

# Parvekemetsodi todistusharkintateorianä – uutta vai vanhaa uudessa leilissä?

Lakimies  
7–8/2022  
s. 1458–1466

## 1. Johdanto

Ruotsin korkeimman oikeuden (Högsta domstolen, HD) vuonna 2015 antama todistusoikeudellinen prejudikaatti NJA 2015 s. 702 eli niin sanottu *Balkongfallet* (suom. parvekejuttu) antoi Ruotsissa aihetta todistusoikeuden tutkijoiden kirjoituksiin,<sup>1</sup> eikä vähiten sen vuoksi, että ratkaisuun kirjattu todistusharkintametsodi (*”balkongmetoden”*) on levinnyt laajalti käräjä- ja hovioikeuskäytäntöön.<sup>2</sup> Leviäminen on tapahtunut siitä huolimatta, että HD korosti, ettei universaaliametodia todistusharkinnalle voida antaa, ja toi esiin, ettei tuossa ratkaisussa sovellettu teoriakaan sellainen ole.

Tässä kirjoituksessa esitellään ja arvioidaan ratkaisun kommentointia ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Lisäksi esitän omiam arvioitani ratkaisusta sekä joitain kokoavia huomioita.

## 2. Taustaa ja parvekemetsodin esittely

Jutussa oli kysymys siitä, oliko syytetty yrittänyt perheriidan yhteydessä surmata asianomistajan eli vaimonsa ”heittäimällä, työntämällä tai käsistään pudottamällä” (*”kasta, knuffa eller släppa ned”*) tämän kuudennen kerroksen parvekkeelta. Asianomistaja oli pudonnut ja saanut vakavia vammoja. Syytetty oli väittänyt vaimon yrittäneen tehdä itsemurhan.<sup>3</sup>

Todistusoikeuden ja todistusharkinnan kannalta HD:n ratkaisussa keskeisiä ovat erityisesti jaksot *”Allmänt om bevisning”* (kohdat 18–27), *”Beviskravet i brottmål”* (kohdat 28 ja 29) sekä *”Bevisningen i målet och ordningsföljden vid prövningen”* (kohdat 30–34). Kohdissa 18–20 käsitellään todistusharkintaa ja

1. Christian Diesen, *Balkongfallet – ett riktigt bevisprejudikat*. Juridisk Tidskrift (3)2015/16, s. 666–678; Marcus Agnafors, *Bevisprövningsmetoden i Balkongmålet – en kritik*. Juridisk Tidskrift (2)2019/20, s. 358–373 ja Mikael Mellqvist, *Balkongmetoden – några kommentarer till vissa kommentarer*. Juridisk Tidskrift (3)2019/20, s. 776–781.
2. Leviämisestä Agnafors 2019/20, s. 358; Mellqvist 2019/20, s. 776 (*”ett rejält genomslag”*). Agnafors (2019/20) antaa ratkaisulle jo ”klassikon statuksen”.
3. Diesen 2015/16, s. 670–671 esittelee kriittisesti syytetyn väitteen ja arvioi, miksi niillä ei ole arvoa vastaanäyttönä.

sen vapautta yleisesti. Kohdassa 21 todetaan, ettei todistusharkinnan vapaus estä sitä, että harkinnassa saatetaan eri suhteissa soveltaa tiettyjä periaatteita ja että tällaisia periaatteita voi kehittyä oikeuskäytännössä. HD varoittaa kuitenkin, että tällaisia periaatteita ja suuntaviivoja täytyy käsitellä varovasti ja ”osoittaen arvostelukykyyä” (*”med urskillning”*):<sup>4</sup> kaikkiin juttutyyppeihin soveltuvaa mallia ei voida esittää. Siitä huolimatta johonkin juttutyyppiin voi sopia metodi, joka soveltuu muita paremmin varmistamaan niin huolellisen todistusharkinnan kuin tuomioistuimen arviointien esilletuomisen.

Itse ”parvekemetodi”, siis metodi joka HD:n mukaan soveltuu tilanteessa, esitellään ratkaisun jaksoissa 22 ja 23. Metodissa voi erottaa neljä vaihetta: Ensimmäinen vaihe (kohta 22) on viitattujen ja todistusteemalle<sup>5</sup> relevanttien todistusosiseikkojen identifiointi. Sen estämiseksi, ettei todistusharkinnasta tule pelkästään näytön yleistä tarkastelua, HD:n mukaan on yleensä aiheellista, että tuomioistuin arvioi jokaisen todistusosiseikan merkityksen (erikseen). Vähäisemmän merkityksellinen näyttö voidaan aluksi panna syrjään.

