

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Karistusõiguse osakond

Jaanus Randma

**KOHTUEELSES MENETLUSES ANTUD TUNNISTAJA ÜTLUSED TÕENDINA
VÕISTLEVAS KRIMINAALKOHTUMENETLUSES RISTKÜSITLEMISE ASEMEL**

Magistritöö

Juhendaja
PhD Anneli Soo
Kaasjuhendaja
PhD Laura Aiaots

Tartu
2024

SISUKORD

| | |
|--|----|
| SISSEJUHATUS | 3 |
| 1. KOHTUEELSETE ÜTLUSTE TÕENDINA KASUTAMISE PIIRANGUD JA NENDE PÕHJENDUSED VÕISTLEVAS MENETLUSES | 7 |
| 1.1. Võistlev kriminaalkohtumenetlus | 7 |
| 1.2. Tunnistaja kohtueelses menetluses antud ütlused | 10 |
| 1.3. Kuulduste keelamise reegel ja süüdistatava vastandamisõigus | 13 |
| 1.3.1. Kuulduste keelamise reegli ja süüdistatava vastandamisõiguse mõiste | 13 |
| 1.3.2. Kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamise põhjendused | 15 |
| 2. KOHTUEELSETE ÜTLUSTE KOHTUS TÕENDINA LUBAMISE ERANDID..... | 24 |
| 2.1. Kohtueelsed ütlused kohtus tõendina risküsitlemise võimaluseta | 24 |
| 2.1.1. Kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamise põhjendus..... | 24 |
| 2.1.2. Hea põhjus kohtus ütluste andmata jätmiseks | 24 |
| 2.1.2.1. Tunnistaja surm ja halb tervises seisund | 24 |
| 2.1.2.2. Tunnistaja keeldumine kohtus ütluste andmisest | 27 |
| 2.1.2.3. Tunnistaja väljaspool riigipiire ja teadmata asukoht | 29 |
| 2.1.2.4. Muu takistus | 32 |
| 2.1.2.5. Tunnistaja hirm..... | 33 |
| 2.1.3. Deponeeritud, deponeerimata ja välisriigist saadud kohtueelsed ütlused..... | 38 |
| 2.1.4. Täiendavad tingimused kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamiseks | 42 |
| 2.2. Kohtueelsed ütlused tõendina õigusemõistmise huvides | 51 |
| 2.3. Kohtueelsed ütlused tõendina poolte kokkuleppel | 53 |
| KOKKUVÕTE | 55 |
| PRE-TRIAL WITNESS TESTIMONY AS EVIDENCE IN ADVERSARIAL CRIMINAL COURT PROCEEDINGS INSTEAD OF CROSS-EXAMINATION. Summary | 58 |
| LÜHENDID | 64 |
| KASUTATUD KIRJANDUS | 65 |
| KASUTATUD ÕIGUSAKTID | 68 |
| KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA..... | 68 |

SISSEJUHATUS

Võistleva menetluse põhimõtete kohaselt peavad tunnistajad andma ütlusi avalikus kohtus vahetult ja suuliselt – parimaks tõendiks peetakse tunnistaja ütlusi, mis on antud kohtus.¹ Nende põhimõtete tagamisel on olulised kuulduste keelamise reegel (ingl *hearsay rule*) ja süüdistatava vastandamisõigus (ingl *right to confrontation*).² Nimetatud printsiipidest tulenev on ühel või teisel kujul esindatud nii nende algupärasel *common law*'s, EIÕK-s³ kui ka KrMS-s⁴, mis võistleva menetluse põhimõtteid järgivad. Mõlema kontseptsiooni keskmeks on üldistatav süüdistatava õigus tunnistajaid risküsitleda, mida on üldtuntud seisukoha kohaselt peetud parimaks vahendiks tõe väljaselgitamiseks.⁵ Selliselt kehtib võistlevas menetluses üldreegel, et tunnistaja kohtuvälised avaldused, ei saa olla kohtumenetluses lubatavaks tõendiks.

Erinevatest tunnistaja kohtuvälistest avaldustest moodustavad olulise osa ütlused, mis on antud kohtueelses menetluses menetlejale.⁶ Võistlevas menetluses täidavad kohtueelses menetluses menetlejale antud ütlused süüdistuse esitamise ettevalmistamise funktsiooni ja üldiselt kohtuni tõendina ei jõua.⁷ Võrreldes teiste kohtuväliste avaldustega, peetakse võistlevas menetluses menetlejale antud kohtueelseid ütlusi enam ebausaldusväärseks. Kohtueelsel ülekuulamisel on tunnistaja ja menetleja teadlikud, et ütlused antakse nende kasutamiseks kriminaalmenetluses, mistõttu esineb tunnistajal täiendav ajend olla ütluste andmisel valiv ning menetlejal võimalus tunnistajat kriminaalmenetluse huvidest lähtuvalt mõjutada. Ükski tunnistaja ei ole mõjutuste suhtes täielikult vastuvõtmatu ning ükski uurimisasutus eksimatu ja täielikult usaldusväärne.⁸

Kuigi kuulduste keelamise reegel ja süüdistatava vastandamisõigus keelavad kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamise, esineb olukordi, mil juhul on peetud tõe tuvastamise huvides põhjendatuks algupäraselt rangetest põhimõtetest erandite tegemist ja ka kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamist, nt juhul kui tunnistajat ei ole võimalik kohtus risküsitleda. Sellised erandid on võimalikud nii *common law*, EIK kui ka KrMS järgi. Ehkki nt tunnistaja kohtus

¹ Dennis, I. H. *The Law of Evidence*. Fifth Edition. London: Sweet & Maxwell 2013, lk 677.

² Sepp, H. Varasemad teistsugused ütlused tõendina võistlevas menetluses. Kriminaalmenetluse seadustiku, *common law* ja Strasbourg kohtu praktika võrdlus. – *Juridica* 2011/8, lk 613.

³ Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. – RT II 2010, 14, 54.

⁴ Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 22.03.2024, 4.

⁵ Wigmore, J. H. *Evidence in Trials at Common Law*. Fifth Edition. Boston: Little, Brown 1974, lk 32.

⁶ Autor viitab edaspidi lühiduse huvides enamasti kohtueelses menetluses menetlejale antud tunnistaja ütlustele kui kohtueelsetele ütlustele. Täpsemalt on kohtueelsete ütluste mõistet sisustatud 1.2. peatükis.

⁷ Kangur, A. Kohtuvälised avaldused tõendina kriminaalkohtumenetluses. – *Juridica* 2011/8, lk 592.

⁸ Roberts, P., Zuckerman, A. *Criminal Evidence*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press 2012, lk 412.

ülekuulamise võimatus võib pealtnäha olla hea põhjus, tema kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmiseks, ei ole see üldjuhul süüdistatava vastandamisõiguse seisukohast võimalik ilma täiendavate tingimusteta, mis rohkemal või vähemal määral kompenseeriks süüdistatavale tunnistaja risküsitlemise võimaluse puudumist, tagamaks õiglast kohtumenetlust.

KrMS-s jõustusid viimased suuremad muudatused seoses risküsitlemise asemel kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamisega 2011. aastal, mil kehtestati regulatsioon, mille eeskujuks olid EIK ja *common law* esindajast Ühendkuningriigid.⁹ Kehtestatud regulatsioonis sisalduvaid elemente seoses risküsitlemise asemel kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmisega peeti kohati uudseks ja osas umbmääraseks.¹⁰ Samuti leiti, et kehtestatud kohtueelsete ütlustega seonduvad tõendamisreeglid tervikuna oleks võinud rohkem sarnaneda Ühendkuningriikide reeglitega.¹¹ Kuigi KrMS teemakohase regulatsiooni loomisel on Ühendkuningriike kahtlemata eeskujuks võetud, on seda tehtud osaliselt ja ilma kohaste selgitusteta. Seoses EIK silmas pidamisega on märkimisväärne, et kuigi KrMS asjakohase regulatsiooni kehtestamisel EIK-st juhinduti, toimusid eelnevas peale muudatuste jõustumist olulised täiendused,¹² millega enesestmõistetavalt KrMS regulatsiooni väljatöötamisel ei olnud võimalik arvestada.

Eelnevast tõusetub käesoleva magistritöö uurimisprobleem. Kuigi teemakohase KrMS regulatsiooni väljatöötamisel sooviti nähtavasti tagada, et see vastaks EIK-le, on EIK seisukohad peale KrMS regulatsiooni jõustumist märkimisväärselt täienenud, mis tõstatab küsimuse KrMS EIK-ga ühtimise kohta. Samuti on Ühendkuningriigid KrMS regulatsiooni loomisel küll eeskujuks võetud, kuid jäetud selgitamata, millistel kaalutlustel on seda tehtud osaliselt ja seades kohtueelsete ütluste lubamisele ulatuslikumad piirangud. Kuivõrd võistleva menetluse algupäramaa näeb pealtnäha ette KrMS-st leebemad piirangud kohtueelsete ütluste lubamisele, tõstatub küsimus KrMS-s kehtivate ulatuslikemate piirangute põhjendatuse osas. Vaadates risküsitlemise asemel tunnistaja kohtueelsete ütluste vastuvõtmist võimaldavat KrMS regulatsiooni, nähtub ka, et mitmed seal kirjeldatud asjaolud ja täiendavad tingimused on küllalt üldsõnalised, mistõttu on vajalik selgitada, kuidas tuleks seal sätestatut sisustada.

⁹ Kriminaalmenetluse seadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse (599 SE) seletuskiri, lk 92-98.

¹⁰ Kangur, A., lk 602-603.

¹¹ Sepp, H., lk 628.

¹² EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*; EIKo 9154/10, *Schatschaschwili vs. Saksamaa*.

Kuigi peamised uurimisteema vaatekohast tähtsust omavad KrMS muudatused jõustusid juba 2011. aastal, ei ole risküsitlemise asemel kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamise regulatsiooni selliselt varasemalt käsitletud, mh selle suhestumist eeskujuks võetud *common law* esindajast Ühendkuningriikide regulatsiooniga. Veel enam on praegu, enam kui 10 aastat hiljem, põhjendatud toona kehtestatud regulatsioon üle vaadata, arvestades möödunud aja vältel tehtud seadustäiendusi ning nii Eesti kui ka selle regulatsiooni eeskujude poolt vahepeal loodud olulise kohtupraktika ja teemakohases õiguskirjanduses avaldatud seisukohtadega.

Eelnevast lähtuvalt on magistritöö eesmärk tuvastada, millised on *common law*, EIK ja KrMS kohaselt kohtueelsete ütluste kohtus risküsitlemise asemel tõendina lubamise võimalused ning selgitada välja, kuidas kohaldub hetkel kehtiv KrMS regulatsioon ning, kas, ja kui, siis milline eelnevast lähtuv vajadus esineb KrMS regulatsiooni täiendamiseks või muutmiseks, arvestades kuulduste keelamise reegli ja süüdistatava vastandamisõigusega.¹³ Magistritöö eesmärgi saavutamiseks vastatakse järgmistele uurimisküsimustele: millised kuulduste keelamise reeglist ja süüdistatava vastandamisõigustes lähtuvad põhjendused keelavad võistlevas menetluses kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamist ning kas sellised põhjendused õigustavad ennast? millistel asjaoludel ja tingimustel on *common law*, EIK ja KrMS järgi võimalik kohtus risküsitlemise asemel tõendina vastu võtta kohtuelseid ütlusi? kuidas suhestub KrMS eelneva osas *common law* ja EIK-ga ning kas, ja kui, siis milline vajadus esineb KrMS regulatsiooni täiendamiseks või muutmiseks?

Magistritöö on jaotatud kahte peatükki. Esimeses peatükis antakse esmalt ülevaade võistleva menetluse ja kohtueelsete ütluste tähendust. See on vajalik, kuna uurimisteema on asjakohane eelkõige võistlevas menetluses ja kohtuetsel ütlustel on *common law*, EIK ja KrMS kohaselt erinev tähendus. Esimese peatüki keskmeks on kolmas alapeatükk, milles uuritakse kuulduste keelamise reegli ja süüdistatava vastandamisõiguse mõisteid ning nendest lähtuvaid põhjendusi kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamiseks, sh ei piirduta põhjenduste nentimisega, vaid uuritakse ka nende põhjendatust. Teises peatükis uuritakse, millistel asjaoludel ja täiendavate tingimuste täidetusel on kohtuetsed ütlused kohtus risküsitlemise asemel tõendina lubatud *common law*, EIK ja KrMS kohaselt ning kuidas eelnevalt nimetatud omavahel suhestuvad.

¹³ Magistritöös uuritavat on täiendavalt piiritletud selliselt, et uuritakse üksnes kohtuetsel ütluste kasutamist tõendina risküsitlemise asemel ning ei käsitleta muid võimalikke viise kohtuetsel ütluste kohtus (tõendina) kasutamiseks. Magistritöös ei uurita mistahes tunnistaja kohtuväliseid avaldusi, vaid keskendutakse üksnes menetlejale antud kohtuetsel ütlustele. Autor ei käsitle detailselt ütluste deponeerimist, kuid puudutab seda vajalikus ulatuses. Magistritöö mahuliste piirangute tõttu jäävad lisanduvate eripärade tõttu käsitlestest välja haavatavad (eelkõige alaealised ja seksuaalkuritegude ohvrid) ja anonüümsed tunnistajad.

Selline peatükkide jaotus on põhjendatud, kuna võimaldab esmalt panna paika uurimuse raamid ja mõisted, ning seejärel käsitleda kohtueelsete ütluste tõendina lubamise piiranguid ja nende põhjendatust ning nendest kehtivatest piirangutest omakorda kehtestatud erandeid.

Magistritöö autori valitud lähenemine uurimisteemale on uudne ja uurimisteema aktuaalne. Autorile teadaolevalt ei ole uurimisteemat varasemalt magistritöö raames uuritud, sh ei ole süüdistatava vastandamisõigust peaaegu üldse käsitletud.¹⁴ Varasemalt on 2012. a magistritöös uurimisteemaga külgnevalt uuritud ütluste deponeerimise võimalust võistlevas menetluses.¹⁵ Mujal Eesti õiguskirjanduses on erinevad autorid uurimisteemaga osaliselt seonduvat kõige hilisemalt käsitletud 2010-ndate aastate alguses ajakirjas *Juridica*.¹⁶ Uurimisteema aktuaalsus väljendub nii eeltoodud uurimisseisus kui ka kirjutamise ajal aset leidvast arutelust kohtueelse menetluse tõendite, sh ka kohtueelsete ütluste, laialdasemast lubamisest kohtumenetluses.¹⁷ Arutluse all on mh küsimused, kas kohtueelseid ütlusi peaks kohtus ulatuslikumalt kasutama ning millised ohud sellega seonduvad.¹⁸ Samuti on kohtueelsete ütluste kohtus risküsitlemise asemel lubamine olnud tõendite dubleerimise kontekstis arutluse all kriminaalmenetlusõiguse revisjoni raames.¹⁹ Seetõttu on veel enam ajakohane vaadata üle põhjendused, miks ei ole kohtueelsed ütlused kohtus tõendina lubatavad ning millised on sellest hetkel kehtivad erandid.

Magistritöö on õigusdogmaatiline uurimus. Autor uurib teemakohaseid mõisteid, kuulduste keelamise reeglit ja süüdistatava vastandamisõigust ning kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamise põhjendusi eelkõige eesti- ja ingliskeelse õiguskirjanduse pinnalt. Kohtueelsete ütluste kohtus risküsitlemise asemel tõendina lubamise erandite uurimisel analüüsib ja võrdleb autor KrMS ja *common law*²⁰ õigusakte ning neid tõlgendavat kõrgemate kohtute praktikat, samuti EIK-st ja õiguskirjandusest tulenevat.

Magistritöö märksõnad: kriminaalmenetlus, tõendid (õigus), tunnistajad, ütlused (õigus).

¹⁴ Autor on teostanud Tartu Ülikooli *DSpace* andmebaasi otsingu kasutades selleks teemakohaseid märksõnu.

¹⁵ Melk, S. Ütluste deponeerimine tõendite tagamise meetmena võistlevas kriminaalmenetluses. Magistritöö. Juhendajad Heili Sepp, Heino Tõnismägi. Tallinn: Tartu Ülikool 2012.

¹⁶ Kangur, A. *op cit*; Sepp, H. *op cit*; Lõhmus, U. Süüdistatava põhiõigus käsitleda tunnistajaid. – *Juridica* 2013/5.

¹⁷ Kõve, V. Ülevaade kohtukorralduse, õigusemõistmise ja seaduste ühetaolise kohaldamise kohta. Riigikohus 2023, lk 12. – <https://www.riigikohus.ee/et/oiguslased-materjalid/avalikud-esinemised-ja-artiklid> (28.04.2024).

¹⁸ Menetluskonverents: Kohtumenetlused muutuvad ajas: mis jääb ja mis muutub? 12.-13. oktoobril 2023. a Tallinnas. 20 aastat kriminaalmenetluse seadustikku: kas see, mis tõi meid siia, viib meid ka edasi? konverentsi salvestis ajavahemikus 1:37:45-1:53:25. – <https://menetluskonverents2023.ee> (28.04.2024).

¹⁹ Kurm, M. Tõendite kogumisel dubleerimise vältimine kohtu- ja kohtueelses menetluses. Justiitsministeerium 2016, lk 5-6. – <https://www.just.ee/oigusloome-arendamine/kriminaalmenetlusoiguse-revisjon> (28.04.2024).

²⁰ Autor on valinud *common law* regulatsiooni ja kohtupraktika käsitlemisel peamiseks esindajaks selle algupäramaa Ühendkuningriigid nende EIÕK-ga seotuse ja KrMS regulatsioonile eeskujuks olemise tõttu.

1. KOHTUEELSETE ÜTLUSTE TÕENDINA KASUTAMISE PIIRANGUD JA NENDE PÕHJENDUSED VÕISTLEVAS MENETLUSES

1.1. Võistlev kriminaalkohtumenetlus

Kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamisele kehtestatud piirangutest on asjakohane rääkida eelkõige võistleva menetluse tähenduses.²¹ Võistlev menetlus lähtub üldprintsibist, et riiklik süüdistaja esitab süüdistuse ning tõendab süüdistatava süüd kohtus, kus poolte vahel toimub vaidluses seisnev võistlus. Selle võistluse lõpus otsustab poolte esitatud seisukohtade ja tõendite põhjal kohtuasja tulemuse üle erapooletu kohus.²² Nimetatust lähtuvat võistlevat menetlust võib iseloomustada ka järgmiste sellele algupäraselt omistatud tunnuste kaudu.²³

Esiteks, kohtumenetluse käigu määravad suuresti pooled ning kohus on kohtumenetluse ajal pigem passiivne. Riiklikul süüdistajal on võimalik valida, mille alusel ja millele tuginedes süüdistus esitada, ning süüdistataval on võimalik otsustada, kas tunnistab end süüdi või vaidleb süüdistusele vastu. Pooled on tõendite esitamisel ja menetlustaktikaliste otsuste tegemisel vabad. Aktiivsetele pooltele vastandina otsustab kriminaalasja üle erapooletu kohus, kes sekkub vaidlusesse vältimatul vajadusel.²⁴

Teiseks, võistlevas menetluses on kohtupidamine katkematu, suuline ja avalik. Tõendid esitatakse kohtule katkematul kohtuistungil, kus tunnistajad annavad ütlusi kohtus suuliselt ja vahetult ning üldjuhul on nõutud kohtumenetluse avalikkus.²⁵

Kolmandaks, võistlevas menetluses on pooltevahelise ebavõrdsuse tasakaalustamiseks kehtestatud erinevad reeglid ja põhimõtted. Valdavas osas kriminaalasjade puhul on riiklik süüdistaja tulenevalt riigi käsutuses olevatest vahenditest süüdistatavaga võrreldes eelisseisundis, mistõttu on ebavõrdsuse tasakaalustamiseks kehtestatud süüdistatava kasuks erinevad kriminaalmenetluse ausust ja tõe tuvastamise eesmäärke tagavad menetlusreeglid.²⁶

²¹ Võistlevale menetlusele tavaliselt vastandina toodavas uurivas menetluses ei kehti üldiselt kohtueelsete ütluste kohtus tõendina kasutamisele ulatuslike piiranguid ning kohus otsustab tihti ka kohtueelsetele ütlustele tuginedes. Field, S. Fair Trials and Procedural Tradition in Europe. – Oxford Journal of Legal Studies 2009/29, No. 2, lk 367.

²² Roberts, P., Zuckerman, A., lk 49.

²³ Autor lähtub järgnevate võistleva menetluse tunnuste ülevaatlikul avamisel Paul Roberts'i ja Adrian Zuckermani pakutud käsitlusest. Roberts, P., Zuckerman, A., lk 52-65.

²⁴ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 53-54.

²⁵ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 54-56.

²⁶ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 58-63.

Neljandaks, võistlevas menetluses on kriminaalmenetluse peamine eesmärk saavutada legitiimne kohtulahend, mis lahendab vaidluse. Võistlev menetlus ei ole orienteeritud mitte niivõrd tõe väljaselgitamisele, vaid vaidluse lahendamisele viisil, mis on aktsepteeritav nii pooltele endile kui ka üldsusele.²⁷ Siiski ei peaks seda mõistma nii, et võistleva menetluse puudub mistahes eesmärk tõde tuvastada, vaid ka võistlev menetlus üritab selgitada välja tõde, kuid selle põhimõtetest lähtudes, on parim viis tõde tuvastamiseks pooltevaheline vaidlus.²⁸

Kuigi eeltoodud võistleva menetluse tunnused on üldiselt heakskiidetud, ei ole need kindlasti ainuvõimalikud. Tegelikult ei pruugi olla võimalik selliseid tunnuseid üheselt määratleda. Leitakse, et võistleva menetluse tunnustes ei ole üleüldist üksmeelt ning sageli kasutatavad iseloomustused on ebamäärased ja ebavajalikud, kuna nendest lähtudes võib tekkida olukord, kus mõni ennast võistlevaks pidav õigussüsteem tegelikult võistleva menetluse tunnustele ei vasta. Samas isegi kui käsitleti võistleva menetluse tunnustest on erinevaid, siis ettekujutus, milline menetlus on võistlev, on ühtne ja põhimõtte tasandil kõigile mõistetav.²⁹

Võistleva menetluse olemust on võimalik teisalt avada kirjeldades ülevaatlilikult, milles seisneb tavapäraselt võistlevale menetlusele vastandina nimetatav uuriv menetlus.³⁰ Uurivas menetluses on kohtul keskne roll ning poolte võimalused kriminaalaja lahendamisel kaasa rääkida on piiratud. Selleks, et kohus saaks talle antud ulatuslikke õigusi efektiivselt teostada, tehakse kohtule kättesaadavaks kohtueelse menetluse tulemusel valminud kriminaaltoimik, mille pinnalt kohus otsustab, millised tunnistajad kutsuda ütluste andmiseks kohtusse.³¹ Kriminaaltoimikus kirjalikult jäädvustatud peetakse sageli kaalukamaks, kui suuliselt väljendatud. Uuriv menetlus eeldab, et riiki kui kohtueelse menetluse läbiviijat võib usaldada ja kohtueelset menetlust teostatakse tõde tuvastamise eesmärgist kantuna objektiivselt.³²

Lähtudes eelnevalt nimetatud võistlevale menetlusele omastest põhimõtetest on ilmne, et mistahes kohtuväliselt tehtud avalduste, sh ka kohtueelsete ütluste, tõendina lubamine on

²⁷ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 63-64.

²⁸ Welsh, L., Skinns, L., Sanders, A. Sanders and Young's Criminal Justice. Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press 2021, lk 11-12.

²⁹ Field, S., lk 368.

³⁰ Võrreldes võistlevat ja uurivat menetlust on asjakohane märkida, et puhtalt ühele neist vastavat õigussüsteemi tänapäeval ei eksisteeri ning tulenevalt õigussüsteemide ning võistleva ja uuriva menetluse omavahelisest segunemisest, peetakse üleüldse kaheldavaks, kas enam on võimalik ja põhjendatud õigussüsteeme lähtuvalt võistleva või uuriva menetluse kontseptsioonidest eristada. Spencer, J. R. Adversarial vs Inquisitorial Systems: Is There Still Such a Difference? – The International Journal of Human Rights 2016/20, No. 5, lk 601.

³¹ Welsh, L., Skinns, L., Sanders, A., lk 11-12.

³² Welsh, L., Skinns, L., Sanders, A., lk 11-12.

vastuolus eelkõige võistleva menetlusele omase suulisuse, vahetuse ja avalikkuse põhimõtetega. Kui lubada kohtus tõendina kohtueelset ütlust, ei ilmu neid andnud tunnistaja üldjuhul kohtusse ning seetõttu ei anna ka ütlusi kohtuistungil suuliselt ja vahetult, mis omakorda tingib vastuolu ka kohtumenetluse avalikkuse põhimõttega. Samuti kahjustab kohtueelsete ütluste lubamine võistlevas menetluses olulist tähtsust omavat poolte võrdsust, kuivõrd sel juhul puudub süüdistataval võimalus tunnistajat risküsitleda.

Kriminaalmenetluse seadustikust nähtub Eesti kriminaalkohtumenetluse võistlevuse põhimõte KrMS § 14 lg-s 1, mille kohaselt täidavad kohtumenetluses süüdistus- ja kaitsefunktsioone ning kriminaalasja lahendamise funktsioone eri menetlussubjektid. Kuigi KrMS § 14 lg 1 viitab üksnes ühele varasemalt nimetatud võistleva menetluse tunnusele ehk poolte erinevale rollijaotusele, tuleneb sellest Eesti kriminaalkohtumenetluse võistlevuse põhimõte.³³ Eelnevale osutab ka kohtumenetluse võistlevusele viitav KrMS § 14 pealkiri. Sellest tulenevalt on Eestis kehtiva võistleva kriminaalkohtumenetluse olemuslikuks tunnuseks menetleja ja menetlusosaliste rollijaotus, kus pooled esitavad tõendeid, mille põhjal kohus teeb otsuse.

Kuigi Eesti võistleva kriminaalkohtumenetluse põhimõte tuleneb KrMS § 14 lg-st 1, ei tähenda see, et teised seal nimetatud võistleva menetluse tunnused KrMS-st iseenesest puuduksid. KrMS § 15 lg 1 näeb ette kohtuliku arutamise vahetuse põhimõtte, sätestades et maakohtu kohtulahend võib tugineda vaid tõenditele, mida on kohtulikult arutamisel esitatud ja vahetult uuritud ning mis on protokollitud.³⁴ Samuti sätestab KrMS § 15 lg 3, et kohtulahend ei või tugineda üksnes ega valdavas ulatuses isiku ütlustele, kes on muudetud KrMS § 67 kohaselt anonüümseks, tõendile, mille vahetut allikat ei olnud süüdistataval ega kaitsjal võimalik küsitleda, ega KrMS § 66 lg-s 2¹ nimetatud isiku ütlustele. Pooltevahelise ebavõrdsuse tasakaalustamiseks kehtivad Eestis mh õigus kaitsja abile, süütuse presumptsioon ja võimalus riikliku süüdistaja tõendeid kohtus vahetult uurida. Kuigi see KrMS-st otseselt ei tulene, võib ka Eesti kriminaalkohtumenetluse eesmärgiks pidada legitiimse kohtulahendi saavutamist.³⁵ Seetõttu ei näi eeltoodust tulenevalt olevat kahtlust, et Eesti kriminaalkohtumenetlusele on omased võistleva menetluse aluspõhimõtted, mistõttu esineb vastuolu kohtuväliste avalduste, sh ka kohtueelsete ütluste, kohtus tõendina lubamisel ka Eesti kriminaalkohtumenetluses.

³³ Kangur, A., lk 589; RKKKo 3-1-1-113-06, p 14. Hilisemalt ka nt RKKKo 1-17-11773, p 31.

³⁴ Kangur, A., lk 589.

³⁵ Kangur, A., lk 589.

