

Aki Rasilainen

Korkeimman oikeuden näyttöprejudikaatit ja vapaa todistusharkinta

Lakimies
1/2023
s. 53–76**HAKUSANAT:** todistusharkinta, todistusteoria, näyttökynnys

1. Aluksi

Haettaessa Finlexistä ennakkopäätöksiä asiasanalla ”näytön arviointi” tuloksissa näkyy vanhimpana ratkaisuna KKO 2013:96. Tämä jäljempänä tarkemmin käsiteltävä ratkaisu muodostui suomalaisen todistusoikeuden kannalta käännteentekeväksi erityisesti seksuaalirikosten näytön arvioinnissa. Sen jälkeen näytön arvioinnista on annettu lähes 30 ennakkopäätöstä.

Korkeimman oikeuden verkkosivuilla todetaan: ”Korkeimman oikeuden keskeisin tehtävä on antaa ennakkopäätöksiä sellaisista kysymyksistä, joihin laki ei anna selvää vastausta. Ennakkopäätöksillä annetaan oikeusohjeita tulevien vastaavanlaisten oikeusriitojen varalle ja pyritään varmistamaan, että tuomioistuimet eri puolilla maata tulkitsevat lakia samalla tavalla.”

Näytön arvioinnista säädetään oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) 17 luvun 1 §:ssä, jonka mukaan tuomioistuimen on perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo vapaalla todistusharkinnalla, jollei laissa toisin säädetä.

Tästä herää kysymys, eikö laissa siten jo ole varsin selvästi vastattu kysymykseen näytön arvioinnista niin, että näyttöä on arvioitava vapaalla todistusharkinnalla, ja eikö oikeusohjeiden antaminen siitä tuomarin harkintavallan rajoittamiseksi ole silloin suorastaan lainvastaista. Tällaisia oikeusohjeita sisältyy erityisesti edellä mainitun ennakkopäätöksen lisäksi myös seksuaalirikosta koskevaan ratkaisuun KKO 2021:5.

Tätä ilmiötä ja kehityssuuntaa on syytä arvioida tarkemmin. Seuraavassa se tapahtuu sijoittamalla ilmiö ensin prosessioikeuden historiaan, koska lainkäyttäjän harkintavallan rajoittaminen oikeussäännöllä kuului olennaisena osana pitkään traditionaalliseen legaaliseen todistusteoriaan. Sen jälkeen ar-

* *Aki Rasilainen*, OTT, VTL, dosentti, Turun yliopisto; hovioikeudenneuvos, Itä-Suomen hovioikeus. Kiitän kirjoitusta koskevista arvokkaista kommentteista lukuisia kollegoita ja erityisesti hovioikeudenneuvos, osaston johtaja Petteri Korhosta, hovioikeudenneuvos Harri Tuhkasta ja asessori Antti Santarantaa.

vioitavana on vapaan ja legaalisen todistusharkinnan asema oman aikamme todistusteoriassa.

Oikeudenkäymiskaaren vasta vuonna 1948 säädetty vapaa todistusteoria on legaaliseen todistusteoriaan nähden varsin uusi Ranskan vallankumouksesta vuodelta 1789 peräisin oleva oppi. Sitä on edelleen hyvä puolustaa argumentein, joilla Suomessakin legaalista todistusteoriaa kyseenalaistettiin jo 1800-luvulla. Historia auttaa usein oman aikamme ilmiöiden ymmärtämisessä oikein. Vapaasta todistusharkinnasta kertovista varsin vanhoista oikeuslähteistä on hyödyllistä palauttaa mieliin, miksi vapaaseen todistusharkintaan päädyttiin ja miksi se on tärkeä periaate oikeudenkäyntiin osallisten ihmisten yksilöllisen kohtelun takeena oikeusvaltiossa. Kaikista tällaisista mitä perustelluimmistakin uudistuspyrkimyksistä huolimatta menneisyyden lainsäätäjien uudistusta edeltäneet käsitykset voivat elää edelleen traditiona oman aikamme ajattelu- ja toimintatavoissa. Tästäkin nyt käsiteltävä ilmiö osaltaan todistaa.

2. Legaalinen ja vapaa todistusteoria

Katolisen kirkon kanonisesta oikeudesta peräisin olevan legaalisen todistusteorian avulla maallisetkin hallitsijat pyrkivät keskiajan manner-Euroopassa kytkeään paikallisyhteisöjä keskusvallan kontrolliin. Totuus oli aivan liian arvokas asia jätettäväksi paikallisyhteisöissä mahdollisesti harjoitettavan mielivallan kohteeksi. Siksi todistelun harkintaa lainkäytössä oli rajoitettava lakiin kirjoitetuilla kiinteillä säännöillä.

Näin tapahtui myös Ruotsissa. Vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 29 §:n mukaan kaksi todistajaa oli täysi näyttö mutta yksi vain puoli näyttöä: ”Tu vittnen äro fullt bevis, ther i the sammanstemma. Ett vittne om sjelfva mälet gälle ej än för halft bevis.” Myös tunnustus oli täysi näyttö. Todistajilla tarkoitettiin jäävittämiä silminnäkijätodistajia, joiden lausuntojen oli oltava olennaisilta osiltaan yhtäpitäviä. Kolmas kategoria oli ”enemmän kuin puoli näyttöä”. Se tarkoitti yhtä todistajaa ja indisioita. Langettava tuomio edellytti täyttä näyttöä.¹

Näyttökynnys oli siis äärimmäisen korkea. Sillä haluttiin estää väärät langettavat tuomiot. Kääntöpuolena riski vääristä vapauttavista tuomioista kasvoi

1. Heikki Pihlajamäki, Evidence, Crime, and the Legal Profession. The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure. Skrifter utgivna av Institutet för rätthistorisk forskning, Serien 1. Rätthistoriskt bibliotek 54. Bandet 1997, s. 79. Ks. myös Heikki Pihlajamäki, Legaalinen todistusteoria Suomessa – mitä se oli? Lakimies 5/1994, s. 607–626.

suureksi. Sitä koetettiin hallita varaventiileillä: Jos näyttöä oli enemmän kuin puolet täydestä, vastaaja ei voinut selvitä kokonaan seuraamuksitta, koska sellainen olisi herättänyt yleisössä vihaa ja houkutellut muitakin rikoksentelemaan. Vastaajaa tuomittiin silloin joko tunnustusvankeuteen odottamaan mielenmuutosta tunnustuksen suhteen tai asia jäi edelleen vireille odottamaan näytön täydentymistä. Jos näyttö jäi alle puolenkin näytön, tuomio oli vapauttava, mutta ei kuitenkaan kaikesta epäilystä. Lopputulokseksi todettiin nimenomaisesti, ettei vastaajaa epäilyistä huolimatta voitu tuomita.²

Pihlajamäen tulkinnan mukaan Ruotsissa legaalinen todistusteoria omakuttiin keskieuropalaisiin sofistikoituihin sovelluksiin verrattuna hyvin karkeassa muodossa. Lakiin kirjoitettujen sääntöjen tuli olla helposti ymmärrettäviä peukalosääntöjä, jotta täällä tuomareina toimivat maallikotkin osaisivat niitä käyttää.³