Toinen vaihe (kohta 23) on todistusteeman (teonkuvauksen) tueksi vedotun näytön yhteisen arvon punnitseminen. Jos arvo ei riitä vahvistamaan (*”styrka”*) sitä, teemaa vastaan vedotulla näytöllä ei ole merkitystä. Syytetty on vapautettava jo sillä perusteella, että häntä vastaan esitetty näyttö ei riitä.<sup>6</sup> Jos näyttö sitä vastoin on niin vahvaa, että se sellaisenaan riittää ylittämään näyttökynnyksen, syytetyn kertomus ja sitä tukeva näyttö tulee ottaa tarkastettavaksi. Tämä on kolmas vaihe. Jos vastaanyttö kumoaa syytetyn syyksi väitetyt seikat, syyte tulee hylätä. Sama seuraa siitä, että syytetyn kertomus ja muut syytettä vastaan vedotut todisteet muodostavat niitä tukevien todistusosiseikkojen perusteella niin vahvan (vasta)näytön, ettei syyksilukemisen näyttökynnys ylity.

Neljäs vaihe (kohta 23 *in fine*) on ennen todistusharkinnan lopettamista tehtävä näytön kokonaisarviointi (*”övergripande och slutlig sammanvägning”*). Tällöin voi olla syytä ottaa huomioon myös se näyttö, joka aikaisemmin pantiin syrjään.

Ratkaisun kohdassa 24 selvitetään syytetyn vaitiolo-oikeutta, ja kohdissa 25–27 korostetaan varovaisuutta tälle jutulle ominaisen esitutkimateriaalin runsauden suhteen.

4. HD viittaa myös ratkaisuunsa NJA 2004 s. 176 (mm. tahallisuuden näyttäminen).

5. HD tarkoittanee teonkuvausta, koottua oikeustusosiseikastoa, sillä se määrittelee todistusteeman tässä tarkoittamaan sitä tai niitä seikkoja, *”omständigheter”* (*”rättsfakta”*), joihin syyte perustuu. Sinänsä tämän jutun ”pääteema” on yksinkertainen ja kyllä/ei -perusteella vastattava kysymys.

6. HD viittaa seksuaalirikosta koskeneeseen ratkaisuunsa NJA 2010 s. 671 (kohta 13), jossa se oli menetellyt hylännyt syytteen seuraavin perusteluin: *”Den till stöd för åtalet åberopade bevisningen är inte tillräcklig för att kunna ligga till grund för en fällande dom. Det saknas under sådana förhållanden anledning att gå in på den bevisning som S.P. åberopat till fredande från åtalet. Åtalet ska ogillas, liksom också T.P:s skadeståndsyrokande.”*

### 3. Arviointia ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa

Kirjoittamassaan kommentissa *Diesen* otsikoi, ilmeisen ilahtuneena,<sup>7</sup> HD:n ratkaisun olevan todellinen todistelua koskeva ennakkopäätös (*”ett riktigt bevisprejudikat”*).<sup>8</sup> Tosin hän sitten suuntaa siihen myös kritiikkiä.

*Diesen* huomauttaa muun ohella järeästi ratkaisuun sisältyvästä väärinymmäryksestä koskien näyttökynnystä ja varteenotettavaa epäilystä: HD on käsitellyt väärin näyttökynnyksen luonteen. *”Utom rimligt tvivel”* on negatiivinen näyttökynnyks, joka ilmaisee lopputuloksen varmuuden eikä näytön vahvuutta.<sup>9</sup> Hän liittää tämän vaihtoehtoisia selityksiä ja tapahtumainkulkuja koskeviin oppeihin(sa) ja sitä kautta myös näytön kattavuuteen. Lisäksi *Diesen* asettaa kysymysmerkin myös HD:n ratkaisun kohdassa 22 olevaan lausumaan siitä, että ensimmäisessä vaiheessa eli syyttäjän todistelun arvioinnissa vähemmän merkityksellinen näyttö voidaan aluksi laittaa sivuun. Dieseniälisittäin se tulisi arvioitavaksi vaihtoehtoisten selitysten arvioinnissa eli vasta toisessa vaiheessa. *Diesen* korostaa, että todisteen oikean näyttöarvon saamiseksi täytyy kaikkien arvioinnin kannalta relevanttien seikkojen olla mukana.<sup>10</sup>