1.2. Tunnistaja kohtueelses menetluses antud ütlused

Kohtueelsetel ütlustel on uuritavate *common law*, EIÕK ja KrMS kohaselt erinev tähendus. Seetõttu on enne kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamist takistavate kontseptsioonide ja nendest kehtestatud erandite käsitlemist vajalik selgitada, mida kohtueelsete ütluste mõiste nimetatud erinevates tähendustes endas hõlmab. Samas ei ole siinkohal tingimata vajalik laskuda selleni, et uurida ütluste ja muude kohtuväliste avalduste mõisteid ja nende vahetegu, kuna käesolevas keskendutakse kohtueelses menetluses menetlejale antud ütlustele.³⁶

Alustades *common law*'st, siis ei eristata Ühendkuningriikides seadusest tulenevalt tunnistaja kohtueelseid ütlusi, mis on antud menetlejale, ning teisi tunnistaja kohtuväliselt tehtud avaldusi, kuivõrd mõlemad on eelneva tähenduses avaldused (ingl *statement*).³⁷ Samas on eraldi teemakohane välja tuua, et kuigi ei eristata avaldusi, mis on tehtud suuliselt või kirjalikult mistahes isikule, kelleks võib olla ka menetleja, kehtivad teatud erisused n-ö ametitegevuse käigus koostatud dokumentidele (ingl *business and other documents*). Nende dokumentide üheks alaliigiks on ka kriminaalmenetluse käigus koostatud dokumendid (ingl *criminal process statements*), mille hulka kuuluvad ka menetleja koostatud dokumendid.³⁸

Sarnaselt ei eristata ka Ameerika Ühendriikides seadusest tulenevalt tunnistaja erinevaid kohtuväliseid avaldusi.³⁹ Siiski tulenevad olulised erinevused kohtupraktikast, millest tulenevalt alates *Crawford v. Washington* lahendist eristatakse tunnistuslike avaldusi (ingl *testimonial statements*) ja mittetunnistuslike avaldusi (ingl *non-testimonial statements*). Üldistatult on tunnistuslikeks avaldusteks tunnistaja kohtuvälised avaldused, mis on tehtud menetlejale.⁴⁰ Lähemalt käsitleti tunnistuslike avalduste olemust samuti olulisest *Davis v. Washington* ja *Hammon v. Indiana* lahendites, millest tuleneb, et tunnistuslikeks avaldusteks tuleb pidada menetlejale tehtud avaldusi, mille eesmärgiks on kindlaks teha ja tõendina fikseerida toimunud sündmusi võimaliku hilisema süüdistuse esitamise tarbeks.⁴¹ Teisisõnu on

³⁶ Ütluste ja kohtuväliste avalduste mõisteid on varem käsitlenud Kangur, A., lk 592-596; Sepp, H., lk 619-625.

³⁷ CJA 2003 s. 115 (2). Kuigi autor keskendub käesolevas menetlejale antud kohtueelsetele ütlustele, on vajalik märkida, et kuna Ühendkuningriigid erinevaid kohtuväliseid avaldusi ei erista, hõlmab autori hilisem käsitlus Ühendkuningriikide kohtupraktikast endas ka seisukohti, mis võetud muude kohtuväliste avalduste kohta, st seal ei pruugi tingimata olla tegemist olukordadega, kus kohtueelsed ütlused on antud n-ö formaalselt menetlejale.

³⁸ CJA 2003 s. 117 (4) (a). Roberts, P., Zuckerman, A., lk 413.

³⁹ FRE 801 (a).

⁴⁰ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

⁴¹ *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006); *Hammon v. Indiana*, 547 U.S. 813 (2006); Sepp, H., lk 622-623.

tunnistuslikud sellised tunnistaja ütlused või tõsiselt mõeldud avaldused, mis on saadud mingi ametliku menetluse tulemusel, nt kohtueelsele menetlejale antud ütlused.⁴²

EIK kohaselt on tunnistaja mõiste EIÕK tähenduses autonoomne.⁴³ Selle tähenduses ei ole tunnistajad mitte ainult need, kes annavad ütlusi vahetult kohtus, vaid ka need, kes on andnud ütlusi kohtueelses menetluses.⁴⁴ EIK käsitlus tunnistajatest on lai, kuivõrd tunnistajate hulka kuuluvad ka kannatanud, eksperdid ja kaassüüdistatavad.⁴⁵ Samuti ei oma tähtsust, kas konkreetne tunnistaja ka hiljem kohtus üle kuulatakse, kuivõrd tunnistaja staatuse omandab isik juba tema kohtueelse ülekuulamise tulemusel.⁴⁶ Lähtudes tunnistaja autonoomsusest mõistest, on ühtne tähendus ka kohtueelsete ütluste mõistel, millega on tegemist juhul, kui tunnistaja ütlused on kohtueelses menetluses antud menetlejale. Seetõttu ei pea EIK eelneva tähenduses kohtueelseteks ütlusteks teisi tunnistaja kohtuväliselt tehtud avaldusi.

KrMS ütluste mõistet sõnaselgelt ette ei anna, kuid tulenevalt seaduse ülesehitusest ja kasutatud sõnastusest ning õiguskirjandusest ja kohtupraktikast, võib järeldada, et KrMS peab kohtueelsete ütluste all silmas tunnistaja poolt kriminaalasja menetlejale tõendite kogumise ja uurimise käigus antud suulist informatsiooni.⁴⁷ KrMS-s eristatakse kohtueelselt menetlejale antud ütlusi ja teistele isikutele tehtud kohtuväliseid avaldusi, kuivõrd neist esimesi nimetatakse „ütlusteks“, aga teisi „kuulduks“ või „väideteks“.⁴⁸ KrMS tähenduses kohtueelsete ütluste peamiseks tunnuseks võib pidada seda, et nende andja teadis, et avaldatavat informatsiooni kasutatakse kriminaalmenetluse jaoks tõendamisel ning ütluste vastuvõtja võttis need ütlused vastu selle eesmärgiga.⁴⁹ Seda, et ka kohtueelsete ütluste kohtus tõendina vastuvõtmisel on KrMS tähenduses mõeldud menetlejale antud ütlusi, kinnitab täiendavalt KrMS §-s 291 sisalduv sõnastus, mis viitab ütluste „andmisele“, ning hiljuti lisatud KrMS § 291 lg 3 p 4, mille kohaselt peavad kohtueelsed ütlused olema saadud ülekuulamisel, mis saab olemuslikult toimuda ainult selle läbiviimisel menetleja poolt. Sama nähtub ka KrMS §-st 291¹, mille kohaselt saab tõendina vastu võtta „kohtueelses menetluses antud ütlused“, mis viitab, et tõendina on lubatud ütlused, mis on antud kohtueelse menetluse toimumise ajal.

⁴² Sepp, H., lk 623.

⁴³ EIKo 34209/96, *S. N. vs. Rootsi*, p 45.

⁴⁴ EIKo 11454/85, *Kostovski vs. Holland*, p 40.

⁴⁵ EIKo 41461/02, *Vladimir Romanov vs. Venemaa*, p 97; EIKo 20524/92, *Doorson vs. Holland*, p 81-82; EIKo 39481/98, *Mild ja Virtanen vs. Soome*, p 43.

⁴⁶ EIKo 11454/85, *Kostovski vs. Holland*, p 40.

⁴⁷ Sepp, H., lk 625; Lõhmus, U. 2013, lk 315.

⁴⁸ Vrd KrMS § 66 lg 2¹ ja § 289 lg-d 1, 3 ja 4. Sepp, H., lk 624.

⁴⁹ Sepp, H., lk 619.

Ka Riigikohus on eelnevat üldjoontes kinnitanud leides, et kohtueelsete ütluste definitsiooni alla kuuluvad kindlasti tunnistaja kohtueelsel ülekuulamisel antud ütlused, mis kajastuvad ülekuulamise protokollis, aga kohtueelseteks ütlusteks võivad olla ka teiste uurimistoimingute nagu vastastamine, äratundmiseks esitamine või ütluste olustikuga seostamise käigus menetlejale antud ütlused.⁵⁰ Kuigi Riigikohus on vastanduvalt ka möönnud, et kohtueelsed ütlused võivad teatud juhtudel kajastuda ka milleski muus kui ülekuulamise või muu uurimistoimingu protokollis, nt patsiendikaardil, on sellist seisukohta peetud vastuoluliseks ja probleemseks arvestades üldist KrMS ülesehitust.⁵¹ Õiguskirjanduses varasemalt tõstatatud kriitikaga tuleks nõustuda, kuna vastavalt eelnevalt kirjeldatule eristab KrMS selgelt kohtueelseid ütlusi ja muid kohtuväliseid avaldusi ning annab mõista, et kohtueelsete ütlustega on tegemist üksnes juhul, kui tunnistaja on need andnud uurimisasutusele.

Võistlevas menetluses omavad menetlejale antud kohtueelsed ütlused tähtsust eelkõige kahtlustatavale süüdistuse esitamise üle otsustamisel. Vastupidiselt on süüdistatava jaoks kohtueelsed ütlused tõendiks, millest nähtub, milliste tunnistajate väidete vastu tuleb ennast kaitsta. Kohtueelsete ütluste kujul on tegemist olulise tõendiga, mis olenevalt konkreetsest kuriteokosseisust võivad olla keskseks tõendiks, millest juhindudes kohtueelset menetlust toimetatakse ning moodustavad sageli edasise kohtueelse uurimise nurgakivi.⁵² Kuigi kohtueelseid ütlusi kohtus tõendina üldjuhul ei lubata, omavad need tähtsust ka kohtumenetluses. Kohtueelsete ütluste põhjal saab otsustada, millised tunnistajad kutsutakse kohtusse vahetult ütlusi andma. Kohtus võivad kohtueelsed ütlused olla peamiseks juhiseks, mille toel tunnistajaid küsitleda, kuivõrd need kajastavad millist teavet on konkreetne tunnistaja võimeline andma.⁵³ Samuti on kohtueelsetele ütlustele tuginedes võimalik ka kohtus antavad ütlused usaldusvääruse kontrolli kaudu kahtluse alla seada või nende abil tunnistaja mälu värskendada.⁵⁴ Seetõttu isegi kui kohtueelseid ütlused ei ole üldjuhul tõendina lubatavad, omavad need ikkagi otsest või kaudset mõju ka kohtus toimuvale ja ütlustele, mida tunnistajad vahetult kohtus annavad. Sellest tulenevalt ei pruugi kohtueelsete ütlustega seotud ohud olla asjakohased ainult nende tõendina lubamisel, vaid kehtida üldiselt nende kohtus kasutamisel.

⁵⁰ RKKKo 3-1-1-62-07, p 12.2.

⁵¹ RKKKo 3-1-1-67-10, p 12; Sepp, H., lk 621; Sillaots, M. KrMSK § 296/2. – Kriminaalmenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2012.

⁵² Milne, R., Shaw, G. Obtaining Witness Statements: The Psychology, Best Practice and Proposals for Innovation. – Medicine, Science and the Law 1999/39, lk 128.

⁵³ Heaton-Armstrong, A. jt (koost). Witness Testimony. Psychological, Investigative and Evidential Perspectives. Oxford: Oxford University Press 2010, lk 171.

⁵⁴ Vt nt KrMS § 289 lg 1 ja § 288 lg 9 p 3.

1.3. Kuulduste keelamise reegel ja süüdistatava vastandamisõigus

1.3.1. Kuulduste keelamise reegli ja süüdistatava vastandamisõiguse mõiste

Rääkides kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamisest, on eelkõige olulised kaks kontseptsiooni – kuulduste keelamise reegel ja süüdistatava vastandamisõigus.⁵⁵ Kuulduste keelamise reegel on üks kõige iseloomulikumaid *common law* võistleva menetluse tunnuseid, mille sealse tähenduse kohaselt ei ole avaldused, mille isik on teinud mujal kui kohtus suuliselt ütlusi andes, kohtus lubatavad, et tõendada nende avalduste sisuks olevaid väiteid.⁵⁶ Kuulduste keelamise reegel välistab kohtueelsete ütluste tõendina lubamise kohtus ning kehtestab üldise eelduse, et võistleva menetluse põhimõtetest lähtuvalt on kohtus eelistatud ütlused, mis on antud suuliselt ja vahetult kohtus.⁵⁷ Kuulduste keelamise reegel on ka hetkel asjakohane, kuna vastavalt selle *common law* tähendusele kujutavad ka kohtueelsed ütlused endas kuuldust, mistõttu on üldreeglina ka kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamine välistatud.

Eestis sellist ühtset *common law*'le omast kuulduste keelamise üldreeglit, mis otsesõnu kõiksugu nii kirjalike kui ka suuliste kohtuväliste avalduste kohtus lubamise välistaks, ei tunta. Seda mh põhjusel, et vastavalt eelnevalt selgitatule eristatakse KrMS kohaselt menetlejale antud kohtueelseid ütlusi ja muid kohtuväliseid avaldusi. Nende eristamisest tulenevalt ei saa eksisteerida ka ühtset üldreeglit, mis mõlemate kohtus lubamise välistaks, kuivõrd neil on erinev õiguslik tähendus. Sellise *common law* jaoks võõra vaheteo võib ilmselt omistada Eesti kriminaalmenetluse varasematele invisitsioonilistele mõjutustele, kuid tervikuna ei erine regulatsioon eriti palju *common law*'s kehtivast ühtsest kuulduste keelamise reeglist ning on nähtavasti eelnevat koos selle eranditega ka eeskujuks võtnud.⁵⁸ Ka KrMS sätestab nt KrMS § 66 lg 2¹ ning §-de 289¹, 290¹, 291, 291¹, 292, 294 ja 296 kujul erinevaid võimalusi kohtuväliste avalduste, sh kohtueelsete ütluste, tõendina vastuvõtmiseks, mis paljuski kattuvad *common law*'st tulenevaga, kuid erinevad eelnevast tervikuna seetõttu, et need ei ole reguleeritud ühtse kuulduste keelamise reegli kaudu, mis kohalduks kõigile kohtuvälistele avaldustele.

⁵⁵ Sepp, H., lk 613. Autor kasutab nimetatud kontseptsioonide eestikeelsete vastetena kuulduste keelamise reegli osas Andreas Kanguri ja süüdistatava vastandamisõiguse osas Uno Lõhmuse poolt pakutud eestikeelseid mõisteid. Kangur, A., lk 590; Lõhmus, U. 2013, lk 300.

⁵⁶ CJA 2003 s. 114 (1); FRE 801 (c); Roberts, P., Zuckerman, A., lk 364.

⁵⁷ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 364.

⁵⁸ Kangur, A., lk 591-592; Kriminaalmenetluse seadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse 599 SE seletuskiri.

Kuulduste keelamise reeglina on seotud süüdistatava vastandamisõigus ehk konfrontatsiooniõigus, kuivõrd mõlemat on võimalik sisustada üsna sarnaste põhjendustega. Vastandamisõigust kui kitsamat mõistet võib pidada ka kuulduste keelamise reegli keskmeks, kusjuures mõlema puhul on olulise tähtsusega õigus tunnistajat risküsitleda.⁵⁹ Samas ei ole kuulduste keelamise reegli ja süüdistatava vastandamisõiguse kujul tegemist sisult samade mõistetega. Üldistatult nõuab süüdistatava vastandamisõigus, et tunnistaja annaks ütlusi avalikus kohtus, olles süüdistatavaga vahetult silmast silma vastandatud ja teda oleks võimalik risküsitleda.⁶⁰ Samas on süüdistatava vastandamisõiguse kontekstis oluline silmas pidada, et erinevate *common law* õigussüsteemide ja EIK seisukoht sellest, mida süüdistatava vastandamisõigus nõuab, on erinevad. Peamised erinevused seisnevad selles, kuidas mõistavad vastandamisõigust Ameerika Ühendriigid ja kuidas vastab sellele Euroopa, sh ka Eesti ja Ühendkuningriikide, EIÕK-st ja EIK seisukohtadest mõjutatud käsitlus.⁶¹

Ameerika Ühendriikides, kus süüdistatava vastandamine tema vastu ütlusi andva tunnistajaga, on süüdistatava põhiseaduslik õigus.⁶² Seal kehtiva süüdistatava vastandamisõiguse keskmeks on õigus tunnistajat risküsitleda ning tunnistajal lasuv kohustus anda ütlusi süüdistatava vahetus läheduses, üldjuhul n-ö näost näkku. Lisaks eelnevale kohustab vastandamisõigus avaldama tunnistaja isiku, mistõttu ei ole lubatud anonüümsed tunnistajad.⁶³ Samuti on sealne süüdistatava vastandamisõigus range ja kohtus vahetu risküsitlemise võimaluse olemasolu niivõrd tähtis, et alates eelnevalt lähemalt käsitletud *Crawford v. Washington* kohtulahendist, on kohtueelsete ütluste kui tunnistuslike avalduste kohtus ilma risküsitluse võimaluseta tõendina lubamine tulenevalt süüdistatava vastandamisõigusest välistatud.⁶⁴

EIÕK art 6 lg 3 p d kohaselt on igal kuriteos süüdistataval õigus küsitleda ise või lasta küsitleda tema vastu ütlusi andma kutsutud tunnistajaid, lasta omalt poolt kohale kutsuda tunnistajaid ja neid küsitleda tema vastu ütlusi andvate tunnistajatega võrdsetel tingimustel. Kuigi süüdistatava vastandamisõigus on selliselt kehtestatud ning seondub ka EIK kohaselt eelkõige õigusega tunnistaja risküsitleda, ei anna see süüdistatavale absoluutselt õigust enda

⁵⁹ Friedman, R. D. "Face to Face": Rediscovering the Right to Confront Prosecution Witnesses. – International Journal of Evidence & Proof 2004/8, No. 1, lk 30.

⁶⁰ Dennis, I. H., lk 683.

⁶¹ Lõhmus, U. 2013, lk 301-302.

⁶² Sixth Amendment to the United States Constitution.

⁶³ Lõhmus, U. 2013, lk 301.

⁶⁴ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

tunnistajaga vastandamisele.⁶⁵ Selle asemel tuleb süüdistatava vastandamisõiguse rikkumise tuvastamiseks hinnata, kas selle õiguse tagamata jätmine põhjustab kohtumenetluse ebaõigluse. Samuti tuleb arvestada, et EIK ei kaitse mitte ainult süüdistatava õigusi, vaid olulisel kohal on ka laiemal üldsuse ning kannatanute ja tunnistajate õigused.⁶⁶ Kuigi EIÕK-st tulenev on asjakohane ka Eesti ja Ühendkuningriikide kontekstis, väljendub eelnevas süüdistatava vastandamisõigus eelkõige tunnistajate risküsitlemise õiguse kaudu.⁶⁷ KrMS-st tuleneb õigus tunnistajate risküsitlemiseks KrMS § 287 lg-st 1 ja §-st 288.

Täpsemalt avalduvad kuulduste keelamise reegli ja süüdistatava vastandamisõiguse mõisteid ka nendele omistatud põhjenduste kaudu, uurides millised ohud kohtueelsete ütlustega seonduvad ning milliste kaalutlustega põhjendatakse nende kohtus tõendina keelamist.

1.3.2. Kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamise põhjendused

Kuulduste keelamise reeglist ja süüdistatava vastandamisõigusest tulenevaid piiranguid kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamisele võib põhjendada mitmeti.⁶⁸ Kohtueelseid ütlusi ei peeta parimaks võimalikuks tõendiks, kuivõrd nende asemel on üldjuhul võimalik koguda n-ö parem tõend kui tunnistaja kohtus vahetult üle kuulata (ingl *best evidence rule*).⁶⁹ See põhjendus lähtub võistlevale menetlusele omasest eeldusest, et tunnistaja ütlused on tõendusliku väärtuse ja usaldusväärsuse poolest kõige paremad siis, kui need on antud suuliselt ja vahetult kohtus. Samas ei ole eelnevast võimalik lähtuda nt olukorras, kus tunnistajal ei ole võimalik kohtusse ilmuda.⁷⁰ Ka juhul, kui tunnistajal on võimalik küll kohtusse ilmuda, ei ole alati põhjendatud pidada tunnistaja kohtus antavaid ütlusi iseeneslikult paremaks tema kohtueelsetest ütlustest.⁷¹ Siiski on olukorrad, kus tunnistaja ei saa põhjendatult kohtus ütlusi anda, pigem erandlikud, mistõttu ei lükka see iseenesest ümber kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamise põhjendust, et kohtus antud ütlusi võib pidada üldjuhul paremaks tõendiks.

⁶⁵ Hirvelä, P., Heikkilä, S. Right to a Fair Trial. A Practical Guide to the Article 6 Case-Law of the European Court of Human Rights. Cambridge: Intersentia 2021, lk 307-308.

⁶⁶ EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*, p 118.

⁶⁷ Dennis, I. H., lk 686; Löhmus, U. 2013, lk 303.

⁶⁸ Autor on võtnud kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamise põhjendusi käsitledes lähtekohaks Ian Dennise pakutud kuulduste keelamise reegli põhjendused ning uurinud neid menetlejale antud kohtueelsete ütluste kontekstis. Dennis, I. H., lk 677-689.

⁶⁹ Dennis, I. H., lk 677.

⁷⁰ Dennis, I. H., lk 678. Nt tunnistaja surma korral.

⁷¹ Nt tunnistaja hirmu korral. Hirm võib mõjutada kohtus antavate ütluste sisu. Karsai, L. I. In Fear for Her Life: How Applying the Forfeiture by Wrongdoing Doctrine to Shield Witnesses Identities Could Leave Endangered Witnesses Out in the Cold. – Virginia Journal of Social Policy & the Law 2012/19, No. 3, lk 485.

Samas räägivad põhjendusele, et tunnistaja kohtus antud ütlused on parem tõend kui kohtueelsed ütlused, vastu teadmised tunnistaja mälust.⁷² Mälust tingitud mõjutuste kujul ei ole tegemist erandliku olukorraga, vaid see omab tähtsust kõigi tunnistajate puhul. Aja möödudes tunnistaja mälu halveneb ning on ebatõenäoline, et tunnistaja annab kõige täpsemaid ütlusi kohtuistungil, mis leiab sageli aset pikka aega peale asjakohaseid sündmusi.⁷³ Tunnistaja mälu ei ole selleks ajaks mõjutatud mitte ainult möödunud aja tõttu, vaid ka tulenevalt sündmuste korduvast meenutamisest, mis samuti esialgset mälu pilti moonutab.⁷⁴ Seetõttu on tunnistaja ütlused üldiselt seda täpsemad, mida varem peale sündmusi on need antud.⁷⁵ Lisaks tunnistaja mälu iseeneslikule moondumisele, on tunnistaja aja möödudes avatud mistahes väliste mõjutustele, mis (ala)teadlikult kohtus antavatele ütlustele mõju avaldada.⁷⁶ Tulenevalt eeltoodust ei saa väita, et kohtus antud ütlused on kohtueelsetest ütlustest paremad tõendid ning lähtuvalt tunnistaja mälust võiks isegi väita vastupidist, mistõttu ei saa ka ainuüksi n-ö parima tõendi kriteeriumist lähtuvalt kohtus antud ütluste eelistamist pidada põhjendatuks.

Traditsiooniliselt on eeskätt *common law*'s peetud kohtueelsete ütlustega seoses probleemseks ka seda, et need ei ole antud vande all. Ajalooliselt on vande andmise väärtus seisnenud selles, et pärast vande andmist on tunnistajal kõrgemalt tulenev kohustus rääkida tõtt ning pöörata tähelepanu üksikasjadele, mis peaks andma ütlustele suurema väärtuse.⁷⁷ Samas ei kaitse vande andmine selle eest, kui tunnistaja arvab end tõtt rääkivat, kuid ei tee seda tegelikkuses halva mälu või muu vahepeal toimunu tõttu, mis võib tunnistajat eksitada.⁷⁸ Isegi kui vande andmisel on sümboolne väärtus ning mõnda tunnistajat tõtt rääkima suunab, siis on vanne ikkagi pigem arhailine, religioosne ja kultuurne nähtus, mille tõe avaldamise soodustamine ei ole kinnitust leidnud.⁷⁹ Tänapäeval võib vande omistada kahte funktsiooni – signaalfunktsioon, mis näitab tõendusliku avalduse algust ning psühholoogiline efekt, mis peaks suunama tunnistajat tõtt rääkima.⁸⁰ KrMS vande andmist kohtus ütluste andmisel ette ei näe. Vande andmise asemel hoiatatakse tunnistajat KrMS § 68 lg 2 kohaselt ütluste andmisest seadusliku aluseta

⁷² Dennis, I. H., lk 678.

⁷³ Schwikkard, P. J. Does Cross-Examination Enhance Accurate Fact-Finding. – South African Law Journal 2019/136, No. 1, lk 33-34.

⁷⁴ Schwikkard, P. J., lk 33-34.

⁷⁵ Schwikkard, P. J., lk 34.

⁷⁶ Spottswood, M. Truth, Lies and the Confrontation Clause. – University of Colorado Law Review 2018/89, lk 583.

⁷⁷ Dennis, I. H., lk 679.

⁷⁸ Spottswood, M., lk 583.

⁷⁹ Gallacher, I. Swear Not at All: Time to Abandon the Testimonial Oath. – New England Law Review 2018/52, lk 300.

⁸⁰ Kangur, A. TsMSK § 269/3.2.1. – Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. Komm vlj. Tallinn: Juura 2017.

keeldumise ja teadvalt valeütluste andmise eest.⁸¹ Hoiatamine täidab samaseid funktsioone, kuid erineb vande andmisest, kuna ei seendu mõne sümboolse väärtusega, vaid hoiatatakse konkreetse õigusliku tagajärje eest. Seetõttu on vähemalt KrMS kohaselt kohtueelsed ja kohtus antud ütlused selles küsimuses võrdväärsed, kuivõrd tunnistajat hoiatatakse mõlemal juhul.

Kuna kohtueelsed ütlused vormistatakse enamasti ülekuulamise protokollil kujul, siis ei ole nende puhul võimalik arvestada tunnistaja käitumisega ütluste andmisel. Tunnistaja käitumise tähtsus lähtub eeldusest, et hinnates tema käitumist kehakeele, kõnetooni, enesekindluse jms põhjal, on võimalik teha järeldusi tema usaldusväärsuse ja ütluste tõesuse kohta.⁸² Samas on juba pikemat aega leitud ja korduvalt üle kinnitatud, et tunnistaja käitumise pinnalt üheste järelduste tegemine on ennatlik. Kuivõrd tunnistaja käitumine on kergesti mõjutatav, võib sellele liigne tuginemine viia pigem eksiteele.⁸³ Lisaks võib tunnistaja käitumisele liigse tähelepanu pööramine avaldada soovitus vastupidist mõju, kuna sageli jõutakse ekslike järeldusteni, kui proovitakse püüdliselt tuvastada laialt levinud valetamise, närvilisuse vms tunnuseid, mis ei ole sellistena kinnitust leidnud.⁸⁴ Kuigi leidub ka viiteid, et käitumise hindamise oskus võib olla treenitav ning kohtumenetluse osalised tunnevad end sageli selliseid võimeid omavat, siis valdav on seisukoht, et tunnistaja käitumise pinnalt tema usaldusväärsuse ja ütluste tõesuse kohta järelduste tegemine ei ole põhjendatud.⁸⁵ Käitumisteadused viitavad, et ütluste tõesuse kindlaks tegemiseks ei ole vajalik tingimata tunnistajat näha.⁸⁶

Teiselt poolt peetakse tunnistaja käitumisega seonduvalt võimalust näha tunnistaja nägu ikkagi oluliseks ning kriminaalmenetluse olemuslikuks osaks.⁸⁷ Samas ei näi see põhjendus rajanevalt mitte niivõrd tunnistaja käitumise hindamise võimaldamisel, vaid olulisemaks peetakse seda, et tunnistajat oleks võimalik näha ning tunnistaja ei jõuaks kohtuni üksnes n-ö paberi kujul. Seetõttu tuleks lähtuvalt käitumisteadustes tuvastatust ikkagi järeldada, et eraldi tunnistaja

⁸¹ KarS §-de 318 ja 320 kohaselt on mh tunnistaja või kannatanu poolt kriminaalmenetluses ütluste andmisest aluseta keeldumine ja teadvalt valeütluste andmine kuritegu. Karistusseadustik. – RT I, 06.07.2023, 40.

⁸² Dennis, I. H., lk 682.

⁸³ Gravett, W. H. Spotting the Liar in the Witness Box – How Valuable is Demeanour Evidence Really. – Journal for Contemporary Roman-Dutch Law 2018/81, No. 1, lk 449-450.

⁸⁴ McKimmie, B. M., Masser, B. M., Bongiorno, R. Looking Shifty but Telling the Truth: The Effect of Witness Demeanour on Mock Jurors' Perceptions. – Psychiatry, Psychology and Law 2014/21, No. 2, lk 309.

⁸⁵ Qureshi, A. M. Relying on Demeanour Evidence to Assess Credibility During Trial: A Critical Examination. – Criminal Law Quarterly 2014/61, lk 266.

⁸⁶ Jackson, J. D., Weigend T. Witness Evidence in Pre-Trial and Trial Procedure, lk 17. Ambos, K. jt (koost). Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice. Cambridge: Cambridge University Press 2022.

⁸⁷ Sewrattan, C. Lost in Translation: The Difference between the Hearsay Rule's Historical Rationale and Practical Application. – Manitoba Law Journal 2019/42, No. 4, lk 111.

käitumise hindamise võimaluse puudumine ei põhjenda tunnistaja kohtus antud ütluste eelistamist tema kohtueelsetele ütlustele. Selle asemel on oluline, et tunnistaja annaks kohtus ütlusi suuliselt ja vahetult, mis on nii võistleva kriminaalkohtumenetluse olemuslikuks osaks kui ka seondub süüdistatava inimväärikuse tagamisega, millest lähemalt allpool.

