Jämsä, Jurkka
Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa
Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 343. Helsinki 2020. X + 497 sivua.

Lakimies
3–4/2021
s. 597–613

Tutkimustehtävä ja rajaukset

Oikeustieteen maisteri *Jurkka Jämsän* väitöskirja ”Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosprosessissa” keskittyy otsikkonsa mukaisesti rikosprosessioikeuteen ja erityisesti todistusoikeuteen. Tutkimuksen kohteena ovat todistelun rajoitteet normatiivisena ilmiönä, jolloin tarkasteltaviksi eivät tule todistuskeinoihin tai näytönarviointiin liittyvät kysymykset. Jämsä sivuaa näytönarviointia tutkimuksessaan, mutta lähinnä varsinaista tutkimusteemaa taustoittavasti. Tämä onkin perusteltua, koska todistusoikeudessa on keskeistä ymmärtää oikeudellisen ja epistemologisen tarkastelun eroavuus. Näytönarvioinnissa ollaan tekemisissä muun kuin normatiivisen ilmiön kanssa, kun taas todistelun sallittavuutta koskevat kysymykset ovat oikeudellisia. Jämsä on tämän erottelun havainnut ja pysyttelee selkeästi todistelun normatiivisessa tarkastelussa.

Todistelu on rikosprosessissa keskeisessä asemassa, sillä jokaisessa rikosasiassa joudutaan ottamaan jollakin tavalla kantaa syytteessä tarkoitettuun tapahtumainkulkuun. Normatiiviset todistelunrajoitteet korostuvat rikosprosessissa, jossa vallitsee asianosaisten välinen epäsymmetria siinä käytännössä yleisimmässä tilanteessa, jossa julkista valtaa edustava syyttäjä esittää ja ajaa rangaistusvaatimusta tuomioistuimessa. Oikeudellisten todistelunrajoitteiden eräänä funktiona on pidetty viranomaistoiminnan ohjaustarvetta, mikä liittyy tarpeeseen ylläpitää rikosoikeudellisen järjestelmän legitimiteettiä. Rikosprosessia voidaan luonnehtia myös formaaliksi menettelyksi, jossa asianosaisten määräämistoimilla ei ole vastaavaa merkitystä kuin siviiliprosessissa.

Väitöskirjan rajaus yksinomaan rikosprosessiin on perusteltu, vaikka Jämsä ei tätä rajausta erityisemmin tutkimuksensa alussa perustelekaan. Jämsän väitöskirja edustaa prosessioikeudellisen tutkimuksen perinnettä sikäli, että tarkastelukohteeksi on valittu yksi prosessilaji eikä muita prosessilajeja tarkastella edes vertailevasti. Tutkimuksia, joissa prosessilajeja olisi tarkasteltu yhdessä, ei juuri ole osoitettavissa ainakaan viimeisiltä vuosikymmeniltä. Eri prosessilajien vertailu ei luonnollisesti ole itsetarkoitus eikä se yleensä ole kovin hedelmällistä muutoin kuin oikeudenkäynnin perustavampaa laatua olevien periaatteiden kohdalla.

* Virallisen vastaväittäjän, dosentti *Antti Tapanilan* Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama, 26.1.2021 päivätty lausunto.

Jämsän väitöskirjan kysymyksenasettelu liittyy siihen, minkälaisin oikeudellisin mekanismein todistelua rikosprosessissa rajoitetaan. Todistelua koskevat säännöt rajaavat sitä, mikä on laillista näyttöä oikeudenkäynnissä. Rajausten jälkeen on tiedossa, mihin näyttöön tuomio voidaan perustaa eli mitä kaikkea tuomioistuimen on otettava todistusharkinnassa huomioon. Perinteisestä tarkastelutavasta jossakin määrin poikkeavasti Jämsä käsittelee oikeudellisia todistelunrajoitteita laajasti ja arvioi myös sellaisia mekanismeja, jotka vaikuttavat välillisesti näytönarviointiin. Tietty todiste on voitu oikeudellisista rajoituksista huolimatta hyväksyä näytöksi, mutta sen arviointi osana vapaata todistusharkintaa edellyttää määrättyjen normatiivisten reunaehtojen täyttymistä. Tästä voidaan mainita esimerkkinä kontradiktorisuuden vaatimukset todistelulle, sillä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on edellyttänyt muuta näyttöä sellaisen henkilötodistelun arvioimiseksi, jota syytetty ei ole voinut asettaa koetteelle esittämällä kysymyksiä vastakuulustelussa. Tällaiset vapaata näytönarviointia rajoittavat oikeudelliset todistelunrajoitteet ovat Jämsän tutkimuksen keskiössä ja osa-alue, jota ei ole aikaisemmassa oikeuskirjallisuudessa tarkasteltu kovin systemaattisesti.

Jämsä on ilmoittanut tutkimuskysymykseksi sen (s. 3), voidaanko nykyistä, lähinnä todistamiskiellot ja hyödyntämiskiellot erottavaa oikeudellisten todistelunrajoitteiden käsitteistöä kehittää kuvaamaan paremmin näiden rajoitteiden ominaisuuksia ja niiden eroavuuksia. Jämsä on pyrkinyt tutkimuksellaan tuottamaan käytännön ratkaisutoimintaa palvelevan, täsmällisemmän käsitteellisen viitekehyksen, jota voitaisiin käyttää apuna sovellettaessa oikeudellisia todistelunrajoitteita yksittäistapauksissa. Jämsän kysymyksenasettelu on oikeustieteellisesti mielekäs ja siinä yhdistyy teoreettisempi, oikeutta systematisoimaan pyrkivä tutkimusote pragmaattiseen, jossa soveltamalla testataan systematisoinnin tulos, tuottaako se mielekkään apuvälineen normien tulkintaan.

Tutkimuksen metodi ja aineisto sekä suhde aikaisempaan tutkimukseen

Jämsän väitöskirjan metodiksi on ilmoitettu *lainoppi*. Metodia on tarkasteltu lyhyesti (s. 7–13), mikä ei tarkoita sitä, etteikö metodin valinta olisi perusteltu. Jämsä ei ryhdy teoretisoimaan metodin yksityiskohtia eikä kehitä lainopista omaa sovellutustaan. Jämsä ymmärtää metodin niin, että se on menetelmä, jota käytetään tiedon saavuttamiseksi tutkittavana olevasta kysymyksestä. Metodi on ytimekkäästi ymmärretty, ja tarkastelun perustuessa oikeudellisiin todistelunrajoitteisiin eli normatiiviseen järjestelmään, olisi vaikea kuvitella muunlaista metodia. Näin etenkin, kun Jämsä on tavoitellut tutkimuksellaan lainkäyttöä

palvelevan käsitteellisen viitekehyksen luomista. Jämsä on lyhyesti metodia koskevassa luvussa viitannut lainopin kritiikkiin, jota oikeustieteen parissa on esitetty oikeustieteen ”tieteellisyydestä”. Lyhyessä vastauksessa on painavia argumentteja (s. 8). Kuten todettua, muilla metodeilla tai tutkimustavoilla olisi mahdotonta selvittää Jämsän kysymyksenasettelua. Näkökulma siis on – ja sen tulee olla – oikeuden sisäinen.