Vapaa todistusteoria syntyi eteläeurooppalaisten 1700-luvun valistusajatelijoiden reaktiona epäluuloon *ancien régime* tuomareiden päätöksenteon yhteydestä absolutistisen yksinvaltiaan tahtoon. Todisteiden vapaan harkinnan tuli olla osa oikeudenkäynnin julkisuuden, suullisuuden ja välittömyyden vaatimuksia. Ranskan vallankumouksessa tämä vapaa harkintavalta haluttiin uskoa vapaista veroa maksavista kansalaisista valitun juryn tehtäväksi. Sitä ei ollut juridisella koulutuksella pilattu. Totuuden uskottiin olevan saavutettavissa intuitiivisesti välittömällä kokemuksella yhdessä kaikkien juryn jäsenten luonnollisten aistien ja älyn kyvyillä. Tällainen tosiasioiden olemassaolon välittömästi kokeva tuomio (*l'intime conviction*) ei kaivannut perusteluja tuekseen eikä oikeutta muutoksenhakuun.⁴

Kun Ranskassa vapaa todistusteoria syntyi osana vallankumouksellista liikehdintää yksinvaltan kaatamiseksi, sen reseptio Saksassa kytkeytyi klassisen rikosoikeuskoulukunnan oppeihin. Legaalisen todistusteorian säännöillä saattoi operoida rikoksen ulkoisesti havaittavalla objektiivisella puolella, mutta se oli aivan riittämätön, kun ryhdyttiin arvioimaan rikoksen subjektiivista puolta, kysymystä rikoksentelejä tahallisuudesta ja sen eri asteista. Silminnäkijätodistajat eivät voineet kertoa rikoksentelejä mielenliikkeistä, vaan sen arvioimiseksi tarvittiin tämän tahdon suuntautumisesta kertovia indisioita, joiden merkitystä tuli voida arvioida vapaasti.

Tämä oli osa yksilön vapauteen tähtäävän liberalismien poliittista ohjelmaa. Jos yksilöllä oli vapaa tahto, oikeus ilmaista mielipiteensä ja hankkia elantonsa haluamallaan tavalla, hän oli myös henkilökohtaisessa vastuussa teoistaan. Hänen käyttäytymistään ja siitä vastaanotettua todistelua ei voitu enää arvioida

2. Pihlajamäki 1997, s. 79, 102.

3. Pihlajamäki 1997, s. 64–65, 86–87, 95.

4. Pihlajamäki 1997, s. 105–113.

yleispätevillä säännöillä, vaan hänen syyllisyytensä ja siitä esitetty näyttö oli käsiteltävä yksilöllisesti (”Individualisierung der Fallbehandlung”).⁵

Suomessakin legaalinen todistusteoria joutui oikeusoppineiden kritiikin kohteeksi viimeistään 1800-luvun loppupuolella. Sen mukaan yksittäisen asian ratkaisemiseen nähden ennalta laaditut säännöt asiassa esitetyn todistelun arvioinnista sisälsivät epäluottamuksen tuomarikuntaan kohtaan ja estivät pääsyn varmuuteen totuudesta juuri siinä asiassa. *Robert Montgomery* kirjoitti vuonna 1880: ”På hvarje område för menskligt vetande, der det gäller att komma till visshet om ett sakhållandes tillvaro samt om dess beskaffenhet, kan denna visshet om sanningen endast vara en frukt deraf att först skäl för och emot i möjligaste fullständigt bringas i dagen samt sedan att dessa skäl och omständigheter finna en pröfning, fri från hvarje förut fattad åsigt om saken.”⁶

Oikeuskäytännössä legaalista todistusteoriasta oli luovuttu jo 1800-luvun puolivälistä alkaen. Vapaaseen todistusharkintaan siirtyivät Suomessa ensin alioikeudet. Muutos koski erityisesti välillisen todistelun eli indisioiden itseenäistä näyttöarvoa. Maamme prosessioikeuden perustaja *R. A. Wrede* saattoikin vuonna 1894 todeta, että aikaisempaa vapaamman todistusharkinnan myötä välilliselle todistelulle oli vähitellen ryhdytty antamaan samanlainen todistusvoima kuin välittömälle. Näin oli tapahtunut erityisesti rikosprosessissa, jossa indisiolla oli suuri merkitys. Ne saattoivat jopa vakavimmissa rikoksissa muodostaa yksinäänkin syyksilukevan näytön, ainakin jos välitön todistelu osoitti teon todella tapahtuneeksi.⁷

Vuoden 1734 lain mukaan tunnustus oli pääsääntöisesti täysi näyttö. Wreden mielestä ne syyt, joiden vuoksi syytetty saattoi antaa väärän tunnustuksen, olivat niin moninaisia, että niitä voitiin arvioida oikein ainoastaan tapauskohtaisesti. Siksi sitä koskeva kiinteä oikeussääntö saattoi vain estää tuomaria antamasta jokaisessa tapauksessa erikseen tunnustukselle sitä arvoa, jonka se juuri siinä tapauksessa ansaitsi.⁸

Siirtyä legaalista todistusteoriasta vapaaseen todistusharkintaan ei kuitenkaan merkinnyt vallankumouksellista muutosta. Historiassa muutokset ja uudistukset ovat ylipäättään tradition kannattelemia. Menneisyys on läsnä omassa ajassamme traditiona, jossa olemme hyväksyneet ainakin joitakin keskeisiä menneisyyden toiminta- ja ajattelutapoja omaksemme niitä kyseenalaisittamatta. Vapaaseen todistusteoriaan siirryttäessä lakiin kirjoitetut säännöt eivät Wreden mukaan menettäneet kaikkea merkitystään. Vaikka ne menettivät sitovan vaikutuksensa, ne säilyivät tuomarin lainkäytössä kokemussääntöinä

5. Pihlajamäki 1997, s. 128–130.

6. Pihlajamäki 1997, s. 153 viite 46 (kursivointi kirjoittajan).

7. Rabbe Axel Wrede, Grunddragen af bevisrätten enligt gällande lag. Söderström & Co 1894, s. 251.

8. Wrede 1894, s. 106–108.

(erfarenhetsatser) mutta eivät kuitenkaan enää sitoneet tuomarin harkintaa. Myös Ruotsissa ja Saksassa vapaaseen todistusharkintaan siirryttiin selittämällä lain määräykset todistusharkinnasta oikeusohjeiden asemesta kokemussäännöiksi. Vapaa todistusharkinta ei tarkoittanut mielivaltaa eikä subjektiivisten vaikutelmien ylivaltaa. Niitä kontrolloitiin edellyttämällä tuomioon kuuluvaksi sen lopputuloksen perustelut.⁹

3. Kokemussäännöt ja oikeussäännöt

Määritelmänomaisesti kokemussääntö lausuu tai sisältää oletuksen kahden tosi-seikan välisestä riippuvuussuhteesta. Ilmiön A olemassaolosta voidaan päätellä, että myös ilmiö B on olemassa.¹⁰

Ihmiskunnan olemassaolo ja kehitys perustuvat ainutlaatuiseen kykyyn pää-tellä tosiasioista toisia tosiasioita. Ilman tätä kykyä emme selviäisi edes modernin elämämme arkipäiväisistä askareistamme. Kokemussäännöt ovat ymmärryksen välineitä. Tiedämme, että veden jäätyminen johtuu ilman lämpötilan laskemi-sesta alle 0 celsiusasteen. Tämä perustuu fysikaaliseen lainalaisuuteen, jota kos-kevat säännöt ovat yksi kokemussääntöjen tyyppi. Elämänkokemus on sitä ylei-sempi kokemussääntöjen lähde, joka ohjaa kulkemaan varovasti liukkailla teillä, vaikkei termodynamiikkaa niin tuntisikaan. Kokemussääntöjen noudattaminen on ihmisen käyttäytymiselle siinä määrin luonteenomaista, että se useimmiten tapahtuu asiaa lainkaan tiedostamatta.

