerikkalaista kapitalismia, vai tuettiin ja ylistettiinkö amerikkalaisen kapitalismin tuhoamista väkivaltaisain keinoin (terrorismin ylistäminen). Leroyin mukaan hänen tarkoituksenaan oli kuvata amerikkalaisen imperialismin tuhoa.

Tapauksen perusteluissa EIT on ensin arvioinut onko kysymys EIS 10 artiklan piiriin kuuluvasta asiasta. EIT on todennut, että ”amerikkalaisen imperialismin tuhon” viestiminen ei ollut perusoikeuksien tai EIS:n perustana olevien arvojen kiistämistä, kuten rasismi tai juutalais- tai muslimiviha, eikä EIS artikla 17 siten soveltunut tapaukseen. Kysymys ei myöskään ollut siitä, että piirroksella olisi yksiselitteisesti pyritty oikeuttamaan terrorismia, johon 10 artiklaa ei myöskään sovellettaisi.

EIT:n perusteluissa on todettu, että sopimusvaltiot voivat rangaista terrorismin suosimisesta, mutta rangaistus ei saa loukata sananvapautta. Ratkaisussa on käsitelty lehdistön tehtävää poliittisen demokratian toimivuuden kannalta. Lehdistö ei saa ylittää tiettyjä rajoja valtion tärkeiden etujen kuten kansallisen turvallisuuden ja alueellisen koskemattomuuden sekä väkivallan ja terrorismin torjunnan taikka järjestyksen säilyttämisen ja rikollisuuden estämisen suhteen. Lehdistön on kuitenkin annettava tietoja ja ajatuksia kaikista poliittisista kysymyksistä, myös sellaisista, jotka jakoi- vat yleisen mielipiteen. Myös yleisöllä on oikeus saada edellä kuvatu- nlaisia tietoja

⁸⁸ Lainausta on Finlexissä julkaistusta tapauslyhenteestä.

⁸⁹ *Leroy*-ratkaisusta on olemassa ainoastaan ranskankielinen tuomio. Tässä selostettu perustuu Finlexissä olevaan suomenkieliseen käännökseen (lyhennelmä) ja HUDOC-sivustolla olevaan englanninkieliseen lehdistötiedotteeseen.

ajatuksia. Journalistinen vapaus käsitti tuon tehtävän vuoksi myös mahdollisuuden turvautua tiettyyn liioitteluun tai jopa provokaatioon.

Pilapiirros kuului aiheensa puolesta yleisesti kiinnostavan keskustelun piiriin. EIT arvioi, että piirroksella ei ollut kritisoiu amerikkalaista imperialismia, vaan tuettu ja ylistetty sen tuhoamista väkivaltaisain keinoin. Otsikolla valittaja oli tukenut hyökkäyksen tekijöitä ja osoittanut moraalista solidaarisuutta heitä kohtaan. Hän oli suosinut tuhansia siviilejä vastaan tehtyä väkivaltaa. Hän oli ilmoittanut tarkoituksistaan vasta myöhemmin, mikä ei vähentänyt teon vaikutusten positiivista arviointia. Tosin tuollainen provokaatio kuului satiirin ja siten taiteellisen ilmaisun alaan, mihin puuttumista täytyi tutkia erityisen tiukasti. Toisaalta sananvapauden käyttöön liittyi EIS 10 artiklan 2 kohdan mukaan velvollisuuksia ja vastuita. EIT:n mielestä julkaisemisen ja terrori-iskujen ajallinen läheisyys ja aiheen liittyminen poliittisesti herkälle alueelle oli lisännyt hänen vastuutaan kertoessaan traagisesta tapahtumasta tai tukien sitä taiteelliselta tai journalistiselta kannalta. Vaikka viestin vaikutukset olivat olleet rajoitettuja, julkaisulla oli voinut olla vaikutusta alueen julkiseen järjestykseen ja väkivallan lisääntymiseen. EIS 10 artiklaa ei ollut rikottu.