Jämsä täydentää metodivalintaansa kahdella huomautuksella, joista ensimmäinen koskee *oikeusvertailua* ja toinen *tiedonfilosofista* eli epistemologista näkökulmaa. Oikeusvertailu on ymmärretty lainoppia täydentäväksi menetelmäksi. Vertailuun on otettu mukaan angloamerikkalaista, saksalaista ja pohjoismaista aineistoa, mitä voidaan pitää prosessioikeuden parissa perinteisenä ratkaisuna. Jämsä on perustellut valintoja sillä, että Pohjoismaat ovat olleet monesti esikuvina Suomessa. *Common law* -järjestelmä on ollut vertailukohteena siitä syystä, että siihen on viitattu ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä ja oikeudellisia todistelunrajoitteita on pidetty eräänä järjestelmän erityispiirteenä. Saksa on mukana vähäisemmässä määrin. Vertailukohteet on sinänsä valittu perustellusti, ja lähdeaineistossa on mukana kiitettävästi myös oikeustapauksia muista vertailumaista paitsi Saksasta.

Jämsän ilmoitus tiedonfilosofisen näkökulman mukaan ottamisesta jää jossakin määrin epämääräisemmäksi. Tutkimuksessa paikoin tulee esiin Jämsän ymmärrys tiedonfilosofisista peruskysymyksistä ja niiden merkityksestä todistusoikeudessa. Jämsän tutkimus kuitenkin ainoastaan sivuaa näytönarviointia eikä näytönarviointia koskevissa kohdissa lähdetä syvällisempään tiedonfilosofiseen tarkasteluun. Suoranaisesti näitä kysymyksiä on tarkasteltu ainoastaan luvussa 2.2.1, joka koskee aineellisen totuuden tavoitetta. Luku on sinänsä aiheellinen osa tutkimuksen taustoitusta, mutta voisi ajatella, että nyt esitetyllä tavalla tiedonfilosofia ei ole varsinainen kokonaisuuteen ja tutkimustapaan vaikuttava näkökulma, vaan väitöskirjan yleistä osaa rikastava juonne.

Prosessioikeuden saralla on tutkittu viime vuosina verraten ahkerasti rikosprosessioikeutta ja jonkin verran myös todistusoikeutta. Viimeaikaisista todistusoikeutta rikosprosessissa koskevista väitöskirjoista voidaan mainita *Teija Stanikićin* väitöskirja ”Silminnäkijätunnistamisen näyttöarvo” vuodelta 2015 ja *Helena Jokilan* ”Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta – raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktiot” vuodelta 2010. Puhtaasti todistuskeinoihin, eli Jämsän tarkastelussa sivuraiteelle jääviä kysymyksiä on painottanut *Juhana Riekkisen* väitöskirja ”Sähköiset todisteet rikosprosessissa” vuodelta 2019. Siviiliprosessioikeuden puolella todistusoikeutta käsittelee *Timo Saranpään* väitöskirja ”Näyttöenemmyysperiaate riita-asiassa” vuodelta 2010.

Stanikićin ja Jokilan teoksia ei Jämsän lähdeluettelosta löydy. Jämsän tutkimus keskittyy todistelun normatiivisiin kysymyksiin, kun taas Stanikićilla keskiössä on henkilötodistelun arviointi. Jokilan väitöskirjan poikkeuksellinen

metodi sekä tieteenteoreettiset sitoumukset tekevät tarkan määrittelyn vaikeaksi, mutta siinäkään kysymys ei ole menettelyllisistä kysymyksistä. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun todistelua koskevat säännökset on uudistettu 1.1.2016 voimaan tulleella lainuudistuksella, minkä seurauksena todistelua rikosprosessissa on tarkasteltu useissa oikeustieteellisissä teoksissa, jotka ovat Jämsän väitöskirjan lähdeaineistona.[1]

Lähimmät esikuvat Jämsän väitöskirjalle ovat *Lauri Hormian* väitöskirja ”Todistamiskielloista rikosprosessissa” vuodelta 1978 sekä *Pasi Pölösen* väitöskirja ”Henkilötodistelu rikosprosessissa” vuodelta 2003. Hormian teoksessa on systematisoitu todistamiskieltojen järjestelmää, kun taas Pölösen väitöskirjassa todistamis- ja hyödyntämiskiellot ovat olleet osa kokonaisuutta, johon ovat liittyneet myös todistajien kuulemisen menettelyt. Pölösen tarkastelua Jämsän väitöskirja lähestyy sikäli, että myös Jämsä rakentaa tulkintojaan Pölösen käyttämän punnintamallin tavoin. Jämsän väitöskirja rakentuu molempien aikaisempien tutkimusten varaan sikäli, että hän tarkastelee vastaavaa ilmiötä eli oikeudellisia todistelunrajoitteita. Erona on se, että Jämsä on laajentanut todistelunrajoitteita jo käsitteellisesti huomattavasti laajemmalle kuin Hormia tai Pölönen. Jämsä on myös edeltäjiään rohkeammin ja omaperäisemmin lähtenyt systematisoimaan oikeudellisten todistelunrajoitteiden normijärjestelmää tavalla, jolle ei löydy suoraa vertailupohjaa suomalaisesta prosessioikeudellisesta tutkimuksesta.

Tutkimuksen merkittävyys ja ajankohtaisuus

Jämsän väitöskirjaa voidaan pitää aiheeltaan yhteiskunnallisesti merkittävänä ja ajankohtaisena. Rikosprosessi on modernilla aikakaudella pystynyt säilyttämään ”kilpailukykynsä” sikäli, että sen käyttämiseen ei ole liittynyt vastaavaa vähenevää tendenssiä kuin mitä on nähtävissä riita-asioissa. Rikosprosessissa käsiteltävien asioiden määrät ovat pysyneet pitkällä aikavälillä varsin samankaltaisina. Rikosprosessit ovat laadultaan vaikeutuneet, ja niihin on liittynyt entistä enemmän kansainvälistymisestä aiheutuvia heijastusvaikutuksia, jotka lisäävät rajat ylittävän oikeudellisen yhteistyön tarvetta, mikä vaikuttaa myös todisteluun liittyviin kysymyksiin. Todisteluun rikosprosessissa ovat vaikuttaneet myös tiedon välityksen sähköistymiseen liittyvä rikollisuus sekä sähköisten todisteiden

1. Pasi Pölönen – Antti Tapanila, Todistelu oikeudenkäynnissä. Tietosanoma 2015 ja Jaakko Rautio – Dan Frände, Todistelu – oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Edita 2016. Jälkimmäisestä on tulossa uusi, täydennetty painos. Maininnan arvoista on myös se, että Jämsän väitöskirjan julkaisemisen jälkeen on ilmestynyt Mikko Vuorenpään kirja ”Valittuja kysymyksiä todistusoikeudesta”, jonka on julkaissut Kauppakamari 2020. Yhteenvetona voinee todeta, että todistusoikeus on ollut kiitettävällä tavalla kiinnostuksen kohteena viime vuosina.

esittämismahdollisuudet. Nykyisellään rikosprosessissa joudutaan arvioimaan perinteisten todisteluun liittyvien kysymysten ohella muun muassa kysymyksiä sähköisessä muodossa olevien asiakirjojen ja tiedostojen aitoudesta.

Jämsän väitöskirjassa tarkastelun keskiössä on rikosprosessi varsin perinteisessä muodossa. Tämän etuna on, että väitöskirjassa ei pyritä ”trendikkyyteen”, joka voisi huonoimmillaan tarkoittaa pidemmällä aikavälillä merkityksettömiksi osoittautuvien teemojen selvittelyä. Toisaalta rikosprosessin nykytilaan vaikuttavien tendenssien jättäminen vähemmälle huomiolle voi heikentää tutkimuksen käyttöarvoa tulevaisuudessa. Joka tapauksessa voidaan todeta, että oikeudelliset todistelunrajoitteet ovat jokapäiväisiä tuomioistuimissa ja niillä on huomattava merkitys rikosprosessuaalisesti myös käytännössä. Laadukkaalle systematisoinnille on siten tarvetta etenkin, jos sillä voidaan tarjota punnittuja työkaluja lainkäyttäjän tarpeisiin.