Näin käy ymmärrettäväksi, että todistusharkinta on mitä selvimmin koke-mussääntöjen soveltamista, koska siinä arvioidaan ihmisen käyttäytymistä todis-telusta ilmenevien seikkojen perusteella. Todistustositseikka, kuten rikospaikalta taltioitu vastaajan yksilöllinen DNA-tunniste, osoittaa suureen esiintymistoden-näköisyyteen perustuvan kokemussäännön välityksellä todeksi todistusteeman vastaajan oleskelusta rikospaikalla. Sen sijaan lääketieteellinen kokemussääntö määrätystä vammamekanismista voi edellyttää erisuuntaista asiantuntijatodis-telua sen soveltumisesta juuri kantajan vammaan.

Lakia puolestaan sovelletaan todistusharkinnassa olemassa oleviksi arvioi-tuihin tosiseikkoihin. Todistusharkinnan ja lain soveltamisen välistä eroa ei tule tarpeettomasti hämärtää. Laillisilla todistelukeinoilla esitettyjen todistus-tositseikkojen näyttöarvon punninta ei ole vapaassa todistusharkinnassa lain vaan kokemussääntöjen soveltamista. Jossain asiassa sovellettu kokemussääntö

9. Wrede 1894, s. 14–16 ja Jaakko Jonkka, Todistusharkinnasta. Lakimiesliiton Kustannus 1993, s. 50.

10. Jonkka 1993, s. 39.

ei välttämättä johda samanlaiseen ratkaisuun jossakin toisessa asiassa – kuten lain soveltamisessa on määrä tapahtua – koska todistustositseikat juttujen välillä eivät koskaan ole samat.

Lain soveltamisessa määrätty tositseikat saavat laissa säädettyinä tunnusmerkistöinä oikeustositseikkojen aseman ja sellaisina ne voivat esiintyä eri tapauksissa samanlaisina, jolloin lakia on myös sovellettava niihin samalla tavalla. Tähän perustuu lainkäytön yhdenmukaisuus. Lain soveltaminen on siis yleistä ja universaalialia. Vaikka kokemussäännöt ovat samalla tavalla yleisiä, niiden soveltaminen on tapauskohtaista ja yksilöllistä. Niiden soveltaminen ei voi eikä saa olla yhdenmukaista eri jutuissa. Käytämme kokemussääntöjä ymmärtääksemme juuri käsillä olevan tapauksen tositseikkojen merkityksen oikein omassa ainutlaatuisuudessaan. Oikeussääntöä sovelletaan toistuvasti samalla tavalla. Kokemussäännön käyttö on puolestaan kertaluonteista, koska sen soveltuvuus nimenomaisesti käsillä olevaan tapaukseen on harkittava joka kerta uudestaan.

Legaalilla todistusteoriolla haluttiin aikanaan vahvistaa laiksi kokemussääntö, jonka mukaan täysi näyttö eli kahden todistajan yhtäpitävä kertomus on varmempi totuuden lähde kuin puoli näyttöä eli yhden todistajan kertomus. Täyttä näyttöä koskeva vuoden 1734 sääntelyn vaatimus kahden jäävittömän todistajan havainnosta pyrki varmistamaan tuomarin edellytykset saada syytetyn teosta mahdollisimman luotettavaa tietoa ja ohjeistamaan, miten tämän tiedon oikeellisuudesta voi prosessiekonomiä säilyttäen mahdollisimman hyvin varmistua.

Tämä legaalisen todistusteorian pääsääntö vastaa tieteenfilosofiassa esiintyvää vaatimusta tiedon intersubjektiivisesta testattavuudesta. Subjektiivisuudesta vapaan objektiivisen ja toden havainnon oletetaan näyttäytyvän samanlaisena muillekin subjekteille. Siksi tieteelliset artikkelit yleensä tarkastutetaan kahdella vertaisarvioitsijalla, joiden henkilöllisyyttä ei paljasteta kirjoittajalle ja joille kirjoittajan henkilöllisyys jää niin ikään tuntemattomaksi.

Suomalaisen historian tutkimuksen metodiopin aikansa klassikossa vuodelta 1965 asetettiin historiallisen päättelyn peruseriaatteenksi kahden yhtäpitävän lähteen sääntö: ”Kahden ensi käden lähteessä olevan yhtäpitävän tiedon todenmukaisuus on sitä suurempi, mitä enemmän näiden lähteiden tehtävät ja niiden pohjana olevat pyrkimykset ja katsomukset poikkeavat toisistaan kerrotun asian kannalta”.¹¹

Sääntö kahden yhtäpitävän todistajan havainnosta sen oikeellisuuden varmistajana kuuluu siis hyvin vahvasti edelleen yleisinhimilliseen kokemussääntövarantoomme. Säännön avulla olemme tottuneet arvioimaan minkä tahansa tiedon luotettavuutta, vaikka se ei enää ole oikeusohjeena velvoittava.

Kokemussäännöt eivät siis arvota eivätkä velvoita, vaan ne selittävät tositseikkoja ja niiden välisiä yhteyksiä. Oikeussääntö velvoittaa asettamaan määrätyn oikeustositseikaston seurauksen samanlaiseksi kaikissa vastaavissa tapauksissa.

11. Pentti Renvall, *Nykyajan historian tutkimus*. WSOY 1983, s. 220–221.

Kokemussääntö ei aseta oikeudellisia seuraamuksia vaan antaa selityksen, miten määrätty tosiseikasto on ymmärrettävä esimerkiksi lääke- tai luonnontieteellisenä syy- ja seuraussuhteena. Puolestaan ihmisen käyttäytymisen tahallisuuden ja tuottamuksen arvioinnissa kokemussäännöt kertovat siitä, miten ihminen yleensä käyttäytyy ja reagoi sellaisessa tapahtumainkulussa, josta juuri käsillä olevassa jutussa on kyse. Kokemussäännöillä ei ole normatiivista ulottuvuutta.

Kokemussäännön soveltaminen perustuu siis konkretisointiin. Mitä enemmän opimme tietämään tapauksen yksityiskohtia, jotka kaikki ovat meille ennestään tuntemattomia, sitä todennäköisempää oikean kokemussäännön löytäminen on. Sen sijaan lain soveltaminen perustuu abstrahointiin. Mitä paremmin tapauksen yksityiskohdat ovat käsitteellistettävissä ja tunnistettavissa kuuluviksi johonkin ennestään tuntemaamme normatiiviseen kategoriaan, sitä todennäköisempää oikean oikeusohjeen löytäminen on.