Tapauksessa *Necmettin Erbakan* (6.7.2006) EIT totesi, että sananvapaus koski EIS 10 artiklan mukaisin varauksin paitsi myönteisinä, vaarattomina tai yhdenkäänä pidettyjä myös loukkaavia, järkyttäviä ja huolestuttavia tietoja ja ajatuksia. Sananvapauden käyttöön liittyy velvollisuuksia, ja sitä on käytettävä vastuullisesti. Uskonnollisten mielipiteiden esittämisen yhteydessä on velvollisuus välttää ilmaisuja, jotka voivat perusteettomasti loukata toisia ja jotka siten eivät edistä julkista keskustelua. Valtioilla oli tiettyä harkintamarginaalia säännellessään sananvapauden käyttöä moraaliin ja uskontoon liittyvissä kysymyksissä, jotka olivat omiaan loukkaamaan sisäisiä vakaumuksia. Välttämättömyys tarkoitti pakottavan yhteiskunnallisen tarpeen olemassaoloa. Puuttumisen tuli olla oikeassa suhteessa hyväksyttäviin tavoitteisiinsa, ja sitä oli perusteltava relevantin ja riittävän syin. EIS 10 artiklan 2 kohta ei juurikaan antanut mahdollisuutta rajoittaa sananvapautta poliittisen puheen kohdalta tai yleisesti merkittävässä kysymyksissä. Poliittista puhetta ei saa rajoittaa ilman pakottavia syitä. Vielä EIT totesi, että demokratian kulmakiviin kuuluu suvaitsevuus ja ihmisten tasa-arvo. Niin ollen demokratiassa saattoi olla välttämätöntä määrätä seuraamuksia tai ryhtyä ennaltaestäviin toimenpiteisiin silloin, kun lausumilla yllytettiin suvaitsemattomuuteen perustuvaan vihaan. Seuraamusten ja toimenpiteiden tuli kuitenkin olla oikeassa suhteessa hyväksyttäviin tavoitteisiinsa. Vihapuheet, jotka saattoivat loukata henkilöitä tai henkilöryhmiä, eivät ansainneet EIS 10 artiklan suojaa.

4.3.2. Lehdistön ja muiden tiedotusvälineiden sananvapaus

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta merkittävin on *Jersild v. Tanska* (23.9.1994, A 298). Valittaja (Jersild) oli tehnyt ajankohtaisohjelman nuorisoryhmästä, jonka jäsenet julkitoivat haastatteluissa karkean rasistisia ja ulkomaalaisvihamielisiä

mielipiteitään. Valittaja oli Tanskassa tuomittu sakkoihin avunannosta rikokseen, joka vastaa rikoslain 11 luvun 10 §:ssä säädettyä kiihottamista kansanryhmää vastaan.

EIT on perusteluissa todennut, että ohjelman esittelyssä oli viitattu ajankohtaiseen rotusyrjinnästä käytyyn keskusteluun, ja että aihetta oli tarkoitus käsitellä haastatteleamalla rasistisia mielipiteitä omaavia nuoria. EIT totesi perustelujen alussa, että Jersild itse ei ollut esittänyt rasistisia mielipiteitä, vaan toimittajan roolissa uutisoitui niistä haastatteleamalla po. nuoria. EIT katsoi, toisin kuin tanskalaiset tuomioistuimet, että ohjelmaan oli sisältynyt tasapainottavia aineksia haastateltujen nuorten esittämien rasististen mielipiteiden kanssa. Perusteluissa korostettiin, että valittajan tarkoitus ei ollut rasistinen, vaan että hän pyrki antamaan suurelle yleisölle tietoa erään ryhmän ulkomaalaisvastaisista asenteista, ja että ohjelma ei kokonaisuutena objektiivisesti arvioiden voinut antaa vaikutelmaa, että sen tarkoituksena olisi ollut rasististen mielipiteiden tai ajatusten levittäminen. Perusteluissa painotettiin myös toimittajan vapautta valita ilmaisukeinot, joista Jersildin käyttämä ”editoimattomiin” haastatteluihin perustunut uutisointi oli yleinen ja täytti tiedotusvälineiden ”julkisen valvojan” (public watchdog) tehtävää (kohdat 31–35).