Väitöskirja on ajankohtainen sikäli, että todistelulainsäädännön uudistus oikeudenkäymiskaaren 17 luvun osalta on muuttanut merkittävästi normatiivista kenttää. Lainuudistuksen yhteydessä käytiin keskustelua etenkin hyödyntämiskielloista, siitä, kuinka laajalti niitä tulee soveltaa rajoittamatta kuitenkaan liikaa vapaan todistelun periaatetta. Tämä keskustelu on heijastunut suoraan OK 17:25:ssä omaksuttuun lainsäädäntöratkaisuun hyödyntämiskiellosta. Lainkäyttäjän kannalta merkityksellisiä toimintaympäristön muutoksia on tapahtunut myös eurooppalaisella tasolla ihmisoikeustuomioistuimen ryhdyttyä arvioimaan joiltakin osin uudelleen eräitä keskeisiä kysymyksiä, jotka liittyvät oikeudenkäynnin kontradiktorisuuteen, itsekriminointisuojaan ja epäillyn oikeuteen käyttää avustajaa oikeudenkäynnissä.[2] Jämsän väitöskirjassa nämä ajankohtaiset ja ongelmallisetkin kysymykset ovat keskeisesti esillä.

Väitöskirjan yleinen osa

Jämsä on tutkimuksensa luvussa 2 tarkastellut rikosprosessin tarkoitusta ja esitellyt tarkoituksesta käytyä funktiokeskustelua. Funktioilla voidaan ymmärtää *Tatu Leppäsen* kiteyttämin tavoin normatiivista metateoriaa oikeudenkäynnin tarkoituksesta. Käyty keskustelu on rakentunut yhtäältä oikeussuoja-, ohjaus- ja konfliktinratkaisufunktioiden ympärille sekä yhdistelemällä näitä näkökulmia

2. Keskeisiä linjaratkaisuja itsekriminointisuojasta ovat olleet *Salduz v. Turkki* (2008) ja *Ibrahim v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2016), jossa tosin kysymys oli epäillyn oikeuksista laajemmin. Itsekriminointisuojaa on sittemmin tarkasteltu myös suuren jaoston ratkaisuissa *Simeonovi v. Bulgaria* (2017) ja *Beuze v. Belgia* (2018). Kontradiktorisuudesta on syytä mainita *Al Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2011) ja *Schatschaschwili v. Saksa* (2015). Tapaukset ovat väitöskirjan lähdeaineistona.

keskenään. Tässä yhteydessä on arvioitu rikosprosessin yhteiskunnallista merkitystä, jolloin kytkentä kulloinkin käsiteltävänä olevaan rikosprosessin osa-alueeseen on voinut jäädä etäiseksi ja viitteelliseksi. Jämsä on tuonut omassa tarkastelussaan esille, että keskustelua selkeyttäisi aineellisen rikosoikeuden erottaminen rikosprosessioikeudesta, jolloin rikosprosessin itsenäiseksi tarkoitukseksi jää tuottaa oikeita tuloksia eli tuomioita. Havainto on perusteltu, mutta Jämsän esille ottaman ”tuomio-oikeellisuuden” tavoitetta vaikeuttaa se, että oikeellisuutta ei yleensä pystytä mitenkään objektiivisella tavalla jälkikäteen selvittämään. Kysymys toisaalta on tavoitteesta, jolloin siihen voidaan pyrkiä, vaikka tavoitteen saavuttaminen ei olisikaan tarkasti arvioitavissa.

Menettelyllistä oikeusturvaa koskevassa luvussa 2.1.3 Jämsä on tuonut esille keskustelua oikeusvaltion ja demokratian välisestä suhteesta, jota on tarkasteltu myös väitöstilaisuudessa. Jämsä on viitannut *Lars Erik Taxellin*, *Aulis Aarnion* sekä eräiden myöhempien oikeustieteen tutkijoiden ajatuksiin siitä, minkälaisessa vuorovaikutussuhteessa demokraattinen valtiomuoto ja oikeusvaltio ovat toisiinsa nähden. Jämsä on tuonut esille sen, että hän ymmärtää demokratian myös yhteiskunnallisena osallistumisoikeutena. Jämsä on vedonnut Aarnioon, joka on todennut, että demokratia ja oikeusvaltio ovat periaatteessa eri asioita - tiivistetysti demokratia on kansanvaltaa edellyttävä valtiomuoto, kun taas oikeusvaltio on valtio, jossa julkisen vallan käyttö perustuu lakiin. Aarnion mukaan oikeusvaltion ei välttämättä tarvitse olla demokratia, mutta demokratiat ovat käytännössä oikeusvaltioita.[3]

Jämsän esille nostamaa Aarnion yksinkertaistusta voidaan problematisoida. Historiaan perehdyttäessä voidaan havaita, että niin Suomessa kuin muualla oikeusvaltiolle tyypillisiä rakenteita ja instituutioita on pystytetty aikojen saatossa eikä välttämättä ole yksiselitteisesti osoitettavissa, milloin valtiosta on voitu puhua oikeusvaltiona. Suomessa oikeusvaltiokehitykseen liittyneitä tunnusmerkkejä on ollut jo Ruotsin vallan aikana, vaikka edustuksellinen demokratia ei tuolloin ollut voimassa valtiomuotona. Toisaalta Euroopan unionin ja Euroopan neuvoston jäsenmaihin, joiden on pitänyt sopimuksin sitoutua oikeusvaltion kunnioittamiseen, kuuluu sellaisia valtioita, joissa oikeusvaltion peruspilareita on vakavalla tavalla horjutettu viime vuosina. Tällaisesta kehityksestä voidaan esittää esimerkkeinä Puola ja Unkari, joissa muun muassa tuomioistuimen riippumattomuuden vaarantamiseen on kiinnittänyt huomiota niin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin kuin unionin tuomioistuinkin.[4]

Demokratian ja oikeusvaltion esille nostaminen rikosprosessuaalisessa väitöskirjassa on sinänsä paikallaan, joskaan ei kovin tavanomaista. Asiaa ei

3. Aarnion viitattu kirjoitus on vuodelta 2002.
4. Esimerkiksi *Baka v. Unkari* (2016) ja C-585/18, C-624/18 ja C-625/18 (19.11.2019). Esimerkit osoittavat, että kehityksessä ei ole kysymys enää poliittisista painotuksista, vaan oikeusvaltion vaarantuminen on ollut todettavissa oikeudellisin perustein.

kuitenkaan voida tarkastella aivan niin suoraviivaisesti kuin Jämsä tutkimuksessaan esittää. Aarnion käyttämän jaottelun perusteella voitaisiin esimerkiksi väittää Venäjän täyttävän myös oikeusvaltion kriteerit, koska siellä järjestetään niin sanottuja vaaleja, kun taas *Kustaa III*:n aikainen Ruotsi ei olisi voinut olla miltään osin oikeusvaltio monarkistisesta valtiomuodostaan johtuen. Tällaista rinnastusta ei kuitenkaan voitane vakavalla mielellä tehdä. Oikeusvaltiosta käyty keskustelu osoittaa määrittelyjen vaikeuden sekä sen, että yksinkertaistukset harvoin tekevät oikeutta ympäröivälle todellisuudelle sekä sen monimuotoisuudelle.