Kohtueelsete ütluste tõendina keelamist põhjendavad ka menetlejast lähtuvad ohud. Sarnaselt teistele tõenditele, esineb ka kohtueelsete ütluste korral nende kunstliku loomise oht, mis võib nt realiseeruda menetleja poolsete moonutustena.⁸⁸ Tõenäoliselt ei ole olemas uurimisasutust, millele ei saaks ette heita mingisugust õigusvastast tegutsemist, olgu see nii harv kui tahes.⁸⁹ Seetõttu ei ole ka kohtueelsel ülekuulamisel sellised minetused välistatud. Tähelepanuväärselt just nimetatud kaalutlusest lähtuvalt leiti *Crawford v. Washington* lahendis, et uurimisasutusele kohtueelses menetluses antud ütluste kohtus tõendina lubamine looks võimaluse riikliku süüdistuse poolseteks kuritarvitusteks, mis on viidatu kohaselt ikka ja jälle kinnitust leidnud.⁹⁰

Lisaks sellele, et menetleja võib menetlusõigust rikkuda või muul viisil pettuslikult toimida, on ohuks ka kriminaalasja valikuline ja kallutatud uurimine, mis võib moonutada või põhjustada eksimusi ka tunnistaja ülekuulamisel.⁹¹ Sellised menetleja poolsed mõjutused võivad seisneda nt suunavate küsimuste esitamises, soovitud suunal õhutamises vms.⁹² Kindlasti on menetlejast lähtuv probleemistik ülekuulamise läbiviimisel põhjendatud oht, mis printsiibis põhjendab kohtueelsete ütluste liigitamist vähem usaldusväärseks tõendiks. Samas ei ole siinkirjutaja hinnangul põhjendatud eelnev Ameerika Ühendriikides valitud seisukoht, et menetleja ebausaldusväärsus peaks justkui eeldama. Pigem võiks, ka Eesti olukorda arvestades, eeldada, et ka kohtueelsed ütlused on usaldusväärsed, kui puuduvad menetlejast või ülekuulamise läbiviimise viisist lähtuvad viited, mis nende usaldusväärse kahtluse alla seaks. Samas on vajalik märkida, et asetleidnud minetuste hilisem kindlaks tegemine võib osutada keeruliseks. Seetõttu on menetlejast lähtuv oht kohtueelsete ütlustele küll asjakohane ja põhjendatud, kuid ilmselt mitte ulatuses, nagu sellele on võistlevas menetluses algupäraselt omistatud.

Kuigi menetleja võib kohtueelsete ütluste andmist ka teadlikult mõjutada, esineb selle kõrval ka üldine valesti mõistmise, tõlgendamise ja kuulumise oht – teada-tuntud on nähtus, et isik

⁸⁸ Dennis, I. H., lk 682-683.

⁸⁹ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 412.

⁹⁰ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004); Sepp, H., lk 623.

⁹¹ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 412.

⁹² Milne, R., Shaw, G., lk 134.

kuuleb väljendatus seda, mida soovib või ootab.⁹³ Sama kehtib ka menetleja puhul. Menetleja osas seondub nimetatud oht ka sellega, et isegi kui ei toimita pahatahtlikult, võib menetleja ikkagi, olles teadlik kriminaalasja tõenditest, viia ülekuulamist läbi või seda talletada kasvõi alateadlikult omal eelnevalt kujunenud arvamusest mõjutatuna. Lisaprobleeme põhjustab eelnevaga seoses asjaolu, et kohtueelsed ütlused talletatakse üldjuhul kirjalikus ülekuulamise protokollis. Suuline ja kirjalik keel on fundamentaalselt erinevad ning ühe muutmise teiseks ei kujuta kunagi väljendatu täpset edasi andmist, vaid pigem on tegemist tõlkimise ja tõlgendamisega sarnase protsessiga, mis on subjektiivne ja ebatäpne.⁹⁴

Eelnevale pööratakse õiguse rakendamisel sageli vähe tähelepanu ning tihti samastatakse isiku suuliselt väljendatu üleskirjutatuga. Ülekuulamise protokollist nähtuv ei kajasta tunnistaja intonatsioone, rõhuasetust, hääletooni jms. Täiendavat ebatäpsust põhjustab üldine kalduvus ütluste talletamisel eelistada loetavust täpsusele ning väljendatu parandatakse kirjakeelseks.⁹⁵ Kuigi kirjeldatud probleemi leevendab tunnistaja võimalus ülekuulamise protokoll üle lugeda, on täheldatud, et tunnistajad on pigem kehvad tuvastama enda antud ütluste üksikasjades toimunud muudatusi.⁹⁶ Eeltoodud probleeme suurendab ka ülekuulamise protokollis kohtule esitamise viis – ettelugemisel on need paratamatult mõjutatud nende ettelugeja kõneviisist, samas ülekuulamise protokollis üleandmisel jäetakse nende väljendusviisi kohtu meelevalda.⁹⁷ Kirjeldatust tulenevalt on tunnistaja ülekuulamise suuliselt antud ütluste moondu mine ülekuulamise protokolliks asjaolu, mis kohtueelsete ütluste ebatäpsust suurendab ning kohtus antavaid ütlusi eelistama suunab. Samas väheneb nimetatud täpsusele olulise tähtsuse omistamise väärtus, kui arvestada varasemalt leituga osas, mis puudutab tunnistaja mälu halvenemist toimunud sündmuste, kohtueelse ülekuulamise ja kohtus ütluste andmise vahel.

Mitmeid eelkirjeldatud kohtueelsete ütlustega seonduvad ohte on võimalik leevendada kaasaegsete tehniliste vahenditega.⁹⁸ Seoses kohtueelsete ütluste kohtus ulatuslikuma kasutamisega on juba mõnda aega peetud nende audio-videosalvestamist lahenduseks, kuidas

⁹³ Dennis, I. H., lk 683.

⁹⁴ Haworth, K. Tapes, Transcripts and Trials: The Routine Contamination of Police Interview Evidence. – International Journal of Evidence & Proof 2018/22, No. 4, lk 436.

⁹⁵ Haworth, K., lk 436. Seetõttu võivad välja jääda nt enda parandamised, kordused, lõpetamata väljendid jms.

⁹⁶ Sagana, A., Sauerland, M., Merckelbach, H. Witnesses' Failure to Detect Covert Manipulations in their Written Statements. – Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling 2017/14, No. 3.

⁹⁷ Haworth, K., lk 443.

⁹⁸ Dennis, I. H., lk 682, 684.

mitmed eelnevalt kirjeldatud probleemid kõrvaldada.⁹⁹ Salvestatud kohtueelseid ütlusi võib nii täpsuse kui ka terviklikkuse poolest pidada parimaks tõendiks, mis tunnistajalt on võimalik saada, kuna salvestiselt nähtub nii menetleja kui ka tunnistaja poolt ülekuulamisel öeldu ja tehtu täpselt nii nagu see toimus.¹⁰⁰ See omakorda tagab ka kontrolli menetleja tegevuse üle ülekuulamise läbiviimisel ning vähendab menetleja poolsetest mõjutustest lähtuvaid etteheiteid.¹⁰¹ Kuivõrd kohtueelne ülekuulamine toimub üldjuhul oluliselt varem kui kohtus ütluste andmine, on kohtueelsete ütluste salvestis kõige täpsem tõend ka lähtuvalt tunnistaja mälust.¹⁰² Seetõttu on kohtueelne ülekuulamise salvestamine kahtlemata tõhus vahend kõrvaldamaks eelkäsitlemist nii tunnistaja (käitumise) nägemise, menetleja poolsete mõjutuste kui ka ülekuulamise protokolliga seonduvaid probleeme kohtueelsete ütluste usaldusväärsuse ja täpsuse osas ning selle võimaluse laialdasemat kasutuselevõttu kohtueelne ülekuulamise läbiviimisel, ka Eestis, tuleb pidada igati soovitatavaks. Kuigi ka ülekuulamise salvestamine ei taga täielikku kontrolli ülekuulamisel toimuva üle, nt selle osas, mis toimub salvestise väliselt, õigustab kohtueelsete ütluste talletamine audio-videosalvestisena ennast.

Kuulduste keelamise reeglist ja süüdistatava vastandamisõigusest lähtuvate kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamise põhjenduste keskmeks on tunnistaja risküsitlemise võimaluse puudumine. Seda tuleb pidada kõige olulisemaks põhjuseks, miks kohtueelseid ütlusi ei peaks kohtus tõendina lubama, arvestades, et risküsitlemine on levinud arvamuse kohaselt üks efektiivsemad viise tõe väljaselgitamiseks ja tunnistaja ütluste kahtluse alla seadmiseks.¹⁰³ Samuti on risküsitlemine asendamatu võistleva menetluse kui terviku seisukohast – ilma risküsitluseta on võistlevast menetlusest keeruline rääkida.¹⁰⁴

Risküsitlemise õiguse tagamise vajadusest lähtuv kohtueelsete ütluste keelamise põhjendus rajaneb eeltoodust tulenevalt eeldusel, et risküsitlus on tõhus viis faktiliste asjaolude väljaselgitamiseks ja tunnistaja ütluste kahtluse alla seadmiseks. Samas leidub sellisele lähtekohale mitmeid järgnevalt kirjeldatud vastakaid seisukohti, mis eelnevale vastu vaidlevad. Risküsitluse osas on täheldatud, et see pigem aitab edendada poole seisukohta, mitte ei taga

⁹⁹ KrMS kohaselt on vajadusel võimalik audio-videosalvestada alaealise tunnistaja ülekuulamist (vt KrMS § 70 lg 3). Samuti on võimalik salvestada tunnistaja kaugülekuulamist (vt KrMS § 291 lg 3 p 4). Laialdasemalt kohtueelset ülekuulamist autorile teadaolevalt Eestis ei salvestata, samuti puudub selleks vastav regulatsioon.

¹⁰⁰ Westera, N. J., Kebbell, M., Milne, R. Interviewing Witnesses: Do Investigative and Evidential Requirements Concur? – The British Journal of Forensic Practice 2011/13, No. 2, lk 106.

¹⁰¹ Westera, N. J., Kebbell, M., Milne, R., lk 106; Milne, R., Shaw, G., lk 135-136.

¹⁰² Westera, N. J., Kebbell, M., Milne, R., lk 106.

¹⁰³ Dennis, I. H., lk 680.

¹⁰⁴ Schwikkard, P. J., lk 30.

tunnistaja ütluste täpsust, mistõttu ei pruugi sellest abi olla ka kohtu jaoks selguse loomisele. Ristküsitlus võib sageli kujuneda ebaoluliste vastuolude esiletoomiseks ja tunnistaja segadusse ajamiseks selleks, et ütlustest suunavaid küsimusi esitades endale kasulikke järeldusi teha.¹⁰⁵ Seetõttu võib ristküsitluse puhul olla tavapärane, et ütlustega tõendatavate faktide täpsuse tagamise ja võimalike eksimuste kõrvaldamise asemel tegeletakse tunnistaja halba valgusesse seadmisega, mis lõppkokkuvõttes ei soodusta tõe tuvastamist.¹⁰⁶

Ristküsitluse probleemid avalduvad ka seoses tunnistaja mälust tuleneva ning pahatahtliku tunnistajaga. Vastavalt varasemalt kirjeldatule on loomulik, et tunnistaja mälu on kohtus ütluste andmise ja ristküsitlemise ajaks halvenenud, mida ristküsitluse põhjustatav stressiolukord võib veel enam negatiivselt mõjutada.¹⁰⁷ Seetõttu ei ole ka põhjendamatu järeldus, et ristküsitlemine võib olemuslikult soodustada valetavat tunnistajat ausale, kuivõrd valetamisel ei ole vahet kui kaua on sündmustest möödunud ning isegi kui ristküsitluse tulemusel on võimalik valele jälile jõuda, siis üldjuhul ei valeta tunnistajad kõigi ütluste osas ning seetõttu on tõe vastava osa tuvastamine keeruline.¹⁰⁸ Sarnane probleem tekib ristküsitlusega seoses ka olukorras, kus tegemist on ausa, kuid eksiva tunnistajaga, kuivõrd ristküsitlemisest ei ole abi juhul, kui tunnistaja tõsimeeli usub, et tema antavad ütlused vastavad tõe.¹⁰⁹

Tõstatatud ristküsitlusega seotud probleemidele võib läheneda ka teistpidi. Selliselt on leitud, et ristküsitlemise probleemid ei seisne niivõrd selles, et see oleks olemuslikult halb vahend tõendite kogumiseks, vaid pigem, et seda kasutatakse ära viisil, mis ei soodusta usaldusväärsete tõendite kogumist.¹¹⁰ Kuigi ajalooliselt on ristküsitlemist peetud heaks vahendiks tõe väljaselgitamiseks, on ristküsitlemise kirjeldatud viisil ärakasutamine ja selle pakutavata võimalustega süüdistatava huvides liialdamine kujunenud niivõrd tavapäraseks, et seda võibki tänapäeval pidada selle peamiseks funktsiooniks.¹¹¹ Samas selleks, et ristküsitlus oleks hea vahend ütluste kujul tõendite kogumiseks, peaks ristküsitlemine hõlmama endas üksnes õigust esitada tunnistajale küsimusi asjaolude kohta, mida tunnistaja teab, st ütlused peaksid olema antud vabatahtlikult, ilma suunamiseta ja keelelist segadust põhjustamata. Ristküsitlus ei peaks

¹⁰⁵ Schwikkard, P. J., lk 31-32.

¹⁰⁶ Dennis, I. H., lk 681.

¹⁰⁷ Schwikkard, P. J., lk 34.

¹⁰⁸ Schwikkard, P. J., lk 35.

¹⁰⁹ Epstein, J. Cross-Examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and At Risk. – *Widener Law Review* 2009/14, No. 2, lk 438.

¹¹⁰ Henderson, E. Best Evidence of Best Interests? What Does the Case Law Say About the Function of Criminal Cross-Examination? – *International Journal of Evidence & Proof* 2016/20, No. 3, lk 195.

¹¹¹ Sewrattan, C., lk 112-120.

endas sisaldama kasulike kõrvaliste asjaolude esile toomist, seda ei peaks ära kasutama enda seisukohtade esitamiseks või konkreetse tunnistaja halvas valguses näitamiseks. Ristküsitluse peamine funktsioon peaks olema tagada poolele mõistlik võimalus tunnistajat küsitleda.¹¹²

Lisaks eelnevale võiks siinkirjutaja arvates ristküsitlemise kui tõe tuvastamise ja tunnistaja ütluste usaldusväärsuse kontrollimise vahendi osas nõustuda ka seisukohaga, et ristküsitluse eesmärk peaks olema luua tunnistaja ütlustest ühtne tervik, tuues esile ka asjaolud, mida esmasküsitluses ei käsitletud ning parandades seal esile toodud võimalikud eksimused.¹¹³ Ka süüdistatava vastandamise õiguse ristküsitluse kaudu realiseerimisel peaks keskse tähtsusega olema, et süüdistataval oleks võimalik esile tuua tema jaoks tõenduslikku tähtsust omavad asjaolud ja võimalikud eksimused läbi sellele eesmärgile suunitletud tunnistaja küsitlemise ning selle saavutamisele ei aita kaasa ristküsitlemise eelnevalt kirjeldatud viisil ärakasutamine.

Lisaks eelnevalt kirjeldatud ristküsitluse eesmärkidele, seostatakse seda ka inimväärikuse ja seeläbi süüdistatava vastandamisõiguse tagamisega, kuna ristküsitlus võimaldab süüdistataval aktiivselt kriminaalmenetluses osaleda. Samadel eesmärkidel peaks süüdistataval olema võimalik tema vastu ütlusi andvat tunnistajat näost näkku näha, kuivõrd seda peetakse inimloomusest tulenevalt vajalikuks õiglase kohtumenetluse tagamiseks.¹¹⁴ Õiglase kohtumenetluse tagamiseks tuleks süüdistatavat kohelda võrdse ja inimväärse kohtumenetluse osalisena jätmata temast ebainimlikku ja ühiskonnast eraldatud isiku kuvandit nt võimaldades tunnistajatel peituda enda kohtueelsete ütluste või muu süüdistatavast eraldava vahendi taha.¹¹⁵ Samal põhjusel tuleb ka riiklikul süüdistajal näha vaeva tagamaks tunnistajate kohtusse ilmumine ning ka tunnistajal võib täheldada moraalset kohustust ütlusi anda näitamaks, et vajadusel ei kardeta süüdistatavaga silmitsi seista.¹¹⁶ Samas on ka inimväärikuse tagamise argumendile võimalik ristküsitlemise tõetuvastamise ebatõhususele tuginedes vastu vaielda.¹¹⁷

¹¹² Henderson, E., lk 195.

¹¹³ Jackson, J. D., Summers, S. J. *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions.* Cambridge: Cambridge University Press, lk 328.

¹¹⁴ Friedman, R. D., lk 17. Teistest enam omistatakse sellele tähtsust Ameerika Ühendriikides.

¹¹⁵ Massaro, T. M. *The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations.* – *University of Florida Law Review* 1988/40, lk 903.

¹¹⁶ Sheley, E. *The Dignitary Confrontation Clause.* – *Washington Law Review* 2022/97, lk 254-255; Friedman, R. D., lk 17.

¹¹⁷ Schwikkard, P. J., lk 37. PJ Schwikkard on selle illustreerimiseks esitanud järgneva mõttekäigu: „Süüdistatava inimväärikust eiratakse kui teda karistatakse kuriteo eest, mida ta ei ole toime pannud. Kannatanu inimväärikust eiratakse kui kurjategija pääseb karistusest. Järelikult kohtumenetlus, mis soovib tagada inimväärikust, peab prioritseerima tõe tuvastamist ning ristküsitlus ei ole selleks kõige tõhusam vahend.“

Täiendavalt risküsitluse sisulistele põhjendusetel on mingisuguse nähtuse põhjendatuse üle arutlemisel alati oluline tähtsus ka õiguskultuuril ja -traditsioonil – nii ka risküsitlemise puhul. Enamike *common law* õigussüsteemide jaoks on risküsitlemine niivõrd iseenesestmõistetav, et selle puudumine või tähtsuse vähendamine ei ole ühiskondlikult võimalik, mis võib tugineda nii ajaloolistel põhjustel kui ka ühiskonna üldisel iseloomul.¹¹⁸ Puhtalt risküsitluse olemine võistleva menetlusega õigussüsteemi olemuslikuks osaks näib olevat mõjuvaks põhjenduseks, miks risküsitluse sisulises põhjendatuses isegi kahtlemine võib olla mõeldamatu. Samas järeldub sellest ka, et õigussüsteemis, millel ei ole aastasadade pikkust risküsitlemise ajalugu, on risküsitlemise põhjendamisel õiguskultuur ja -traditsioon pigem teisejärgulise tähtsusega.

Kokkuvõttes on risküsitlus kui kuulduste keelamise reeglist tuleneva ja süüdistatava vastandamisõiguse tagamise vahend ning kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamise põhjendus kahtlemata avatud kriitikale. Faktiliste asjaolude kindlaks tegemiseks ei ole risküsitlemine veatu ning esile on võimalik tõsta erinevaid situatsioone, kus risküsitlemine eelnevaks sobilik ei ole. Samas ei pruugi risküsitluse problemaatika seisneda mitte selle enda olemuses, vaid viisis, kuidas seda kasutatakse. Kasutades risküsitluste täpsete ütluste kogumiseks ja eksimuste kõrvaldamiseks, on tegemist igati tõhusa abinõuga. Samuti tagab risküsitlus kindlasti seda, et süüdistataval on võimalik kohtumenetluses aktiivselt osaleda ning kahtlemata annab süüdistatavale võimaluse olla tunnistajaga vastandatud.

Vaadates tervikuna eelnevalt käsitletud kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamise peamisi põhjendusi nähtub, et mitme puhul neist on võimalik nende sisuline põhjendus kahtluse alla seada. See aga ei muuda asjaolu, et lubades tunnistaja risküsitlemise asemel tõendina tema kohtueelseid ütlusi, võetakse süüdistatavalt võimalus vastavat tunnistajat küsitleda. Ilma sellise võimaluseta jõuab kohtuni aga ainult pool vastavast tunnistajast lähtuvast tõendusteabest ning süüdistatav on asetatud ebaõiglaselt halvemasse olukorda. Seetõttu peab võistlevas kriminaalkohtumenetluses olema tulenevalt sellele omastest kuulduste keelamise reeglist ja süüdistatava vastandamisõigusest kohtueelsete ütluste kohtus risküsitlemise asemel tõendina lubamine võimalik üksnes erandlikel asjaoludel, mida järgnevalt käsitletakse.

¹¹⁸ Schwikkard, P. J., lk 39-40.

2. KOHTUEELSETE ÜTLUSTE KOHTUS TÕENDINA LUBAMISE ERANDID

2.1. Kohtueelsed ütlused kohtus tõendina risküsitlemise võimaluseta

2.1.1. Kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamise põhjendus

Kohtueelsed ütlused võivad olla kohtus tunnistaja risküsitlemise asemel tõendina lubatavad eelkõige juhtudel, kus tunnistaja kohtus ülekuulamine ei ole mingil põhjusel võimalik. Sellistes olukordades ollakse valiku ees, kas lubada tõendina tunnistaja kohtueelsed ütlused, arvestades nendega kaasnevat kirjeldatud ohte, või saada hakkama üldse ilma konkreetsest tunnistajast lähtuva tõendusteabeta. Üldiselt ei peaks asjaolu, et tunnistaja ei ole võimeline kohtus ütlusi andma või sellest keeldub, põhjendama tema ütlustes seisnevate tõendite kaotsiminekut ja seeläbi kahjustama kriminaalmenetluse tõe tuvastamise eesmärke.¹¹⁹

Samas ei saa kohtueelsete ütluste tõendina lubamine toimuda üksnes sellel põhjusel, vaid seonduvate ohtude kõrvaldamiseks või vähemalt poolte ebavõrduse tasakaalustamiseks, on vajalik, et nende lubamisele kehtiks täiendavad nõuded.¹²⁰ Sellisest põhimõttest lähtuvad nii *common law* esindajast Ühendkuningriigid kui ka EIK.¹²¹ Kuivõrd sarnane põhimõte nähtub ka asjakohasest KrMS §-st 291, on ka siinkohal kohane esmalt uurida, millistel asjaoludel võib tunnistaja kohtus ülekuulamata jätmist pidada põhjendatuks, ning seejärel käsitleda täiendavaid tingimusi, mis peavad olema kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamiseks täidetud.

2.1.2. Hea põhjus kohtus ütluste andmata jätmiseks

2.1.2.1. Tunnistaja surm ja halb terviseseisund

Üheks ilmseks põhjuseks, miks võib olla vajalik kohtueelseid ütluseid kohtus tõendina lubada on neid andnud tunnistaja surm, mis on heaks põhjuseks kohtueelsete ütluste lubamiseks nii *common law* kui ka EIK kohaselt.¹²² Tunnistaja surma puhul on iseenesestmõistetavalt tegemist olukorraga, kus tunnistaja ütluste andmine kohtus ei ole füüsiliselt võimalik. Samuti

¹¹⁹ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 399.

¹²⁰ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 399.

¹²¹ Roberts, P., Zuckerman, A., lk 399; EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*.

¹²² CJA 2003 s. 116 (2) (a); FRE 804 (a) (4); EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*, p 120. Autor viitab ülevaatliskuse huvides *common law* mõistes heade põhjuste käsitlemisel ka Ameerika Ühendriikide FRE-le, kuigi varasemalt leitu kohaselt ei ole seal hea põhjuse esinemisest olenemata kohtueelses menetluses menetlejale antud ütlused kohtus lubatavad tõendid.

puuduvad sel juhul mistahes abinõud, mida saaks rakendada, et tunnistaja ütluste andmine kohtus kasvõi ilma tema kohtusaali ilmutata tagada. Ka KrMS § 291 lg 1 p 1 näeb eeltoodule vastavalt ette kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmise võimaluse kui tunnistaja on surnud.

Sellest ei erine liialt palju olukord, kus tunnistaja ei saa kohtus ütlusi anda enda terviseseisundi tõttu. Ka tunnistaja terviseseisundist tulenevaid takistusi võib nii *common law* kui ka EIK kohaselt pidada heaks põhjuseks kohtus ütluste andmata jätmiseks.¹²³ Arvestada tuleb, et terviseseisundi tõttu kohtus ütluste andmata jätmise võib tingida nii tunnistaja füüsiline kui ka vaimne terviseseisund. Tunnistaja võib olla füüsiliselt täielikult võimeline kohtusse ilmuma ja ütlusi andma, kuid ei ole selleks võimeline enda vaimse võimekuse tõttu. Seetõttu ei peaks olema vahet olukordadel, kus tunnistaja ei ole võimeline kohtusse ilmuma enda terviseseisundi tõttu ja olukordadel, kus tunnistaja on võimeline kohtusse ilmuma, kuid terviseseisund takistab tal kohtus ütluste andmist.¹²⁴ Ei ole ilmselt piisav, et tunnistajal esineb mistahes terviseseisund, vaid see terviseseisund peab ka tegelikkuses takistama tal ütluste andmist. Samuti tuleks alati kaaluda alternatiivseid võimalusi süüdistatavale tunnistaja küsitlemise võimaluse tagamiseks, st võimalusel tuleb küsitlemine korraldada nt tehniliste vahendite abil.¹²⁵

Samuti tuleb arvestada tunnistaja terviseseisundi kestvusega. Tunnistaja kohtus ülekuulamata jätmiseks ei ole piisav, et tunnistaja ei ole võimeline kohtus ütlusi anda konkreetsel ajahetkel, mil teda soovitakse kohtus üle kuulata. Juhul, kui tunnistaja terviseseisundist tulenev takistus on ajutine ning kohtumenetlus selle äralangemise ajal veel kestab, tuleks tema ülekuulamine korraldada hiljem.¹²⁶ Sealjuures ei tuleks tunnistaja terviseseisundit hinnata tema haigusloost lähtuvalt, vaid selle järgi, kas tema kohtumenetluse ajal eksisteeriv terviseseisund takistab tal konkreetses kohtumenetluses ütlusi andmast.¹²⁷ Alles siis, kui tunnistaja kohtus ütluste andmine on tema terviseseisundist tulenevalt mistahes viisil välistatud, võib olla põhjendatud tema kohtus ülekuulamise asemel lubada tõendina tema kohtueelsed ütlused.¹²⁸

Tulenevalt tunnistaja terviseseisundist kohtueelsete ütluste lubamist võib põhjendada mitmeti. Tunnistaja kohtus ülekuulamata jätmine on põhjendatud olukordades, kus see on objektiivselt võimatu, kuna tunnistaja on küll elus, kuid ütluste andmine on objektiivselt takistatud sellises

¹²³ CJA 2003 s. 116 (2) (b); FRE 804 (a) (4); EIKo 31076/96, *Wester vs. Rootsi*.

¹²⁴ *R. v. Setz-Dempsey (Jonathan Patrick)*, [1994] Crim. L.R. 123.

¹²⁵ *R. v. Ferdinand (Sean)*, [2014] EWCA Crim. 1243, p 36; EIKo 10857/84, *Bricmont vs. Belgia*, p 81.

¹²⁶ EIKo 2257/12, *Zadumov vs. Venemaa*, p 56, 68.

¹²⁷ EIKo 2257/12, *Zadumov vs. Venemaa*, p 54.