Kokemussääntöjen ja oikeusohjeiden erillään pitämiselle on siis olemassa hyvät perusteet. Kokemussäännöt, joiden avulla tulkitsemme toisia ihmisiä ja heidän käyttäytymistään, voivat niin halutessamme tunnustaa toiset ihmiset joko itsemme kaltaisiksi tai erilaisiksi suhteessa itsemme. Oikeusohjeilla ei ole tällaista ominaisuutta. Ne kohtelevat ihmisiä kaikkiin muihin nähden aina samanlaisina yksilöinä. Oikeusohjeissa ihmiset esiintyvät erilaisissa toisilleen vastakkaisia etuja kantavissa ryhmärooleissa, kuten asianomistajina ja vastaa-jina, työnantajina ja työntekijöinä tai elinkeinonharjoittajina ja kuluttajina. Oikeusohjeet vieroksuvat ihmisen yksilöllisyyttä ja hyväksyvät tämän ainoastaan ohjeilla muodostettujen ryhmien jäsenenä. Sellaisena tämän ei oleteta eroavan millään tavalla muista ryhmän jäsenistä, koska oikeusohjeessa kaikkia yhdistää samanlainen oikeusasema.

Näin voidaan ymmärtää, miksi kokemussääntöjen yleispätevä soveltaminen oikeusohjeiden tapaan voi olla vaarallista. Silloin niiden erottaminen ennakkoluuloista käy vaikeaksi. Meidän ei nimittäin tule luulla toisesta ihmisestä yksilönäkään mitään ennen kuin olemme oppineet hänet tuntemaan. Vaaralliseksi asia voi muuttua, jos luulemme yhdestä yksilöstä saamamme kokemuksen perusteella jotain kokonaisista ihmisryhmistä.

Oikeus ei saa tukea yhteiskuntaan väistämättä syntyviä ja ennakkoluuloihin perustuvia syrjiviä rakenteita. Isossa-Britanniassa havaittiin 1990-luvulla tällaisen rakenteen syntyneen oikeuteenkin. Common law -oikeudessa oli muodostunut käytäntö, jossa rikoskumppaneiden, seksuaalirikosten uhrien ja alaikäisten kertomusten näyttöarvo oli säännelty normaalia alemmaksi niin, että ne eivät ilman tukitodistelua riittäneet tuomioon. Tämä järjestelmä purettiin näitä ryhmiä syrjivänä.¹²

12. Ks. Jorma Rudanko, Oikeustapauskommentti KKO:2021:5. Lakimies 5/2021, s. 883 viite 12.

4. Ennakkopäätökset KKO 2013:96 ja KKO 2021:5

Alussa mainitussa ennakkopäätöksessä KKO 2013:96 otsikko on muotoiltu seuraavasti: ”Kysymys näytön arvioinnista pakottamista sukupuoliyhteyteen koskevassa rikosasiassa, jossa asianomistaja ja vastaaja olivat antaneet vastakkaiset kertomukset sen suhteen, oliko seksuaalinen kanssakäyminen perustunut pakottamiseen vai ollut vapaaehtoista.”

Ratkaisun kohdassa 6 todetaan:

”Näytön arviointi tuomioistuimessa perustuu oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 2 §:n mukaan vapaaseen todistusharkintaan. Näyttökysymykset vaihtelevat tapauksittain, eikä todisteiden arvottamisesta tai punnintamenetelmistä voida antaa kiinteitä ja kaavamaisia ohjeita. Yleisesti noudatettaviin periaatteisiin kuitenkin kuuluu muun muassa, että todisteita arvioidaan objektiivisesti, tasapuolisesti ja yleisten kokemussääntöjen mukaisesti ja myös yksilöidysti ennen kokonaisarvioinnin tekemistä. Jos syytteen tueksi on esitetty riittävää näyttöä, sen kestävyyttä on vielä tarkasteltava asiassa esitettyjen muiden mahdollisten tapahtumainkulkujen valossa. Näitä seikkoja on myös käsiteltävä tuomion perusteluissa.”

Tässä on varsin osuva luonnehdinta vapaan todistusharkinnan periaatteista ja tuomarin näytönharkinnan rakenteesta. Seuraavassa kohdassa (kohta 7) todetaan:

”Silloin kun väitetylle rikokselle ei ole ulkopuolisia todistajia tai kun teosta ei ole seurannut ulkoisesti havaittavia vammoja tai niitä ei ajan kulumisen seurauksena enää ole havaittavissa, näyttö perustuu suurelta osin asianosaisten kertomusten varaan. Riittävään varmuuteen rikoksesta ja vastaajan syyllisyydestä ei ainakaan yleensä voida päätyä vain sillä, että asianomistajan kertomus keskinäisessä vertailussa katsotaan uskottavammaksi kuin syytetyksen kertomus. Asianomistajan kertomuksen painoarvoa ei myöskään itsessään lisää se, että asianomistajalla, toisin kuin vastaajalla, on velvollisuus pysyä totuudessa. *Asianomistajan todentuntuinen ja vakuuttavakin kertomus tarvitsee virheettömyyden varmistamiseksi tuekseen välillistä näyttöä esimerkiksi väitetyn rikoksen jälkeisistä tapahtumista ja seurauksista* [kursivointi kirjoittajan].”

Edellä esitetyn perusteella kursivoitua viimeistä virkettä voidaan lukea kahdella eri tavalla. Voimassa olevan lain mukaisen vapaan todistusharkinnan kannalla olevan luennan mukaan se sisältäisi ainoastaan kokemussäännön siitä, että asianomistajan luotettavaksi arvioitu kertomus ja sen kanssa yhtäpitävä välillinen näyttö ovat yhdessä varmempaa ja vakuuttavampaa näyttöä kuin asianomistajan kertomus ilman tällaista välillistä näyttöä eli indisioita.

Legaalisen todistusteorian mukaisessa luennassa se sisältää sen sijaan oikeusohjeen, jonka mukaan todentuntuinenkaan ja vakuuttavakaan asianomistajan kertomus ei riitä syyksilukevaksi näytöksi. Sellaisenakin asianomistajan

kertomuksen tulee ilman sitä tukevia indisioita jäädä syyksilukemiseen riittä-mättömäksi ”puoleksi näytöksi”.

Tuomarit, syyttäjät ja oikeudenkäyntiavustajat ryhtyivätkin lukemaan sitä jälkimmäisellä tavalla. Tuomioissa ja valituskirjelmissä ylempiin oikeusastei-siin ryhdyttiin sen jälkeen väittämään hokemanomaisesti, ettei asianomistajan kertomus seksuaalirikoksissa yksin riitä, koska korkein oikeus olisi ratkaisullaan KKO 2013:96 antanut sellaisen oikeusohjeen.