Jämsä on tarkastellut verraten laajasti vapaata todistusteoriaa, jolla tarkoitetaan näytön hankkimisen vapautta sekä näytönarvioinnin sitomattomuutta normeihin. Vapaa todistusteoria on sinänsä suomalaisen todistusoikeuden kulmakivi. Luku 2.2 on asiantuntevaa ja huolellista tekstiä. Jämsän kanssa on helppo olla samaa mieltä siitä, että näytönarviointi ei ole normisidonnaista. Jämsä kuitenkin käyttää tässä yhteydessä *kokemussäännön* käsitettä. Käsite on prosessioikeudessa yleisesti käytetty. Vastaavanlainen ilmaus on *yleinen elämänkokemus*, johon on toisinaan tukeuduttu tuomioistuimien näyttöratkaisuja perusteltaessa. Kokemussäännöstä tai yleisestä elämänkokemuksesta aiheutuu kuitenkin väistämätön jatkokysymys siitä, kenen kokemusta tällöin tarkoitetaan, miten tällaisia ”sääntöjä” voidaan objektiivisesti arvioida ja millä reunaehdoilla ne ovat näytönarvioinnissa hyödynnettävissä. Vaikka tuomioistuimen näytönarviointi on vapaata, yksimielisyys vallitsee siitä, että näytönarviointi ei saa olla mielivaltaista.

Jämsä on viitannut kokemussäännöllä sellaisiin yleisessä tiedossa oleviin seikkoihin, joiden voidaan olettaa olevan kaikkien tiedossa. Esimerkkinä hän on käyttänyt sitä, että Mora-puukko ei voi jäädä pystyyn kahva alaspäin. Esimerkki lienee käypä sellaisesta tilanteesta, jossa kokemussääntöä voi pitää perusteltuna ja riittävällä tavalla objektiivisena. Yleisesti ottaen on kuitenkin suhtauduttava pidättyvästi sellaisiin tuomarin mielessään konstruoimiin ”kokemussääntöihin”, jotka eivät perustu oikeudenkäyntiaineistoon eivätkä tule keskusteltaviksi oikeudenkäynnissä. Erityisesti tämä pätee henkilötodisteluun vaikuttaviin säännönmukaisuuksiin, joita voi pitää pitkälti illusorisina. Tietyn henkilön kertomus voi sisältää seikkoja, jotka ovat mahdottomia tai erittäin epätodennäköisiä esimerkiksi epäjohdonmukaisuuksien vuoksi. Sen sijaan kokemussäännöin ei voitane yleisesti arvioida tietyn henkilön kertomuksen luotettavuutta tai päätellä, miten henkilö tietyssä tilanteessa käyttäytyy. Kun ei ole olemassa ”keskivertoihmistä” kokemuksiltaan ja persoonallisuudeltaan, ei voida päätellä kokemussääntöjä varten mitään ”keskivertokäyttäytymistä”. Jämsä on sinänsä väitöstilaisuudessa käydyn keskustelun perusteella sisäistänyt tämänkaltaisia näytönarvioinnin taustatekijöitä, vaikka ne eivät välttämättä tule esille näytönarviointia koskevasta jaksosta.

Väitöskirjassa luotu oikeudellisten todistelunrajoitteiden järjestelmä on omaperäinen ja lainopillisesti ansiokas. Jämsä on jäsennellyt todistelunrajoitteiden käsitejaottelun siten, että siinä tarkastellaan erikseen kohdetta (todis-

tusteema, -keino tai -metodi), joustavuutta (absoluuttinen tai relatiivinen) sekä ulottuvuutta, jolla Jämsä tarkoittaa todisteiden hankkimisen, esittämisen ja hyödyntämisen rajoitteita. Malli eroaa huomattavasti aikaisemmasta oikeuskirjallisuudesta, jossa todistamis- ja hyödyntämiskielloista kirjoittaneet Hormia tai Pölönen eivät ole lähteneet kehittämään yhtä pitkälle vietyä todistusoikeudellisten normien systematisointia.

Väittelijä on ulottanut todistelunrajoitteiden järjestelmän myös perinteisistä lainsäädäntöön pohjautuvista todistamis- ja hyödyntämiskielloista poikkeaviin todistelunrajoitteisiin, jotka perustuvat ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Tästä johtuu, että saman käsitejärjestelmän puitteissa joudutaan arvioimaan eri tavoin vaikuttavia todistelunrajoitteita. Todistamis- ja hyödyntämiskiellot saattavat edellyttää, että normin tunnusmerkistön täyttyessä tietty todiste rajataan oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle. Toisin sanoen todisteeseen ei saa vedota oikeudenkäynnissä eikä sitä saa ottaa huomioon näytönarvioinnissa. Ihmisoikeustuomioistuimen vaatimuksia todistelulle ei voida rinnastaa hyödyntämiskieltoihin, vaan niitä voidaan luonnehtia *tukitodisteluvaatimuksiksi.* Toisin sanoen ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaa loukkaava todiste voidaan sallia, kunhan se saa riittävästi tukea muusta, siitä riippumattomasta todistelusta. Jämsän kehittämän järjestelmän positiivisena puolena voidaan pitää sitä, että siinä on onnistuttu kirkastamaan tämä mekanismien erilaisuus sekä esittämään tyydyttävä ratkaisu kahden mekanismin rinnakkaiseen tarkasteluun.

Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön tulkinta

Väitöskirjassa on käytetty huomattavan paljon ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä, mikä on ollut sinänsä välttämätöntä, koska tutkimuksessa tarkastellaan todistelun rajoitteita *normatiivisesti.* Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut on esitelty asiallisesti, ja mukaan on valittu relevantteja, väitöskirjan aihepiiriä koskevia ratkaisuja, joita on myös saatu mukaan kattavasti. Jämsä ei ole kuitenkaan – ihmisoikeustuomioistuimen keskeisestä merkityksestä huolimatta – kovin syvällisesti pohtinut tai ainakaan esitellyt oikeuskäytännön tulkintaperiaatteita. Jämsä ei pyri asettamaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja kritiikille alttiiksi eikä osoittamaan oikeuskäytäntöön liittyviä ristiriitaisuuksia. Jämsä ei myöskään pohdi enemmälti ihmisoikeustuomioistuimen ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta.

Jämsä on väitöstilaisuudessa ilmoittanut, että ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön ylimpänä tulkitsijana toimivat korkeimmat oikeudet Suomessa. Näkemystä voidaan kritisoida ainakin sikäli, että perus- ja ihmisoikeusmyönteistä laintulkintaa ei ole Suomessa määritelty yksinomaan korkeimmille oi-

keuksille kuuluvaksi kuten ei myöskään laintasoisen säännöksen sivuuttamista, mikäli se on *ilmeisessä ristiriidassa* perustuslain kanssa. Koska perustuslain 21 §:n säännös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteista rinnastuu ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan edellytyksille, kunkin tuomioistuimen pitää menetellä perustuslain edellyttämällä tavalla havaitessaan ilmeisen ristiriidan sitovan ihmisoikeusnormin kanssa. Jämsän toteamus käy ymmärrettäväksi sikäli, että alempien tuomioistuimien tosiasialliset edellytykset ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön seuraamiseksi voivat olla ylimpiä oikeusasteita rajallisempia jo siitä syystä, että ne käsittelevät moninkertaisen määrän tapauksia. Mitään normatiivista eroa tuomioistuimien välillä ei kuitenkaan tässä suhteessa ole.