*Agnafors* puolestaan asettaa säännön muodostavalle todistusharkintateorialle viisi kriteeriä. Nämä ovat seuraavat: Metodin on oltava selkeä ja selvä (*”klar och tydlig”*); sen tulee maksimoida aineellisesti oikeiden lopputulosten osuus ja minimoida aineellisesti väärin lopputulosten osuus (aineellisen oikeellisuuden vaatimus); sen tulee olla puolueeton, tai jollei siihen päästä, syntyvän tai uhkaavan puolueellisuuden tulee koitua syytetyn eduksi; ja tämän puolueellisuuden tulee olla mahdollisimman vähäistä.<sup>11</sup> *Agnafors* katsoo kumulatiivisen kritiikkinsä osoittavan, että on kyseenalaista, voidaanko parvekemetodia pitää käyttökelpoisena todistusharkintametodina riippumatta minkäläatuisesta jutusta

7. *Diesen* 2015/16, s. 677–678, jossa käydään analyttisesti ja eloisesti läpi HD:n todistusoikeudellista prejudikatuuria aina RB:n voimaantulosta lähtien ja tukitodistelun vaatimista koskevaan debattiin saakka. Hän toteaa myös, että parvekeratkaisu voidaan nähdä osoituksena HD:n elpynneestä kiinnostuksesta rikosjuttujen todistusharkinnan metodiikkaan. Tukitodistelun tarpeellisuutta koskevan kysymyksen kannalta tämä ratkaisu ei kuitenkaan hänen mukaansa ole edustava, koska useimmat syytetyn puolustukseen esittämät seikat olivat tarkistettavissa muun näytön, kuten teknisen ja lääketieteellisen selvityksen, avulla.

8. Lisäksi *Diesen* 2015/16, s. 666–668, jossa kiinnitetään huomiota siihen, että HD myönsi valitusluvan yksin asianomistajan haettua muutosta ja kumoten hovioikeuden (*hovrätt*) vapauttavan ratkaisun tuomitsi syytetyn 14 vuoden vankeusrangaistukseen. HD salli myös muuttaa teonkuvausta koskemaan parveketapahtumia edeltävän pahoinpitelyn ja heittämisen lisäksi muut edellä mainitut tekemuodot. HD lausui myös negatiivisen näytön tulkinnasta, tosin *Diesenin* (ibid. s. 677) mielestä väärin valittua esimerkkiä käyttäen.

9. *Diesen* 2015/16, s. 672 (kurs. *Diesenin*).

10. *Diesen* 2015/16, s. 674–675.

11. *Agnafors* 2019/20, s. 360–363.

on kysymys.<sup>12</sup> Kritiikki kohdistuu siihen, mitä arvioidaan, ennenaikaiseen lopputulokseen sekä psykologisiin mekanismeihin ja todistustaakan jakamiseen.