¹²⁸ EIKo 31700/96, *Trivedi vs. Ühendkuningriigid*.

ulatuses, mis on võrreldav tunnistaja surmaga. Lisaks lähtub tunnistaja terviseseisundist tulenevalt tema kohtueelsete ütluste lubamine ka tunnistaja tervise kaitsmise eesmärgist. Nii tunnistaja kohtusse ilmumine kui ka ütluste andmine võib olla küll võimalik, kuid seda ei saa lugeda põhjendatuks, kuna see võib oluliselt kahjustada tunnistaja tervist.¹²⁹

Vastavalt eelnevale näeb ka KrMS § 291 lg 1 p 3 ette kohtueelsete ütluste tõendina lubamise võimaluse, juhul kui tunnistaja ei ole võimeline ütlusi andma oma terviseseisundi tõttu. Kehtiv KrMS § 291 lg 1 p 3 vastab eeltoodule osas, et hõlmab enda sõnastuselt nii sellised tunnistaja terviseseisundid, mis takistavad tunnistajal kohtusse ilmumise, kui ka need, mis võimaldavad tunnistajal kohtusse ilmuda, kuid takistaksid seal ütlusi andmast.¹³⁰ Riigikohtu kohaselt on tunnistaja surm ja vastava terviseseisundi esinemine objektiivsed põhjused, mil tunnistaja poolt kohtus ütluste andmine on võimatu. Riigikohtu järgi on nendel juhtudel põhjendatud tõendina vastu võtta ka deponeerimata kohtueelsed ütlused, kuivõrd nii surma kui ka haigestumist võib olla keeruline ette näha.¹³¹ Oluline on, et kohtus ütluste andmist välistav terviseseisund oleks tuvastatud tervishoiutöötaja poolt ning seda ei saa teha kohtumenetluse pool ise.¹³²

Senine Riigikohtu seisukoht näib pealtnäha pidavat tunnistaja kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmiseks piisavaks seda, et tervishoiutöötaja on väljastatud tõendi tunnistajal mõne terviseseisundi esinemise kohta. Samas on sellist seisukohta peetud küsitavaks, kuna on kaheldav, kas igasugune terviseseisund, mis on tervishoiutöötaja poolt tuvastatud ja tõendatud, peaks võimaldama kohtueelseid ütlusi tõendina lubada.¹³³ Tõenäoliselt see nii ei ole, vaid vastavat terviseseisundit peaks iseloomustama ka eelnevalt kirjeldatud tunnused. Eelkõige peab tegemist olema terviseseisundiga, mis ei võimalda tunnistajal ütlusi anda ka kohtusse kohale ilmumata, nt tehnilise vahendi abil. Samuti peab tunnistaja terviseseisundit iseloomustama ka teatud püsivus, millest tulenevalt on tunnistaja kohtus ütluste andmine takistatud ka edasise kohtumenetluse vältel. Kohtu ülesanne on veenduda, et tunnistaja

¹²⁹ Maffei, S. The Right to Confrontation in Europe. Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses. Groningen: Europa Law Publishing, lk 50.

¹³⁰ Vrd kuni 01.09.2011 kehtinud KrMS § 291 p 3. Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 23.02.2011, 45.

¹³¹ RKKKo 3-1-1-86-12, p 34; RKKKo 3-1-1-89-12, p 10.

¹³² RKKKo 3-1-1-45-07, p 17.3. Tervishoiutöötajaks on TTKS §-s 3 nimetatud isik. Viidatud Riigikohtu seisukoha osas väärrib märkimist, et kohtueelsete ütluste lubamist ei peetud seal võimalikuks, kuna tunnistaja terviseseisundit oli hinnanud psühholoog, kes ei olnud toona kehtinud TTKS § 3 kohaselt tervishoiutöötaja. Tervishoiuteenuste korraldamise seadus. – RT I, 2006, 58, 439. Alates 01.10.2023 kehtiva TTKS § 3 järgi on ka nt kliiniline psühholoog tervishoiutöötajaga võrdsustatud ning tervishoiutöötaja mõistet laiendatud, mis on asjakohane ka KrMS § 291 lg 1 p 3 edasisel kohaldamisel. Tervishoiuteenuste korraldamise seadus. – RT I, 11.03.2023, 93.

¹³³ Lõhmus, U. Põhiõigused kriminaalmenetluses. Tallinn: Juura 2019, lk 276.

tervise seisund sellistele tunnustele vastab.¹³⁴ Kuna Riigikohus on seni tunnistaja tervise seisundi tuvastamise osas viidanud ainult tervishoiutöötaja hinnangu olemasolu vajadusele, võib üksnes sellest lähtudes jääda ekslik mulje justkui piisaks kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmiseks mistahes tunnistaja tervise seisundist. Kohtueelsete ütluste lubamiseks peaks küll olema tõendatud, et tervishoiutöötaja on tuvastanud tunnistajal tervise seisundi, mis ei võimalda tal kohtus ütlusi anda, kuid täiendavalt tuleb ka kindlaks teha, et tunnistajat ei ole võimalik üle kuulata ilma tema füüsiliselt kohtusse ilmumata või hilisemal ajal.

2.1.2.2. Tunnistaja keeldumine kohtus ütluste andmisest

Tunnistaja jätab kohtus ütlused andmata ka juhul, kui ta keeldub seda tegemast. Tunnistaja kohtus ütluste andmisest keeldumist võib *common law* kohaselt pidada heaks põhjuseks kohtus ütluste andmata jätmiseks.¹³⁵ Ameerika Ühendriikides eristatakse olukorda, kus tunnistaja keeldub ütluste andmisest tuginedes mõnele talle antud privileegile, ning olukorda, kus tunnistaja keeldub ütluste andmisest muul põhjusel, olenemata kohustusest ütlusi anda. Teisel juhul on kohus küll andnud tunnistajale korralduse kohtus ütlusi anda ja selle tegemata jätmise tagajärgede eest hoiatanud, kuid tunnistaja sellest sõltumata keeldub ütlusi andmast.¹³⁶ Mõlemad juhud eeldavad, et tunnistaja on kohtus kohal ja väljendab ütluste andmisest keeldumist.¹³⁷ EIK on kohtueelsete ütluste tõendina lubamist tunnistaja kohtus ütluste andmisest keeldumise korral eelkõige vaaginud seoses tunnistaja õigusega keelduda ütluste andmisest enda abikaasa ja pereliikmete vastu, leides, et eelnevale tuginedes kohtus ütluste andmisest keeldumise korral esineb hea põhjus kohtueelsete ütluste tõendina lubamiseks.¹³⁸

Võimalust tunnistaja kohtus ütluste andmisest keeldumise korral lubada tõendina tema kohtueelsed ütlused põhjendab asjaolu, et tunnistajat ei saa ütlusi andma sundida, sh ka juhul, kui ütluste andmisest keeldutakse põhjendamatult. Kui tunnistaja tugineb mõnele talle antud privileegile ei saa süüdistatava vastandamisõigust pidada olulisemaks kui tunnistajale antud privileege.¹³⁹ Veel võib tunnistaja keeldumisel kohtueelsete ütluste lubamist põhjendada

¹³⁴ Lõhmus, U. 2019, lk 276.

¹³⁵ FRE 804 (a) (1) ja (2). CJA 2003 ei näe ette eraldi alust kohtueelsete ütluste tõendina lubamiseks olukorras, kus tunnistaja keeldub kohtus ütlusi andmast, kuid sellises olukorras on kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmine võimalik õigusemõistmist huvides CJA 2003 s. 114 (1) (d) alusel. *R. v. L.*, [2008] EWCA Crim 973.

¹³⁶ Rysavy, D. L. The Unavailability Requirements of Rule 804 (a) of the Federal Rules of Evidence. – North Dakota Law Review 1979/56, No. 3, lk 397.

¹³⁷ Rysavy, D. L., lk 391, 397.

¹³⁸ EIKo 59549/12, *N.K. vs. Saksamaa*, p 57.

¹³⁹ Maffei, S., lk 51.

võimalus, et tunnistajat on võimalus enne kohtumenetlust mõjutada ütluste andmisest loobuma. Juhul, kui kohtueelseid ütlusi tõendina sellises olukorras ei lubataks, võib see soodustada süüdistatavat või teisi huvitatud isikuid mõjutama tunnistajat kohtus ütluste andmisest keelduma, kuigi tunnistaja on ise otsustanud kohtueelses menetluses ütlusi anda.

Samas ei saa kohtueelsete ütluste lubamist pidada põhjendatuks tunnistaja kohtus ütluste andmisest keeldumisega mõnevõrra sarnases olukorras, kus tunnistaja olenemata kohtukutsest ei ilmu kohtusse ütlusi andma ning tunnistaja asukoht on teada.¹⁴⁰ Sel juhul ei ole tegemist keeldumisega eelnevalt kirjeldatu tähenduses, kuivõrd seda peab kohtus väljendama. Sellises olukorras ei saa kohtueelsete ütluse lubamist pidada põhjendatuks, kuna riikliku süüdistaja kohustus on erinevaid vahendeid kasutades tagada, et tunnistaja kohtusse ilmuks ning sellest ei saa süüdistatava vastandamisõiguse arvelt kõrvale kalduda.¹⁴¹ See tähendab, et ütluste andmisest keeldumine võib olla kohtueelsete ütluste lubamise heaks põhjuseks ainult juhul, kui tunnistaja on kohtusse kohale ilmunud ja seal enda ütluste andmisest keeldumist väljendanud.

Ka KrMS § 291 lg 1 p 2 kohaselt võib kohus tunnistaja poolt varem antud ütlused tõendina vastu võtta, kui tunnistaja keeldub kohtulikul uurimisel ütlusi andmast. Kuivõrd KrMS § 291 lg 1 p 2 sõnastus ei erista tunnistajaid, kellel on mõnele privileegile tuginedes õigus ütluste andmisest keelduda, ning tunnistajaid, kellel sellist õigust ei ole, on kohtueelsete ütluste vastuvõtmine lubatud mõlemal puhul.¹⁴² Sellest lähtuvalt on tõendina lubatud vastu võtta ka sellise tunnistaja ütlused, kes on kohtueelses menetluses ütlusi andnud, kuid otsustanud kohtus kasutada õigust ütluste andmisest keelduda. Tunnistajal tuleb teha lõplik otsus ütluste andmise või sellest keeldumise kohta juba kohtueelses menetluses.¹⁴³ Samuti eeldab ütluste andmisest keeldumine ka KrMS § 291 lg 1 p 2 tähenduses seda, et tunnistaja on kohtusse ilmunud ning keeldub ütluste andmisest peale seda, kui talle on selgitatud tema õigusi ja hoiatatud ütluste andmisest keeldumise või teadvalt valeütluste andmise eest.¹⁴⁴ Tunnistaja ei pea ütluste andmisest keeldumist põhjendama, ning seda, kas keeldumise alus ka tegelikkuses esines, on võimalik tuvastada ainult selle kohta läbiviidavas kriminaalmenetluses. Kohtul võib küll teha tunnistajale ettepaneku ütluste andmisest keeldumist selgitada, kuid ei saa kohustada tunnistajat ütlusi andma, kui põhjendused ei ole veenvad.¹⁴⁵ Samas ei ole eelneval märgilist

¹⁴⁰ Maffei, S., lk 53.

¹⁴¹ Maffei, S., lk 53.

¹⁴² Sillaots, M. KrMSK § 291/5.2.

¹⁴³ RKKKo 1-18-437, p 50; RKKKo 3-1-1-24-13, p 13.

¹⁴⁴ RKKKo 3-1-1-45-07, p 17.2.

¹⁴⁵ RKKKo 3-1-1-90-14, p 52.

tähtsust kohtueelsete ütluste vastuvõtmise kontekstis, kuna kohtul on võimalik kohtueelsed ütlused vastu võtta olenemata sellest, kas tunnistajal oli õigus ütluse andmisest keelduda.

Võrreldes eelnevalt käsitletud tunnistaja surma ja terviseseisundit kui head põhjust tunnistaja poolt kohtus ütluste andmata jätmiseks, erineb nendest ütluste andmisest keeldumine. Tunnistaja surma ja vastava terviseseisundi tekkimist võib pidada objektiivseks põhjuseks, mille esinemisel on kohtueelsete ütluste lubamine põhjendatud.¹⁴⁶ Teisiti suhtutakse ütluste andmisest keeldumisse, mida ei saa käsitleda samas ulatuses objektiivse asjaoluna.¹⁴⁷ Tunnistaja keeldumine ütluste andmisest on puhtalt tema enda subjektiivne otsus.¹⁴⁸ Tunnistaja võib kohtus ütluste andmisest keelduda mistahes põhjusel, kuid peab arvestama, et õigus on tal selleks üksnes KrMS §-des 71-73 sätestatud juhtudel, ning nimetatud seadusliku aluse puudumisel võib keeldumise korral kaasneda karistusõiguslik vastutus KarS § 318 alusel.

2.1.2.3. Tunnistaja väljaspool riigipiire ja teadmata asukoht

Tunnistaja poolt kohtus ütluste andmata jätmise heaks põhjuseks võib nii *common law* kui ka EIK kohaselt olla ka asjaolu, et tunnistaja asub väljaspool riigipiire ja tema kohtusse kohaletoometamine ei ole mõistlik.¹⁴⁹ Samuti võib kohtueelsete ütluste lubamist *common law* ja EIK järgi põhjendatuks pidada ka juhul, kui tunnistaja asukohta ei ole õnnestunud mõistlikest pingutustest olenemata kindlaks teha.¹⁵⁰ Mõlemal nimetatud juhul ei piisa kohtueelsete ütluste lubamiseks üksnes faktist, et tunnistaja asub teises riigis või tema asukohta ei ole võimalik tuvastada, vaid arvestada tuleb mitme täiendava kriteeriumiga.¹⁵¹ Hinnata tuleb mh tõendi olulisust – mida olulisem on tõend, seda rohkem tuleb võtta abinõusid, et tunnistaja kohtusse ilmumine tagada. Samuti tuleb arvestada sellega, kui kulukas ja keeruline oleks tunnistaja kohalolu tagamine või otsingute korraldamine.¹⁵² Mõlemal juhul ei tule tunnistaja kohtusse ilmumise tagamisel lähtuda sellest, mis on füüsiliselt võimalik, vaid mis on mõistlikult võimalik. Piisavas ulatuses pingutusi on tunnistaja kohtus ülekuulamiseks üldjuhul tehtud siis, kui on ammendatud kõik mõistlikud võimalused tunnistajalt ütluste saamiseks.¹⁵³

¹⁴⁶ RKKKo 3-1-1-86-12, p 34.

¹⁴⁷ RKKKo 3-1-1-86-12, p 34.

¹⁴⁸ RKKKo 3-1-1-89-12, p 10.

¹⁴⁹ CJA 2003 s. 116 (2) (c); FRE 804 (a) (5); EIKo 47082/12, *Paić vs. Horvaatia*, p 38.

¹⁵⁰ CJA 2003 s. 116 (2) (d); FRE 804 (a) (5); EIKo 23880/05, *Salikhov vs. Venemaa*, p 116.

¹⁵¹ EIKo 47082/12, *Paić vs. Horvaatia*, p 38.

¹⁵² *R. v. Castillo (Luis Angel)*, [1995] 10 WLUK 362.

¹⁵³ EIKo 5699/11, *Lučić vs. Horvaatia*, p 79.

Kui tunnistaja asub välisriigis võib mõnikord tunnistaja kohtusse ilmumise tagamine olla aeganõudvaid protseduure läbides võimalik, kuid nende protseduuride läbimine ei pruugi nende keerukust ja ajakulu arvestades olla mõistlik.¹⁵⁴ Seda, kas tunnistaja kohalolu tagamine on mõistlikult võimalik, tuleks üldjuhul hinnata selle ajahetke kohaselt mil on esitatud taotlus tunnistaja kohtueelsete ütluste tõendina lubamiseks ning ei peaks hakkama oletama, kas juhul kui tunnistaja kohalolu tagamine ei ole hetkel mõistlikult võimalik, võib see kunagi mõistlikult võimalikuks saada.¹⁵⁵ Sama ei kehti siis, kui on teada, et tunnistaja ei ole saadaval üksnes mõnel konkreetsel ajahetkel, mistõttu tuleb kohtus ütluste andmine võimalusel edasi lükata seni kuni tunnistajal on võimalik kohtusse ilmuda.¹⁵⁶ Kuigi mõistlikud meetmed, mida tuleb rakendada tunnistaja kohalolu tagamiseks võivad sõltuda konkreetsetest asjaoludest, peab tunnistaja kindlasti olema vähemalt kohtusse kutsutud.¹⁵⁷ Lisaks tunnistaja otsingutele peavad olema ka ammendatud võimalused kuulata tunnistaja üle rahvusvahelise koostöö abil.¹⁵⁸

Nõutud pingutused, mida tunnistaja kohtusse ilmumise tagamiseks tegema peaks, võiks lisaks tunnistajale kohtukutse saatmisele seisneda nt vajadusel tunnistaja transpordikulude tasumises, ütluste andmises tehniliste vahendite abil või tunnistaja asukohariigis.¹⁵⁹ Ka juhul, kui tunnistaja on teadmata kadunud, eeldavad mõistlikud pingutused rohkemat kui üksnes kohtukutse saatmist tema viimasesse teadaolevasse asukohta. Tunnistajat peaks olema korduvalt kohtusse kutsutud ning aktiivselt otsitud vähemalt tema teadaolevast elu- ja töökohast.¹⁶⁰ Tunnistaja asukoha kindlakstegemine peaks endas kindlasti hõlmama lähedaste küsitlemist ning uurimisasutuse kaasamist.¹⁶¹ Üldiseks lähtekohaks võiks olla, et mõistlikud pingutused on tunnistaja otsimiseks tehtud siis, kui otsing on läbi viidud kõiki uurimisasutuse vahendeid kasutades, mis ei ole asjaolusid arvestades ebamõistlikult kulukad.¹⁶²

Sarnaselt eelnevale näeb ka KrMS § 291 lg 1 p 4 ette kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmise võimaluse juhul kui tunnistaja asukohta ei ole suudetud mõistlikest pingutustest hoolimata kindlaks teha. Samas on KrMS § 291 lg 2 ja 3 kohaselt nimetatud alusel võimalik tõendina vastu võtta üksnes deponeeritud kohtueelseid ütlusi ning deponeerimata kohtueelsele

¹⁵⁴ *R. v. Maloney*, [1993] 12 WLUK 216.

¹⁵⁵ *R. v. French (Lee Ernest)*, [1993] 3 WLUK 235.

¹⁵⁶ Edge, R., Mills, A. (koost). Evidence. 18th Edition. Oxford: Oxford University Press 2016, lk 189.

¹⁵⁷ EIKo 47082/12, *Paić vs. Horvaatia*, p 36.

¹⁵⁸ EIKo 8088/05, *Gabrielyan vs. Armeenia*, p 83.

¹⁵⁹ EIKo 1413/05, *Damir Sibgatullin vs. Venemaa*, p 56.

¹⁶⁰ *R. v. Adams (Ishmael)*, [2007] EWCA Crim 3025, p 13-14; EIKo 23880/05, *Salikhov vs. Venemaa*, p 116.

¹⁶¹ EIKo 23880/05, *Salikhov vs. Venemaa*, p 116.

¹⁶² *R. v. Adams (Ishmael)*, [2007] EWCA Crim 3025, p 13-14.

ütluste tõendina vastuvõtmine on välistatud.¹⁶³ Riigikohus on varasemalt kehtinud regulatsiooni alusel pidanud võimalikuks käesoleval alusel vastu võtta sellise tunnistaja ütlused, kelle puhul oli teada, et ta asub välisriigis, kuid ei tema täpset asukohta ei õnnestunud tuvastada, olenemata sellest, et tunnistajat üritati nii isiklikult kui ka lähedaste kaudu kohtuistungist teavitada.¹⁶⁴ Kuigi Riigikohus ei ole täpsemalt kirjeldanud, kas ja kui siis milliseid täiendavaid pingutusi tunnistaja kohtusse ilmumiseks tehti, on küsitav, kas eelnevaga piirdumine on kohtueelsete ütluste vastuvõtmiseks ammendav.

Tõenäoliselt tulenevalt deponeerimise nõudest ei ole kehtiv KrMS § 291 lg 1 p 4 Eesti kohtupraktikas üleliia kohaldamist leidnud, mistõttu ei esine ka seda täpsemalt sisustavat kohtupraktikat. Samas on selge, et võrreldes eelnevalt käsitletud kohtueelsete ütluste vastuvõtmise alustega, nõuab käesoleva aluse kohaldamine rohkem tõlgendamist, kuivõrd mh on vajalik sisustada, millal tuleb tunnistajat pidada teadmata kadunuks ning millal on tema otsimiseks tehtud mõistlike pingutusi. Kuigi Eesti kohtupraktika on selle osas vähene, ei ole ilmselt kahtlust, et nimetatud aluse kohaldamisel juhitudaks sarnasest arusaamast kui EIK ja Ühendkuningriikide kohtupraktika puhul, mistõttu on sarnasustest tulenevalt võimalik lisaks EIK-le ka Ühendkuningriikide kohtupraktikas väljakujunenud seisukohti vajadusel juhiseks võtta. Samas on ka sealt nähtuv pigem üldsõnaline ega paku otseseid vastuseid, mistõttu tuleb kohtul igal juhul konkreetseid asjaolusid arvestades mõistlike pingutuste mõiste sisustada.

Vastupidiselt EIK-le ja *common law*'le ei näe KrMS ette eraldi võimalust kohtueelsete ütluste vastuvõtmiseks juhul, kui tunnistaja asub väljaspool Eesti riigipiire. Sellises olukorras on KrMS § 291 lg 2 kohaselt võimalik tõendina vastu võtta abistamistaotluse alusel välisriigi pädeva asutuse poolt läbiviidud ülekuulamise antud ütlused eeldusel, et tunnistajat ei olnud võimalik üle kuulata kaugülekuulamise teel. Selline regulatsioon lahendab tunnistaja välisriigis viibimisega seotud probleemi osaliselt, kuivõrd võimaldab küll välisriigis asuvalt tunnistajalt ütlused võtta, kuid ei paku lahendust nt juhtudel, kui välisriik ei tee koostööd või kui sealne regulatsioon lubab ütluste andmisest keelduda.¹⁶⁵ Ka ringkonnakohus on viidanud, et rohkem kui kunagi varem esineb rahvusvahelistumisest tulenevalt olukordi, kus tunnistaja asub

¹⁶³ Autor käsitleb KrMS §-s 291 sisalduvat deponeeritud kohtueelsete ütluste nõuet pikemalt 2.1.3. peatükis.

¹⁶⁴ RKKKo 3-1-1-52-09, p 15.

¹⁶⁵ Vt nt EIKo 9154/10, *Schatschaschwili vs. Saksamaa*, p 138-139; EIKo 47986/99, *Gossa vs. Poola*, p 58-59. Nt arvestades Eesti ja Venemaa õiguslase koostöö lõppemist, ei ole välistatud olukord, kus tunnistaja on andnud (deponeeritud) kohtueelsed ütlused, kuid osutub kohtus ütluste andmiseks kättesaamatuks tulenevalt Venemaal viibimisest. Seetõttu võib olukord, kus välisriik ei tee Eestiga koostööd, osutada Eestis igati aktuaalseks.

välismaal ning tema Eestisse kohtusse toimetamist ei saa pidada mõistlikuks.¹⁶⁶ Kuigi sellisel juhul on ilmselt võimalik deponeeritud kohtueelsed ütlused tõendina vastu võtta KrMS § 291 lg 1 p 5 alusel, oleks selguse huvides põhjendatud ka kõne all oleva aluse ka eraldi KrMS § 291 lg-s 1 nimetamine. Sel juhul ei oleks kahtlust, et ka kirjeldatud olukorras on kohtueelsete ütluste vastuvõtmine võimalik ning KrMS § 291 lg 1 p 5 reguleerida oleksid sellised väga erandlikud olukorrad, mida ei ole võimalik nende nimetamiseks piisavalt ette näha.

2.1.2.4. Muu takistus

Eraldi kohtueelsete ütluste vastuvõtmise alusena näeb KrMS § 291 lg 1 p 5 ette võimaluse võtta vastu kohtueelsed ütlused kui tunnistaja ei saa kohtusse ilmuda muu takistuse tõttu, mis on kõrvaldamatu või mille kõrvaldamise kulud oleksid ebaproportsionaalselt suured, ning taotluse esitanud pool on teinud kõik mõistlikud pingutused tema kohtusse toimetamiseks. Sellisele alusele ei nähtu otsest vastet ei EIK-s ega ka *common law*'s. Ka kirjeldatud asjaolu korral lubab kohus KrMS § 291 lg-te 2 ja 3 järgi vastu võtta üksnes deponeeritud kohtueelsed ütlused.

KrMS § 291 lg 1 p 5 kirjeldab nähtavasti kahte erinevat olukorda, millal on nimetatud alusel lubatud deponeeritud kohtueelseid ütlus tõendina vastu võtta. Esimesel juhul on deponeeritud kohtueelsete ütluste vastuvõtmine võimalik kui on tegemist kõrvaldamatu takistusega, millest tulenevalt ei saa tunnistaja kohtusse ilmuda. Teisel juhul on tegemist takistusega, mille kõrvaldamise kulud oleksid ebaproportsionaalselt suured. Mõlemal juhul peab taotluse esitanud pool olema teinud kõik mõistlikud pingutused tunnistaja kohtusse toimetamiseks. Tegemist on subjektiivse ja kohtule ulatuslikku otsustusvabadust andva võimalusega deponeeritud kohtueelsete ütluste vastuvõtmiseks. Kohtul on vajalik otsustada, milline takistus on kõrvaldamatu, millal on takistuse kõrvaldamise kulud ebaproportsionaalselt suured ning millal on tehtud kõik mõistlikud pingutused tunnistaja kohtusse toimetamiseks.

Eesti kohtupraktikas ja õiguskirjanduses ei ole KrMS § 291 lg 1 p 5 üleliia sisustatud. Riigikohus ei ole KrMS § 291 lg 1 p 5 varasemalt sisuliselt käsitletud.¹⁶⁷ Samas on Riigikohus

¹⁶⁶ TrtRnKo 1-18-3710, p 115. Kuigi ringkonnakohus käsitles olukorda, kus tunnistajat ei olnud Eestis kohtueelses menetluses üldse üle kuulatud, on autori hinnangul ringkonnakohtu poolt tunnistaja välismaal viibimise olukorrale tähelepanu juhtimine asjakohane ka käesolevas kontekstis. Samas on autori hinnangul küsitavad ringkonnakohtu eeltoodud lahendis võetud seisukoht ja selle põhjendused, mille kohaselt peeti võimalikuks kohaldada KrMS § 291 analoogia korras olukorras, kus tunnistaja asus Kanadas ning tema kohtus ülekuulamist ei peetud võimalikuks ja mõistlikuks, mistõttu võeti tõendina vastu tema Kanadas vande all antud kirjalikud ütlused.

¹⁶⁷ Riigikohus on varasemalt kehtinud KrMS § 291 p 5 osas viidanud, et see oleks kohaldatav nt eksperdi poolt tuvastatud kannatanu või tunnistaja (seksuaalkuriteost tingitud) liigse emotsionaalse pinge ja selle võimalike

andnud mõista, et tegemist peaks olema objektiivse asjaoluga.¹⁶⁸ Õiguskirjanduses väljendatu kohaselt võiks kõrvaldamatuks takistuseks pidada nt põdurust, mis siinkirjutaja hinnangul on pigem tunnistaja tervises seisund KrMS § 291 lg 1 p 3 tähenduses.¹⁶⁹ Ringkonnakohtud on leidnud, et asjakohaseks takistuseks ei ole nt tunnistajate viibimine naaberriigis või sõjaväes.¹⁷⁰

Kuigi KrMS 291 lg 1 p 5 kohaldamine sisaldab subjektiivsust ja annab kohtule laia otsustusõiguse, ei peaks seda pidama tingimata problemaatiliseks, kuivõrd kõikvõimalike tekkida võivaid olukordi, mil tunnistajal ei ole võimalik kohtusse ilmuda, ei pruugigi olla võimalik nimetada. Eelduslikult peaks KrMS § 291 lg 1 p 5 eesmärk olema katta selliseid olukordi, kus tunnistaja kohtusse ilmumise takistus ei seisne mõnes KrMS § 291 lg 1 p-des 1-4 kirjeldatud olukorras, kuid kohus peab takistust KrMS § 291 lg 1 p-s 5 kirjeldatule vastavaks. Seetõttu ei ole ka võimalik üheselt määratleda kindlaid kohaldumisolukordi, kuivõrd need olenevad konkreetsetest asjaoludest. Samas on ka siinpuhul asjakohane märkida, et kuivõrd Eesti kohtupraktika KrMS § 291 lg 1 p 5 sisustamisel on vähene, on ka siin vajadusel võimalik juhinduda EIK ja Ühendkuningriikide kohtupraktikast tunnistaja välisriigis viibimise ja asukoha teadmatuse korral, kuna nende kohaldamise eeldused on osaliselt kattuvad.

2.1.2.5. Tunnistaja hirm

Tunnistaja kohtus ülekuulamata jätmise heaks põhjuseks võib nii EIK kui ka *common law* kohaselt olla ka tunnistaja hirm.¹⁷¹ Hirmu võib pidada kõige levinumaks põhjuseks, miks tunnistajad ei taha kohtus ütlusi anda.¹⁷² Ühendkuningriikide õiguse kohaselt tuleks hirmu mõistet tõlgendada laiendavalt, sh on sellega hõlmatud nii hirm surma põhjustamise kui ka tervisekahjustuse tekitamise eest, aga ka hirm varalise kahju tekitamise ees. Ei peaks olema nõutud, et hirm oleks mõistlikult põhjendatud või et see tuleneks otseselt süüteost, vaid pigem on hirmu tuvastamine subjektiivne.¹⁷³ Hirmu tuvastamisel on oluline ajahetk, kuivõrd tunnistaja hirm peaks esinema sel ajal kui ta peaks kohtus ütlusi andma ning asjakohane ei ole

negatiivsete tagajärgede esinemise korral. RKKKo 3-1-1-125-06, p 15. Hetkel kehtiva KrMS kohaselt oleks sellises olukorras tegemist KrMS § 291 lg 1 p-s 3 nimetatud asjaoluga. RKKKo 3-1-1-78-11, p 7.