EIT katsoi, että rasistisesta järjestöstä ohjelman tehneen toimittajan tuomitseminen kiihottamisesta kansanryhmää vastaan oli ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan tarkoittaman sananvapauden loukkaamista. Haastatteluissa annettujen lausumien levittämiseen liittyvä rangaistusuhka esti merkittävästi lehdistön osallistumista julkiseen keskusteluun, mitä oli pidettävä mahdollisena vain erityisen vahvojen perustein. EIT tuomiossa todetaan myös, että ohjelmassa esiintyneiden nuorten rankaisemiseen johtaneet lausumat olivat olleet herjaavia eivätkä ilmaisut nauttineet EIS 10 artiklan suojaa.

Jersild-tapauksen perusteella on vakiintunut, että toimittajilla tai kirjailijoilla on oikeus kirjoittaa ja raportoida joukkotiedotusvälineissä myös rasistisista ryhmistä ilman, että toimittajaa tai kirjailijaa tuomitaan rikoksesta. Poikkeuksena olisi tilanne, jossa toimittajan uutisoinnin tarkoituksena on selkeästi edistää rasistisen materiaalin levittämistä. *Jersild*-tapauksessa tiedonvälityksen tarkoitus teki ohjelman esittämisen sellaisenaan sallituksi, vaikka siihen liittyi kansanryhmää panettelevia ja solvaavia lausumia.⁹⁰

4.3.3. Sananvapauden rajoittaminen historiallisista tapahtumista käydyssä keskustelun yhteydessä

Merkittävässä tapauksessa *Lehideux ja Isorni v. Ranska* (23.09.1998) EIT on linjannut sananvapauden käyttöä historiallisessa keskustelussa. Tapauksessa on arvioitu, onko sallittua antaa lehti-ilmoituksessa myönteinen kuva vuonna 1945 yhteistoiminnasta

⁹⁰ Tapaukseen on viitannut myös Pellonpää 2005 s. 485–486.

natsi-Saksan kanssa kuolemaan tuomitusta politiikosta (Pétain)⁹¹. Kirjoittajien mukaan Pétainin toiminnassa oli ollut kysymys niin sanotusta ”kaksoispelejä”-teoriasta. Ranskan mukaan oli kuitenkin selvää, että teoriaa pidetään yleisesti vääränä. Henkilöt oli Ranskassa tuomittu sotarikosten tai rikollisen yhteistoiminnan puolustelusta.

EIT on todennut, että sen tehtävä ei ole ottaa kantaa historioitsijoiden keskuudessa meneillään olevaan keskusteluun ja tulkintoihin koskien Pétainin toimintaa. Hänen roolinsa toisessa maailman sodassa on luonteeltaan erilainen kysymys kuin esimerkiksi toisen maailmansodan aikainen juutalaisten joukkomurha, jossa on kysymys kiistatta todistetuista historiallisista tosiseikoista (”clearly established historical facts”), joiden kieltäminen tai muuttaminen (”negation or revision”) ei saa EIS 10 artiklan suojaa EIS 17 artiklan nojalla. EIS 10 artikla ei suojaa julkisesti esitettyjä käsityksiä, joissa perustellaan natsille myönteisen politiikan oikeutusta tai muitakaan EIS:n perustana olevien arvojen vastaisia käsityksiä. Ratkaisussa katsottiin Ranskan rikkoneen 10 artiklaa, koska tuomitut eivät olleet vähätelleet juutalaisten joukkotuhontaa, vaan esittäneet eriävän tulkinnan toisen maailmansodan tapahtumista ja erityisesti Pétainin roolista.