Ensinnäkin HD:n mukaan ensimmäisessä vaiheessa syyte tulee hylätä, jos sen tueksi esitetty syyttäjän näyttö ei vahvista syytteen tapahtumainkulkua tapahtuneeksi. *Agnaforsin* mielestä syyte olisi tullut hylätä useimmissa jutuissa, joissa metodia on sovellettu. Se, että näin ei ole tapahtunut, osoittaa hänen mukaansa, ettei metodia voida soveltaa HD:n kuvaamalla tavalla. Jos otetaan huomioon, että kynnykset ”*styrkt*” ja ”*bortom rimligt tvivel*” edellyttävät sekä varmuutta että robustiutta, pelkästään syyttäjän esittämään näyttöön kohdistuva harkinta ei voi milloinkaan ylittää näyttökynnyksen yli näytön puuttuvan robustiuden perusteella. Hänen mielestään syyttäjän näytön arvottaminen edellyttää, että tuo näyttö *voidaan* arvioida tyydyttävästi ilman, että puolustuksen näyttö otetaan huomioon. Kyseinen oletus olisi *Agnaforsin* mielestä kuitenkin järjetön. Kukaan todistusteemaan kohdistuvaa näyttöä – ja lopputuloksen varmuutta – ei ylipäättäen voida arvioida oikein ennen kuin kaikki esitetyt argumentit on otettu huomioon. Eri todisteiden näyttöarvo riippuu niiden suhteesta muuhun esitettyyn todisteluun. Kaikissa muissa kuin hyvin yksinkertaisissa jutuissa esitetty näyttö muodostaa erityisen ”vesakkoisen juurijärjestelmän” (”*snårigt rotsystem*”) eri argumenteista, joiden yksittäiset arvot vaikuttavat toisiinsa. Tästä syystä näyttökynnys koskee pikemmin lopputuloksia kuin näytön vahvuutta.<sup>13</sup> On harhaanjohtavaa puhua täytetystä näyttövaatimuksesta sellaisessa vaiheessa, jossa vain toisen osapuolen näyttö on otettu vastaan. *Agnafors* torjuu myös ajatuksen siitä, että syyttäjän näyttö arvioitaisiin vain *prima facie*: hänen mielestään sellainen arvio ei voi ylittää edellä mainittuihin näyttökynnyksiin.<sup>14</sup>

Toiseksi, jos tulkitseen oikein, *Agnaforsin* mukaan vaarana on, että tuomari ratkaisee jutun liian nopeasti ilman, että syyttäjän ja syytetyt näytön keskinäiset yhteydet tulevat huomioon otetuiksi. Parvekemetodia soveltaessaan tuomari saattaisi hylätä syytteen liian aikaisin, kun syytetyt oma näyttö ehkä olisi vetänyt maton alta hänen omalta versioltaan tapahtumainkulusta (ja siten lisännyt syytteen todennäköisyyttä?). Syyte tulisi näin ennen aikojaan hylätyksi. Tässä *Agnaforsilla* on oletettavasti ainakin osaksi tausta-ajatuksena juuri näyttöjen keskinäinen riippuvuus tai vuorovaikutus. Lisäksi hän kyllä myöntää, että riski lienee lähinnä teoreettinen, koska harvat tuomarit pystyvät pitämään etäisyyttä syytetyt näyttöön, kun syyttäjän näyttö on ensin arvioitava. Mutta *jos* metodi otetaan käyttöön HD:n kuvaamassa muodossa, riski ei ole pelkästään hypoteettinen, *Agnafors* katsoo, ja ulottaa vaaran jo syyttäjän syyttämispäätökseen asti tämän ennakkoidessa oikeudenkäynnin kulkua. Siten metodi näyttää kompastuvan

12. *Agnafors* 2019/20, s. 363.

13. *Agnafors* 2019/20, s. 365 viittaa tässä Dieseniin edellä mainittuun lausumaan, että HD on käsittänyt väärin näyttökynnyksen luonteen.

14. *Agnafors* 2019/20, s. 364–365.

vaatimukseen materiaalisesta oikeellisuudesta. HD ei ole tosin tarkoittanutkaan metodia yleiseksi, mutta toisaalta ei ole olemassa ohjeita siitä, mihin se soveltuisi ja mihin ei. Tämä rikkoo jo ensimmäistä todistusharkintateorian kriteeriä eli selvyysvaatimusta vastaan, *Agnafors* huomauttaa.<sup>15</sup>

Kolmanneksi *Agnafors* tuo esiin sen, ettei parvekemethodi ota huomioon, että tuomari voi olla taipuvainen pysyttämään muodostuneessa käsityksessä (nk. ”*confirmation bias*”) syyttäjän näytön arvioituaan ja siirtyessään syytetyn näyttöön. *Agnafors* viittaa tässä muun muassa *Tverskyn* ja *Kahnemanin* tutkimuksiin psykologian alalta 1970-luvulta, *Moa Lidénin* tuolloin tuoreeseen (2018) tutkimukseen *Confirmation Bias in Criminal Cases* sekä laajalti amerikkalaiseen psykologiseen tutkimukseen.<sup>16</sup>

*Agnafors* päätelee, että jos parvekemethodin mukaan syytekynnys ei ole ylittynyt ensimmäisessä vaiheessa, puolustus joutuu todistamaan syyteen yhä enemmän epätodennäköiseksi omalla näytöllään: puolustuksen näytön tulee poistaa voimaa (”*ta kraft*”) syyttäjän (riittämättömästä) näyttöstä, ja käytännössä syytetylle olisi näin asetettu todistustaakka.<sup>17</sup> Tämä ajatuskulku perustuu *Agnaforsin* omaan edellä ensimmäisessä kohdassa esitettyyn. Hän ennakoii, että ongelmaa voidaan väittää luonteeltaan puhtaasti teoreettiseksi, ja pyrkii torjumaan sellaisen väitteen.