¹⁶⁸ RKKKo 3-1-1-45-07, p 17.4.

¹⁶⁹ Sillaots, M., KrMSK § 291/5.6.

¹⁷⁰ TrtRnKo 1-09-17878, p 3.1; TrtRnKo 1-09-14860, 1.2. Ringkonnakohtus on varasemalt kehtinud KrMS § 291 p 5 kohaselt pidanud kõrvaldamatuks takistuseks ka tunnistaja viibimist Ameerika Ühendriikides, mh õigusalse koostöö puudumise tõttu. TrtRnKo 1-07-13652. Samuti on ringkonnakohtud pidanud KrMS § 291 p 5 kohaselt kõrvaldamatuks takistuseks tunnistaja tervises seisundiga seonduvat, nt TrtRnKo 1-09-21877, p 4.1.

¹⁷¹ CJA 2003 s. 116 (2) (e); EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*, p 120.

¹⁷² Dennis, I. H., lk 722.

¹⁷³ *R. v. Doherty (Michael Patrick)*, [2006] EWCA Crim 2716, p 23.

see, kui tunnistaja tunneb hirmu nt millalgi varem kriminaalmenetluse kestel.¹⁷⁴ Oluline on, et tunnistaja hirmutunde ning ütluste andmisest keeldumise vahel oleks ilmne põhjuslik seos.¹⁷⁵

Keerulisem on küsimus, kuidas tuleks kindlaks teha, et tunnistaja tõepoolest tunneb hirmu ning ei soovi lihtsalt kohtus ütluste andmisest kõrvale hoiduda, st kuidas tuleks tunnistaja hirmu tõendada. Ühelt poolt on leitud, et tunnistaja kohtusse kutsumine selleks, et ta enda hirmutunde olemasolu kohta ütlusi annaks, on ebakohane ning olemuslikus vastuolus põhimõttega, et tunnistajal peaks olema võimalik igasugustest ütluste andmisest hoiduda, kui hirmutunde on tõendatav teiste tõenditega.¹⁷⁶ Teiselt poolt on leitud, et igal juhul tuleb proovida tagada tunnistaja kohtusse ilmumine, et ta enda hirmutunde kohta ütlusi annaks, arvestades, et selleks võib kohtus kasutada vastavaid abivahendeid. Juhul, kui isegi erinevaid abinõusid kasutades ei ole tunnistaja vahetu ütluste andmine kohtus mõeldav, tuleks vähemalt saavutada audio- ja videosalvestis tunnistaja avaldustest tema hirmutunde olemasolu kohta.¹⁷⁷ Eeltoodud tunnistaja hirmuga seonduvad tõendamiskasutusi arvestades, sätestab Ühendkuningriikide õigus kohtule täiendavad tingimused, millega tuleb hirmu korral kohtueelsete ütluste lubamisel arvestada.¹⁷⁸

EIK kohaselt on oluline eristada tunnistaja hirmu, mis lähtub süüdistatavast, ning üldist hirmu ütluste andmise ees. Juhul, kui tunnistaja hirm tuleneb süüdistatavast, peaks igal juhul olema põhjendatud tunnistaja kohtueelsete ütluste tõendina lubamine, kuivõrd ei tohiks võimaldada olukorda, kus süüdistataval on võimalik hirmu levitades kõrvaldada tunnistajaid, kes muidu tema vastu kohtus ütlusi annaksid. Selline eeldus peaks kehtima nii juhul, kui hirm lähtub otseselt süüdistatavast kui ka juhul, kui tunnistaja hirmutamine toimub süüdistatava heakskiidul või teadmisel. Sel juhul loetakse süüdistatav enda vastandamisõigusest loobunuks. Samas ei pea hirm lähtuma vahetult süüdistatava tehtud ähvardusest, vaid selle esinemist võivad tõendada ka muud tõendid. Küll aga peab hirm olema objektiivne ja tõendatud ning ei piisa tunnistaja subjektiivsest hirmust. Samuti peab enne tunnistaja kohtueelsete ütluste lubamist veenduma, et ütluste andmine kohtus ei ole võimalik või mõistlik ka mistahes abivahendeid kasutades, nt tunnistaja anonümiseerimine, vaheseina kasutamine, süüdistatava kohtusaalist eemaldamine või ühesuunalise ülekande kasutamine.¹⁷⁹

¹⁷⁴ *R. v. H (Witness Reprisals)*, [2001] 6 WLUK 311.

¹⁷⁵ *R. v. Shabir (Mohammed Hanes)*, [2012] EWCA Crim 2564, p 64.

¹⁷⁶ *R. v. Davies (Anita Elizabeth)*, [2007] EWCA Crim 2643, p 14.

¹⁷⁷ *R. v. Shabir (Mohammed Hanes)*, [2012] EWCA Crim 2564, p 64.

¹⁷⁸ Kohtueelsete ütluste lubamine peab olema õigusemõistmise huvides ja arvestama CJA 2003 s. 116 (4) sätestatuga, mida on lähemalt käsitletud 2.2. peatükis.

¹⁷⁹ EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*, p 122-125.

Tõenäoliselt tulenevalt selle subjektiivsest olemusest ning raskustest seoses hirmutunde tõendamise, on selle alusel tunnistaja kohtueelsete ütluste tõendina lubamine ilmselt vaieldavam olukordadest, mil tunnistaja ei anna kohtus ütlusi. Ka EIK on hirmu kui head põhjust kohtust ütluste andmata jätmiseks aktsepteerinud alles tulenevalt seda võimaldava Ühendkuningriikide vastu esitatud kaebusest.¹⁸⁰ Sellest kujunes vastasseis EIK ja Ühendkuningriikide vahel vaidluses süüdistatava vastandamisõiguse tagamise üle – Ühendkuningriikide hinnangul ei ole EIK kehtestatud ulatuslikud nõuded kohtueelsete ütluste lubamisel põhjendatud.¹⁸¹ Samas on ka peetud küsitavaks, kas Ühendkuningriikide, eelkõige tunnistaja hirmu osas, võrdlemisi laiaulatuslikult kohtueelseid ütlusi lubav regulatsioon, tagab süüdistatava vastandamisõigust ning on kooskõlas õigusega õiglasele kohtupidamisele.¹⁸²

Peamine põhjendus, miks hirmu tundev tunnistaja ei peaks kohtus ütlusi andma võiks olla soov kaitsta tunnistaja elu, tervist ja vara ning vältida olukorda, kus süüdistataval on võimalik tunnistaja hirmutamise kasu saada. Samas võib hirmutatud tunnistaja olla ka üleüldiselt halb tunnistaja arvestades kriminaalmenetluse tõe otsimise eesmärke. Hirmutatud tunnistaja ütluste andmisele kohustamise vastu räägib asjaolu, et hirm võib mõjutada tema ütluste sisu, kallutades tunnistajat vastavalt sellele, kellest või millest hirm tuleneb.¹⁸³ Kuivõrd hirm võib avaldada mõju ka tunnistaja ütluste sisule on süüdistataval võimalik tunnistajat talle soodsal suunal ebaausalt mõjutada. Samas võib tunnistaja hirm olla ka kergesti ära kasutatav. Tunnistajal on võimalik enda hirmutunde kohta valetada, mis on asjakohane arvestades eelnevalt kirjeldatud hirmuga seonduvaid tõendamisprobleeme. Samuti ei ole välistatud, et ka riiklik süüdistaja võib soosida tunnistajat hirmu tundma, et ära hoida tunnistaja risküsitlemist.¹⁸⁴ Lisaks tuleb ka hirmu puhul arvestada, et riikliku süüdistaja kohustus on tagada, et süüdistatavate tunnistajate kohaolul kohtus, millest on tuletatav ka kohustus tagada nende tunnistajate turvalisus.¹⁸⁵

KrMS ei sätesta otsesõnu võimalust võtta tõendina vastu sellise tunnistaja kohtueelsed ütlused, kes ei soovi hirmust tulenevalt kohtus ütlusi anda. Seda on kinnitanud ka Riigikohus leides, et tunnistajat ei saa jätta kohtusse kutsumata ja võtta tõendina vastu tema kohtueelsed ütlused

¹⁸⁰ EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*.

¹⁸¹ Maffei, S., lk 197-198. *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid* otsusega leevendas EIK enda varasemalt kehtinud rangemat seisukohta süüdistatava vastandamisõiguse tagamise osas. Hirvelä, P., Heikkilä, S., lk 312.

¹⁸² Maffei, S., lk 197-201.

¹⁸³ Karsai, L. I. 2012, lk 485.

¹⁸⁴ Karsai, L. I. 2012, lk 485.

¹⁸⁵ Sarnasele seisukohale on asunud ka Riigikohus lahendis nr 3-1-1-86-12, millest pikemalt hiljem.

põhjendusel, et tunnistaja kardab.¹⁸⁶ Riigikohtu seisukoha kohaselt on riikliku süüdistaja ülesanne kõige seaduslike vahenditega tagada tunnistajate turvalisus.¹⁸⁷ Sellist resolutsuet seisukohta on kritiseeritud ning leitud, et Riigikohus ülehindab seadusest tulenevaid vahendeid tunnistaja turvalisuse tagamiseks.¹⁸⁸ Riigikohus on hiljem täiendavalt leidnud, et ka tunnistaja hirmu tõttu ütluste andmisest keeldumine ei ole reeglina aluseks tema kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmiseks.¹⁸⁹ Kuigi Riigikohus on viidanud, et eelneva kujul on tegemist üldreegliga, mis tähendab, et sellest peaksid eksisteerima ka erandid, ei ole Riigikohus täpsustanud, millised vastavad erandid olema peaksid. Riigikohtu hetke seisukoha kohaselt on ka tunnistaja hirmu tõttu kohtus ütluste andmisest keeldumise korral tema kohtueelsete ütluste vastuvõtmine välistatud, olenemata tunnistaja vastu suunatud ohu tõsidusest.¹⁹⁰ Kokkuvõtvalt ei ole Riigikohtu eeltoodud seisukohtade kohaselt võimalik kohtueelseid ütlusi vastu võtta ei juhul, kui tunnistaja jäetakse tema hirmu tõttu kohtusse kutsumata või kui tunnistaja kohtusse ei ilmu, ega üldreeglina ka juhul, kui tunnistaja keeldub kohtus hirmu tõttu ütluste andmisest.

Eelnevalt tõstatatud probleem seoses tunnistaja turvalisuse tagamise abinõudega on asjakohane. Erinevad tunnistaja turvalisuse tagamise meetmed kindlasti mingis ulatuses kaitsevad tunnistajaid süüdistatavast lähtuvate ähvarduste võimalike tagajärgede eest. Samas on selliste abinõude tõhusus piiratud ning üldiselt tunnistaja hirmutamise probleemile lahendust ei paku.¹⁹¹ Samuti ei saa väita, et tunnistaja turvalisuse tagamise meetmed oleks alati ja igal juhul lõpuni piisavad tunnistaja turvalisuse tagamiseks.¹⁹² Ka EIK ei välista isegi olemasolevate abinõude korral kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmist. EIK kohaselt on kohtueelsete ütluste vastuvõtmine võimalik ka tunnistaja turvalisuse tagamise meetmete olemasolul, kuid kohtul tuleb eelnevalt veenduda, et olemasolevad abinõud on konkreetses olukorras ebasobivad või ebapraktilised.¹⁹³ Seetõttu ei saa ka Riigikohtu seisukohaga täielikult nõustuda ning selles erandlikus olukorras, kus tunnistajal esineb objektiivne ja tõendatud

¹⁸⁶ RKKKo 3-1-1-86-12, p 35. Vastupidine oleks vastuolus KrMS § 66 lg-ga 3, mille järgi on tunnistaja kohustatud andma ütlusi, kui ütluste andmisest keeldumiseks puudub seaduslik alus KrMS §-de 71-73 järgi.

¹⁸⁷ RKKKo 3-1-1-86-12, p 35. Nt võib selleks kasutada KrMS §s 76 sätestatud tunnistaja turvalisuse tagamise meetmeid ja tunnistajakaitse seadusest tulenevaid abinõusid. Tunnistajakaitse seadus. – RT I, 29.06.2012, 46. Samuti on asjakohane KrMS § 287 lg 5, mille kohaselt võib kohus taotlusel või omal algatusel lubada kaugülekulamist KrMS §-s 69 sätestatud korras võib kasutada ka tunnistajat süüdistatava eest varjavat vaheseina.

¹⁸⁸ Lõhmus, U. 2013, lk 311. Nt on tunnistaja anonüümseks muutmise osas märgitud, et see on mõttetult olukorras, kus tunnistaja hirmu põhjustamine leiab aset pärast tunnistaja ülekuulamist uurimisasutuses.

¹⁸⁹ RKKKo 3-1-1-89-12, p 12

¹⁹⁰ Lõhmus, U. 2019, lk 278.

¹⁹¹ Karsai, L. I. You Can't Give My Name: Rethinking Witness Anonymity in Light of the United States and British Experience. – Tennessee Law Review 2011/79, No. 1, lk 93.

¹⁹² Karsai, L. I. 2012, lk 495.

¹⁹³ EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*, p 125.

süüdistatavast lähtuv hirm ja tunnistaja turvalisuse tagamise meetmed ei ole konkreetses olukorras piisavad, peaks tunnistaja kohtueelsete ütluste vastuvõtmine olema võimalik.

Kuigi Riigikohus on eeltoodu kohaselt välistanud kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmise tunnistaja hirmu korral, siis iseenesest KrMS ise sellele piiranguid ei kehtesta. KrMS § 291 lg 1 p 2 kohaselt on võimalik tunnistaja kohtueelsed ütlused vastu võtta olenemata sellest, mis põhjusel tunnistaja kohtus ütluste andmisest keeldub. Samas arvestades, et tunnistajal on õigus ütluste andmisest keelduda üksnes KrMS §-des 71-73 sätestatud juhtudel, tähendaks tunnistaja hirmu tõttu ütluste andmisest keeldumine sisuliselt ütluste andmisest alusetut keeldumist KarS § 318 lg 1 tähenduses. Arvestades eelnevat koosmõjus viidatud Riigikohtu seisukohaga, et ka juhul, kui tunnistaja hirmu tõttu ütluste andmisest keeldub, ei ole lubatud tema kohtueelseid ütlusi vastu võtta, ei ole tunnistaja hirmu korral tema kohtueelsete ütluste vastuvõtmine võimalik ka KrMS § 291 lg 1 p 2 alusel, rääkimata sellest, et teoreetiliselt oleks sellisel juhul võimalik tunnistaja enda karistusõiguslik vastutus. Järgides Riigikohtu eeltoodud üldreeglit, on kohtus hirmu tõttu ütluste andmisest keelduv tunnistaja justkui võrdsustatud tunnistajaga, kes keeldub kohtus ütlusi andmast ilma põhjusest ja selleks vastavat õigust omamata. Samas ei ole vastuoluliselt Riigikohtu kohaselt, erinevalt ilma põhjusest kohtus ütluste andmisest keelduvast tunnistajast, võimalik vastu võtta selle tunnistaja kohtueelseid ütlusi, kes keeldub hirmu tõttu.

Riigikohtu senist seisukohta on peetud põhjendamatult süüdistatavat soosivaks.¹⁹⁴ Sisuliselt võimaldab senine seisukoht süüdistataval tunnistajat ütluste andmisest hoiduma hirmutada, ilma, et sellega kaasneks konkreetses kriminaalasjas mingeid negatiivseid menetluslike tagajärgi. Süüdistatava sellise tegevusega võib küll kaasneda karistusõiguslik vastutus, kuid see ei takista süüdistataval tunnistajat hirmutamise kaudu kõrvaldamast käimasolevast kriminaalkohtumenetlusest. Samuti võib süüdistatava hirmutamise eest karistusõiguslikule vastutusele võtmine olla raskendatud, kuna tunnistaja, keda hirmutati, ei ole suure tõenäosusega hirmu tõttu saadaval ka hirmutamisest lähtuva kriminaalmenetluse läbiviimisel.

Samas tuleb möönda, et mh tulenevalt hirmu subjektiivsusest ja selle tõendamisega seotud raskustest, ei ole ka lihtne asuda seisukohale, et tunnistaja hirmu korral peaks tema kohtueelsete ütluste vastuvõtmine kindlasti võimalik olema. Sel juhul on tõenäoliselt kerge kalduda vastupidises suunas, kus süüdistatava vastandamisõigus ohtu satub. Vastavalt eelnevalt leitud

¹⁹⁴ Lõhmus, U. 2019, lk 278.

on ka EIK seadnud tunnistaja hirmu tõttu kohtueelsete ütluste vastuvõtmisele kõrge lävendi ning ka Ühendkuningriigid nõuavad hirmu korral, erinevalt teistest käsitletud olukordadest, et kohtueelsete ütluste lubamine oleks ka õigusemõistmise huvides. Siiski ei peaks eelnev olema piisav, et põhjendada tunnistaja süüdistatavast lähtuva hirmu korral tema kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmist olukordades, kus tunnistaja kaitse meetmed ei ole piisavalt tõhusad. Nagu eelnevalt leitud ei taga tunnistaja kaitse meetmed lõpuni tunnistaja turvalisust, mistõttu ei ole selliste olukordade tekkimine välistatud, kuid sõltub suuresti konkreetsetest asjaoludest.

2.1.3. Deponeeritud, deponeerimata ja välisriigist saadud kohtueelsed ütlused

Seoses KrMS § 291 lg 1 p-des 1-5 kirjeldatud kohtueelsete ütluste vastuvõtmist võimaldavate asjaoludega on vajalik esile tuua, et nimetatud põhjused ei ole omavahel võrdsed. Täpsemalt seisneb nende erinevus eelkõige selles, et KrMS § 291 lg 1 p-des 1-3 nimetatud asjaoludel on KrMS § 291 lg 3 p-des 1-4 sätestatud tingimuste täidetusel vastu võtta ka deponeerimata kohtueelseid ütlusi. Samas KrMS § 291 lg 1 p-des 4 ja 5 kirjeldatud põhjustel on KrMS § 291 lg 2 kohaselt võimalik vastu võtta üksnes deponeeritud kohtueelseid ütlusi.¹⁹⁵ Selliselt on deponeerimata kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamine veel enam piiratud, kuna see ei ole lubatud mitte ükskõik millise eelnevalt käsitletud hea põhjuse esinemisel, vaid üksnes tunnistaja surma, ütluste andmisest keeldumise või terviseseisundi korral.

Selline nimetatud põhjuste omavaheline eristamine peaks põhinema ka mingil põhimõttel. Samas seadusandja seda eristust selgitanud ei ole. Seetõttu on ka hetkel kehtivat KrMS § 291 lg 1 p-des 1-5 nimetatud asjaolude jaotust peetud arusaamatuks, kuivõrd ei ole selge, mille poolest seal nimetatud olukorrad sisuliselt erinevad.¹⁹⁶ Vaidlust ei põhjusta KrMS § 291 lg 1 p-des 1 ja 3 sätestatud asjaolud ehk tunnistaja surm ja vastava terviseseisundi esinemine, kuivõrd mõlemad on objektiivsed asjaolud, mis juhul, kui need on õigesti tuvastatud, välistavad tunnistajalt kohtus ütluste võtmise. Nii seetõttu kui ka põhjusel, et neid asjaolusid võib sageli olla keeruline ette näha, on Riigikohtu järgi nendes olukordades põhjendatud ka deponeerimata kohtueelsete ütluste vastuvõtmine.¹⁹⁷ Seetõttu võib ka nendel juhtudel pidada põhjendatuks, et võimalik peab olema tõendina vastu võtta ka tunnistaja deponeerimata kohtueelsed ütlused.

¹⁹⁵ Käesolevas peatükis ei käsitle autor taotluslikult täpsemalt ütluste deponeerimise (ja välisriigist abistamisaotluse alusel saadud kohtueelsete ütluste) regulatsiooni, kuivõrd see väljub uurimisteemast. Samas peab autor vajalikuks ja asjakohaseks käsitleda seda ulatuses, milles sellest oleneb KrMS § 291 lg-s 1 sätestatud jaotus, millistel põhjustel on võimalik vastu võtta deponeeritud ja deponeerimata kohtueelseid ütlusi.

¹⁹⁶ Lõhmus, U. 2013, lk 312.

¹⁹⁷ RKKKo 3-1-1-86-12, p 33.

Nimetatud ebaselgus ilmneb aga siis, kui võrrelda KrMS § 291 lg 1 p-des 1 ja 3 ning p-s 2 sätestatud asjaolusid. Riigikohtu kohaselt ei ole tunnistaja poolt kohtulikult uurimisel ütluste andmisest keeldumine võrreldav ega samal määral objektiivne asjaolu nagu on tunnistaja surm või ütluste andmist taksitav tervises seisund.¹⁹⁸ Kui tunnistaja surm ja vastav tervises seisund on objektiivsed asjaolud osas, et kohtul on võimalik lähtuda kohtueelsete ütluste vastuvõtmise üle otsustamisel eelnevat tuvastavast tõendist, siis teisiti on olukord tunnistaja ütluste andmisest keeldumisel. Nagu mainitud on tunnistaja keeldumine ütluste andmisest puhtalt tema enda subjektiivne otsus.¹⁹⁹ Tunnistaja võib kohtus ütluste andmisest keelduda, kuid peab arvestama, et õigus on tal selleks üksnes KrMS §-des 71-73 sätestatud juhtudel, ning nimetatud seadusliku aluse puudumisel võib KarS § 318 kohaselt kaasneda karistusõiguslik vastutus. Seetõttu näib vastuoluline, et kuigi KrMS § 291 lg 1 p-des 1-3 sätestatud juhtudel on võrdselt võimalik vastu võtta ka deponeerimata kohtueelseid ütlusi, ei ole nimetatud olukorrad sisuliselt võrdväärsed.

Vastuolule võimalike põhjendusi otsides võiks arutleda, kas oleks mõeldav olukord, kus ka tunnistaja kohtus ütluste andmisest keeldumise korral oleks võimalik vastu võtta üksnes deponeeritud kohtueelseid ütlusi. Sel juhul oleks selgelt eristatud, et deponeerimata on võimalik kohtueelsed ütlused vastu võtta objektiivselt tuvastatavatel alustel ning suuremat subjektiivsust sisaldavate asjaolude korral, peavad kohtueelsed ütlused olema deponeeritud.

Eelnevale leidub aga mitmeid vastuväiteid. Esiteks on keeruline ette näha, et tunnistaja, kes on kohtueelses menetluses koostööaldilt ütlusi andnud, võib sellest keelduda hiljem kohtus, mis raskendab tunnistaja ütluste deponeerimist. Teiseks on küsitav, kas tunnistaja, kes keelduks ütluste andmisest kohtus, ei keelduks ka mitte ütluste andmisest nende deponeerimisel. Mõlemad olukorrad on sarnased selle poolest, et toimuvad teatud aega peale ütluste andmist uurimisasutuses, mille jooksul on võimalik tunnistajal ümber mõelda või teda mõjutada, mõlemal juhul järgitakse kohtuliku ülekuulamise korda ning mõlemal juhul võib ülekuulamise juures viibida ka kahtlustatav/süüdistatav.²⁰⁰ Samuti aitab ütluste lubamiseks deponeerimise nõude puudumine ära hoida ka tõendusteabe kadumist, kui tunnistaja keeldub ütluste andmisest tulenevalt hilisematest mõjutustest. Kuigi eelnev ei kõrvalda KrMS § 291 lg 1 p-des 1-3 toodud aluste ebavõrdsust, siis näitab ikkagi, et leidub põhjendusi, miks kohtus ütluste andmisest keeldumisel peaks olema võimalik tõendina vastu võtta ka deponeerimata kohtueelseid ütlusi.

¹⁹⁸ RKKKo 3-1-1-86-12, p 34.

¹⁹⁹ RKKKo 3-1-1-89-12, p 10.

²⁰⁰ Ütluste deponeerimine võib KrMS § 69¹ lg 4 kohaselt toimuda ka ilma kahtlustatavat kutsumata. Samuti on ütluste deponeerimine KrMS § 43 lg 4 järgi võimalik ka juhul kui kriminaalasjas kahtlustatav puudub.

Samas KrMS § 291 lg 1 p-de 1-5 deponeerimisest lähtuva vaheteo ebaselgus suureneb, kui võrrelda tervikuna KrMS § 291 lg 1 p-des 1-3 ja p-des 4-5 sätestatud asjaolusid, sh arvestades eeltoodud vastuolu seoses tunnistaja ütluste andmisest keeldumise justkui võrdsustamises tunnistaja surma ja tervises seisundiga. Seetõttu on tõstatatud küsimus et, mille poolest erinevad selle tunnistaja ütlused, kes keeldub kohtus ütluste andmisest, selle tunnistaja ütlustest, kes ei saa kohtusse ilmuda kõrvaldamatu takistuse tõttu.²⁰¹ Sellele küsimusele ei ole seadusandja vastust andnud ning ka Riigikohus ei ole vahetegu selle nurga alt käsitletud.

Tulenevalt eelnevast käsitlusest erinevate võimalike põhjuste osas, millal võib tunnistaja kohtus üle kuulamata jätmise olla põhjendatud, näib ka üheks KrMS § 291 lg 1 p-de 1-3 ja 4-5 eristamise kriteeriumiks olevat nende asjaolude tuvastamise subjektiivsus. Vastavalt eelnevalt leitule on olukordades, kus tunnistaja asukohta ei suudeta tuvastada või tunnistaja viibib välisriigis, vajalik täiendavalt hinnata, kas tema kohtusse toimetamiseks tehti mõistlike pingutusi. Mõistlike pingutuste, sh ka mõistlike kulutuste, tegemine on olemuselt subjektiivne ning oleneb nii konkreetsetest asjaoludest kui ka sellest, mida mõistlikuks peetakse. KrMS § 291 lg 1 p 5 tähenduses tuleb kohtul veel lisaks hinnata, milline takistus on kõrvaldamatu ning millal on takistuse kõrvaldamise kulud ebaproportsionaalselt suured. Selliselt näib KrMS § 291 lg 1 p-de 4 ja 5 puhul kehtiv kohtueelsete ütluste deponeerimise nõue kaitsvat süüdistatava vastandamisõigust nendel olemuslikult subjektiivsust sisaldavatel põhjustel kohtueelsete ütluste vastuvõtmise eest. Samas räägib sellele käsitlusele vastu deponeerimata kohtueelsete ütluste vastuvõtmise võimalus KrMS § 291 lg 1 p-s 2 sätestatud juhul, mis samuti subjektiivne.

Ammendavat vastust ei paku ka lähtumine vaatekohast, et riiklikul süüdistajal on kohustus tagada süüdistatava vastu ütlusi andva tunnistaja kohalolu.²⁰² Sellest lähtudes oleks riiklikul süüdistajal justkui ka kohustus tagada, et ükski vajalik tunnistaja ära ei kaoks ega tekiks muud kõrvaldamatut või ebaproportsionaalsete kõrvaldamiskuludega takistust. Eelneva tekkimise ohu korral tuleks riiklikult süüdistajalt tõenäoliselt nõuda vastava tunnistaja ütluste deponeerimist. Samas ei saa riiklikult süüdistajalt oodata ka võimatut.²⁰³ Kui riiklik süüdistaja on teinud kõik mõistlikult võimaliku, ei peaks ka nimetatud põhjusel olema deponeerimata kohtueelsete ütluste vastuvõtmine välistatud, kui vastav tunnistajast lähtuv põhjus ei olnud riiklikule süüdistajale ettenähtav ja ei oldud muul viisil hooletu. Ka tunnistaja teadmata

²⁰¹ Lõhmus, U. 2013, lk 312.

²⁰² Maffei, S., lk 53; EIKo 47986/99, *Gossa vs. Poola*, p 54.

²⁰³ EIKo 47986/99, *Gossa vs. Poola*, p 55; Lõhmus, U. 2013, lk 312.

kadumine või muu kõrvaldamatu takistuse tekkimine võib aset leida ootamatult, mistõttu ei pruugi seda olla ka võimalik ette näha, et sellest lähtuvalt tunnistaja ütlused deponeerida. Samamoodi ei saa ka väita, et tunnistaja surm või vastava tervises seisundi tekkimine oleks alati ootamatu. Seetõttu ei põhjenda ka eelnev käsitlus KrMS § 291 lg 1 p-de 1-5 jaotust, millal on võimalik vastu võtta deponeeritud ja millal deponeerimata kohtueelseid ütlusi.