Vaaran lähde oli tällä avattu, vaikka niin ei olisi tarkoitettukaan. Kyseisessä ratkaisussa KKO 2013:96 tätä kokemussääntöä ei nimittäin vielä kutsuttu oikeus-ohjeeksi. Sellainen se tietysti oli jo sillä perusteella, että se oli kirjoitettu julkais-tuun ennakkopäätökseen.¹³ Perusteluiden kohdassa 6 oleva muistutus vapaasta todistusharkinnasta jäi käytännön toimijoille korulauseeksi, jonka merkitys jäi hämäräksi ja vaikutti olevan suorastaan ristiriidassa perusteluiden kohdan 7 selkeän ohjeen kanssa. Kohdan 7 virke sen sijaan puhutteli oikeudenhoidon toi-mijoita roolista riippumatta, koska nimenomaan sen koettiin selkeästi ohjaavan ja sitä kautta tekevän vaikeiksi ja usein vastenmielisiksikin koettujen seksuaa-lirikosjuttujen ratkaisemisesta selvästi aikaisempaa helpompaa. Ennakkopäätös sai siksi ymmärrettävästi varsin myönteisen vastaanoton oikeudenhoidon toi-mijoiden piirissä. Syyttäjän tai tuomarin ei nimittäin tarvinnut enää arvioida pöydällä olevan juttunsa asianomistajan kertomusta nimenomaan sen jutun asianomistajan kertomana. Sen asemesta hän saattoi viitata ennakkopäätökseen, joka oikeusohjeelle ominaisella tavalla kehotti arvioimaan kaikkien asianomista-jien asemassa olevien yksilöiden kertomuksia samalla tavalla: Jos jutussa ei ollut välillistä todistelua, oli syyte jätettävä nostamatta tai hylättävä, vaikka asianomis-tajan kertomus olisi juuri siinä jutussa vaikuttanut kuinka uskottavalta tahansa. Uskottavanakaan sillä ei yksinään ollut mitään itsenäistä näyttöarvoa.

Korkein oikeus vahvisti kysymyksessä olevan nimenomaan oikeusohje eikä kokemussääntö ratkaisussa KKO 2021:5. Otsikon mukaan siinä oli kysymys syyksilukemiseen riittävän näytön arvioinnista törkeää lapsen seksuaalista hy-väksikäyttöä koskevassa asiassa, kun tekoaikana 8–9-vuotiaan lapsen kertomuk-sen tueksi ei ollut esitetty välillistä näyttöä. Otsikossa viitattiin tähän aikaisem-pan ratkaisuun.

13. Vanhastaan suomalaisessa oikeuslähdeopissa ainoastaan lailla on vahvasti velvoittavan oi-keuslähteen asema. Sen sijaan ennakkopäätöksillä on lainvalmisteluasiakirjojen tavoin ollut ainoastaan heikosti velvoittava asema. Ks. Aulis Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta. *Juridica* 1982, s. 94–96; Raimo Siltala, Prejudaateista ja tuomarin prejudaatti-ideologiasta. *Lakimies* 5/1999, s. 683 ja Mika Huovila, Periaatteet ja perustelut. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2003, s. 68. Käytännössä korkeimman oikeuden ennakkopäätöksellä on tosiasiallisesti tätä vahvempi asema alempien tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa. Jos jostakin kysymyksestä on annettu ennakkopäätös, ei sitä käytännössä kyseenalaisteta eikä ohiteta vaieten, vaikka sillä ei syyllis-tyisikään virkavirheeseen kuten lakia noudattamatta tapahtuisi.

Ratkaisun perusteluissa todetaan:

”Kuten Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2013:96 (kohta 7) todennut, luotettavakaan asianomistajan kertomus ei yleensä yksin voi riittää syyksilukevaan tuomioon. Vaikka asianomistajan kertomus olisi luotettava, vastaajan syyllisyydestä jää usein varteenotettava epäily, jos asianomistajan kertomuksen tueksi ei ole esitetty välillistä näyttöä. Ratkaisussa KKO 2013:96 lausuttua *oikeusohjetta* on sittemmin tulkittu muun ohessa seksuaalirikoksia koskeneissa ennakkopäätöksissä KKO 2013:97, KKO 2014:48 ja KKO 2019:54.”¹⁴

Korkein oikeus siis vahvasti oikeaksi aikaisemman ratkaisunsa legaalisen todistusteorian mukaisen luennan. Sen mukaan kyseistä oikeusohjetta oli sovellettu muissakin ennakkopäätöksissä. Kokonaan vapaasta todistusharkinnasta ei ollut silti luovuttu:

”Korkein oikeus toteaa, että *näytön arviointi on aina tapauskohtaista*. Korkeimman oikeuden edellä selostetuissa ratkaisuissa ei suljeta pois mahdollisuutta, että *asianomistajan kertomus voi joissakin tilanteissa ilman välillisen näytön tukeakin muodostaa riittävän vakuuttavan näytön syyksilukevaan tuomioon*. Tällöin asianomistajan kertomuksen luotettavuuden arvioinnin pitää olla tavanomaistakin huolellisempaa, ja *kertomuksen luotettavuus sekä virheettömyys tulisi kyetä varmistamaan muilla objektiivisesti arvioiden hyväksyttävillä kriteereillä*. Myös vastaajan mahdolliset vaihtoehdot selitykset on arvioitava huolellisesti siten, että vastaajan syyllisyydestä ei jää varteenotettavaa epäilyä [kursivoinnit kirjoittajan].”¹⁵

Jos näytön arviointi todellakin on korkeimman oikeudenkin toteamalla tavalla tapauskohtaista, on vaikea ymmärtää, miten siitä voidaan antaa oikeusohjeita, joita olisi noudatettava jossakin toisessa tapauksessa. Näytön arviointi ei ainoastaan ole tapauskohtaista, vaan sen myös pitää olla sitä tässä artikkelissa kerrotuista syistä. Viimeksi mainitussa ennakkopäätöksessään KKO 2021:5 korkein oikeus oli havainnut aikaisemmin antamaansa oikeusohjetta tulkitun liian ehdottomasti ja poikkeuksettomasti ja antoi siksi uuden, jonka mukaan asianomistajan kertomus voi sittenkin joissakin tilanteissa riittää syyksilukevaan tuomioon ilman välillisen näytön tukea. Tässä on edelleen se ongelma, että legaalisen todistusteorian mukaisessa luennassa oikeussääntö asianomistajan kertomuksen riittämättömyydestä olisi oikeusohjeena edelleen voimassa, vaikka se ei ole poikkeukseton.