Lopuksi *Mellqvistin* eräänä keskeisenä huolena näyttää olevan, että parvekemethodia on laajasti alettu käyttää Ruotsin käräjä- ja hovioikeuksissa, vaikka HD ei ole tarkoittanut sitätodistusharkinnan yleismethodiksi. *Mellqvistin* mielestä metodi on liian surkastunut ja heikosti ankkuroitunut siihen, miten inhimillinen päätöksenteko, tuomioistuimen tuomitsemistoiminta, todellisuudessa muotoutuu, jotta sitä voitaisiin noudattaa.<sup>18</sup> *Mellqvist* tuo esiin useita seikkoja, jotka hänen mukaansa ovat metodin varjopuolia. Näitä ovat ainakin seuraavat:

- 1) näytön arvioinnin riippuvuus esittäjästä ja tämän roolista prosessissa;
- 2) (osin edelliseen liittyen) syyttäjän esitys luo tuomioistuimelle ennakkokäsityksen tai -luulon, jota on vaikea myöhemmin kumota (nk. *confirmation bias*); sekä
- 3) todistustaakan siirtyminen edellä kuvatuin tavoin syytetylle.<sup>19</sup>

15. *Agnafors* 2019/20, s. 366–367.

16. *Agnafors* 2019/20, s. 369. Tuoreempaa tietoa *Tverskyn* ja *Kahnemanin* osalta löytyy esimerkiksi teoksesta Amos Tversky – Daniel Kahneman, Päätöksenteko epävarmuuden vallitessa: heuristiikat ja vinoutumat. Teoksessa Daniel Kahneman, Ajattelu nopeasti ja hitaasti. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Terra Cognita 2012, s. 479–496.

17. *Agnafors* 2019/20, s. 371.

18. *Mellqvist* 2019/20, s. 776.

19. *Mellqvist* 2019/20, s. 778 – 781.

#### 4. Omaa arviointia ja kokoavia huomioita

Ensimmäinen vaikutelma on, että parvekemетodin pääkohdissa ei sinänsä ole mitään erityisen uutta, jos sitä tarkastellaan todistelun mekanistisena kuvauksena. Todisteiden esittäminen ja vastaanottaminen noudattaa samaa vaiheistusta ja on noudattanut sitä epäilemättä vuosisatojen ajan. On tällöin loogista ajatella, että todisteiden arviointikin tapahtuisi myös lopullisessa harkinnassa samoilla askelilla. Siinäkin, että kukin todiste siinä harkitaan ensin erikseen ja sitten todistelutilanne kokonaisuutena, ei ole mitään uutta.<sup>20</sup> Juuri lopullisen ja samalla kokoavan harkinnan kuvaajana metodilla onkin kuvausvoimaa. Uutta näyttäisi olevan lähinnä vaihteellisuuden selkeä erottelu ja idea vastaanäytön huomiotta jättämisestä, jos syyttäjän näyttö vaikuttaa heti riittämättömältä.

HD itse korostaa perustellusti, ettei mitään universaalia todistusharkintametodia voida tuoda esiin. Se varoittaa ymmärtämästä parvekeratkaisuakaan sellaiseksi – seikka, jota *Diesenkin* tuo esille.

Vielä tätäkin parempi olisi mielestäni kuitenkin kysyä, miksi edes olisi ylipääntään tavoiteltava päämäärä antaa prejudikatiivisesti todistusharkintaa koskevia kannanottoja – niillä kun on taipumus levitä yli äyräiden ja jähmettää harkinnan vapautta tiettyihin muotoihin sopivaksi.<sup>21</sup> Viitataan tässä vain *mutatis mutandis Anna Wallermanin* esitykseen; mainitseepa *Diesenkin* ongelman, tosin viitaten psykologisen tutkimuksen edistymiseen ja sen aiheuttamaan konfliktiin prejudikatiivisten ”suositusten” kanssa.<sup>22</sup> Kuin pisteenä iin päälle on sitten *Mellqvistin* havainto, että Ruotsin käräjä- ja hovioikeuksissa parvekemетodi on otettu laajassa mitassa käyttöön.