Eeltoodust tulenevalt ei paista olevat ammendavat põhjendust KrMS § 291 lg 1 p-des 1-5 sätestatud olukordade eristamiseks. Kuivõrd sellist põhjendust ei nähtu, oleks loogilisem valida lahendus, mille kohaselt on kohtueelsete ütluste vastuvõtmine võimalik kõikidel KrMS § 291 lg 1 p-des 1-5 sätestatud juhtudel, eeldusel, et on täidetud KrMS § 291 lg-s 3 sätestatud täiendavad kriteeriumid. Deponeeritud kohtueelsete ütluste vastuvõtmine oleks aga võimalik KrMS § 291 lg-s 3 sätestatud nõuetest olenemata. Täiendavalt võiks kohtult nõuda, et tuvastataks, kas riiklik süüdistaja on olnud kohtueelses menetluses hooletu, jättes seda põhjendavate asjaolude esinemisest olenemata tunnistaja ütlused deponeerimata. Sellele kinnitust leidmisel oleks põhjendatud jätta kohtueelsed ütlused vastuvõtmata.²⁰⁴ Eelnev on vajalik ka selleks, et ei väheneks ütluste deponeerimise regulatsiooni sisuline tähtsus. Samas peaks ka KrMS § 291 lg-s 3 sisalduvad nõuded olema piisavad, et suunata riikliku süüdistajat tunnistaja ütlusi deponeerima juhul, kui esinevad vastavad asjaolud, kuna vastasel juhul on oht, et kohtueelsed ütlused võivad jääda mõnel seal nimetatud põhjusel vastu võtmata.

Süüdistatava vastandamisõiguse kontekstis tuleb märkida, et seda tagab kahtlemata ulatuslikumalt lahendus, mille kohaselt on võimalikult paljudel KrMS § 291 lg 1 p-des 1-5 sätestatud asjaoludel võimalik vastu võtta üksnes deponeeritud kohtueelseid ütlusi. Seetõttu ei saa eelnevalt kirjeldatud pidada ka süüdistatava vastandamisõiguse tagamise vaatekohast probleemseks. Samas ei ole ainult eelnevast lähtuvalt põhjendatud ka regulatsioon, mille osas ei leidu ammendavat põhjendust, et mille poolest sisuliselt erinevad eelnevalt kirjeldatud olukorrad tunnistaja kohtueelsete ütluste deponeerimise nõude vaatepunktist.

Eraldi küsimusi võib tekitada ka KrMS § 291 lg-s 2 sätestatu seoses välisriigist abistamisaotluse alusel saadud kohtueelsete ütlustega, mida on samuti siin temakohane lühidalt käsitleda. Nimelt võib KrMS § 291 lg-d 2 ja 3 pinnapealselt lugedes jääda mulje, et juhul, kui kohtueelsed ütlused on saadud välisriigist, siis võib need tõendina vastu võtta

²⁰⁴ Maffei, S., lk 50.

kontrollimata KrMS § 291 lg-s 3 sätestatud tingimuste täidetust. Sellise olukorra tekitab KrMS § 291 lg-te 2 ja 3 sõnastus, mis justkui võrdsustab deponeeritud kohtueelsed ütlused ja välisriigist saadud ütlused. KrMS 291 lg 2 õige tõlgenduse kohaselt tuleb ka välisriigist saadud kohtueelsete ütluste korral kontrollida KrMS § 291 lg-s 3 sätestatud täiendavaid nõudeid.²⁰⁵ See tähendab, et KrMS § 291 lg 3 nimetatud varasemate deponeerimata ütluste tähenduses tuleb mõista kõiki kohtueelseid ütlusi olenemata sellest, kas need on antud Eestis või saadud välisriigist abistamisaotluse alusel, kuna vastupidiselt oleks välisriigist saadud kohtueelsed ütlused justkui mingil põhjusel lubatavamad kui Eestis antud kohtueelsed ütlused.

2.1.4. Täiendavad tingimused kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamiseks

Kuigi võib esineda hea põhjus tunnistaja poolt kohtus ütluste andmata jätmiseks, ei piisa ainult sellest, et süüdistatava vastandamisõigust kõrvale jättes, lubada kohtus tõendina selle tunnistaja kohtueelsed ütlused. Tunnistaja kohtueelsete ütluste kohtus lubamine peaks EIK kohaselt olema alati viimane abinõu.²⁰⁶ Kohtumenetluse ajal tuleb enne kohtueelsete ütluste lubamist kaaluda kõikvõimalikke abinõusid tunnistaja kohtus ülekuulamiseks. Alles siis, kui mõistlikult võimalikud meetmed risküsitluse tagamiseks on ammendunud, on põhjendatud kaaluda kohtueelsete ütluste tõendina lubamist. Arvestada tuleb ka, et riiklikul süüdistajal lasuva kohustusega tagada süüdistatavale võimalus tunnistaja risküsitlemiseks, kui on võimalus, et tunnistajal ei ole võimalik kohtus ütlusi anda.²⁰⁷ Sellest lähtuvalt võib mõnikord olla vajalik korraldada risküsitlemine ka kohtueelses menetluses, nt ütluste deponeerimise kujul, eeldusel et tunnistaja hilisem võimatus kohtus ütlusi anda on riiklikule süüdistajale ettenähtav.²⁰⁸

Veel tuleb EIK-st lähtuvalt hinnata, et süüdistatav ei oleks ise tunnistaja ütluste andmata jätmise aluseks olevat asjaolu põhjutanud. Kui süüdistatav on enda tegevuse tagajärjel loonud olukorra, kus tunnistajal ei ole võimalik kohtus ütlusi anda, loetakse süüdistava enda vastandamisõigusest loobunuks ning vastava tunnistaja kohtueelsed ütlused on olenemata täiendavate tingimuste täidetusest tõendina lubatavad. EIK kohaselt kahjustaks vastupidine

²⁰⁵ Kergandberg, E. Konkureeriv arvamus Riigikohtu kriminaalkolleegiumi poolt 18. veebruaril 2013 kohtuasjas 3-1-1-89-12 tehtud otsuse juurde. Eerik Kergandbergi sõnul on see põhimõte tuletatav ka Riigikohtu lahendist nr 3-1-1-89-12, kuid oleks tulnud selgemalt sõnastada.

²⁰⁶ EIKo 18027/05, *Štefančič vs. Sloveenia*, p 37; EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*, p 125.

²⁰⁷ EIKo 6293/04, *Mirilashvili vs. Venemaa*, p 214.

²⁰⁸ Maffei, S., lk 50.

üleliigselt kohtumenetluse ausust ning tunnistajate ja kannatanute õigusi.²⁰⁹ Sarnane põhimõte on kesksel kohal ka Ameerika Ühendriikide õiguses, mis samuti kehtestab võimaluse lubada tunnistaja kohtueelseid ütlusi tõendina juhul, kui süüdistatav on põhjutanud tunnistaja kohtus ütluste andmise võimatuse (ingl *forfeiture by wrongdoing*).²¹⁰ Kuigi varasemalt selgitatu kohaselt keelab sealne õigus tunnistuslike avaldustena kohtueelsete ütluste tõendina lubamise täielikult, siis on see ikkagi lubatud olukorras, kus tunnistaja kättesaamatuse on põhjutanud süüdistatav.²¹¹ Kuigi on vaieldav, kas selleks, et süüdistatav enda vastandamisõigusest loobunuks lugeda, on vajalik tuvastada süüdistatava tahtlus tunnistaja kohtusse ilmumise võimatuse põhjustamises või mitte, ei ole kahtlust, et üldiselt peaks kehtima põhimõte, et enda pahateost ei tohi olla võimalik kasu lõigata. Süüdistatava tegevus, mis ei pea olema kuritegelik, ei tohi võimaldada tal saavutada tunnistaja kõrvaldamise kaudu kohtumenetluses eelist.²¹²

Lisaks sellele, et peab esinema hea põhjus tunnistaja kohtus ülekuulamata jätmiseks, tuleb EIK järgi hinnata, kas kohtueelsete ütluste kujul oleks tegemist ainsa või otsustava tõendiga süüdistatava süüdimõistmiseks. Süüdistatava süüdimõistmine ei tohi toimuda üksnes või otsustavas ulatuses tuginedes tunnistaja kohtueelsetele ütlustele, keda süüdistataval ei olnud võimalik küsitleda.²¹³ Ainus tõend eelneva mõistes tähendab, et peale kohtueelsete ütluste ei ole süüdistatava vastu üldse teisi tõendeid. Otsustav tõend eelneva tähenduses tähendab seda, et tunnistaja kohtueelsetel ütlustel on kriminaalasja tulemuse osas otsustav tähendus – mida rohkem on ka teisi süüdistatavat süüstavaid tõendeid, seda suurema tõenäosusega ei ole kohtueelsete ütluste kujul tegemist otsustava tõendiga.²¹⁴

Veel peab EIK kohaselt olema rakendatud valitsevat ebaõiglust tasakaalustavaid menetluslike abinõusid. Sellisteks abinõudeks on peetud seda, et kohus suhtuks kohtueelsetesse ütlustesse kõrgendatud tähelepanuga ning omistaks neile vähem kaalu, kui kohtus vahetult antud ütlustele, rohkem tähelepanu tuleb pöörata ka tõendi usaldusväärsele. Tasakaalustavaks abinõuks saab pidada ka seda, et kohtueelsed ütlused on audio- ja videosalvestatud, võimaldades nii hinnata ka tunnistaja käitumist. Lisaks saab arvestada, kas ja kui palju on

²⁰⁹ EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*, p 123. EIK on süüdistatava vastandamisõigusest loobumist käsitlenud ainult tunnistaja hirmu tähenduses.

²¹⁰ FRE 804 (b) (6).

²¹¹ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

²¹² *Giles v. California*, 554 U.S. 353 (2008); Ruebner, R., Goryunov, E. *Giles v. California: Sixth Amendment Confrontation Right, Forfeiture by Wrongdoing, and a Misguided Departure from the Common Law and the Constitution*. – University of Toledo Law Review 2009/40, No. 3, lk 615.

²¹³ EIKo 33354/96, *Lucá vs. Itaalia*, p 40.

²¹⁴ EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*, p 131.

tunnistaja kohtueelseid ütlusi toetavaid teisi tõendeid. Nendel juhtudel, kus tunnistaja kohtusse ilmumine oleks füüsiliselt võimalik, kuid seda takistab mõni muu hea põhjus, saab süüdistatavale anda võimaluse esitada enda küsimused vahendatult, kas kohtus või juba kohtueelses menetluses. Mõistagi peab süüdistataval tasakaalustava abinõuna säilima ka võimalus tunnistaja kohtueelsete ütluste usaldusväärsus teiste tõenditega kahtluse alla seada ning nendele vastuväiteid esitada.²¹⁵ Sisuliselt nähtub eelnevast, et tasakaalustavaks abinõuks saab pidada igasugust sellist abinõu, mis aitab rohkem või vähem kõrvaldada varasemalt käsitletud kohtueelsete ütlustega seonduvaid ohte ning mida enam selliseid abinõusid rakendatakse, seda paremini on pooltevaheline tasakaal ja kohtumenetluse ausus säilitatud.

Kokkuvõtlikult tuleb EIK järgi õiglase kohtumenetluse tagamiseks kohtueelsete ütluste tõendina lubamisel lähtuda n-ö kolme astmelisest testist.²¹⁶ Esiteks, peab esinema hea põhjus tunnistaja kohtus ülekuulamata jätmiseks. Teiseks, tuleb hinnata, kas selle tunnistaja kohtueelsed ütlused oleksid süüdistatava süüdimõistmisel ainsaks või otsustavaks tõendiks. Kolmandaks, peab olema rakendatud valitsevat ebaõiglust tasakaalustavaid menetluslike abinõusid. Samas ei tähenda asjaolu, et mõni nimetatud eeldustest ei ole täidetud, veel seda, et kohtumõistmine oleks ebaõiglane. Kuna EIK hindab kohtumenetluse õiglust tervikuna, siis isegi juhul, kui ei esine head põhjust ja/või tegemist on ainsa või otsustava tõendiga, tuleb ikkagi hinnata tasakaalustavate menetluslike abinõude esinemist. Siiski võib mõne eelduse täitmata jätmine omada kohtumenetluse õigluse hindamisel olulist kaalu ning asjaolusid kogumis arvestades, olla ikkagi põhjuseks kohtumenetluse ebaõiglaseks tunnistamiseks.²¹⁷

Ka Ühendkuningriikide õiguse kohaselt ei lubata kohtueelseid ütlusi kohtus ainuüksi tunnistaja kohtus ülekuulamata jätmise hea põhjuse esinemisel, vaid täidetud peavad olema ka mitmed lisatingimused. Esiteks, saab tõendina vastu võtta ainult selliseid kohtueelseid ütlusi, mida tunnistaja oleks teoreetiliselt saanud anda, kui tal oleks võimalik kohtusse ilmuda.²¹⁸ Sisuliselt tähendab see seda, et tunnistaja pidi kohtueelsete ütluste andmisel eelkõige tema tervises seisundit tulenevalt olema võimeline ütlusi andma. Teiseks, tunnistaja isik peab olema piisavalt tuvastatud.²¹⁹ Kolmandaks, kohtueelsete ütluste lubamine on välistatud juhul, kui nende lubamist taotleb pool, kes on ise põhjustanud olukorras, kus tunnistajal ei ole võimalik

²¹⁵ EIKo 9154/10, *Schatschaschwili vs. Saksamaa*, p 125-131.

²¹⁶ Hirvelä, P., Heikkilä, S., lk 312.

²¹⁷ EIKo 9154/10, *Schatschaschwili vs. Saksamaa*.

²¹⁸ CJA 2003 s. 116 (1) (a).

²¹⁹ CJA 2003 s. 116 (1) (b).

kohtus ütlusi anda. Samuti peab poolele, kelle vastu kohtueelseid ütlusi kasutatakse, olema antud õigus nende ütluste usaldusväärst teiste tõenditega kahtluse alla seada.²²⁰ Viimaks on kohtul alati võimalus endal laialdasele diskretsioonile tuginedes jätta kohtueelsed ütlused olenemata kõigi teiste eelduste täidetusest vastu võtmata.²²¹

Kuigi *common law* õigussüsteemina tuleb Ühendkuningriikide õiguse puhul arvestada seal kehtiva kuulduste keelamise reeglist tulenevaid eripärasid, nähtub eelnevast üldiselt, et kohtueelsete ütluste lubamisele kehtestatud täiendavad tingimused on võrreldes EIK-ga leebemad ning võimaldavad laialdasemat kohtudiskretsiooni. Seetõttu on täheldatud, et võrreldes varasemaga, lubab nende kehtiv õigus aina enam tõendina erinevaid kohtuväliseid avaldusi, sh ka kohtueelsed ütlused, mille kooskõla EIÕK-st tuleneva süüdistatava vastandamisõigusega on seatud kahtluse alla.²²² Vastanduvalt laialdast kohtudiskretsiooni võimaldavale Ühendkuningriikide õigusele, on samuti *common law*'d esindavas Ameerika Ühendriikides varem kirjeldatu kohaselt kohtueelsete ütluste kui tunnistulike avalduste kohtus tõendina lubamine piiratud, juhul kui ei ole tagatud võimalus tunnistajat risküsitleda. Seetõttu ei ole Ameerika Ühendriikide kontekstis ka asjakohane rääkida võimalikest täiendavatest tingimustest, mille täidetust kohtueelsete ütluste tõendina lubamine nõuaks.

KrMS-st on samuti tuletatav esmalt mainitud kohtueelsete ütluste kui viimase abinõu kasutamise põhimõte. Lisaks sellele, et KrMS § 291 kujul on niikuinii tegemist erandiga üldreeglist, omistab KrMS eelnevalt käsitletu kohaselt olulist tähtsust ka kohtueelsete ütluste deponeerimisele, kuna võimaldab üksnes mõnel KrMS § 291 lg-s 1 nimetatud põhjusel võtta vastu deponeerimata kohtueelseid ütlusi. Samuti nähtub KrMS § 291 lg-st 2, et kohtueelsetele ütlustele tuleb eelistada ülekuulamist kaugülekuulamise teel. Alles nende abinõude ammendumisel on KrMS kohaselt võimalik tõendina vastu võtta kohtueelseid ütlusi.

KrMS sätestab samuti täiendavad tingimused tunnistaja kohtueelsete ütluste kohtus tõendina vastuvõtmiseks. KrMS § 291 lg 3 võimaldab tunnistaja deponeerimata kohtueelseid ütluseid tõendina vastu võtta KrMS § 291 lg 1 p-des 1-3 sätestatud juhtudel ehk kui tunnistaja on surnud, keeldub kohtulikul uurimisel ütlusi andmast või ei ole võimeline seda tegema oma

²²⁰ CJA 2003 s. 124.

²²¹ CJA 2003 s. 126. Nimetatud nõuete asjakohasuse tuvastamisel on lähtunud Roberts, P., Zuckerman, A., lk 400.

²²² Maffei, S., lk 200. Paradoksaalselt oli EIÕK loomisel Ühendkuningriikide endi soov, et süüdistatava vastandamisõigus olulise põhimõttena seal kajastuks, kuid nüüd survestatakse Ühendkuningriike endid, et seda süüdistatava vastandamisõigust ka vastavalt järgitaks. Requa, M. Absent Witnesses and the UK Supreme Court: Judicial Deference as Judicial Dialogue? – International Journal of Evidence & Proof 2010/14, No. 3, lk 226.

tervise seisundi tõttu. Deponeerimata kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmine on võimalik KrMS § 291 lg 3 p-des 1-4 nimetatud täiendavate tingimuste kumulatiivse täidetuse korral.

KrMS § 291 lg 1 p 3 kohaselt tuleb kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmisel kindlaks teha, et ütluste andmise asjaolud ning tunnistaja isik ei anna alust kahelda tõendi usaldusväärsuses. Riigikohtu järgi KrMS § 291 lg 3 p-s 1 kirjeldatud usaldusväärsuse tähenduses hinnata mitte ütluste sisu, vaid üldisemalt ütluste andmise asjaolusid ja tunnistaja isikut. Ei ole vajalik tuvastada, et tõend oleks usaldusväärne, vaid et puuduksid esialgsed alused kahelda tõendi usaldusväärsuses. Samuti ei ole vajalik leida kinnitust tunnistaja erilisele usaldusväärsusele, vaid lähtuda tuleb tavalisest tunnistajast.²²³ Seetõttu on täheldatud, et Riigikohtu seisukoha kohaselt on tõendi usaldusväärsuse lävend madal, võiks isegi leida, et sisuliselt võib tõendi usaldusväärsust eeldada.²²⁴ Eelnevast lähtuvalt tuleks kohtueelsete ütluste usaldusväärsuse hindamisel võtta lähtekoht, et need on usaldusväärsed, kuid kontrollida ega ei esine ütluste andmisest või tunnistaja isikust tulenevaid asjaolusid, mis võiksid selle usaldusväärsuse kahtluse alla seada. Kui selliseid asjaolusid ei esine, on nimetatud tingimus täidetud.

Vaadates kohtupraktikat, saab Riigikohtu kohaselt KrMS § 291 lg 3 p 1 tähenduses usaldusväärsuse hindamisel arvestada isiku menetlusseisundiga ja sellest lähtuvate huvidega.²²⁵ Ringkonnakohtute järgi võib tunnistaja usaldusväärsuse kahtluse alla seada asjaolu, et isikut on valeütluste andmise eest karistatud ning talle on kokkuleppemenetluses mõistetud erandlikult kerge karistus.²²⁶ Samas ei ole nt üldjuhul alust usaldusväärsuses kahelda tulenevalt ülekuulamise asukohast, nt kui see toimub väljaspool uurimisasutuse ruume. Samuti ei peaks usaldusväärsust mõjutama ülekuulamise toimumise aeg.²²⁷ Tunnistajat ei muuda ebausaldusväärseks ka pelgalt asjaolu, et ta keeldub kohtus ütlusi andmast, kuigi on andnud ütlusi kohtueelses menetluses.²²⁸ Ka ei peaks usaldusväärsust üldjuhul mõjutama tunnistaja ja kannatanu vaheline sugulussuhe.²²⁹ Seetõttu näib ka kohtupraktika viitavat, et kui tunnistajast või ütluste andmise asjaoludest ei nähtu ilmset ebausaldusväärsust, ei ole kohtueelsete ütluste vastuvõtmiseks vajaliku usaldusväärsuse jaatamine üldjuhul keeruline.

²²³ RKKKo 3-1-1-89-12, p 15-16.

²²⁴ Lõhmus, U. 2013, lk 309.

²²⁵ RKKKo 3-1-1-89-12, p 16. Nt ei pruugi isiku varasem süüdimõistmine samas teos iseenesest ja alati tähendada, et ta oleks tunnistajana ebausaldusväärne.

²²⁶ TlnRnKo 1-20-1208, p 8.2.

²²⁷ TrtRnKo 1-19-9635, p 33-34. KrMS ei sätesta piiranguid ülekuulamise läbiviimise kohale ja ajale, mistõttu on eelnev menetleja otsustada.

²²⁸ TrtRnKo 1-19-10088, p 41.

²²⁹ TlnRnKo 1-19-9123, p 8.1.

Lisaks ütluste andmise asjaolude ja tunnistaja isiku usaldusväärsele tuleb KrMS § 291 lg 3 p 2 kohaselt kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmisel tuvastada, et kohtueelsed ütlused oleksid vajalikud kriminaalasja kui terviku seisukohalt olulise asjaolu tõendamiseks. Riigikohtu kohaselt ei anna KrMS § 291 lg 3 p-s 2 kirjeldatu süüdistatavale täiendavat kaitseõiguslikku garantiid, vaid teenib legaliteedipõhimõtet, et tõendamisel tuleb süüdistatava menetluslike õiguste tagamisel kasutada vähemranget standardit siis, kui tegemist on kriminaalasja kui terviku seisukohalt olulise asjaoluga.²³⁰ Samas on KrMS § 291 lg 3 p 2 sätestamise vajalikkus seatud kahtlus alla, kuna on kaheldav, kas kohtueelsete ütluste kasutamise küsimus ebaolulise asjaolu puhul tõstatuks.²³¹ Samuti võib retooriliselt küsida, kas kõik asjakohased tõendid ei ole samal ajal ka kriminaalasja kui terviku seisukohalt olulised.²³²

Kuigi eeltoodud kriitika on asjakohane, siis võiks KrMS § 291 lg 3 p 2 sätestamist pidada ikkagi põhjendatuks, kuivõrd nagu ka eeltoodud Riigikohtu seisukoht viitab, kinnitab see mh üle kohtueelsete ütluste lubamise kui viimase abinõu põhimõtet. Samuti juhib see poolte tähelepanu, et juba kohtueelsete ütluste vastuvõtmise taotlemisel tuleks hinnata, kas nendega tahetakse tõendada kriminaalasja kui terviku seisukohalt olulist asjaolu. Samas tuleb jaatada, et küsimusi tekitab, milline tõend on KrMS § 291 lg 3 p 2 tähenduses piisavalt oluline. Sätte sõnastus justkui viitab, et kohtueelsed ütlused peavad olema keskmisest tõendist olulisemad, nimelt olema olulised kriminaalasja kui terviku seisukohalt. Kuigi KrMS § 291 lg 3 p 2 sisustab tõendi lubatavuse küsimust, on siinkohal ka etteruttavalt huvitav selle vahekord KrMS § 15 lg-ga 3. Nimelt selleks, et kohtueelsetele ütlustele tugineda peavad need olema piisavalt olulised, et need KrMS § 291 lg 3 p 2 kohaselt vastu võtta, samas selleks, et nendele kohtulahendi tegemisel tugineda, ei tohi need olla nii olulised, et nendele tuginetakse kriminaalasjas üksnes või valdavas ulatuses. Kuigi täpse KrMS § 291 lg 3 p-s 2 nimetatud olukorra defineerimine võib olla keeruline, ei peaks selle üldises eelnevalt kirjeldatud eesmärgis olema kahtlust.

Pigem võiks KrMS § 291 lg 3 p-ga 2 seoses pidada ebaõnnestunuks selle paigutust kolmanda lõike ühe punktina. Kui teised KrMS § 291 lg-s 3 sisalduvad punktid annavad süüdistatavale täiendavaid menetluslike garantiisid, siis KrMS § 291 lg 3 p 2 tagab legaliteedipõhimõtet ehk toimib vastupidises suunas.²³³ Sellest tulenevalt oleks täpsem kohtueelsete ütluste olulisusele viitamine KrMS § 291 lg 3 preambulas. Sel juhul oleks küll KrMS § 291 lg 3 p 2 põhimõte

²³⁰ RKKKo 3-1-1-89-12, p 13.

²³¹ Kurm, M., lk 5.

²³² Kangur, A., lk 603.

²³³ Kergandberg, E. Eesti kriminaalmenetlus: mõned rindeteated. – Juridica 2013/4, lk 251.

mainitud, kuid kolmanda lõike punktid sõnastaksid selgelt üksnes seda, milliseid menetluslike garantiisid süüdistatavale kohtueelsete ütluste vastuvõtmise üle otsustamisel võimaldatakse.

KrMS § 291 lg 3 p 3 järgi peab kohtueelsete ütluste vastuvõtmist taotleva poole vastaspoolel olema küllaldane võimalus esitada neile ütlustele vastuväiteid. Võimalus esitada ütlustele vastuväiteid ei eelda endas küsitlemisõigus.²³⁴ Vastuväited võivad olla nii ütluse sisu kui ka tõesuse kohta ning vajadusel peaks kohus andma süüdistatavale ja kaitsjale vastuväidete esitamiseks lisaäga ja lubama uute tõendite esitamist.²³⁵ Vastuväidete esitamise võimaluse all tuleks mh mõista ka võimalust seada tunnistaja ütlused kahtluse alla viidates nende vastuolulisusele või ütluste andmise asjaoludele.²³⁶ Kuigi süüdistatavale vastuväidete esitamise võimaluse tagamine on igati põhjendatud, on kahtluse alla seatud selle KrMS § 291 lg 1 p-s 3 sätestamise arusaadavus ja vajalikkus.²³⁷ Ei ole arusaadav, kas kirjeldatu hõlmab endas üksnes õigust esitada enda n-ö mõttekäike, tõenditele tuginevaid vastuväiteid või ka nt õigust kutsuda kohtusse teisi tunnistajaid, kellel kättesaamatu tunnistaja on avaldusi teinud.²³⁸ Selgitusi ei paku ka kohtupraktika, kuivõrd ei ole leitavad olukorrad, kus oleks asunud seisukohale, et süüdistatavale ei olnud tagatud küllaldast võimalust vastuväidete esitamiseks.²³⁹ Samas ei pruugi arusaadavuse küsimus olla isegi niivõrd oluline, kuna on üldse kaheldav, kas sellise õiguse nimetamine KrMS § 291 lg 3 p-s 3 on vajalik. Nimelt on süüdistataval ju igal juhul kohtumenetluses tagatud võimalus esitada nii enda argumente kui ka tõenditele tuginevaid vastuväiteid, olenemata sellest, kas võimalus on KrMS § 291 lg 3 p-s 3 eraldi välja toodud.²⁴⁰

KrMS § 291 lg 3 p 3 osas tuleks eeltooduga nõustuda osas, et sätte sõnastusest ei ole võimalik üheselt järeldada, milliseid vastuväiteid peab süüdistataval olema võimalik esitada. Ilmselt ei ole vastuväidete all mõeldud ainult deklaratiivseid avaldusi. Sel juhul ei antaks süüdistatavale ühtegi täiendavat menetluslikku garantiid, kuna nimetatud võimalus on niikuinii tagatud. Kuigi vastuväidete esitamise võimaluse eraldi esiletoomist võib iseenesest õigustada süüdistatava vastandamisõiguse välistamise olulisuse kaudu, on sisulisest poolest nimetatud võimaluse sellises sõnastuses eraldi sätestamine ebavajalik. Vastuväidete esitamise võimalust kui

²³⁴ RKKKo 3-1-1-89-12, p 18; RKKKo 1-16-7179, p 11. KrMS § 291 lg 3 p 3 eesmärgiks on ringkonnakohus nimetanud ka vajadust välistada olukorda, kus süüdistatav ei saa ennast üldse kohtueelses menetluses antud ütluste vastu kaitsta. TrtRnKo 1-14-10779, p 6.3.3.

²³⁵ RKKKo 3-1-1-89-12, p 17.

²³⁶ Sillaots, M., KrMSK § 291/3.3.

²³⁷ Kurm, M., lk 5.

²³⁸ Kurm, M., lk 5; Kangur, A., lk 603-604.

²³⁹ Autor uuris KrMS § 291 lg 3 p 3 nimetanud maakohtute, ringkonnakohtute ja Riigikohtu lahendeid.

²⁴⁰ Kurm, M., lk 5-6.

süüdistatavale antavat menetluslikku garantiid oleks võimalik muuta sisulisemaks kui seda nt täpsustada osas, et nimetatud võimalus hõlmab endas ka täiendavate tõendite esitamise õigust.