Jämsä ei ole väitöskirjassaan tuonut esille kovin paljoa käsityksistään siitä, mikä on ihmisoikeustuomioistuimien tapausten asema oikeuslähteenä, ja miten oikeuskäytäntöä tulisi tulkita. Nämä kysymykset ovat kuitenkin keskiössä selvitettäessä, mitä ihmisoikeustuomioistuimen laajasta ja toisinaan eri suuntiin vievästä oikeustapausaineistosta tulisi päätellä. Jämsä on tapausta *Ibrahim* koskevassa esityksessään (s. 353) todennut, että

> ”Siteeraan seuraavaksi tyypillistä perustelumallia, jota käytetään kohdassa ”General principles”. Kysymys on siten *selvästi abstrakteista ja yleistettävistä oikeusohjeista eikä yksittäistapaukseen rajoittuvista linjauksista*, minkä osoittavat myös niiden vakiintuneisuus ja viittaukset aikaisempaan oikeuskäytäntöön…”[5]

Jämsä tuo selkeästi esille käsityksensä ihmisoikeustuomioistuimen tapausten tulkinnasta vasta tutkimuksensa loppupuolella, vaikka perusteltua olisi ollut esitellä tätä kysymystä jo tutkimuksen yleisessä osassa. Jämsä näyttää olevan poikkeavalla kannalla sikäli, että hän päättelee ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen tulkintatavan tuomioistuimen omista perustelulausumista. Näkemys olisi kaivannut perustellumpaa pohdintaa ja taustoitusta. Näkemys voidaan asettaa kritiikille alttiiksi ainakin sikäli, että voidaan yleisesti ottaen pitää lähtökohtana, että asiaa käsittelevä tuomioistuin ei voi itse luoda niitä oikeusohjeita, joita se ratkaisuunsa soveltaa. Näin toimiessaan ihmisoikeustuomioistuin toimisi paitsi normin soveltajana, myös normin säätäjänä. On sinänsä totta, että ihmisoikeustuomioistuin on käyttänyt kuvatunkaltaista yleistettävyyteen viittaavaa perustelutapaa viime vuosina. Mitään institutionaalista muutosta tähän ei ole liittynyt, joten voidaan oikeutetusti kysyä, millä mandaatilla ihmisoikeustuomioistuin tällaisia yleistettäviä normeja ryhtyisi antamaan.

Vastaväittäjän vakaa käsitys on vielä Jämsän väitöskirjaan tutustumisen jälkeenkin, että ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja ei pidä tulkita ohi sen, minkälaisten faktojen varaan kukin tapaus rakentuu. Jämsän tulkintatapa tarkoittaisi sitä, että ihmisoikeustuomioistuimen tapauksia tulkittaisiin kuten lainsäädäntöä päättelemällä oikeusohjeet suoraan tuomioistuimen laatimista perusteluteks-

5. Kursivointi tässä.

teistä. Eri asia on, jos ihmisoikeustuomioistuin on ilmoittanut omassa arviossaan soveltavansa tiettyjä kriteerejä, kuten tapauksessa *Ibrahim* oli asian laita. Silloin voidaan olettaa ihmisoikeustuomioistuimen arvioivan myöhemmin käsiteltävikseen tulevia tapauksia vastaavien kriteerien pohjalta. Toisaalta tällaisenkin ilmoituksen ennakoitavaa vaikutusta olennaisesti vähentää se, että kriteereissä on etenkin tapauksen *Ibrahim* kohdalla kysymys varsin avoimista arviointiperusteista.

Väitöskirjan yleisessä osassa olisi voinut pohtia myös ihmisoikeustuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuimien välistä suhdetta, jolla on teemana yleisempääkin merkitystä. Ihmisoikeustuomioistuimen evolutiivinen ja dynaaminen tulkintatapa voivat pitkälle vietyinä aiheuttaa jännitteitä ja legitimiteettiongelmia tuomioistuimen suhteessa kansallisiin oikeusjärjestyksiin. Perehdyttyään laajasti ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön Jämsällä olisi ollut hyvät edellytykset tällaisille pohdinnoille. Aihepiiristä olisi voinut saada taustaa omille kehittelyille ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen tulkinnasta, jolloin ne olisivat voineet tulla tarkastelluiksi laajemmassa kontekstissa. Ihmisoikeustuomioistuimeen on yleisesti ottaen suhtauduttu Suomessa varsin kritiikittömästi, mutta kansallista suhdetta ihmisoikeustuomioistuimeen on toisinaan tarkasteltu kirjallisuudessa.[6]

Havaintoja erityisestä osasta

Tutkimuksen erityisessä osassa testataan todistelunrajoitteiden järjestelmän toimivuutta. Tutkimus ylittää laajuudeltaan (468 s.) tuntuvasti väitöskirjan suosituspituuden, mikä osittain aiheutuu valitusta aiheesta. Väitöskirjassa ei ole mitään siihen varsinaisesti kuulumatonta, mutta käsittelytapaa olisi joissakin kohdin pystynyt tiivistämään. Jämsä on viehättynyt englanninkielisten lähteiden siteeraamisesta, jolloin sitaatit toisinaan pidentävät tekstiä tarpeettomasti. Esimerkiksi sivulla 113 on verraten laaja viittaus tapauksen *Gäfgen v. Saksa* (2010) tuomioon sisältyvään eriävään mielipiteeseen. Eriävän mielipiteen arvo oikeusohjeena on kuitenkin vähäinen. Toisena esimerkkinä voidaan ottaa esille tapauksen *Ibrahim* kriteeristö, jota on esitelty laajasti ja seikkaperäisesti (s. 250 –266). Vaikka Jämsä arvottaa perusteluista pääteltävät ”kriteeristöt” ilmeisen korkealle, olisi esityksessä tältä osin ollut tiivistämisen varaa. Kriteeristön osatekijöiden pohdiskelu jää paikoin yleisluontoiseksi eikä niitä välttämättä saada

6. Esimerkkiartikkeleina voidaan mainita Tuula Linna, Ihmisoikeudet – valtaaja kansallisilla kentillä, s. 137–156 teoksessa Jaakko Husa – Petri Keskitalo – Tuula Linna – Eva Tammi-Salminen (toim.), Oikeuden avantgarde. Juhlajulkaisu Juha Karhu 1953 - 6/4 – 2013. Talentum 2013 ja Matti Pellonpää, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja kansallisen oikeuden kehitys – haittaa vai hyötyä? Lakimies 7–8/2009, s. 1125–1140.

argumentoinnilla selkiytettyä. Tällaisen avoimiin kriteereihin perustuvan arvioinnin heikkoutena jo itsessään on harkinnanvaraisuus, joka johtaa lainkäytön heikkoon ennakoitavuuteen. Toisinaan lukijaa jää myös mietityttämään, ovatko Jämsän *common law* – oikeusjärjestyksestä poimimat esimerkit yleistettävissä Suomeen, jossa rikosprosessi eroaa merkittävästi jo lähtökohdiltaan angloamerikkalaisesta järjestelmästä.

Jämsä on havainnut *common law* -oikeusjärjestyksessä käytössä olleita tukitodisteluvaatimuksia korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä (s. 174). Jämsä on tässä yhteydessä kysynyt, onko KKO:lla kompetenssia antaa – ainakaan alempia tuomioistuimia sitovia – määräyksiä näytön arvioinnista. Myöhemmin hän on todennut prejudikaattien olevan tosiasiallisesti sitovia. Jämsä on väitöstilaisuudessa täsmentänyt omaa kantaansa siten, että tosiasiallinen sitovuus on pääteltävissä siitä, että alemmat tuomioistuimet viittaavat tiettyihin KKO:n näyttöratkaisuihin. Vastaväittäjän havainnot tukevat siltä osin Jämsän näkemystä, että etenkin KKO:n ratkaisuun 2013:96 viitataan toistuvasti oikeudenkäyntiavustajien taholta. Toisinaan viittauksissa on ymmärretty virheellisesti tapauksen näyttöasetelma, joka on merkityksellinen tapauksen tulkinnan kannalta. Jämsän päätelmä siitä, että KKO:n näyttöratkaisuilla yleisemmin olisi tosiasiallista sitovuutta laajasti ja että tukitodisteluvaatimus olisi näin tullut vahvistetuksi myös kansallisesti, voi kuitenkin olla tarpeettoman yleistävä. Tämänkaltaisia päätelmiä varten olisi aiheellista perehtyä laajemmin alempien tuomioistuimien oikeuskäytäntöön.