Oikeudellisesti kysymys olisi enää siitä, milloin on noudatettava tätä näytön arvioinnin pääsääntöä ja milloin sitä koskevaa poikkeusta. Oikeusohje kehottaa noudattamaan poikkeusta vain, jos asianomistajan kertomuksen virheettömyys voidaan todeta ”objektiivisesti arvioiden hyväksyttävillä kriteereillä”.¹⁶ Voinemme

14. KKO 2021:5, kohta 95.

15. KKO 2021:5, kohta 96.

16. KKO 2021:5, kohta 96.

kokempohjaisesti lähteä siitä, että asianomistajat ovat kertojina yksilöitä, joilla on erilainen kyky kertoa uskottavasti todenmukaisistakin kokemuksistaan. Silloin oikeusohjeessa vaaditut objektiiviset kriteerit täyttää todennäköisemmin kertoja, jonka ominaisuuksiin kuuluu tällainen kyky. Tällä tavalla kyvykkään kertojan kertomus ei siten tarvitsisi tuekseen välillistä todistelua, jollaista taas vähemmän kyvykkään kertojan kertomus tarvitsisi. Tällainen ohje, jonka mukaan asianomistajat olisivat erilaisessa asemassa oikeudenkäynnissä ja näytön arvioinnissa henkilökohtaisten ominaisuuksiensa perusteella, vaikuttaa oikeusohjeena varsin pulmalliselta syrjivien oikeudellisten rakenteiden muodostumisen kannalta.

Samalainen syrjiviä rakenteita muodostava ongelma sisältyy ennakkopäätöksiin KKO 2021:44 ja KKO 2022:50. Niissä molemmissa oli päädytty hylkäämään syyte raiskauksesta, koska asianomistajan kertomuksen tueksi esitetty välillinen näyttö jäi vähäiseksi muun muassa siitä syystä, että asianomistajan psyykkistä oireilua saattoivat selittää muutkin kuin rikoksesta johtuneet syyt. Voidaan kysyä, onko sellainen asianomistaja, jolla ei ole ennen raiskausta ollut hoitokontaktia psyykkisistä syistä, asetettu näillä päätöksillä parempaan asemaan näytön arvioinnissa kuin kyseisten ratkaisujen asianomistajat. Tällä tavoin niihin on nimittäin käytännössä jo ryhdytty vetoamaan, koska niitä luetaan ja arvioidaan oikeusohjeiden tavoin.

Kysymys siitä, johtuuko asianomistajan oireilu seksuaalirikoksesta vai hänen jo ennen rikosta kärsimistään mielenterveyden häiriöistä, ei kuitenkaan ole oikeusohjeilla ratkaistavissa, vaan se on ratkaistava kuhunkin tapaukseen ja asianomistajaan erikseen soveltuvin kokemussäännöin. Näistä ennakkopäätöksistä ei saa johtua se, että asianomistaja mielletäisiin oikeusohjein asetetuksi erilaiseen asemaan näytön arvioinnissa sillä perusteella, onko tämä kärsinyt rikoksen tapahtuessa mielenterveyden häiriöistä vai ei. Näin varsinkin, kun seksuaalirikoksen uhriksi valikoituvat yleensä henkilöt, joilla tällaisia häiriöitä on.

Kun jatkamme tätä legaalisen todistusteorian mukaista luentaa edelleen, huomamme, että seksuaalirikosten näyttö pilkkoontuisi siis asianomistajan välittömään kertomukseen ja välilliseen näyttöön eli indisioihin. Ne muodostavat täyden tai riittävän näytön pääsääntöisesti vain yhdessä, mutta poikkeuksellisesti asianomistajan erityisen luotettavaksi arvioitu kertomuskin voisi siis enemmän kuin puolen näytön tapaan riittää yksinäänkin. Vuoden 1734 lain järjestelmä on tässä edelleen varsin vahvasti mukana.

Jo Wrede arvosteli aikanaan ankarasti tällaista näytön pilkkomista erilaisiin kategorioihin, kuten täyteen tai puoleen näyttöön. Sellainen oli täysin kestäväntöntä. Juridinen varmuus tosiseikoista oli joko olemassa tai sitä ei ollut olemassa, ja jälkimmäisessä tilanteessa oli loogisesti mahdotonta laskea epävarmuudelle jonkinlainen murto-osainen varmuus. Legaalinen teoria ei hänen mukaansa ottanut huomioon, että asianhaarat, jotka voivat saada henkilön vakuuttuneeksi jonkin seikan olemassaolosta, ovat yksittäistapauksissa näyttöarvoltaan niin eri-

laisia, että harkinnan tyhjentävä sääntely ei ole mahdollista. Yhdenkin täysin uskottavan todistajan kertomus muodostaa toisinaan niin vahvan todisteen, että epäilykselle ei jää sijaa, ja toisinaan kahden tai kolmen todistajan yhtäpitävä lausuma voi osoittautua vääräksi, vaikka nämä täyttäsivät laissa säädettyt uskottavan todistelun vaatimukset. Indisionäytöstä hän totesi, että jossakin tapauksessa yksi ainoa indisio voi antaa täyden varmuuden, kun taas toisessa tapauksessa sitä ei voida saavuttaa tusinallakaan niitä.¹⁷

Lakiin säädetystä legaalista todistusteoriasta otettiin siis jo 1800-luvulla etäisyyttä kohti vapaata todistusteoriaa selittämällä lakiin säädettyt todistusharkintaa rajoittavat säännöt kokemussäännöiksi, jotka lakiin säädetystä asemastaan huolimatta eivät olleet tuomaria velvoittavia. Nyt voidaan kysyä, onko korkeimman oikeuden aktiivisuus näyttöprejudikaattien antamisessa johtamassa historialliseen paradoksiin: lakiin vuonna 1948 säädetystä vapaasta todistusteoriasta otetaan etäisyyttä kohti 1700-luvun legaalista todistusteoriaa selittämällä todistusharkinnassa noudatettavia kokemussääntöjä oikeusohjeiksi, jotka ovat lakiin säädetystä vapaasta todistusteoriasta huolimatta tuomaria ennakkopäätösten tapaan velvoittavia.

Historiasta tiedämme, että 1700-luvun legaalinen todistusteoria tarkoitti korkeaa tuomitsemiskynnystä ja suurta väärin vapauttavien ratkaisujen riskiä. Onko tämä riski voinut toteutua myös oman aikamme oikeuskäytännössä luodun uuslegaalisen todistusteorian myötä?

On vaikea kuvitella niitä syitä, joiden vuoksi korkein oikeus on harkinnut välttämättömäksi ryhtyä tällaiseen tehtävään, joka ei ole lain soveltamista. *Tirkkosen* mukaan legaalisella todistusteorialla oli kaksi eri tarkoituserää: ”Toisaalta haluttiin suojata oikeudenkäyntiin turvautuvia tuomioistuinten mielivaltaa vastaan. Toisaalta taas tahdottiin auttaa tuomaria, koska oletettiin, ettei hänellä aina ollut riittävästi tietoja eikä elämäkokemusta selvittääkseen todisteiden harkinnasta ilman lain nimenomaista tukea ja ohjausta.”¹⁸ Tämäntapaisia tarkoituseriä saattaa olla korkeimmalla oikeudellakin. Uudenlainen aktiivisuus näytön arvioinnissa osoittaa ainakin epäluuloa ja tyytymättömyyttä alempien oikeuksien kykyyn perustella näyttöharkintansa. Tällainen epäluottamus alempien oikeuksien tehtäviinsä koulutettujen tuomareiden ammattitaitoa kohtaan on varsin yllättävää havaita. Näin erityisesti siihen nähden, että meitä suuremmissa oikeuskulttuureissa näytön arviointi on uskottu maallikoille. Eräässä suhteessa tyytymättömyyteen on kuitenkin ollut perusteltu syy.