Uudemmassa tapauksessa *Garaudy v. Ranska* (24.6.2003) valittaja oli julkaissut kirjan otsikolla Israelin politiikan keskeiset myytit, ja johon muun muassa sisältyneet lukuja nimeltään Myytti Nürnbergin oikeudenkäynnistä ja Myytti polttouhrista. Valittaja oli tuomittu Ranskassa rasistisesta herjauksesta ja rasistiseen vihaan yllyttämisestä. Perusteluissa on laajasti kerrottu kirjan sisällöstä, josta ilmenee, että kirjoittaja on kiistänyt toisen maailmansodan aikaisen juutalaisiin kohdistuneen vainon ja joukkotuhon.

EIT on todennut, että selvästi näytettyjen historiallisten tapahtumien, kuten juutalaisten joukkomurhan todellisuuden kiistäminen, ei ole totuuteen pyrkivää historiallista tutkimustyötä. Natsien ihmisyyttä vastaan tehtyjen rikosten kiistäminen on yksi pahimmista juutalaisia vastaan tehdyistä rasistisista herjauksista. Herjaus kyseenalaistaa rasismia ja antisemitismia vastaisen taistelun taustalla olevat arvot, ja on omiaan rikkomaan vakavasti yleistä järjestystä. Herjaus loukkaa muiden oikeuksia, eivätkä ne sovi yhteen demokraattisen yhteiskuntajärjestyksen ja ihmisoikeuksien kanssa. EIT:n mukaan valittaja on yrittänyt vedota EIS 10 artiklaan käyttääkseen sananvapautta EIS:n kirjaimen ja hengen vastaisiin päämääriin, jotka edistävät EIS:n takaamien oikeuksien ja vapauksien hävittämistä. Tällaiset julkiset kannanotot eivät kuulu EIS 10 artiklan suojan piiriin.

Tapauksessa *Giniewski* (31.1.2006) on kysymys kirjoituksesta, jossa on voimakkaasti kritisoitu vuonna 1993 julkaistua paavin kiertokirjettä *Veritatis Splendor*. Artikkelissa on muun muassa todettu, että ”katolinen kirkko on julistautunut jumalallisen totuuden ainoaksi haltijaksi ja että juutalaisvastaiset Raamatun kirjoitukset ja

⁹¹ Lehti-ilmoituksessa oli positiivisessa sävyssä kerrottu Pétainin osallistumisesta julkiseen elämään vuosina 1916–1945 ensin sotilaana ja myöhemmin valtion päämiehenä. Tapaukseen on viitannut myös Pellonpää 2005 s. 495–496.

opit olivat perustaneet alustan, jonka pohjalta Auschwitzin ajatus oli syntynyt ja toteutettu⁹². Ranskan alioikeus tuomitsi Giniewskin uskonnollisen vakaumuksen perustuvasta herjauksesta (offence of defamation on account of their religious beliefs) kristillistä yhteisöä vastaan. Ylemmät tuomioistuimet kumosivat tuomion, mutta pyysyttivät yksityisoikeudellisen korvausvelvollisuuden, josta Giniewski valitti EIT:een. Giniewskin mukaan hän ei ollut väittänyt, että katolisen kirkon opit olivat luonnostaan antisemitistisiä, vaan että juutalaisvastaiset Raamatun kirjoitukset olivat johtaneet antisemitismiin. Hän ei siten ollut syyttänyt katolista kirkkoa Auschwitzissa tehdyistä rikoksista.

EIT:n mukaan artikkeli liittyi historioitsijoiden, teologien ja uskonnollisten auktoriteettien väliseen keskusteluun, jossa on pohdittu, onko Uudessa Testamentissa juutalaisista esitetty käsitys vaikuttanut kristinuskon piirissä esiintyvään antisemitismiin, vihamieliseen suhtautumiseen juutalaisiin (kohta 24). Vaikka valittaja on artikkelissa kritisoinut paavin kiertokirjettä ja siten paavin asemaa, kritiikki ei ulottunut koko kristilliseen yhteisöön. Osa kristityistä ei hyväksynyt paavin auktoriteettia.