Jämsä esittää *de lege ferenda* -kannanoton sivulla 209 oikeudenkäynnin julkisuuden rajoittamismahdollisuudesta. Tässä yhteydessä Jämsä ei ole tuonut esille, että oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain (YTJulkL) 15 §:n 1 momentin 7 kohdan mukaan tuomioistuin voi rajoittaa käsittelyn julkisuutta, jos oikeudenkäynnissä esitetään todistamiskiellon alaisia tietoja. Jämsän *de lege ferenda* -kannanoton pyrkimys on jäänyt epäselväksi vielä väitöstilaisuuden jälkeenkin. Vähintäänkin tässä yhteydessä olisi ollut syytä tuoda esille, että julkisuuslainsäädäntö mahdollistaa käsittelyn julkisuuden rajoittamisen jo nykyisellään.[7]

Tutkimuksen luku 6 käsittelee myötävaikuttamattomuusperiaatetta, jolla Jämsä on tarkoittanut yläkäsitettä itsekriminointi- ja läheiskriminointisuojalle. Jämsä on väitöstilaisuudessa ilmoittanut, että hänen näkemyksensä mukaan itsekriminointisuojan perimmäinen funktio on suojata yksilön tahdonautonomiaa. Näkemykseen voidaan yhtyä, joskin on muistettava, että itsekrimi-

7. YTJulkL 15:1,7:n sanamuoto tarkoittaa sitä, että tuomioistuin voi määrätä julkisuuden rajoittamisesta, mutta suoranaista velvollisuutta siihen ei ole. Oikeudenkäynnin julkisuuden systematiikka asettaa julkisuuden pääsäännöksi, joten suljetun käsittelyn toimittamiseen liittyy harkintaa, olkoonkin että todistamiskiellon alaisen tiedon esittäminen käytännössä useimmiten johtanee käsittelyyn suljetuin ovin tältä osin.

nointisuojaa on luonnehdittu eri yhteyksissä eri tavoin ja periaate on kehittynyt historian kuluessa.

Jämsä on tulkinnut keskeisesti esillä olevaa tapausta *Ibrahim* niin, että siinä oli kysymys viranomaisten velvollisuudesta informoida itsekriminointisuojasta. Tapaus koski terrorismirikosten esitutkintaa, jossa epäiltyinä oli kuultu kolmea henkilöä kansallisen lainsäädännön perusteella ilman avustajaa. Neljättä henkilöä oli kuultu ensin todistajan asemassa, vaikka hän oli antanut kuulustelussa sellaisia tietoja, joiden perusteella hänen asemansa olisi pitänyt vaihtaa epäillyksi. Kaikkien neljän epäillyn esitutkintakertomuksia oli käytetty todisteena myöhemmässä syyteasiassa. Jämsä on väitöstilaisuudessa ilmoittanut, että tapauksen keskeinen oikeusohje sisältyy siihen, mitä voidaan päätellä neljännen epäillyn asemasta. Väitöskirjassa tapausta *Ibrahim* on käsitelty laajasti ja useassa kohdassa. Jostakin syystä Jämsä on esitellyt tapauksen faktat lyhyesti vasta sivulla 274.

Jämsän tulkinta tapauksesta *Ibrahim* on yllättävä. Vastaväittäjän ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön perustuva tarkastelu viittaa ennemmin siihen suuntaan, että tapauksen keskiössä on kysymys siitä, millä edellytyksin epäillyn oikeutta avustajaan voidaan rajoittaa esitutkinnan alkuvaiheessa.[8] Näkemystä voidaan perustella sillä, että aikaisemmassa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä avustajaa koskevaan oikeuteen on suhtauduttu kategorisemmin, ja siinä on edellytetty avustajaa esitutkinnan alusta lähtien, ellei sanotusta oikeudesta ole luovuttu.[9] Tilanne, jossa todistajan asema muuttuu kesken esitutkinnan epäillyksi, ei ole tuntematon ihmisoikeustuomioistuimen[10] eikä kansallisessakaan oikeuskäytännössä, joten tältä osin tapaukseen ei sisälly mitään kovin käänteentekevää. Toki ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja voi tulkita monin tavoin, mikä osaltaan demonstroi ihmisoikeussopimukseen sisältyvää rakenteellista haastetta, mutta tältä osin Jämsän argumentointi ei välttämättä vakuuta kriittistä tarkastelijaa.

Toisinaan itsekriminointisuoja ja ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 3 (c) kohdassa turvattu oikeus avustajaan on sekoitettu toisiinsa. Jämsän väitöskirjassa on havaittu edellytysten olevan itsenäisiä (s. 238), mutta vielä tutkimuksen lopussa (s. 465) on viitattu siihen, että oikeutta avustajaan arvioidaan osana itsekriminointisuojaa eikä kysymys ole mistään erillisestä ”puolustuksen järjestämistä” koskevasta loukkauksesta. Väitöstilaisuudessa käydyn keskustelun perusteella näyttää siltä, että Jämsä on viitatusta kohdasta huolimatta ymmärtänyt itsekriminointisuojan ja avustajaa koskevan oikeuden erillisiksi. Yksimielisyys joka tapauksessa näyttäisi vallitsevan laajemmaltikin siitä, että oikeudet ovat sidoksissa toisiinsa etenkin siinä tilanteessa, kun epäilty luopuu oikeudesta avus-

8. Ks. Antti Tapanila, Itsekriminointisuoja, Tietosanoma Oy 2019, s. 160–163 ja Matti Pellonpää ym., Euroopan ihmisoikeussopimus. 6. uud. p. Alma Talent Oy 2018, s. 733–736.
9. *Salduz*, kohta 52.
10. *Brusco v. Ranska* (2010).

tajaan, jolloin esitutkintaviranomaisen on huolehdittava epäillyn informoinnista muun muassa itsekriminointisuojasta.

Myötävaikuttamattomuusperiaatteen ohella toinen keskeinen teema Jämsän väitöskirjassa on todistelun kontradiktorisuuden ja välittömyyden vaikutus todisteluun, jota käsitellään luvussa 9. Tässä yhteydessä voidaan nostaa esille todistelun välittömyyteen kytkeytyvä lainsäädäntöhanke, sillä henkilötodistelun vastaanottamisesta tallenteella hovioikeudessa on annettu työryhmämietintö (OMML 2020:20). Toteutuessaan hanke tarkoittaisi sitä, että henkilötodistelu taltioitaisiin kuvatallenteelle käräjäoikeuksissa ja pääsääntöisesti vastaanotettaisiin tallenteelta hovioikeudessa. Lainsäädäntöhanketta on perusteltu muun ohella pyrkimyksellä parantaa muutoksenhaussa tapahtuvan näytön arvioinnin oikeellisuutta, tehostaa muutoksenhakumenettelyä sekä vähentää muutoksenhausta asianosaisille ja todistajille aiheutuvia kustannuksia ja muuta haittaa.[11] Hankkeella on yhtymäkohta Jämsän väitöskirjaan sikäli, että todistelun välittömyyden on perinteisesti katsottu edellyttävän todistelun vastaanottamista asiaa käsittelevän tuomioistuimen istunnossa. Todistelun korvaamista videotallentein ei ole sivuttu Jämsän väitöskirjassa, mikä selittynee sillä, että työryhmä on julkaissut mietinnön vasta Jämsän väitöskirjan ollessa painossa.[12]