Kuten vuoden 2013 ratkaisussa (KKO 2013:96) on edellä todettu, asianomistajan kertomuksella ei voi olla suurempaa painoarvoa todisteena sen vuoksi, että hänellä on totuudessa pysymisvelvollisuus toisin kuin vastaajalla. Ennen tuota

17. Wrede 1894, s. 15, 222.

18. Tauno Tirkkonen, Uusi todistuslainsäädäntö. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja nro 36, WSOY 1949, s. 3.

ratkaisua oli todellakin hämmästyttävän yleistä perustella näyttöratkaisua kyseisellä argumentilla. Sellainen kokemussääntö, jonka mukaan asianomistajat ovat todenpuhujia ja vastaajat valehtelijoita jo prosessuaalisen asemansa perusteella, ei tietenkään ole hyväksyttävä, koska se tekisi tuomitsemistoiminnasta kokonaan tarpeetonta. Tuomarin tehtävänä on arvioida jokaisessa jutussa erikseen, ovatko asianosaiset todenpuhujia vai valehtelijoita, koska on mahdollista, että tällainen kokemussääntö ei pidäkään kyseisessä jutussa paikkaansa. Tällaisten kokemussääntöjen soveltaminen osoittaa lähinnä ammattitaidottomuutta ja älyllistä laiskuutta, mutta tuskin kuitenkaan sentään mielivaltaisuutta. Pelkästään tällaisten käsitysten nujertamiseen ei olisi tarvittu näin järeitä välineitä.

Tässä käsitelty ilmiö on esiintynyt myös Ruotsin korkeimmassa oikeudessa (Högsta Domstolen, HD), ja siitä käytiin siellä kriittinen keskustelu jo ennen vuotta 2013. Vapaa todistusharkinta omaksuttiin Ruotsissa samalla tavalla kuin Suomessa ensin oikeuskäytännössä 1800-luvun puolivälin jälkeen ja säädettiin laiksi vasta vuonna 1948. Ruotsin HD antoi vuonna 2005 ennakkopäätöksen, jossa raiskaussyte hylättiin, vaikka asianomistajan kertomus oli arvioitu hyvin uskottavaksi (”hög trovärdighet”). Ruotsin HD viittasi aikaisempaan ratkaisuunsa, jossa asianomistajan kertomuksen lisäksi oli esitetty sitä tukevaa todistelua (”stödbevisning”), jota tässä tapauksessa ei ollut esitetty. Asianomistajan kertomusta rasitti tässä tapauksessa epäselvyys siitä, milloin teko oli tehty, mikä yhdessä kertomusta tukevan todistelun puuttumisen kanssa johti syytteen hylkäämiseen.¹⁹

Ruotsissa syntyi keskustelua siitä, johtuiko tukitodistelun vaatimus tässä ratkaisussa asianomistajan kertomuksen puutteista vai oliko HD asettanut yleisen vaatimuksen tukitodistelusta erityisesti seksuaalirikoksissa. Alioikeuksien havaittiin asettuneen jälkimmäiselle kannalle. Väitöskirjassaan *Katrin Lainpelto* arvosteli ilmiöitä vapaan todistusharkinnan periaatteen vastaisiksi ja paluuksi legaaliseen todistusteoriaan. Hänen mukaansa tällaista tukitodistelun vaatimusta ei voitu asettaa muuttamatta vapaasta todistusharkinnasta säätävää RB:n (rättegångsbalken 1942:740) säännöstä.²⁰

5. Näyttökynnyksen teoria ja käytäntö

Jossakin jutussa sovelletut kokemussäännöt eivät selitä ihmisten käyttäytymistä jossakin toisessa jutussa, vaan sen näyttö on arvioitava kunnioittaen jutun

19. Ks. NJA 2005, s. 712.

20. Katrin Lainpelto, *Stödbevisning i brottmål*. Jure Förlag 2012, s. 309–310, ks. myös Jorma Rudanko, *Näkökohtia todistusharkinnasta*. Helsingin yliopisto 2020, s. 75–78.

osallisten individualiteettia ja juuri heidän käyttäytymisestään jäljelle jääneitä ja todisteilla talteen otettuja todistusaineistoja. Se, mitä näyttöä mihinkin juttuun on ollut saatavissa, johtuu sen jutun osallisten käyttäytymisestä jutun ai-nutkertaisessa historiallisessa tapahtumainkulussa. Siksi näytön riittävyttä ei voida arvioida samoilla kokemussäännöillä. Alallamme mielellään kylläkin uskotellaan tuomitsemiskynnyksen olevan sama kaikenlaisissa asioissa, vaikka hyvin tiedetään, että näin ei tosiasiallisesti voi olla.

Mietitäänkö henkirikosta, joka toisessa jutussa on jäänyt yritykseksi ja toisessa täytynyt. Toisessa on asianomistaja edelleen kertomassa tekijästä ja teosta, toisessa tällaista näyttöä ei voi mitenkään saada. Näyttömahdollisuudet ovat aivan erilaiset, eikä tuomitsemiskynnykseen riittävä todistelu ole jutuissa sen enempiä määrällisesti kuin laadullisesti verrattavissa keskenään.

Todistusteoriassa näyttöharkintaa on oikeudellistettu selittämällä siinä sovellettavan laissa säädettyjä todistustaakkasäännöksiä, joissa säännellään myös näyttökynnyksestä. Vanhastaan jo *Ekelöfin* mukaan todisteiden näyttöarvon ja lain vaatiman näyttökynnyksen ylittymisen arviointi on selitetty eri tehtäviksi myös vapaassa todistusharkinnassa. Näyttökynnyksen ajatellaan ylittyvän, kun näyttöä on kerrytetty siihen riittävä määrä, ja tämä riittävyden arviointi olisi vapaan todistusharkinnan omaksumisesta huolimatta legaalista todistusteoriaa vastaavasti edelleen oikeudellista harkintaa.²¹ Näissä teoreettisissa pohdinnoissa ei ole aivan ymmärretty vapaaseen todistusharkintaan siirtymisen käänne-tekevää merkitystä, vaan niissä on tahdottu säilyttää legaalille todistusharkinnan keskeisiä piirteitä. Niissä on aliarvioitu kokemussääntöjen merkitys näytön arvioinnissa. Vaatimus todistelun riittävydestä onkin todistelun määrälliseen arviointiin viittaavana sanontana jäänne legaalisen todistusteorian aritmeettisistä murto-osista. Kun sanotaan, että asiassa ei ole esitetty riittävä näyttö jostain seikasta, se sisältää ajatuksen tämän asian näytön vertaamisesta johonkin yleisesti noudatettavaan mittariin, josta riittävän näytön lukemat ovat yksiselitteisesti luettavissa. Tällä ajatellaan turvattavan lainkäytön ennakoitavuutta ja oikeusvarmuutta. Tosiseikat eivät kuitenkaan voi olla olemassa tuomitsemiseen enemmän tai vähemmän riittävällä tavalla, kuten 1700-luvulla vielä ajateltiin, vaan oman aikamme modernissa oikeusvaltiossa ne joko ovat olemassa tai eivät ole.