Giniewski on osallistunut laajaan ja käynnissä olleeseen keskusteluun juutalaisten tuhoamiseen mahdollisesti johtaneista syistä. Giniewski näkemykset eivät perusteetomasti poikenneet käydystä keskustelusta tai olleet siitä irrallisia. Kysymys herätti yleistä mielenkiintoa demokraattisessa yhteiskunnassa, ja tällöin sananvapauden rajoituksia on tulkittava ahtaasti. Vaikka kritiikki kohdistui katolisen kirkon oppiin, artikkelin tarkoituksena ei ollut hyökätä uskonnollisia vakaumuksia vastaan sellaiseen. Artikkelin tarkoituksena oli osallistua keskusteluun journalistina ja historioitsijana.

EIT painottaa perusteluissa, että demokraattisessa yhteiskunnassa voidaan vapaasti keskustella ihmisyyttä vastaan tehtyjen törkeiden rikosten syistä. Historiallisen totuuden etsiminen kuului olennaisena osana sananvapauteen, eikä EIT:n rooliin kuulunut arvioida historiallisten kysymyksiä⁹³. Vaikka artikkelin johtopäätökset ja väitteet saattoivat loukata tai järkyttää joitakin ihmisiä, niiden esittäminen kuului sananvapauden suojan piiriin. Artikkelin ei ollut ilmeisen hyökkäävä ("gratuitously offensive"), loukkaava eikä sillä yllytetty halveksimaan tai vihaamaan ketään ("incite disrespect or hatred"). Artikkelin ei myöskään ollut ristiriidassa selkeästi osoitettujen historiallisten tosiasioiden kanssa. EIT katsoi, että sananvapauteen puuttuminen ei ole ollut demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä.

EIT on ratkaisuisaan tehnyt eron historiallisten tulkintojen ja käsitysten (interpretations or understandings) sekä tosiasioiden välillä. Toisen maailmansodan aikaista muun muassa juutalaisiin kohdistunutta joukkotuhoa on pidetty mahdollisena ymmärtää ja tunnistaa historiallisesta näkökulmasta käsin "tosiasiaksi". Toistaiseksi EIT:n oikeuskäytännössä ei ole todettu muita historiallisia tapahtumia vastaanavanlaisiksi tosi-

⁹² Lainaus on Finlexin tapauslyhenteestä.

⁹³ Perusteluissa viitataan *Chavy ja muut v. Ranska* 29.6.2004. Tapauksessa on kysymys sananvapauden ja yksilön maineen suojasta, eikä se siten kuulu työn aihepiiriin.

asioiksi ("clearly established historical facts") kuin edellä mainittu holokausti. Sananvapauden kannalta voi olla ongelmallista, jos EIT:n lista vastaavista "historiallisista tosiasioista" laajenee. Myös tosiasiaksi tiedetyn hirmuteon laajuus, vakavuus ja määrällisyys (onko kyseessä kansanmurha tai rikos ihmisyyttä vastaan) voivat olla epäselviä. Esimerkiksi ensimmäisen maailmansodan aikaista Armenian kansanmurhaa on pidetty tällaisena tapahtumana. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että sananvapauden rajoittamisen ei tulisi perustua mihinkään "listaan tosiasioista", vaan tapausta tulisi analysoida olosuhdekohtaisesti sekä arvioida puheen vaikutusta henkiinjääneiden ja heidän perheidensä kannalta.⁹⁴

5. Lopuksi

Kiihottamisrikosta sovellettaessa on pystyttävä osoittamaan, että teolla on kielletty motiivi tai vaikutin, minkä johdosta harkinta on säännöksen soveltamistilanteissa korostetun tapauskohtaista. Kiihottamisrikoksessa säädettyjä kiellettyjä vaikuttimia on laajennettu, ja sen suojan piiriin kuuluvat aikaisempaa selvemmin erilaisten henkilökohtaisten ominaisuuksien perusteella määrittyvät vähemmistöryhmät. Myös kielletyn aineiston sisältö on määriteltävä ottaen huomioon aineiston levittämisen tarkoitus ja tavoitteet.