Jämsä käsittelee anonyymiä todistamista kahdessa luvussa (9.3.3 ja 9.4.5). Anonyymi todistaminen on ollut mahdollista 1.1.2016 lukien, ja sitä on tiettävästi hyödynnetty vain yhdessä käräjä- ja hovioikeudessa käsitellyssä rikosasiassa. Tästä huolimatta anonyymi todistaminen merkitsee poikkeusta todistelun kontradiktorisesta esittämisestä, joten asian käsittely väitöskirjassa on perusteltua. Anonyymi todistaminen on esillä verraten laajasti. Jämsä on käyttänyt lähteenä useaan otteeseen työryhmämietintöä (OMTR 2005:5), joka ei sittemmin johtanut kuitenkaan lainsäädäntötoimiin. Jämsä on perustellut mietinnön käyttämistä tarpeella taustoittaa anonyymiä todistamista koskevaa esitystään. Perustelu on sinänsä hyväksyttävä, mutta ei kovin johdonmukainen väitöskirjan muihin teemoihin verrattuna, sillä Jämsä ei yleisesti ottaen taustoita esittelemiään todistelumenettelyyn liittyviä järjestelmiä historialliselta kannalta. Esimerkiksi itsekriminointisuojan osalta historiallisen taustan sivuaminen olisi ollut olennaisempaa kuin anonyymin todistelun kohdalla.

Väitöskirjan loppupuolella Jämsä on tarkastellut *sole or decisive rule* -nimistä ihmisoikeustuomioistuimen kriteeristöä (s. 432). Jämsä on esittänyt, että tätä ei voida pitää varsinaisena hyödyntämiskieltona, vaan lähinnä tukitodisteluvaatimuksena, mihin käsitykseen voidaan yhtyä. Jämsä on kuitenkin samassa yhteydessä todennut, että ”Suomen oikeuden mukaan ei kuitenkaan olisi asetettava hyödyntämiskieltoa, jos tallennettu kertomus on ainoa tai pääasiallinen syytettä

11. OMML 2020:20 s. 31.
12. Asiaa on tosin valmisteltu oikeusministeriössä jo pidempään, mikä selviää mietinnöstä (OMML 2020:20 s. 11–13).

tukeva todiste eikä riittäviä oikeusturvatakeita ole käsillä. Esimerkiksi tuoreen EIT:n oikeuskäytännön mukaisissa ennakkopäätöksissä 2013:97 ja 2017:93 *syyte on hylätty*, mutta hyödyntämiskieltoa ei ole asetettu.[13] Samoin on menetelty aikaisemman tulkintalinjan mukaisissa ratkaisuissa KKO 2000:71 ja 2008:68.

Jämsän toteamus on ongelmallinen sikäli, että hän päättelee hyödyntämiskiellon asettamisen siitä, miten KKO on ratkaissut syyteasian. Tapauksessa KKO 2013:97 hyödyntämiskieltoa ei olisi ollut mitään tarvetta määrätä, koska syytetty oli voinut kuulustella asianomistajaa käräjäoikeudessa (kohta 13). Tapauksessa KKO 2017:93 on määrätty ulkomaiseen tuomioon kirjatut todistajankertomukset hyödyntämiskieltoon, mikä ilmenee suoraan ratkaisun perusteluista. Tapauksista ei voida siten päätellä sitä, miten kansalliset tuomioistuimet suhtautuvat kontradiktorisuutta loukkaavaan todisteluun. Pikemminkin tapaus KKO 2017:93 viittaa siihen, että tällainen todistelu määrättäisiin hyödyntämiskieltoon.[14] Näyttää siltä, että Jämsä on esittänyt johtopäätöksensä pintapuolisen tapauksiin perehtymisen perusteella eikä hänen johtopäätökseensä hyödyntämiskiellosta voida yhtyä.

Jämsän esityksessä (s. 432) on sinänsä paikkaansa pitävää, että ihmisoikeustuomioistuin ei ole edellyttänyt kontradiktorisuutta loukkaavan todisteen esittämisen sanktiona hyödyntämiskieltoa – eikä olisikaan voinut edellyttää. Voimassa olevaa oikeustilaa lienee kuitenkin syytä luonnehtia niin, että OK 17:24.2 saattaa kansallisesti edellyttää hyödyntämiskieltoa seuraamuksena. Näin voidaan päätellä esimerkiksi tapauksen KKO 2018:54 pohjalta, joka koski tavoittamattomiin jääneen asianomistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämistä.[15]

Lopuksi

Oikeustieteen maisteri Jurkka Jämsän väitöskirja ”Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosprosessissa” edustaa systematisoivaa lainoppia parhaimmillaan. Jämsä on lähestynyt tutkimusaihetta oikeuspositivistisella otteella sikäli, että hän on systematisoinut todistusoikeudellisia normeja luomansa käsitejärjestelmänsä

13. Tarkkaan ottaen tapauksessa KKO 2017:93 syytettä ei kokonaisuudessaan hylätty, vaan syyksi luettiin osa huumausaineen maahantuomiseksi tehdyistä matkoista (kohta 28).
14. KKO näyttää arvioineen kysymyksen hyödyntämiskelpoisuudesta OK 17:24.2:n nojalla.
15. KKO 2018:54, kohta 14: ”Kieltoa käyttää esitutkintapöytäkirjaan merkittyä kertomusta todisteena ilman, että henkilöä itseään kuullaan tuomioistuimessa, on noudatettu jo pitkään… Nyttemmin oikeudenkäymiskaaren 1.1.2016 voimaan tulleessa 17 luvun 24 §:n 2 momentissa mahdollisuutta käyttää esitutkintakertomusta todisteena on laajennettu koskemaan tilanteita, joissa lausuman antaja on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää.” Ks. myös kohta 22, jossa viitataan siihen, että kysymys on ensisijaisesti kiellosta käyttää todistetta eikä tukitodisteluvaatimuksesta.

kautta, joka on huolellisesti pohdittu sekä perusteltu. Jämsän kehittämä todistelunrajoitteiden järjestelmä jaottelee todistelun rajoittamista koskevat normit mielekkäällä tavalla sekä niin, että systematisointi tuo esille horjuvuutta ja epäloogisuutta niin lainsäädännössä kuin lainkäytössä.

> Tästä voidaan mainita esimerkkinä Jämsän tarkastelu, joka koskee syytetyn läheisen asemaa asianomistajana, jolle on oikeuskäytännössä turvattu mahdollisuus kieltäytyä todistamisesta vielä käräjäoikeudessa. Jämsä on todentanut järjestelyn tuottamaa sekavuutta (s. 283), joka lisäksi tuottaa todistamisesta kieltäytyvälle läheiselle vahvempaa suojaa verrattuna itsekriminointisuojaan. Itsekriminointisuojan perusteeksi voidaan esittää kuitenkin painavampia perusteluita kuin lähiomaisen kieltäytymisoikeudelle. On vaikeasti perusteltavissa, miksi syytetyn läheinen voi muuttaa kantaansa todistamisesta kesken oikeudenkäynnin. Sen sijaan rikosprosessin kulmakivenä pidettävä itsekriminointisuoja ei oikeuta syytettyä siihen, että hän voisi muuttaa kantansa enää käräjäoikeudessa niin, että kieltäytyminen todistamisesta vaikuttaisi suoranaisesti mahdollisuuteen vedota syytetyn esitutkinnassa antamaan kertomukseen.