HD:n esittämässä vaiheisiin tai portaisiin jaetussa kuvauksessa jää vähälle huomiolle systeeminen, vuorovaikutuksen näkökulma. Tiukkojen karsinoiden tekeminen ei ole välttämättä mielekäästä; todellisuudessa todisteiden sisällöt vaikuttavat koko ajan toisiinsa, todistelutilanne ”elää”, ja samoin todisteiden har-

20. Diesen 2015/16, s. 674, jossa pidetään HD:n toteamusta tärkeänä ja viitataan vastapoolina Yhdysvalloissa omaksuttuihin doktriinin osiin, jotka puoltavat holistista harkintaa eli nk. kertomusteoria.

21. Anna Wallerman, *Om fakultative regler*. Iustus förlag 2015, s. 245: ”Auktoritativa besked från HD gör i någon mån våld på reglernas fakultativa karaktär och leder i förlängningen till att reglerna omvandlas till obligatorier.” Nähdäkseni tämä toteamus soveltuu myös todistusharkinnan vapauden ”ohjaamiseen”.

22. Diesen 2015/16, s. 678 (alaviite 22) liittyen ratkaisuun NJA 2010 s. 671. *Diesenin* mukaan oikeusneuvos *Lambertz* käy omassa lausunnossaan tuossa jutussa läpi lausumien arvioinnissa esiintyviä virhelähteitä. *Lambertzin* esitys on *Diesenin* mielestä arvokas, mutta muut jäsenet eivät lähteneetsiihen mukaan. *Diesen* arvelee syynä olleen se, että psykologinen tutkimus kehittyä ja että uudet tulokset toisinaan syrjäyttävät aikaisemmat johtopäätökset, joita on tehty usein esiintyvistä virheistä: ”Det kunde vara olyckligt om HD slog fast rekommendationer som snart blev överspelade”, Diesen lausuu.

kinta, jota todellisuudessa tapahtuu koko näytön vastaanottamisen ajan, ”elää” samalla tavalla. Tältä osin *Agnafors* on mielestäni oikeilla jäljillä.

Toisin kuin *Diesen*, en katsoisi HD:n väärinkäsittäneen näyttökynnyksen luonnetta. Harkinnassa jäävän epäilyn varteenotettavuus ja syyksilukemiseen vaadittavan näytön todennäköisyys voidaan nähdä saman asian eri puolina, toinen toisensa negaatioina tai ”komplementteina”. Mikäli harkinnan tulokseksi jää, että vaihtoehtoinen tapahtumainkulku on riittävän<sup>23</sup> mahdollinen, se muodostaa aina varteenotettavan epäilyn syytteen oikeellisuudesta. Näytön paikkansapitävyyden todennäköisyys ei voi tällöin olla vaadittavat 0.95 tai vastaavaa luokkaa. Todennäköisyys kertoo juuri varmuuden asteen. Syyttäjän näytön robustiuden puute – samoin kuin syyttäjän näytön (lähes totaalinen) epätodennäköisyyskin – taas saattaa johtaa syytteen hylkäämiseen jo ”ensimmäisellä kierroksella” eli syyttäjän esitettyä näyttönsä. Tämä on useimmiten teoriaa, koska syyttäjällä on ollut esitutkintakoneisto käytettävissään ja hän on virkavastuullaan arvioinut syytteen nostamisen aiheelliseksi. Mahdollista se kuitenkin on. Näissäkin teoreettisissa tilanteissa syytteen hylkääminen robustiuden puuttumisen vuoksi perusteltaneen näyttökysymyksenä, mitä se viime kädessä onkin.