Vihapuhetta levitetään tänä päivänä tyypillisesti internetissä, ja kiihottamisrikoksen soveltuvuutta tietoverkkoihin on myös selvennetty. Muutoksesta huolimatta erityisesti ylläpitäjän rikosoikeudellisen vastuun laajuus on jäänyt joiltain osin epäselväksi. Työssä käsitellyt EIT:n ratkaisut liittyvät kaikki perinteisten tiedotusvälineiden välityksellä tehtyihin sananvapausrikoksiin.

Kiihottamisrikoksen esitöissä (HE 317/2010 vp) on otettu huomioon myös EIT:n oikeuskäytäntö, ja selvää on, että EIT:n ratkaisuilla on merkitystä kiihottamisrikosta sovellettaessa. Oikeuslähteenä EIT:n ratkaisujen käyttö ei ole ongelmatonta, eivätkä ne anna yksiselitteisiä vastauksia yksittäisessä tapauksessa. Käytännön pulma on, että kaikista ratkaisuista ei löydy virallisia englanninkielisiä käännöksiä, mikä on ollut kirjoittajalle este käyttää alkuperäisiä tuomioita lähteenä.

EIT:n oikeuskäytännön mukaan niin sanottua poliittista puhetta ei saa rajoittaa ilman pakottavia syitä. Poliitikkojen sananvapaus on vakiintuneesti ollut erityisen laaja. Toisaalta poliitikoilla on asemastaan johtuva erityinen vastuu sananvapauden käyttämisessä. He ovat demokraattisen yhteiskunnan vallankäyttäjää ja heidän mielipiteillään on voimakkaampi vaikutus kuin muiden henkilöiden mielipiteillä. EIT on vakiintuneesti todennut, että demokratian kulmakiviin kuuluu suvaitsevuus ja ihmisten tasa-arvo⁹⁵ ja että rasmin eri muotoja vastaan on taisteltava. Tästä syystä demokraat-

⁹⁴ Harris et. al. 2009 s. 450–452.

⁹⁵ *Erbakan v. Turkki* (6.7.2006), *Feret v. Belgia* (16.7.2009) ja *Willem v. Ranska* (16.7.2009).

tisissa yhteiskunnissa on välttämätöntä voida rajoittaa erityisesti vähemmistöihin kohdistuvaa ja suvaitsemattomuuteen perustuvaan vihaan yllyttävää puhetta. Tällaisten viestien julkinen esittäminen ei kuulu myöskään poliitikkojen sananvapauden piiriin.

Leroy-tapauksen perusteluissa EIT on rinnastanut rasismiin tai juutalais- tai muslimivihan toisiinsa, kun se on käsitelty EIS:n perustana olevia arvoja ja EIS artiklan 17 soveltumista tapaukseen. Tämä saattaa heijastaa sitä, että EIT pitää keskustelua maahanmuuttajataustaisten väestöryhmien asemasta Euroopassa herkkänä alueena. Vaikka esimerkiksi maahanmuutto- ja ulkomaalaispolitiikan tai siitä vastuussa olevien ankarakin arvostelu on sallittava (HE 317/2010 vp), keskustelu ei voi olla kiihottamisrikoksessa tarkoitettulla tavalla tiettyä etnistä taustaa olevia ihmisryhmiä yleistäen negatiivisesti leimaavaa sekä vihamielistä ja ennakkoluuloista suhtautumista lietsovaa.

Jersild-tapauksen perusteella rasismista ja muunlaisesta vihamielisyydestä kertova uutisointi voi kuulua sananvapauden piiriin. Edellytyksenä on, että uutisoinnin tarkoitus ei ole itsessään yllyttää vihaan muita ryhmiä kohtaan.