Jämsän lainopin metodeja soveltamalla aikaansaamaa systematiikkaa voidaan pitää merkittävänä avauksena prosessioikeudellisessa tutkimuksessa, jossa ei ainakaan todistusoikeudellisia normeja ole aikaisemmin vastaavassa laajuudessa tarkasteltu kokonaisuutena ja systemaattisesta lähtökohdasta. Jämsän systematiikka ei rakennu pelkästään kansallisen lainsäädännön ja oikeuslähteiden varaan, vaan hän pyrkii laajentamaan järjestelmänsä myös EIT:n oikeuskäytännöstä pääteltäville tulkintalinjauksille. Jämsä on hyödyntänyt tutkimuksessaan kattavasti EIT:n oikeuskäytäntöä ja argumentoinut sillä pääasiassa asiantuntevasti ja vakuuttavasti. Jonkinlaisena tutkimuksen käytettävyyttä vähentävänä puutteena voidaan ottaa esille se, että oikeustapausluettelot eivät sisällä viittauksia sivuille, joissa tapauksia käsitellään. Tämä harmillisesti heikentää mahdollisuuksia selvittää, missä kaikissa yhteyksissä tapauksia on käsitelty.[16]

Jämsän väitöskirjan vahvuutena voidaan pitää sitä, että hän on asettanut merkityksellisen ja selkeän tutkimuskysymyksen, johon vastaamiseksi hän on soveltanut adekvaattia tutkimusmenetelmää. Tutkimuskysymykseen on saatu vastaus, ja se on saatu aikaiseksi teoreettisesti pitävällä tavalla. Samaan aikaan on todettava, että Jämsä on havainnut tutkimuksensa erityisen osan yksityiskohdista voitavan olla erimielisiä. Väitöstilaisuus on osoittanut, että Jämsän väitöskirja ei tee tyhjäksi ainakaan kaikkia erityiseen osaan liittyviä vasta-argumentteja ja kriittisiä näkökulmia. Tällä ei kuitenkaan ole Jämsän työn arvoa vähentävää vaikutusta. Voidaan todeta, että Jämsä on myös tutkimuksensa erityisessä osassa

16. Teoksen kustantajan, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen, internet-sivustolle on vastaväittäjän lausunnon antamisen jälkeen lisätty sähköisessä muodossa teoksen sivunumeroitu oikeustapaushakemisto. Ks. https://www.lakimiesyhdistys.fi/wp-content/uploads/2021/03/Oikeustapaushakemisto-sivunumeroin-vihkotaitto.pdf (vierailtu 20.4.2021).

pystynyt monipuoliseen ja vakuuttavaan argumentointiin, joten tutkimus on painava puheenvuoro myös tältä osin. Jämsä osoittaa väitöskirjallaan, että myös systemaattisella tutkimusmenetelmällä on saatavissa merkityksellistä tietoa ja ymmärrystä oikeudesta.

Jämsän väitöskirja osoittaa tutkijassa ennakkoluulotonta ja itsenäistä ajattelukykyä. Jo se, että Jämsä on kehittänyt uuden käsitejärjestelmän todistusoikeudellisista normeista, osoittaa sitä, että hän ei ole kaihtanut haasteita, vaan pyrkimyksenä on ollut rikastaa prosessioikeudellista kirjallisuutta uusin ajatuksin. Tutkimus osoittaa, että Jämsä on perehtynyt laajasti ja syvällisesti prosessioikeudellisiin kysymyksiin sekä todistusoikeutta koskeviin yleisiin teemoihin, joihin kuuluvat myös tiedonfilosofiset kysymyksenasettelut. Jämsän tutkimuksen lähdeluettelosta löytyy laajalti paitsi suomenkielistä oikeuskirjallisuutta, myös pohjoismaista, saksalaista sekä angloamerikkalaista lähdeaineistoa. Jämsä on käynyt läpi ison joukon EIT:n oikeuskäytäntöä tutkimusta varten ja esitellyt sitä asiallisesti sekä seikkaperäisesti.

Jämsän väitöskirjassa on käytetty sujuvaa yleiskieltä, eikä väitöskirjasta ole juuri löydettävissä virheitä. Lähdeaineisto on pääasiassa olennaista, lähteitä ei ole haalittu mukaan varmuuden vuoksi eikä lähteiden käyttämisessä ole osoitettavissa ongelmia. Joissakin kohdissa Jämsän tapa tulkita oikeustapauksia voidaan riitauttaa, mutta etenkään tutkimusmenetelmän ollessa systematisoimaan pyrkivä tätäkään ei voida pitää kovin merkittävänä rasitteena. Oikeustapauksia on käytetty kattavasti etenkin ihmisoikeustuomioistuimesta ja KKO:sta. Joitakin puutteita lähdeluettelossa on, joista voidaan edellä todettujen todistusoikeudellisten väitöskirjojen ohella tuoda esille *Markku Fredmanin* ”Asianajajan käsikirja” ja Fredmanin artikkelituotanto sekä *Tuula Linnan* artikkelituotanto, josta maininnan arvoinen on etenkin Oikeustiede – Jurisprudentiassa vuonna 2010 julkaistu artikkeli plea bargaining -menettelystä ja itsekriminointisuojasta.

Jämsän väitöskirja on huomattavasti suosituspituutta laajempi ollen yli 450 sivua. Jämsän puolustukseksi on sanottava, että väitöskirjan aiheen valinta ja tutkimusmenetelmä ovat olleet omiaan tuottamaan ennemmin laajan kuin suppean väitöskirjan. Esitarkastuksessa Jämsää on huomautettu siitä, että hän ei ole riittävän perinpohjaisesti esitellyt käyttämiään oikeustapauksia, mikä oletettavasti on johtanut väitöskirjan laajenemiseen. Joissakin kohdissa oikeustapauksia olisi voitu selostaa suppeammin tai jättää joitakin sitaatteja pois, mutta kokonaisuutta näillä ratkaisuilla ei olisi voinut kovin paljon lyhentää. Väitöskirjan laajuus on siten puolustettavissa. Laajuus ei sinällään ole itsessään moitittavaa, mutta sillä voi olla valitettava heijastusvaikutus siihen, kuinka ahkerasti lainkäytön ammattilaiset – asianajajat, syyttäjät ja tuomarit – rohkenevat kirjaan tarttua ja lukea sen kokonaisuudessaan. Lukematta jääminen väitöskirjan laajuuden vuoksi olisi vahinko, sillä Jämsän väitöskirja olisi hyödyllistä luettavaa lainkäytön ammattilaisille. Jämsä on kyennyt esittämään asiansa selkeästi ja ymmärrettävästi eikä hänen väitöskirjassaan ole tarpeetonta teoretisointia tai lainkäytön kan-

nalta irrelevanttien ongelmien erittelyä. Väitöskirjan lukemalla saa ajantasaisen ja kattavan kuvan myös viimeaikaisesta todistusoikeudellisesta keskustelusta rikosprosessin saralla.

Vastaväittäjän tehtävänä on tuoda esille väitöskirjan heikkouksia sekä vaihtoehtoisia näkökulmia sekä asettaa kysymyksin väittelijä koetteelle, kykeneekö hän argumentoimaan asiassaan ja esittämään asiantuntevia vastauksia kritiikkiin. Jämsän kohdalla vastaväittäjän tehtävä on ollut sikäli epäkiitollinen, että valmiissa muodossa väitöskirja on varsin tasokas eikä siitä löydy kovin paljon sellaista, jonka voisi asettaa fundamentaalin kritiikin kohteeksi. Kun Jämsä vielä on kyennyt väitöskirjaansa puolustamaan asiantuntevasti ja järkähtämättömästi sitä väitöstilaisuudessa koeteltaessa, mielelläni esitän Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle, että Jurkka Jämsän väitöskirja ”Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosprosessissa” hyväksyttäisiin opinnäytteeksi oikeustieteen tohtorin arvoa varten.

Antti Tapanila