Täiendavalt näeb KrMS § 291 lg 3 p 4 ette, et kohtueelseid ütlused võib vastu võtta kui ütlused on saadud isiku vahetul või audio-videosalvestatud kaugülekuulamisel. Nimetatud tingimust põhjendab ütluste täpsuse ja suurema usaldusväärsuse tagamise eesmärk. Seadusandja kohaselt peetakse tunnistaja kohtueelseid kirjalikke ütlusi kõige ebausaldusväärsemaks, mistõttu on nende lubamine kohtus ka välistanud, samas on lubatud vahetul ülekuulamisel antud ütlused ülekuulamisprotokolli kujul ning kõige usaldusväärsemaks on peetud audio-videosalvestatud kaugülekuulamisel antud kohtueelseid ütlusi.²⁴¹ Sellise täiendava süüdistatavale antud menetlusliku garantii hiljutine lisandumine on igati põhjendatud, kuivõrd see on vajalik vältimaks KrMS § 69² tähenduses kirjalike ütluste vastuvõtmist, millega seonduvad võrreldes lubatavate kohtueelsete ütlustega täiendavad täpsuse ja usaldusväärsuse probleemid. Samuti tuleks põhjendatuks lugeda lisaks ülekuulamise protokollile ka salvestatud kaugülekuulamisel antud kohtueelsete ütluste lubamist, kuna nagu leitud, on kohtueelse ülekuulamise salvestamine tõhus vahend nende täpsuse ja usaldusväärsuse suurendamiseks. Samas ei tasuks ka salvestatud kaugülekuulamise usaldusväärsust ületähtsustada, kuna ka seal esinevad mitmed ohud, nt ei ole sel juhul võimalik veenduda tunnistajat ümbritsevast tulenevate mõjutuste puudumises. Sellised ohud on olnud tõenäoliselt ka põhjuseks, miks ei ole lubatud vastu võtta kaugülekuulamisel antud kohtueelseid ütlusi, mida ei ole audio-videosalvestatud, kuivõrd sel juhul on sarnaste ohtude realiseerumise tuvastamine veel enam raskendatud.

Lisaks KrMS § 291 lg 3 p-des 1-4 sätestatule tuleb arvestada ka KrMS § 15 lg-ga 3, mille kohaselt ei tohi kohtulahend mh tugineda üksnes ega valdavas ulatuses tõenditele, mille vahetut allikat ei olnud süüdistataval ega kaitsjal võimalik küsitleda. Ei teki küsimust selles, mida tähendab eelneva mõistes tõend, millele tuginetakse üksnes. Tõend, millele tuginetakse üksnes, on võrdväärne mõiste EIK-st tuleneva tõendiga, mis on ainus.²⁴² Samas on vaieldavam, mida tähendab tõend, millele tuginetakse valdavas ulatuses. Tõendile tuginemisel valdavas ulatuses on grammatiliselt erinev tähendus sellest, mis on EIK-st lähtuvalt otsustav.²⁴³ Siiski on Riigikohus sellele algselt viidanud ning hiljem üle kinnitanud, et tõendile tuginetakse valdavas

²⁴¹ Abipolitseiniku seaduse ja teiste seaduste muutmise seaduse (COVID-19 haigust põhjustava viiruse SARS-Cov-2 levikuga seotud meetmed) 170 SE seletuskiri, lk 56-57.

²⁴² Lõhmus, U. 2013, lk 314.

²⁴³ Lõhmus, U. 2013, lk 314. Vrd valdav kui ülekaalus olev, ülekaalukas, suur ja otsustav kui määrav, eriti oluline.

ulatuses siis, kui tõend on kriminaalasja lahendamises määrava või otsustava tähendusega.²⁴⁴ Sellest tulenevalt sisustatakse tõendit, millele tuginetakse valdavalt, samaselt tõendiga, mis on otsustav EIK tähenduses, ehk kohtueelsete ütluste otsustavuse hindamisel tuleb kaaluda ka muude kriminaalasjas kogutud tõendite sisu ja nende kooskõla tunnistaja ütlustega.

Tagamaks selgust selles, mida tuleks mõista tõendina, millele tuginetakse valdavas ulatuses, on Riigikohtu eeltoodud seisukohale konkureerivalt välja pakutud juhis lähtuda karistusõiguses tuntud *conditio sine qua non* põhjusliku seose tuvastamise reeglist.²⁴⁵ See tähendab, et kohtueelsetele ütlustele tuginetakse valdavas ulatuses siis, kui ilma nendeta ei oleks süüdimõistev kohtuotsus võimalik.²⁴⁶ Ettepanekuga tuleks nõustuda ulatuses, milles selline juhis on põhjendatud selgitamaks, kuidas mõista tõendit, millele tuginetakse valdavas ulatuses. Samas ei näi see juhis tingimata vajalik kui arvestada Riigikohtu võetud seisukohta, et selline tõend on määrav või otsustav. Kui tõend on määrav või otsustav, siis ongi tõend siinkirjutaja hinnangul iseeneslikult põhjuseks, miks vastav kohtuotsus tehti, ehk ilma selle tõendita oleks otsustatud vastupidi. Samas on lihtsasti mõistetava juhise sõnastamise huvides *conditio sine qua non* reeglist lähtumine ikkagi hea ettepanek, mida võiks vajadusel rakendada.

Võrreldes kohtueelsete ütluste kohtus tõendina kasutamise võimalusi Ühendkuningriikidest tulenevaga, on selge, et olukorras, kus tunnistajat ei ole võimalik kohtus üle kuulata, on KrMS kohtueelsete ütluste lubamisel rangem ning tagab seetõttu süüdistatava vastandamisõigust ulatuslikumalt. Esiteks nimetab KrMS § 291 lg 1 vähem asjaolusid, mille esinemisel võib kohtueelset ütluste tõendina vastuvõtmist kaaluda, rääkimata sellest, et mitmel juhul peavad kohtueelsed ütlused olema deponeeritud. Samuti on rangemad ka täiendavad kriteeriumid, millega tuleb kohtueelsete ütluste kasutamisel arvestada, eelkõige need, mis tulenevad KrMS § 15 lg-st 3. Võrreldes KrMS Ameerika Ühendriikidega, siis võimaldab KrMS kahtlemata kohtueelseid ütlusi ulatuslikumalt kasutada, kuivõrd Ameerika Ühendriikide süüdistatava vastandamisõigust sisuliselt välistab menetlejale antud kohtueelsete ütluste tõendina lubamise.

Ka EIK-st tulenevaga võrreldes, tagab KrMS süüdistatava vastandamisõigust ulatuslikumalt eelnevalt kirjeldatuga sarnastel põhjendustel. KrMS-s leidub mitmeid tasakaalustavaid menetluslike abinõusid, mida EIK kohaselt tulenevalt *Schatschaschwili vs. Saksamaa* lahendist

²⁴⁴ RKKKo 3-1-1-89-12, p 20; RKKKo 3-1-1-41-13, p 10; RKKKo 1-21-7406, p 12.

²⁴⁵ Kergandberg, E. 2013, lk 252; Kergandberg, E. Konkureeriv arvamus Riigikohtu kriminaalkolleegiumi poolt 18. veebruaril 2013 kohtuasjas 3-1-1-89-12 tehtud otsuse juurde.

²⁴⁶ Kergandberg, E. 2013, lk 252.

võiks sellistena käsitleda. Vastavalt EIK-le asetab ka KrMS rõhku kohtueelsete ütluste andmise asjaolude ja tunnistaja isiku usaldusväärsuse täiendavale kontrollimisele, süüdistataval on võimalik esitada kohtueelsetele ütlustele vastuväiteid ning tähtsust omistatakse ka sellele, et kohtueelsed ütlused oleks audio-videosalvestatud, kuid seda üksnes kaugülekuulamisel.

Seoses EIK ainsa ja otsustava tõendi reegluga nähtub, et kuigi KrMS § 15 lg-s 3 sätestatud täiendav tingimus on sõnastuselt pealtnäha ühtne EIK-st tuleneva kontseptsiooniga, ei ole see siiski võrdväärne selle absoluutsuse poolest. Nimelt on KrMS § 15 lg 3 tingimatu, mis tähendab, et mistahes juhul ei ole lubatud kohtueelsetele ütlustele tugineda, kui sel juhul põhineks kohtulahend üksnes või valdavas ulatuses tõendile, mille vahetut allikat ei olnud süüdistataval ega kaitsjal võimalik küsitleda. EIK niivõrd ranget piirangut ette ei näe ning õiglane kohtumenetlus on tagatud ka juhul, kui tuginetakse kohtueelsetele ütlustele kui ainsale või otsustavale tõendile, kuid on rakendatud piisavalt ebavõrdsust tasakaalustavaid abinõusid.

2.2. Kohtueelsed ütlused tõendina õigusemõistmise huvides

Täiendavalt eelnevalt käsitletud olukordadele, kus tunnistaja kohtus risküsitlemine osutub võimatuks, tuntakse *common law*'s ka võimalust lubada kohtueelseid ütlusi kohtus tõendina, kui see on õigusemõistmise huvides (ingl *in the interests of justice*).²⁴⁷ Õigusemõistmise huvides kohtueelsete ütluste lubamine erineb aga eelnevalt käsitletust selle poolest, et tunnistaja risküsitlemise võimatus ei ole tingimata selle kohaldamise vajalik eeltingimus. Tegemist on laia kohtudiskretsiooni võimaldava alusega võtta tõendina vastu kohtueelsed ütlused, kui kohus leiab, et see on õigusemõistmise huvides. Nimetatud kohtueelsete ütluste vastuvõtmist võimaldava aluse ka siinkohal käsitlemine on põhjendatud, kuivõrd esineb mitu olukorda, kus õigusemõistmise huvides on võimalik kohtueelsed ütlused tõendina vastu võtta ka tunnistaja risküsitlemise asemel, kuigi Ühendkuningriikide õiguse kohaselt ei ole käesoleva alusel kujul otseselt tegemist n-ö kättesaamatu tunnistaja olukorraga.

Selleks, et tegemist ei oleks täiesti piiramatu alusega kohtueelsete ütluste kohtus lubamiseks, on kehtestatud täiendavad tingimused, millest tuleb nende lubamise üle otsustamisel lähtuda.²⁴⁸

²⁴⁷ CJA 2003 s. 114 (1) (d).

²⁴⁸ CJA 2003 s. 114 (2). „Otsustades kuulduse lubatavuse üle sel alusel, peab kohus pöörama tähelepanu järgmistele asjaoludele (ja teistele asjaoludele, mida peab asjakohaseks): kui palju tõenduslikku väärtust väide omab (eeldusel, et see on tõene) arutuse all oleva asjaolu seisukohalt või kui väärtuslik on see asjas oleva muu tõendi mõistmiseks; millised muud tõendid on kogutud või on võimalik koguda punktis (a) nimetatud asjaolu või tõendi kohta; kui oluline on punktis (a) nimetatud asjaolu või tõend kohtuasja kui terviku seisukohalt; väite

Viidatu kujul ei ole tegemist range reeglistikuga, mille nõuete täidetuse tuleks ükshaaval kontrollida, vaid pigem üldiste soovitustega, millest juhinduda.²⁴⁹ Nimetatud kriteeriumeid on peetud ka üldiselt heaks lähtekohaks, millega arvestada kohtueelsete ütluste lubamise üle otsustamisel ka muudel võimalikel kohtueelsete ütluste vastuvõtmise alustel.²⁵⁰

Tunnistaja risküsitlemise asemel on õigusemõistmise huvides on Ühendkuningriikides võimalik vastu võtta nt selle tunnistaja ütlused, kes keeldub kohtus ütluste andmisest. Kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmine on lubatud nii juhul, kui tunnistajal on seadusest tulenev õigus ütluste andmisest keelduda kui ka juhul, kui tunnistajal sellist õigust ei ole.²⁵¹ Eelnevast tulenevalt nähtub, et Ühendkuningriikides ei käsitleta tunnistajat, kes keeldub kohtus ütluste andmisest, kui tunnistajat, kes oleks kättesaamatu, kuna tunnistaja keeldumist eristatakse varasemalt käsitletud olukordadest, kus tunnistaja risküsitlemine on võimatu.

Lisaks eelnevalt nimetatud võimalustele võtta risküsitlemise asemel õigusemõistmise huvides vastu kohtueelsed ütlused, on antud kohtueelsete ütluste lubamise alus mõeldud kohaldamiseks ka juhul, kui tunnistaja risküsitlemine ei ole võimalik asjaoludel, mida käesolevas varasemalt hea põhjusena ei käsitletud.²⁵² Samas tuleb õigusemõistmise huvides tunnistaja kohtusse ilmumata jätmisel olla alalhoidlik, vältimaks olukorda, et nimetatud alus muudab kättesaamatu tunnistaja olukordade regulatsiooni sisutühjaks, kuna kohtueelsete ütluste õigusemõistmise huvides vastuvõtmine oleks sisuliselt võimalik mistahes tunnistaja kättesaamatuse põhjusel.²⁵³ Võimalikud olukorrad, mil kohtueelsete ütluste risküsitlemise asemel vastuvõtmist põhjendatuks võib pidada seonduvad eelkõige tunnistaja ütluste andmise keeldumisega.²⁵⁴

KrMS-le on eelnevalt kirjeldatud õigusemõistmise huvides kohtueelsete ütluste vastuvõtmise kontseptsioon võõras. Küll aga väärib märkimist, et kehtiva KrMS § 291 regulatsiooni kehtestamisel on seadusandja nimetatud alusele just KrMS § 291 kontekstis tähelepanu

esitamise asjaolud; kui usaldusväärne on väite esitaja; kui usaldusväärset tõendatud on väite esitamise fakt; kas sama asjaolu kohta on võimalik saada ka suulisi tõendeid, ning kui ei, siis miks mitte; mil määral keerukas on kõnealuse väite vaidlustamine; kui tõenäoline on, et nimetatud keerukus võib menetluspoolt kahjustada.“

²⁴⁹ *R. v. Taylor (Stuart)*, [2006] EWCA Crim 260.

²⁵⁰ *R. v. Riat (Jaspal)*, [2012] EWCA Crim 1509.

²⁵¹ *R. v. L*, [2008] EWCA Crim 973; Stockdale, M., Piasecki, E. The Safety-Valve: Discretion to Admit Hearsay Evidence in Criminal Proceedings. – Journal of Criminal Law 2012/76, No. 4, lk 329-330.

²⁵² Stockdale, M., Piasecki, E., lk 328.

²⁵³ Stockdale, M., Piasecki, E., lk 329.

²⁵⁴ Samas ka nt olukorras, kus tunnistaja asukoha kindlakstegemiseks ei olnud tehtud mõistlike pingutusi, kuid kohus leidis, et kuna tegemist ei olnud keskse tõendiga oli võimalik tunnistaja kohtueelsed ütlused ikkagi kohtus õigusemõistmise huvides tõendina vastu võtta. *R. v. Adams (Ishmael)*, [2007] EWCA Crim 3025, p 19.

pööranud ning sätte eeskujusid tsiteerides toonud esile ka käsitlese all oleva õigusemõistmise huvides kohtueelsete ütluste vastuvõtmise võimaluse.²⁵⁵ Siiski KrMS-s sellele sarnanevat alust kohtueelset ütluste vastuvõtmiseks ikkagi ei kehtestatud. Arvestades KrMS-s sisalduvad pigem rangeid piiranguid kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmisele, ei paista võimalust, et selline laia kohtudiskretsiooni võimaldav alus KrMS üldise ülesehitusega sobituks.

Samas teatud sarnasusi KrMS §-s 291 sisalduva ja Ühendkuningriikide õigusemõistmise huvides kohtueelsete ütluste vastuvõtmist võimaldava aluse vahel võib siiski täheldada. Esiteks, võimaldab ka KrMS § 291 lg 1 p 5 iseenesest tõendina vastu võtta kohtuelseid ütlusi mistahes kõrvaldamatu või ebaproportsionaalsete kõrvaldamiskuludega takistuse korral, st tegemist on lahtise loeteluga võtta kohtuelseid ütlused vastu ükskõik millisel põhjusel, mis nimetatud tingimustele vastab. Siiski ei ole KrMS § 291 lg 1 p 5 sätestatu võrreldav õigusemõistmise huvide alusega selle kohaldamise piiratuse tõttu. Teiseks, näeb KrMS § 291 lg 1 p 2 ette võimaluse võtta kohtuelseid ütlused tõendina vastu kui tunnistaja keeldub kohtus ütluste andmisest, mis Ühendkuningriikides on võimalik õigusemõistmise huvides. KrMS samastab ütluste andmisest keelduva tunnistaja kättesaamatu tunnistajaga. Kolmandaks, nähtub, et nii mõnigi täiendav tingimus, millega tuleb õigusemõistmise huvides kohtueelsete ütluste tõendina lubamisel arvestada, sisaldub ka KrMS § 291 lg-s 3. Kokkuvõttes sisalduvad nimetatud alusel risküsitlemise asemel kohtueelsete ütluste lubamisega seotud elemendid osaliselt ka KrMS §-s 291, kuid nende kasutamise võimalused on oluliselt piiratumad.

2.3. Kohtuelseid ütlused tõendina poolte kokkuleppel

Risküsitlemise asemel on võimalik tunnistaja kohtuelseid ütlused kohtus tõendina vastu võtta ka juhul, kui pooled on nõus nende lubatavaks tunnistamisega.²⁵⁶ See tähendab, et kohtuelseid ütlused on võimalik risküsitlemise asemel tõendina vastu võtta ka poolte kokkuleppel. Selline pooltele antud võimalus kohtus kokku leppida kohtueelsete ütluste tõendina lubamises tuleneb eelduslikult võistlevale menetlusele omasest tunnusest, et pooltel on võimalik ise otsustada kohtumenetluse käigu üle. See tähendab, et olukorras, kus tegemist on asjakohase tõendiga, kuid poolte vahel ei ole vaidlust kohtueelsete ütluste sisu ja usaldusväärsuse osas, on pooltel

²⁵⁵ Kriminaalmenetluse seadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse (599 SE) seletuskiri, lk 98.

²⁵⁶ CJA 2003 s. 114 (1) (c).

võimalik kokkuleppel lähtuda tunnistaja kohtueelsetest ütlustest. Kui pooltel ei ole kohtueelsete ütluste sisu üle vaidlust, ei ole ka põhjust tunnistajat kohtus üle kuulata.

Kirjeldatud võimalus sarnaneb mõneti ka teise võistlevas menetluses pooltele antud võimalusega otsustada mõne lihtmenetluse kohaldamise üle. Ka sel juhul nõustuvad pooled sisuliselt lähtuma kriminaalasja lahendamisel kohtueelses menetluses kogutud tõenditest, sh ka kohtueelsetest ütlustest. Lisaks teenib käesolev võimalus ka menetlusökonomiast lähtuvaid eesmärke. Menetlusökoonoomia ja kriminaalasja võimalikult kiire lahendamise huvides on see, kohtueelsete ütluse sisuks olevate asjaolude üle, mille osas vaidlust ei ole, ka kohtus ei vaielda, arvestades, et tunnistajate kohtus ülekuulamine on aeganõudev ja ebavajalik, kui selle ainuke eesmärk on, et tunnistaja ütlused saaksid kriminaalasja materjalide hulka. Samas tuleb märkida, et kuigi menetlusökoonoomia huvides, on ka kokkuleppel kohtueelsete ütluste tõendina lubamine iseenesest vastuolus võistleva menetluse suulisuse, vahetuse ja avalikkusega.

Ka poolte kokkuleppel kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmine omab EIK kohaselt kokkupuutumust süüdistatava vastandamisõigusega. Kui süüdistatav nõustub kohtueelsete ütluste vastuvõtmisega on sisuliselt tegemist olukorraga, kus süüdistatav loobub enda vastandamisõigusest ja võimalusest tunnistajat risküsitleda. EIK kohaselt on oluline tagada, et süüdistatava vastandamisõigusest loobumine ei oleks vastuolus olulise avalike huvidega ning et see oleks süüdistatava poolt väljendatud ühemõtteliselt.²⁵⁷ Tuleb veenduda, et süüdistatavale on üheselt arusaadavad ja ettenähtavad vastandamisõigusest loobumisega kaasnevad tagajärjed.²⁵⁸ Sisuliselt tähendab eelnev, et süüdistatavale peab olema arusaadav, et kokkuleppega nõustumisel ei ole tal võimalik konkreetset tunnistajat risküsitleda.

Vastavalt eelnevale sätestab ka KrMS § 291¹ tunnistaja kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmise poolte kokkuleppel, mille kohaselt võib kohus prokuratuuri, süüdistatava ja kaitsja kokkuleppel jätta risküsitlemata ja võtta tõendina vastu tunnistaja kohtueelsed ütlused. Selline võimalus kehtestati hiljuti nähtavasti eelkõige menetlusökonomilistel kaalutlustel ning selle rakendamise eelduseks on, et pooled ei ole tõstatanud kahtlust tunnistaja kohtueelsete ütluste usaldusväärsuse osas ning kõik pooled on kokkuleppega ühinenud.²⁵⁹ Nimetatud aluse KrMS-s kehtestamist saab eeltoodud kaalutlustest lähtuvalt pidada igati põhjendatuks.

²⁵⁷ EIKo 18114/02, *Hermi vs. Itaalia*, p 73. Näiteks võib selliseks avalikuks huviks olla menetluse avalikkus.

²⁵⁸ EIKo 30900/02, *Jones vs. Ühendkuningriigid*.

²⁵⁹ Kriminaalmenetluse seadustiku ja väärteomenetluse seadustiku muutmise seaduse 367 SE seletuskiri, lk 59.

KOKKUVÕTE

Magistritöö peamiseks eesmärgiks oli tuvastada, millised on *common law*, EIK ja KrMS kohaselt menetlejale antud kohtueelsete ütluste kohtus risküsitlemise asemel tõendina lubamise võimalused võistlevas menetluses ning selgitada välja, kuidas kohaldub sellekohane hetkel kehtiv KrMS regulatsioon ning, kas ja kui, siis milline nimetatust lähtuv vajadus esineb KrMS regulatsiooni täiendamiseks või muutmiseks, arvestades kuulduste keelamise reegli ja süüdistatava vastandamisõigusega. Selle eesmärgi saavutamiseks uuriti esmalt, millised kuulduste keelamise reeglist ja süüdistatava vastandamisõigustest lähtuvad põhjendused keelavad võistlevas menetluses kohtueelsete ütluste kohtus tõendina lubamist ning kas sellised piirangud on põhjendatud. Seejärel uuriti, millistel asjaoludel ja tingimuste täidetusel on võimalik kohtus risküsitlemise asemel tõendina vastu võtta tunnistaja kohtuelseid ütlused. Eelneva käigus selgitati väljas, kuidas suhestub KrMS regulatsioon kohtueelsete ütluste kohtus risküsitlemise asemel tõendina lubamise osas *common law* ja EIK-ga ning kas ja kui siis milline vajadus esineb KrMS regulatsiooni täiendamiseks või muutmiseks.

Võistleva menetluse vahetuse ja suulisuse põhimõtteid tagavatest kuulduste keelamise reeglist ja süüdistatava vastandamisõigusest lähtuvalt võib kohtueelsete ütluste kohtus tõendina keelamist põhjendada mitmeti. Kohteelsed ütlused ei ole parimad võimalikud tõendid. *Common law*'s omistatakse tähtsust ka vande puudumine. Kohtueelsete ütluste korral ei ole võimalik hinnata tunnistaja käitumist. Samas ei põhjenda nimetatud põhjendused ammendavalt kohtus antud ütluste kohtuelsele ütlustele eelistamist. Kohtueelsete ütluste keelamist põhjendavad menetleja mõjutustest lähtuvad ohud. Neid ohte suurendab asjaolu, et enamasti jõuavad kohtuelseid ütlused kohtuni kirjaliku ülekuulamise protokollil kujul, mis on ebatäpne. Mitmeid menetlejast lähtuvaid kohtuelseid ütlustega seonduvaid probleeme on võimalik oluliselt leevendada tehniliste vahendite abil, mille kasutuselevõttu tuleks soodustada.

Kõige olulisemaks kohtuelseid ütluste keelamise põhjenduseks on tunnistaja risküsitlemise võimaluse puudumine. Risküsitluse kui tõe tuvastamise vahend on avatud kriitikale, kuivõrd see ei ole teatud juhtudel tõhus vahend eelneva saavutamiseks. Risküsitluse pakutavaid võimalusi kasutatakse sageli ära viisil, mis ei soodusta võimalikult täpsete ütluste saavutamist. Risküsitlust seostatakse ka inimväärikuse tagamisega. Süüdistatava vastandamisõiguse tagamiseks peab süüdistataval eelkõige olema võimalik tunnistajat küsitleda ning see võib, aga tingimata ei pea, toimuma risküsitluse kaudu.

Ristküsitlemise võimatuse korral põhjendab kohtueelsete ütluste tõendina lubamist kriminaalmenetluse tõe tuvastamise eesmärk. Nii *common law* kui ka EIK kohaselt on vajalik, et esineks hea põhjus, miks tunnistaja ei saa kohtus ütlusi anda. Selleks võib olla tunnistaja surm; tervise seisund; viibimine välisriigis, kui tema kohalolu tagamine ei ole otstarbekas; teadmata kadumine, kui on tehtud mõistlikke pingutusi tema asukoha tuvastamiseks või hirm. Nimetatud põhjused ei ole oma objektiivse võimatuse poolest võrdväärset.

Sarnased põhjused nähtuvad ka KrMS § 291 lg-st 1, millele lisanduvalt on võimalik kohtueelsed ütlused tõendina vastu võtta ka juhul, kui tunnistaja keeldub kohtus ütluste andmisest või esineb muu kõrvaldamatu või ebaproportsionaalselt suurte kõrvaldamiskuludega takistus. Samas ei nimeta KrMS hea põhjusena tunnistaja asumist välisriigis, kui tema kohtusse toimetamine ei ole mõistlik. Kuigi seda on võimalik pidada muuks takistuseks KrMS § 291 lg 1 p 5 mõttes, võiks selguse huvides ka tunnistaja välisriigis viibimise eraldi alusena nimetada.

Samuti ei võimalda KrMS kohtueelseid ütlusi vastu võtta tunnistaja hirmu korral. Kuigi KrMS seda otseselt ei keela võtta kohtueelsed ütlused vastu, kui tunnistaja keeldub ütlustest andmise hirmu tõttu, on Riigikohtu kohaselt välistatud võimalus võtta tõendina vastu tunnistaja kohtueelsed ütlused nii juhul, kui tunnistaja hirmu tõttu kohtusse ei ilmu kui ka juhul, kui kohtus hirmust tulenevalt ütluste andmisest keeldub. Riigikohtu seisukoht, mis usub liigselt tunnistaja kaitse meetmete tõhususse, soosib tunnistajale hirmu põhjustavat süüdistatavat. Kuna tunnistaja kaitse meetmed ei taga tunnistaja turvalisust lõpuni, peaks nende ebatõhususe tuvastamisel ka tunnistaja hirmu korral olema kohtueelsete ütluste vastuvõtmine võimalik.

KrMS § 291 lg-s 1 nimetatud asjaolud ei ole omavahel võrdsed, kuna mõnel nimetatud põhjusel on võimalik vastu võtta ainult deponeeritud kohtueelsed ütlused. Samas ei ole selge, millistel kaalutlustel selline jaotus põhineb. Kuivõrd sellele ammendavat põhjendust ei nähtu, ei ole ka KrMS § 291 lg-s 1 nimetatud olukordade deponeerimise põhjal eristamine põhjendatud.

Kohtueelsete ütluste lubamist käsitletakse nii *common law*, EIK kui ka KrMS kohaselt kui viimast abinõud, mida kasutada, kui kõikvõimalikud abinõud tunnistaja kohtus ülekuulamiseks on ammendunud. KrMS-s tagavad kohtueelsete ütluste kui viimase abinõu kasutamise põhimõtet eelkõige ütluste deponeerimisele suure tähtsuse omistamine ning kaugülekuulamise eelistamine kohtueelsete ütluste tõendina vastuvõtmisele.

Kohtueelsete ütlustele tõendina lubamiseks ei piisa ainult ütluste andmata jätmise heast põhjusest. EIK kohaselt tuleb lisaks hinnata, kas kohtueelsete ütluste kujul on tegemist ainsa või otsustava tõendiga. Hea põhjuse puudumine või kohtueelsete ütluste olemine ainsaks või otsustavaks tõendiks ei tähenda aga veel, et kohtumenetlus oleks tervikuna ebaõiglane, kuna seda võib tasakaalustada menetluslike abinõudega. Ühendkuningriikide õigus näeb ette EIK-st leebemad nõuded. KrMS võimaldab küll kohtueelsed ütlused tõendina vastu võtta, kuid välistab nendele üksnes või valdavas osas tuginemise. Mõiste „valdavas osas“ on ebaselge, kuid seda võib samastada EIK „otsustava tõendiga“, abiks on ka *conditio sine qua non* reegel.