*Diesenin* tavoin pitäisin kyseenalaisena HD:n ajatusta ”vähemmän merkityksellisen” näytön sivullelaittamisesta syyttäjän näyttöä ensi vaiheessa arvioitaessa. On ongelmallista, miten erotetaan muusta tällainen todistelu ja miksi. Lisäksi sivuunlaitettua näyttöä ei HD:n mukaan *välttämättä* otettaisi mukaan edes todistelutilanteen kokonaisarvioinnissa (tähän *voi* olla syytä; ”... då *kan* det finnas anledning”<sup>24</sup>). HD:n ohjeena tällainen kuulostaa oudolta. Useimmissa todisteissa ja erityisesti todistajankertomuksissa on mukana aineosia, joilla ei selvästikään ole tekemistä teeman kanssa. Tällainen lisäaines tai ”häly” seuloontuu itsestään pois jo todistetta vastaanotettaessa, eikä sen poisjättämistä tarvitse prejudikaatissa opettaa. Sitä ei myöhemminkään muistella kokonaiisharkinnan yhteydessä. Ytimen erottaminen jo esittämis- ja vastaanottovaiheessa – ”asiassa pysyminen” – kuuluu niin tuomarın kuin asiansa osaavien asiamiestenkin työkalupakkiin.

*Agnafors* on oikeassa siinä, että HD:n mallista puuttuu syyttäjän ja puolustuksen näyttöjen keskinäisen *kokoaikaisen* vuorovaikutuksen noteeraaminen; se, että ne ovat ylipäättään kiinni toisissaan ja se, että ne vaikuttavat myös toinen toisensa näyttöarvoon. Hänen osuva termsä ”*snärigt rotsystem*”<sup>25</sup> kuvaa juuri tätä monimutkaisemmissa jutuissa – joihin esillä oleva ei mielestäni kuulu. *Agnaforsin* toinen huomautus, joka koskee jutun ratkaisemista ”ennen aikojaan”, on sellaisenaan järkevä, jos HD todella on tarkoittanut, että juttu *ratkaistaan* puo-

23. Vrt. kuitenkin HD 2015 s. 702 (kohta 29), jossa lausutaan muun selityksen kriteeriksi vain ”mahdollinen”. Jonkinasteinen mahdollisuuden todennäköisyys on kuitenkin tarpeen, mitä termi ”varteenotettava” tai ”järkevä” juuri kuvaa.

24. NJA 2015 s. 702 (kohta 23 *in fine*, kurs. RJ).

livalmiina, vain toisen asianosaisen eli syyttäjän näytön harkinnan jälkeen, tämän osoittaduttua riittämättömäksi.<sup>25</sup> Näinhän HD:n esitys kohdassa 23 voidaan lukea. *Agnafors* suhtautuu perustellusti epäillen siihen, että tuomarit taipuisivat tällaiseen menettelyyn. Niin tai näin, HD ei kehitä pidemmälle tekniikkaa siihen, mitä oikeastaan käytännössä tarkoittaisi, että ensimmäisen vaiheen päätteeksi ”syyte voidaan hylätä”, jos syyttäjän näyttö ei riitä kynnyksen yli.<sup>26</sup> *Common law* -oikeudessa tunnetaan prosessin – tavallaan ennenaikaisesti – päättävänä ”*no case to answer*” -menettely, mutta siihen kuuluu kuitenkin vastaajan nimenomainen pyyntö arvioida syyttäjän näyttö heti sen esittämisen jälkeen.<sup>27</sup> Onnistuessaan pyynnön toteuttaminen merkitsee, että tuomioistuin jo siinä vaiheessa suorittamansa näytönarvioinnin pohjalta hylkää syytteen ja puolustus siis vapautuu vastanäyttönsä esittämisestä. HD ei selvästikään ole sellaisen menettelyn käyttöönottoa tarkoittanut.