Rikoslakiin ei sisälly nimenomaista säännöstä, joka kriminalisoi historiallisten tosiasioiden, kuten juutalaisten joukkosurman, kiistämisen. EIT:n oikeuskäytännössä tällainen ilmaisu ei EIS 17 artiklan nojalla kuulu sananvapauden suojan piiriin.⁹⁶ Myös lisäpöytäkirjan 6 artiklan mukaan ”holocaust denial” tai ”historiarevisionistiset” väitteet tulisi säätää rangaistaviksi, kun niitä levitetään tietoverkon välityksellä. Suomi on käyttänyt artiklan mahdollistaman varauman olla säätämättä asiasta erillisellä säännöksellä. Tässä tarkoitettut väitteet kuuluvat kuitenkin kiihottamisrikoksen soveltamisalaan. Niitä on pidetty säännöksessä tarkoitettuna solvauksena tai panetteluna.⁹⁷

Lähteet

Kirjallisuus

EFFI:n lausunto lakivaliokunnalle

<http://www.ffi.org/lausunnot/lausunto-lakivaliokunnalle-110125.html> / vierailtu 5.11.2011.

Hannula, Ilari – Neuvonen, Riku: Internetin keskustelupalstan ylläpitäjän vastuu rasistisesta aineistosta. *Lakimies* 3/2011, 527–548.

Harris, David – O’Boyle, Michael – Warbrick, Colin: *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2nd edition, 2009.

Heiskanen, Jussi: Kiihottaminen kansanryhmää vastaan s. 25–40. Kirjoituksia viestintäoikeudesta. Helsinki 2010.

Huovinen, Sakari: Matkalla sananvapauden yhteiskäyttöiseen ulottuvuuteen. *Lakimies* 2/2010, 143–159.

Illman, Mika: *Hets mot folkgrupp*. Jyväskylä 2005.

⁹⁶ Harris et. al. 2009 s. 450–452, *Garaydy v. Ranska* (24.6.2003).

⁹⁷ HE 317/2010 vp s. 20–21, Heiskanen 2010 s. 36.

- Koskinen, Pekka*: Rikosoikeuden yleiset opit ja rikosvastuun perusteet s. 159–194. Teoksessa Rikosoikeus (toim.) *Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo, Nuutila, Ari-Matti, Ojala, Timo, Rautio, Ilkka*. WSOYPro, Helsinki 2008.
- Lavapuro, Juha*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattamien tulkintaperiaatteiden kansallisesta sovellettavuudesta. DL n:o 4/2011, s. 467–479.
- Manninen, Sami*: Sananvapaus ja julkisuus (PL 12 §). Teoksessa Perusoikeudet. *Hallberg, Pekka (toim.) – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Veli-Pekka, Viljanen*. WSOYPro, Helsinki, 2011.
- Melander Sakari*: EU-rikosoikeus. WSOYPro, Juva, 2010.
- Nurminen, Tiina*: Epävarsinainen laiminlyöntirikos. s. 127–139. Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit. Helsingin hovioikeuden lauluhankkeen julkaisu. Helsinki 2004.
- Nuutila Ari-Matti – Nuotio Kimmo*: Sotarikoksista ja rikoksista ihmisyyttä vastaan, s. 247–278 teoksessa Rikosoikeus, *Lappi-Seppälä, Tapio (toim.) – Hakamies, Kaarlo – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio Ilkka*. Juva 2009.
- Ollila, Riitta*: Sananvapaus. Tietosanoma. Pieksämäki 2004.
- Ovey, Clare – White, Robin*: The European Convention on Human Rights. Oxford University Press, 4th edition, 2006.
- Pellonpää Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum 2005.
- Pihlajarinne, Taina*: Keskustelupalstojen ylläpitäjien vastuu: EU-sääntelystä kansalliseen oikeuteen – sananvapausrikokset ja tekijänoikeusrikos. Lakimies 6/2011, 1192–1214.
- Rautiainen, Pauli*: Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa: konsensusperiaate ja valtion harjintamarginaalioppi. Lakimies 6/2011, 1152–1171.
- Riihimäki Katja*: Sananvapauden rajoittaminen rasismiin ja uskontoon liittyvillä perusteilla. Pro gradu -tutkielma, HY 2010.
- Toppinen, Pilvi*: Deliberatiivinen demokratia ja erilaisuuden haaste. Pro gradu -tutkielma, HY, 2003. <http://ethesis.helsinki.fi/julkaisut/val/kayta/pg/toppinen/delibera.pdf>
- Verpeux, Michel*: Freedom of expression in constitutional and international case law. Council of Europe Publishing 2010.