Kohtueelsete ütluste tõendina lubamisel tuleb EIK kohaselt tagada süüdistatavale ebaõiglust tasakaalustavaid menetluslikke abinõusid, milleks on mistahes abinõud, mis leevendavad kohtueelsete ütlustega seonduvaid ohte. KrMS-s on mõned sellised abinõud nimetatud KrMS § 291 lg 3 p-des 1, 3 ja 4. Vastuväidete esitamise võimaluse eraldi nimetamise vajalikkus on küsitav, kuivõrd selline võimalus on süüdistataval kriminaalmenetluses niikuinii tagatud. Ebatäpne on KrMS § 291 lg 3 p 2 paigutus lõikes 3, kuna võrreldes teiste punktidega ei anna see süüdistatavale ühtegi täiendavat menetluslikku garantiid. KrMS § 291 lg 3 tingimustele peavad vastavama ka välisriigist abistamistaotluse alusel saadud kohtueelsed ütlused.

Lisaks olukordadele, kus tunnistaja risküsitlemine ei ole võimalik tunnistaja kättesaamatuse tõttu, tunneb Ühendkuningriikide õigus veel ka võimalust võtta kohtueelsed ütlused tõendina vastu mistahes juhul, kui see on õigusemõistmise huvides. Risküsitlemise asemel on see nt võimalik kui tunnistaja keeldub ütluste andmisest. KrMS-le on selline alus võõras, kuid sellele omane sisaldub ka KrMS §-s 291 ja vajadus sellise täiendava aluse järele puudub. Täiendavalt on võimalik kohtueelsed ütlused kohtus risküsitlemise asemel tõendina vastu võtta ka poolte kokkuleppel, mis põhineb menetlusökonomilistel kaalutlustel.

Kokkuvõttes tagab KrMS regulatsioon süüdistatava vastandamisõigust võrdlemisi ulatuslikult ning kehtestab kohtueelsete ütluste lubamisele võrreldes EIK ja Ühendkuningriikidega rangemad nõuded, mis eelnevalt leitu kohaselt ei ole täies ulatuses põhjendatud. Samas on Ameerika Ühendriikides, kus süüdistatava vastandamisõigusele omistatakse teistest enam tähtsust, kohtueelsete ütluste lubamine äärmiselt piiratud, st menetlejale antud kohtueelsete ütluste kui tunnistuslike avalduste tõendina kasutamine on kohtus peaaegu täielikult välistatud.

PRE-TRIAL WITNESS TESTIMONY AS EVIDENCE IN ADVERSARIAL CRIMINAL COURT PROCEEDINGS INSTEAD OF CROSS-EXAMINATION.

Summary

The main research objective of the master's thesis was to examine the possibilities of admitting pre-trial witness testimony given by the witness to the investigative authorities during the pre-trial proceedings as evidence in adversarial criminal court proceedings instead of cross-examination under common law, the European Court of Human Rights (hereinafter the ECtHR) and the Estonian Code of Criminal Procedure (hereinafter the CCP), to determine how the CCP is force is applied, and whether, and if so how, is there a necessity to amend the regulation of the CCP, given the conflict between admitting pre-trial witness testimony and the hearsay rule as well as the right to confrontation. To achieve the research objective of the master's thesis, the following research questions were answered: Which rationales of the hearsay rule and the right to confrontation prohibit the admission of pre-trial witness testimony as evidence in court in adversarial proceedings instead of cross-examination, and do such rationales justify themselves? Which reasons and additional conditions must be met to allow pre-trial witness testimony to be admitted as evidence in court instead of cross-examination under common law, the ECtHR and the CCP? How does the regulation of the CCP relate to the regulation of common law and the ECtHR in relation to the abovementioned, and whether, and if so how, is there a necessity to amend the regulation of the CCP?

In regard to the admissibility of pre-trial witness statements as evidence in court in adversarial proceedings the principles of the hearsay rule and the right to confrontation are of importance. In general, the hearsay rule prohibits the use of out of court witness statements as evidence of that statement in court. The right to confrontation on the other hand generally provides the defendant with the right to come face-to-face with and an opportunity to cross-examine the witness testifying against them. These concepts are in one way or another present in common law, the European Convention on Human Rights and in the CCP.

According to the hearsay rule, which guarantees the principle of orality of the adversarial proceedings, and the right to confrontation, the prohibition of pre-trial witness testimony as evidence in court can be justified in several ways. Pre-trial witness testimony is not the best possible evidence that can be obtained from a witness as according to the principles of adversarial proceedings the best evidence is gathered in court. As per common law, importance

is also attached to the absence of an oath. Also, in the case of admission of pre-trial witness testimony, it is not possible to examine the behaviour of the witness as they are testifying. However, according to literature and behavioural sciences, these reasons do not exhaustively justify the preference of testimony given in court over the pre-trial witness testimony. Mainly because there are several instances where the best evidence is not given in court, mostly due to the impairment of the memory of the witness. The oath has lost its value, moreover, is not relevant in the case of Estonian criminal court proceedings. The importance of examining the behaviour of the witness is usually overstated and misunderstood.

The rationale of the prohibition of pre-trial witness testimony also entails the dangers posed by the influence of the investigative authority conducting the pre-trial witness interview. Pre-trial witness testimony can be influenced by the misconduct and the mistakes of the investigative authority e.g., by asking leading questions. Although, there is likely no investigative authority that does not occasionally act on the border of legality, the complete distrust of the pre-trial witness testimony inherent to the adversarial proceedings might be overstated. If there are no signs of manipulation of the pre-trial witness interview by the investigative authority, there is no reason to presume that the pre-trial witness testimony is by default unreliable.

The risks related to gathering pre-trial witness testimony are increased by the fact that, in most cases, pre-trial witness testimony is written as a witness interview report. The witness interview report does not accurately convey what the witness expressed orally, as oral and written language are completely different from one another. However, these and several other abovementioned risks can be mitigated using modern technology e.g., audio- and videorecording of the pre-trial witness interview. Although not perfect, audio- and videorecording of the pre-trial witness interview allows for the assessment of the behaviour of the witness, provides an accurate account of what and how exactly was said, as well as reduces the risk of manipulation by the investigative authority. Therefore, use of audio- and videorecording of pre-trial witness interviews should be encouraged, and steps taken in order to implement the necessary preconditions for its wider use by investigative authorities during the pre-trial witness interviews in general as well as in Estonia.

The most important rationale for prohibiting pre-trial witness testimony as evidence in court is the lack of opportunity to cross-examine the witness. However, cross-examination as a means of establishing the truth is open to criticism. There are several instances where the effectiveness

of achieving the most accurate testimony through cross-examination is questionable. Moreover, cross-examination is often taken advantage of and used to showcase the witness in a negative light, rather than for establishing facts, which enables cross-examination to turn into a tool for highlighting irrelevant facts or inconsistencies. However, it might not be the case that cross-examination itself is inherently inefficient, but rather is used in a way which hinders the discovery of truth. Regardless of its weaknesses, cross-examination is often associated with safeguarding the dignity of the defendant, and legal culture and tradition play an important role in attaching importance to it, as well as allow it to persist as a tool of truth finding and verifying the reliability of the witness in adversarial proceedings. Notwithstanding the foregoing, cross-examination allows for the defendant to actively take part in the criminal court proceedings as well as guarantees the right to confrontation according to which the defendant must, above all, be able to examine the witness. The right to examine the witness is a fundamental right of the defendant that can, but does not have to be, exercised through cross-examination.

Although, the right to cross-examine the witness is a fundamental right of the defendant, several known exceptions exist, when it is possible to admit pre-trial witness testimony as evidence in court instead of cross-examination and therefore not guaranteeing the defendant their right to confrontation. If cross-examination of the witness is not possible e.g., the witness is unavailable, the purpose of establishing the truth of the criminal proceedings justifies the admission of pre-trial witness testimony as evidence in court. The unavailability of the witness, however, is not the only precondition for the admission of pre-trial witness testimony as evidence. In addition, several other preconditions must be met.

According to both common law and the ECtHR, it is necessary that there is a good reason why the witness cannot attend court to testify. A good reason may be that the witness is dead, the witness has fallen ill, the witness is abroad, and it is not reasonably practicable to secure their attendance or unreachable, and reasonable steps to find the witness have been taken. In addition, a good reason for the witness to not attend court is that the witness is in fear. However, these reasons are not equal in their objective impossibility. The death of the witness and the state of their health are both objective reasons why the witness is unavailable. The same cannot be said for the other reasons. When the witness is abroad or unreachable the court must consider whether it is reasonably practicable to secure their attendance or whether reasonable steps have been taken to find the witness. The case-law of the ECtHR and the United Kingdom may assist in the interpretation of the foregoing but remains rather general. The fear of the witness is also

inherently subjective, but for it to be considered a good reason to not attend trial and therefore admit the pre-trial witness testimony as evidence, there must exist an objective perception of fear and the fear of the witness must be attributable to the defendant.

Similar reasons for the admission of pre-trial witness testimony are apparent in § 291 (1) of the CCP. The § 291 (1) of the CCP additionally provides an opportunity to admit pre-trial witness testimony when the witness refuses to testify during the examination of evidence and when the witness cannot appear in court due to another impediment that is permanent or whose elimination would entail disproportionately large costs, and the party that filed the motion has made all reasonable efforts to have the witness brought to court.

But, unlike common law and the ECtHR, the CCP does not specifically consider witness being abroad a good reason for the unavailability of the witness. Although it can be considered as another impediment in the meaning of § 291 (1) 5) of the CCP, for the sake of clarity, the witness abroad, while it is not reasonably practicable to secure their attendance, should also be established as a good reason in § 291 (1) of the CCP. The CCP also does not allow the pre-trial witness testimony to be accepted in the event of witness in fear. Although, the CCP does not directly prohibit this, as it allows the pre-trial witness testimony to be accepted when the witness refuses to testify during the examination of evidence, the Supreme Court has ruled that the admission of pre-trial witness testimony is neither admissible when the witness does not attend court nor when the witness refuses to testify due to fear. Such a ruling by the Supreme Court overly believes in the effectiveness of the witness protection measures and excessively favours a defendant who has caused the fear of the witness. As the witness protection measures do not guarantee the safety of the witness entirely, therefore when their ineffectiveness has been established, it should also be possible to admit the pre-trial witness testimony of the witness who refuses to testify during the examination of evidence due to fear.

In addition, the reasons described in § 291 (1) of the CCP are not equal, since for some of the reasons, it is possible to accept the pre-trial witness testimony only if it has been given by the way of deposition. However, it is not clear why for some of the reasons it is necessary for the pre-trial witness testimony to be given by the way of deposition and for others there is no such requirement. Although, different consideration regarding the foreseeability or objectivity of the reason can be thought of, there seems to be no definitive answer to the differentiation of the reasons. In so far as there is no exhaustive justification for the distinction, there seems to be no

justification for distinguishing the reasons mentioned in § 291 (1) of the CCP on the basis of whether the pre-trial witness testimony was given by the way of deposition or not.

According to common law, the ECtHR and the CCP the admission of pre-trial witness testimony as evidence instead of cross-examination is treated as a last resort to be relied upon when all other possible means of hearing the witness in court have been exhausted e.g., by hearing the witness at a different time during the court proceedings or by technical means. In the CCP, the principle of admitting pre-trial witness testimony as a last resort is ensured primarily by attaching great importance to the deposition of the pre-trial witness testimony and by preferring distance examination to admitting pre-trial witness testimony as evidence.

To admit pre-trial witness testimony as evidence instead of cross-examination, a good reason for the non-attendance of the witness alone is not enough. According to the ECtHR, it is also necessary to assess whether the pre-trial witness testimony constitutes to a sole or decisive evidence. The evidence is decisive when it has a decisive role in the outcome of the trial and the stronger the other evidence, the more likely that the pre-trial witness testimony is not decisive. However, the absence of a good reason or the fact that pre-trial witness testimony is the sole or decisive evidence, does not automatically mean that the trial as a whole is unfair, as it can be compensated by sufficient counterbalancing factors. In United Kingdom the law also provides additional requirements that must be met for the pre-trial witness testimony to be admissible, but they are less stringent than the ECtHR. While the CCP allows pretrial witness testimony to be accepted as evidence, it excludes reliance solely or predominantly on them. The term “predominantly” is ambiguous, but it can be equated with the ECtHR's “decisive” evidence. In addition, the *conditio sine qua non* rule can be helpful in determining whether the judicial disposition relies predominantly on the pre-trial witness testimony or not.

According to the ECtHR, for the pre-trial witness testimony to be admissible as evidence in court, the defendant must be provided with sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps. These counterbalancing factors include measures that mitigate the risks previously described to be associated with pre-trial witness testimony. In the CCP, such measures are described in § 291 (3) 1), 3), and 4) of the CCP. The additional conditions mentioned in § 291 (3) 1) and 4) are necessary and provide the defendant with relevant counterbalancing factors. The necessity of separately mentioning the sufficient opportunity to submit objections in the § 291 (3) 3) of the CCP is questionable, since such an opportunity is

guaranteed to the defendant in criminal proceedings in any event regardless of mentioning it in § 291 (3) of the CCP. In terms of the additional conditions mentioned in the § 291 (3) of the CCP the placement of § 291 (3) 2) in subsection (3) can be considered inaccurate, since, compared to the other conditions, it does not provide the defendant with any additional procedural guarantees. It is important to note, that the conditions described in § 291 (3) of the CCP must also be met in the case where the pre-trial interview was conducted by a competent authority of a foreign country as per § 291 (2) of the CCP.

Additionally, to the situations where cross-examination of a witness is not possible because the witness is unavailable, in United Kingdom the law also provides a separate condition to admit pre-trial witness testimony as evidence if it is in the interests of justice. The opportunity to admit pre-trial witness testimony in the interests of justice allows the court to admit evidence in a wide range of circumstances, and the absence of cross-examination of the witness is not a prerequisite. However, it is still possible to admit pre-trial witness testimony in the interests of justice instead of cross-examination e.g., when the witness refuses to testify in court or is unavailable for a good reason not previously mentioned. To the CCP, such a condition for the admission of pre-trial witness testimony is unfamiliar, but some of the elements relevant to admitting pre-trial witness statements in the interests of justice can also be found in the regulation of § 291 of the CCP. In addition, the law of the United Kingdom and the § 291¹ of the CCP also acknowledge a possibility of accepting pre-trial witness testimony when agreed by the parties, an opportunity which is based on procedural economy considerations.

All in all, it was established that the CCP guarantees the right to confrontation to a relatively extensive extent and imposes stricter requirements on the admission of pre-trial witness testimony compared to the ECtHR and the United Kingdom. However, as mentioned above such extensive restrictions to the admission of pre-trial witness testimony might not be justified to the full extent. At the same time, in the United States, where the right to confrontation is given much more importance than others, the admission of pre-trial witness testimony is extremely limited, i.e., the admission of pre-trial witness testimony, which is considered as a testimonial statement as it is given to the investigative authority, is almost completely excluded without providing the defendant with the opportunity to cross-examine the witness.

LÜHENDID

| | |
|----------|--|
| CJA 2003 | Criminal Justice Act 2003 |
| EIK | Euroopa Inimõiguste Kohus |
| EIKo | Euroopa Inimõiguste Kohtu otsus |
| EIÕK | Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon |
| FRE | Federal Rules of Evidence |
| KarS | Karistusseadustik |
| KrMS | Kriminaalmenetluse seadustik |
| RKKKo | Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus |
| TlnRnKo | Tallinna Ringkonnakohtu otsus |
| TrtRnKo | Tartu Ringkonnakohtu otsus |
| TTKS | Tervishoiuteenuste korraldamise seadus |

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Abipolitseiniku seaduse ja teiste seaduste muutmise seaduse (COVID-19 haigust põhjustava viiruse SARS-Cov-2 levikuga seotud meetmed) 170 SE seletuskiri.
2. Ambos, K. jt (koost). *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*. Cambridge: Cambridge University Press 2022.
3. Dennis, I. H. *The Law of Evidence*. Fifth Edition. London: Sweet & Maxwell 2013.
4. Edge, R., Mills, A. (koost). *Evidence*. 18th Edition. Oxford: Oxford University Press 2016.
5. Epstein, J. *Cross-Examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and At Risk*. – *Widener Law Review* 2009/14, No. 2.
6. Field, S. *Fair Trials and Procedural Tradition in Europe*. – *Oxford Journal of Legal Studies* 2009/29, No. 2.
7. Friedman, R. D. “Face to Face”: Rediscovering the Right to Confront Prosecution Witnesses. – *International Journal of Evidence & Proof* 2004/8, No. 1.
8. Gallacher, I. *Swear Not at All: Time to Abandon the Testimonial Oath*. – *New England Law Review* 2018/52.
9. Gravett, W. H. *Spotting the Liar in the Witness Box – How Valuable is Demeanour Evidence Really*. – *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law* 2018/81, No. 1.
10. Haworth, K. *Tapes, Transcripts and Trials: The Routine Contamination of Police Interview Evidence*. – *International Journal of Evidence & Proof* 2018/22, No. 4.
11. Heaton-Armstrong, A. jt (koost). *Witness Testimony. Psychological, Investigative and Evidential Perspectives*. Oxford: Oxford University Press 2010.
12. Henderson, E. *Best Evidence of Best Interests? What Does the Case Law Say About the Function of Criminal Cross-Examination?* – *International Journal of Evidence & Proof* 2016/20, No. 3.
13. Hirvelä, P., Heikkilä, S. *Right to a Fair Trial. A Practical Guide to the Article 6 Case-Law of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Intersentia 2021.
14. Jackson, J. D., Summers, S. J. *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press.
15. Kangur, A. *Kohtuvälised avaldused tõendina kriminaalkohtumenetluses*. – *Juridica* 2011/8.

16. Karsai, L. I. In Fear for Her Life: How Applying the Forfeiture by Wrongdoing Doctrine to Shield Witnesses Identities Could Leave Endangered Witnesses Out in the Cold. – *Virginia Journal of Social Policy & the Law* 2012/19, No. 3.
17. Karsai, L. I. You Can't Give My Name: Rethinking Witness Anonymity in Light of the United States and British Experience. – *Tennessee Law Review* 2011/79, No. 1.
18. Kergandberg, E. Eesti kriminaalmenetlus: mõned rindeteated. – *Juridica* 2013/4.
19. Kergandberg, E. Konkureeriv arvamus Riigikohtu kriminaalkolleegiumi poolt 18. veebruaril 2013 kohtuasjas 3-1-1-89-12 tehtud otsuse juurde.
20. Kergandberg, E., Pikamäe, P. (koost). Kriminaalmenetluse seadustik. Komm vlj. Tallinn: Juura 2012.
21. Kõve, V. jt. (koost). Tsviilkohtumenetluse seadustik I. Komm vlj. Tallinn: Juura 2017.
22. Kõve, V. Ülevaade kohtukorralduse, õigusemõistmise ja seaduste ühetaolise kohaldamise kohta. Riigikohus 2023. – <https://www.riigikohus.ee/et/oigusalased-materjalid/avalikud-esinemised-ja-artiklid> (28.04.2024).
23. Kriminaalmenetluse seadustiku ja väärteomenetluse seadustiku muutmise seaduse 367 SE seletuskiri.
24. Kriminaalmenetluse seadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse 599 SE seletuskiri.
25. Kurm, M. Tõendite kogumisel dubleerimise vältimine kohtu- ja kohtueelses menetluses. Justiitsministeerium 2016. – <https://www.just.ee/oigusloome-arendamine/kriminaalmenetlusoiguse-revisjon> (28.04.2024).
26. Lõhmus, U. Põhiõigused kriminaalmenetluses. Tallinn: Juura 2019.
27. Lõhmus, U. Süüdistatava põhiõigus küsitleda tunnistajaid. – *Juridica* 2013/5.
28. Maffei, S. The Right to Confrontation in Europe. Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses. Groningen: Europa Law Publishing.
29. Massaro, T. M. The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations. – *University of Florida Law Review* 1988/40.
30. McKimmie, B. M., Masser, B. M., Bongiorno, R. Looking Shifty but Telling the Truth: The Effect of Witness Demeanour on Mock Jurors' Perceptions. – *Psychiatry, Psychology and Law* 2014/21, No. 2.
31. Melk, S. Ütluste deponeerimine tõendite tagamise meetmena võistlevas kriminaalmenetluses. Magistritöö. Juhendajad Heili Sepp, Heino Tõnismägi. Tallinn: Tartu Ülikool 2012.

32. Menetluskonverents: Kohtumenetlused muutuvast ajast: mis jääb ja mis muutub? 12.-13. oktoobril 2023. a Tallinnas. 20 aastat kriminaalmenetluste seadustikku: kas see, mis tõi meid siia, viib meid ka edasi? – <https://menetluskonverents2023.ee> (28.04.2024).
33. Milne, R., Shaw, G. Obtaining Witness Statements: The Psychology, Best Practice and Proposals for Innovation. – *Medicine, Science and the Law* 1999/39.
34. Qureshi, A. M. Relying on Demeanour Evidence to Assess Credibility During Trial: A Critical Examination. – *Criminal Law Quarterly* 2014/61.
35. Requa, M. Absent Witnesses and the UK Supreme Court: Judicial Deference as Judicial Dialogue? – *International Journal of Evidence & Proof* 2010/14, No. 3.
36. Roberts, P., Zuckerman, A. *Criminal Evidence*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press 2012.
37. Ruebner, R., Goryunov, E. Giles v. California: Sixth Amendment Confrontation Right, Forfeiture by Wrongdoing, and a Misguided Departure from the Common Law and the Constitution. – *University of Toledo Law Review* 2009/40, No. 3.
38. Rysavy, D. L. The Unavailability Requirements of Rule 804 (a) of the Federal Rules of Evidence. – *North Dakota Law Review* 1979/56, No. 3.
39. Sagana, A., Sauerland, M., Merckelbach, H. Witnesses' Failure to Detect Covert Manipulations in their Written Statements. – *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* 2017/14, No. 3.
40. Schwikkard, P. J. Does Cross-Examination Enhance Accurate Fact-Finding. – *South African Law Journal* 2019/136, No. 1.
41. Sepp, H. Varasemad teistsugused ütused tõendina võistlevas menetluses. Kriminaalmenetluste seadustiku, common law ja Strasbourgi kohtu praktika võrdlus. – *Juridica* 2011/8.
42. Sewrattan, C. Lost in Translation: The Difference between the Hearsay Rule's Historical Rationale and Practical Application. – *Manitoba Law Journal* 2019/42, No. 4.
43. Sheley, E. The Dignitary Confrontation Clause. – *Washington Law Review* 2022/97.
44. Spencer, J. R. Adversarial vs Inquisitorial Systems: Is There Still Such a Difference? – *The International Journal of Human Rights* 2016/20, No. 5.
45. Spottswood, M. Truth, Lies and the Confrontation Clause. – *University of Colorado Law Review* 2018/89.
46. Stockdale, M., Piasecki, E. The Safety-Valve: Discretion to Admit Hearsay Evidence in Criminal Proceedings. – *Journal of Criminal Law* 2012/76, No. 4.

47. Welsh, L., Skinnis, L., Sanders, A. Sanders and Young's Criminal Justice. Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press 2021.
48. Westera, N. J., Kebbell, M., Milne, R. Interviewing Witnesses: Do Investigative and Evidential Requirements Concur? – The British Journal of Forensic Practice 2011/13, No. 2.
49. Wigmore, J. H. Evidence in Trials at Common Law. Fifth Edition. Boston: Little, Brown 1974 (viidatud: Dennis, I. H. The Law of Evidence. Fifth Edition. London: Sweet & Maxwell 2013, lk 680).

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

Eesti õigusaktid

50. Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. – RT II 2010, 14, 54.
51. Karistusseadustik. – RT I, 06.07.2023, 40.
52. Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 22.03.2024, 4.
53. Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 23.02.2011, 45.
54. Tervishoiuteenuste korraldamise seadus. – RT I, 11.03.2023, 93.
55. Tervishoiuteenuste korraldamise seadus. – RT I, 2006, 58, 439.
56. Tunnistajakaitse seadus. – RT I, 29.06.2012, 46.

Välisriigi õigusaktid

57. Criminal Justice Act 2003.
58. Federal Rules of Evidence.
59. Sixth Amendment to the United States Constitution.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

Riigikohtu lahendid

60. RKKKo 1-16-7179.
61. RKKKo 1-17-11773.
62. RKKKo 1-18-437.

63. RKKKo 1-21-7406.
64. RKKKo 3-1-1-113-06.
65. RKKKo 3-1-1-125-06.
66. RKKKo 3-1-1-24-13.
67. RKKKo 3-1-1-41-13.
68. RKKKo 3-1-1-45-07.
69. RKKKo 3-1-1-45-07.
70. RKKKo 3-1-1-52-09.
71. RKKKo 3-1-1-62-07.
72. RKKKo 3-1-1-67-10.
73. RKKKo 3-1-1-78-11.
74. RKKKo 3-1-1-86-12.
75. RKKKo 3-1-1-89-12.
76. RKKKo 3-1-1-90-14.

Ringkonnakohtute lahendid

77. TlnRnKo 1-19-9123.
78. TlnRnKo 1-20-1208.
79. TrtRnKo 1-07-13652.
80. TrtRnKo 1-09-14860.
81. TrtRnKo 1-09-17878.
82. TrtRnKo 1-09-21877.
83. TrtRnKo 1-14-10779.
84. TrtRnKo 1-18-3710.
85. TrtRnKo 1-19-10088.
86. TrtRnKo 1-19-9635.

Euroopa Inimõiguste Kohtu lahendid

87. EIKo 10857/84, *Bricmont vs. Belgia*.
88. EIKo 11454/85, *Kostovski vs. Holland*.
89. EIKo 1413/05, *Damir Sibgatullin vs. Venemaa*.
90. EIKo 18027/05, *Štefančič vs. Sloveenia*.

91. EIKo 18114/02, *Hermi vs. Itaalia*.
92. EIKo 20524/92, *Doorson vs. Holland*.
93. EIKo 2257/12, *Zadumov vs. Venemaa*.
94. EIKo 23880/05, *Salikhov vs. Venemaa*.
95. EIKo 26766/05 ja 22228/06, *Al-Khawaja ja Tahery vs. Ühendkuningriigid*.
96. EIKo 30900/02, *Jones vs. Ühendkuningriigid*.
97. EIKo 31076/96, *Wester vs. Rootsi*.
98. EIKo 31700/96, *Trivedi vs. Ühendkuningriigid*.
99. EIKo 33354/96, *Lucá vs. Itaalia*.
100. EIKo 34209/96, *S. N. vs. Rootsi*.
101. EIKo 39481/98, *Mild ja Virtanen vs. Soome*.
102. EIKo 41461/02, *Vladimir Romanov vs. Venemaa*.
103. EIKo 47082/12, *Paić vs. Horvaatia*.
104. EIKo 47986/99, *Gossa vs. Poola*.
105. EIKo 5699/11, *Lučić vs. Horvaatia*.
106. EIKo 59549/12, *N.K. vs. Saksamaa*.
107. EIKo 6293/04, *Mirilashvili vs. Venemaa*.
108. EIKo 8088/05, *Gabrielyan vs. Armeenia*.
109. EIKo 9154/10, *Schatschaschwili vs. Saksamaa*.

Ühendkuningriikide kohtulahendid

110. *R. v. Adams (Ishmael)*, [2007] EWCA Crim 3025.
111. *R. v. Castillo (Luis Angel)*, [1995] 10 WLUK 362.
112. *R. v. Davies (Anita Elizabeth)*, [2007] EWCA Crim 2643.
113. *R. v. Doherty (Michael Patrick)*, [2006] EWCA Crim 2716.
114. *R. v. Ferdinand (Sean)*, [2014] EWCA Crim. 1243.
115. *R. v. French (Lee Ernest)*, [1993] 3 WLUK 235.
116. *R. v. H (Witness Reprisals)*, [2001] 6 WLUK 311.
117. *R. v. L.*, [2008] EWCA Crim 973.
118. *R. v. Maloney*, [1993] 12 WLUK 216.
119. *R. v. Riat (Jaspal)*, [2012] EWCA Crim 1509.
120. *R. v. Setz-Dempsey (Jonathan Patrick)*, [1994] Crim. L.R. 123.
121. *R. v. Shabir (Mohammed Haness)*, [2012] EWCA Crim 2564.

122. *R. v. Taylor (Stuart)*, [2006] EWCA Crim 260.

Ameerika Ühendriikide kohtulahendid

123. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

124. *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006).

125. *Giles v. California*, 554 U.S. 353 (2008).

126. *Hammon v. Indiana*, 547 U.S. 813 (2006).