*Agnafors* viittaa vinoutumien (nk. *confirmation bias*) aiheuttamaan vaaraan. On totta, että ennako-oletukset voivat olla totuuden etsimisessä tuhoisia ja että niiden pukeminen esimerkiksi ”alkuperäistodennäköisyyden” kaapuun niiden hyväksyttäväksi tekemiseksi haittaa totuuden puolueetonta etsimistä. Toisaalta ennako-oletukset palaavat helposti muussa muodossa: ”*Wirf das Vorurteil zur Tür hinaus und es wird zum Fenster wieder hereinkommen*”, on Saksassa varoitettu vanhastaan.<sup>28</sup> Lähinnä opiskelijoilla ja joka tapauksessa koeolosuhteissa tehtyjen psykologisten tutkimusten tuloksia ei kuitenkaan voida suoraan siirtää tuomarin arkipäivään hänen oletetuksi menettelytavoikseen. Tuomari ei ole college-opiskelija eikä zombi. Vinoutuma on mahdollinen, mutta tuomarin on tunnettava vaara ja hän voi sen tietoisesti torjua. Tämä unohdetaan säännönmukaisesti, kun psykologian koetuloksia kriittikittömästi yleistetään koskemaan heidän ammattiyötään. Tuomarin professioon kuuluu juuri olla tietoinen tästä vaarasta ja välttää sitä tietoisesti. Lisäksi *Agnafors* viittaa vielä todistustaakan väärrään jakautumiseen, jos parvekemetodia sovelletaan tiukasti. En pysty näkemään tällaisen ongelman syntyä. Puolustuksella on aina ollut ja on int-

25. Taustaoletuksena myös HD:llä näyttää olevan, että joka tapauksessa puolustuksella on *jotakin* näyttöä esitettäväksi. Jos vastaaja on yksin ja tyytyy vain kiistämään syytteen (ja juttu on yksinkertainen), ollaan oikeastaan juuri tilanteessa, jossa tuomioistuin ensimmäisen vaiheen harkinnan jälkeen ratkaisee asian – riittääkö syyttäjän näyttö.

26. Ei käytännön menettelyä kyllä suuremmin käsittele myöskään *Diesen* tuotannossaan kuvaamisensa tilanteissa, joissa tuomioistuin hänen esittämällään tavalla katsoisi, että syyttäjän näyttö ei ole riittävän *robustia* ja joissa syyte pitäisi hänen mielestään tällä perusteella (heti) hylätä. Tuomioistuin ei voi neuvoa syyttäjää eikä esimerkiksi ryhtyä yksilöimään todisteita, jotka olisivat (olleet) tarpeen.

27. Ks. esim. Adrian Keane – Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*. 11th edition. Oxford University Press 2016, s. 41–44; Paul Roberts – Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence*. Oxford University Press 2004, s. 73–77.

28. Ks. esim. Rolf Bender – Armin Nack – Wolf-Dieter Treuer, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*. 3. Auflage, C.H.Beck 2007, s. 23.



ressissä kumota syyttäjän näyttö, esitettiinpä se missä viitekehyksessä tahansa. Parvekemethodin ensimmäinen vaihe on syyttäjän näytön arviointi ja jos näyttö ei ole riittävä, syyte tulee sen mukaan hylätä.

*Mellqvistin* kritiikki on samantapaista kuin *Agnaforsin*. Molempien pelkoon edellä esiteltyjä vinoumia kohtaan voi mielestäni kuitenkin edelleen todeta sen, että näytön esittämisjärjestys on säännönmukaisesti ollut se, että syyttäjä esittää näyttönsä ensin ja se tulee näin ensi vaiheessa arvioiduksi nopealla harkinnalla joka tapauksessa ennen syytetyn vastaanäytön arviointia. Ehkä tuomarit ovat sitten arkityön tosipaikassa kuitenkin onnistuneet taistelemaan itsensä irti tästä vinoumasta,<sup>29</sup> sanokoot psykologiset tutkimukset koehenkilöillä muuta.

## 5. Lopuksi

Parvekemethodi keskittyy ymmärtääkseni perinteiseen lopullisen todistusharkinnan tilanteeseen eli prosessin siihen vaiheeseen, jossa loppulausunnot on kuultu, laskuja tarkasteltu ja ovi sulkeutunut viimeisen asianajajan jälkeen. Todisteiden harkinta alkaa kuitenkin viimeistään samalla kun niiden vastaanottaminen. Näihin aikaisempiin, ehkä ”nopean ajattelun” vaiheisiin metodia on vaikea sovittaa – puhumattakaan laajasta ja pitkäkestoisesta pääkäsitelystä, jossa eriasteista harkintaa on pakko suorittaa myös ”matkan varrella”.

*Jorma Rudanko*

29. Mellqvist 2019/20, s. 779 katsoo kysymyksen olevan siitä, miten taitavia tuomarit ovat torjumaan ennakkokäsityksensä: ”*I många fall tror jag att vi är det – men problemet med confirmation bias är att det verkar i det omedvetna.*”