Virallislähteet

- Hallituksen esitys Eduskunnalle Euroopan neuvoston tietoverkkorikollisuutta koskevan yleis-sopimuksen lisäpöytäkirjan, joka koskee tietojärjestelmien välityksellä tehtyjen luonteeltaan rasististen ja muukalaisviihamielisten tekojen kriminalisointia, hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä laeiksi rikoslain ja tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta annetun lain 15 §:n muuttamisesta. (HE 317/2010 vp).
- Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja, julkaisu 3/2010 Rasistiset rikokset. Laatinut Rasistiset rikokset -työryhmä.
- Lausuntotiivistelmä työryhmän mietinnöstä 3/2010 Rasistiset rikokset. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 77/2010.
- Lakivaliokunnan mietintö 39/2010 vp.
- Perustuslakivaliokunnan lausunto 26/2002 vp: Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston puitepäätökseksi (rasismin ja muukalaisviihamielisyyden vastainen toiminta).
- Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi (HE 6/1997 vp).

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta (7.12.1976)

Jersild v. Tanska (23.9.1994)

Wingrove v. Yhdistynyt kuningaskunta (25.11.1996)

Lehideux ja Isorni v. Ranska (23.09.1998)

Garaudy v. Ranska (24.6.2003)

Roy Murphy v. Irlanti (10.7.2003)

Chavy ja muut v. Ranska (29.6.2004)

Paul Giniewski v. Ranska (31.1.2006)

Lindon, Otchakovsky-Laurens ja July v. Ranska (22.10.2007)

Denis Leroy v. Ranska (2.10.2008)

Daniel Feret v. Belgia (16.7.2009)

Kubaszewski v. Puola (2.2.2010)

Hovioikeudet

Helsingin hovioikeus 13.9.2006 nro 2641 (R 04/2483)

Kouvolan hovioikeus 12.12.2011 nro 1146, R 10/1164.

Muut lähteet

Helsingin Sanomat 16.11., 18.11., 20.11. ja 19.12.2011.

Kirjoittajat

Tiina-Liisa Autio, OTK, VT, Helsingin hovioikeus, hallinnollinen lakimies

Markku Fredman, OTL, VT, Asianajotoimisto Fredman & Månsson Oy, asianajaja

Kaira Gardemeister, OTK, VT, Helsingin kärjäoikeus, kärjätuomari

Tea Kangasniemi, OTK, VT, Itä-Uudenmaan syyttäjänvirasto, kihlakunnansyyttäjä

Anna Karjala, OTK, VT, KTM, Helsingin hovioikeus, viskaali

Jenni Korvenmaa, OTL, VT, Helsingin syyttäjänvirasto, kihlakunnansyyttäjä

Tero Kujala, OTK, VT, Vantaan kärjäoikeus, kärjätuomari

Heli Melander, OTL, VT, korkein oikeus, oikeussihteeri

Riikka Rask, OTM, VT, VTM, Helsingin kärjäoikeus, kärjätuomari

Petra Spring-Reiman, OTL, VT, Itä-Uudenmaan kärjäoikeus, kärjätuomari