Todistusteoreetikkojen olisi jo aika kehittää tällaisten todistelun määrällisten riittävyysvaatimusten tilalle jotain vapaan todistusharkinnan periaatteeseen ja käytännön päätöksentekoon paremmin soveltuvaa. Todistusteoriassakin on tunnustettu, että näytön empiirisen todistusvoiman ja sen juridisen riittävyden

21. Ks. Ekelöfistä ym. Rudanko 2020, s. 181–183; Antti Jokela, Pääkäsitely, todistelu ja tuomio. Oikeudenkäynti. Talentum 2015, s. 322–323 ja siinä mainittu kirjallisuus ja Pasi Pölonen, Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 139–143 ja siinä mainittu kirjallisuus.

arviointia ei voida käytännössä erottaa toisistaan vaan ne tapahtuvat samalla kertaa todistusharkinnassa. Tunnustettu on myös, että tapauskohtaisen vapaan todistusharkinnan ja näyttökynnyksen yleisen oikeudellisen sitovuuden välillä on jännite.²²

Kun näytön vakuuttavuuteen eli todistusvoimaan otetaan käytännössä kantaa samalla kertaa kuin sen riittävyteen, se tarkoittaa, että teorian olisi kyettävä selittämään, miten todistusharkinta voi olla samanaikaisesti vapaata ja lailla rajoitettua. Tämä jännite on luonnollisesti purettava laissa säädetyn vapaan todistusharkinnan hyväksi, koska jännite on teorian ja lain välillä. Jos teoria ei kuvaa adekvaatisti sitä, mitä käytännössä tapahtuu ja laissa on säädetty, vika on teoriassa.

Todistusharkinnassa ratkaisevaa ei nimittäin ole määrällinen arviointi todisteiden riittävydestä, painavuudesta tai enemmydestä vaan se, miten vakuuttavasti todistusharkinta todisteista ilmenevistä todistusosiseikoista kokemussääntöjä soveltamalla tehdään ja miten harkinnan lopputulos johtopäätöksinä perustellaan, olipa todisteita kappalemäärinä yksi tai sata. Tuomion legitimitiitti voi perustua ainoastaan laatijansa argumentteihin ja siihen, miten vakuuttavasti hän todisteista kykenee päättelemään tosiseikkojen olemassaolon ilman mitään määrällisiä metaforia todistelun riittävydestä tai painavuudesta suuntaan tai toiseen. *Klamin* mukaan todistusharkinta on jutun ratkaisun kannalta merkityksellisten tosiasioiden toteamiseen tähtäävä argumentaatioprosessi.²³

Todistusharkinnan vapaudesta seuraa vastuu sen objektiivisuudesta ja rationaalisuudesta. Ei tietenkään riitä, että tuomari on itse vakuuttunut ratkaisunsa oikeellisuudesta, vaan hänen on saatava perustelujensa kautta siitä vakuuttaneeksi kenet tahansa tuomion lukeva. Siinä on näyttöharkinnan oikeellisuuden intersubjektiivinen testi.

Teoreettisiin selityksiin näyttökynnyssäännösten soveltamisesta oikeudellisena harkintana sisältyy olennaisena osana se, että näyttökynnys mielletään kiinteäksi ja joustamattomaksi. Rima on toisin sanoen pidettävä yhtä korkealla kaikenlaisissa jutuissa. Näin on etenkin rikosasioissa.²⁴ Tätä myös korkein oikeus tähdensi todetessaan edellä ensin selostetussa ennakkopäätöksessään, että näyttökynnys ei seksuaalirikoksissa ole alempi kuin muissa yhtä vakavissa rikoksissa, vaikka suoran ja yksiselitteisen näytön hankkiminen jo tekojen luonteen vuoksi on usein vaikeaa.²⁵

Edelleen näytön arviointia seksuaalirikosasiassa koskevassa ennakkopäätöksessään KKO 2022:50 korkein oikeus hylkäsi alempien oikeuksien hyväk-

22. Juha Lappalainen, *Siviiliprosessioikeus II*. Lakimiesliiton Kustannus 2001, s. 138, 297–298 ja Antti Jokela, *Rikosprosessioikeus*. Alma Talent 2018, s. 658. Vapaan ja sidotun todistusharkinnan välisestä jännitteestä ks. Rudanko 2020, s. 193–194.

23. Hannu Tapani Klami, *Todistusratkaisu*. Kauppakaari 2000, s. 16.

24. Pölonen 2003, s. 139–143.

25. KKO 2013:96, kohta 5.

symän syytteen raiskauksesta. Asianomistajan uskottavana pidetty kertomus ei korkeimman oikeuden arvioinnissa tällä kertaa riittänyt, kun sitä tukevaa näyttöä oli ”vain niukasti”.²⁶ Ratkaisusta oli äänestetty 3–2. Se, että saman näytön perusteella enemmistö katsoi, ettei tuomitsemiskynnys ylity, mutta vähemmistön mielestä ylittyy, osoittaa varsin konkreettisesti, että tuomitsemiskynnystä ei voida mieltää kiinteäksi eikä sen ylittyminen riipu näytön riittäväksi arvioidusta määrästä – se riippuu siitä, minkälaisia kokemussääntöjä näyttönä esitettyihin ristiriitaisiin kertomuksiin ja niistä ilmeneviin todistustositseikkoihin sovelletaan.

Oikeusoppineet eivät ole olleet tästä kysymyksestä yksimielisiä. Laissa säädetyn näyttökynnyksen joustamattomuus ei ole realistinen lähestymistapa. Se voi toteutua vain kuvitelmissa, jollaisiin teoriat usein perustuvatkin. Näyttökynnystä voidaan realistisemmin lähestyä joko laissa säädettyä abstraktiona tai konkreettisen jutun käytännöllisenä tehtävänä. *Jonkka* yhdisti vaatimuksen jäykästä abstraktista tuomitsemiskynnyksestä ja tilannekohtaisesti vaihtelevasta konkreettisesta tuomitsemiskynnyksestä:

”Koska tuomitsemiskynnystä ei ole mahdollista yleisesti (abstraktisti) määrittellä yksiselitteisen täsmällisesti, joudutaan se kussakin päätöstilanteessa tarkentamaan erikseen. Lainkäyttäjä tavallaan luo harkintatilanteessa konkreettista tapausta silmällä pitäen tuomitsemiskynnyksen. Yksilön oikeusturva ei ole sen varassa, että ehdottomasti (epärealistisesti) kielletään kynnyksen vaihtelun mahdollisuus, vaan siinä, että *tuomitsemiskynnyksen tarkka määräytyminen tapahtuu hyväksyttävien kriteerien mukaisesti*.”²⁷ Konkreettisessa päätöstilanteessa kynnys tulisi määrätä ”kiinnittäen huomiota päätösvaihtoehtojen seurauksiin rikosprosessuaalisten arvojen ja tavoitteiden ja tosiasiallisten näyttömahdollisuuksien valossa”.²⁸

Hirvelän mukaan näyttökynnyksen ymmärtäminen korkeaksi ja muuttumattomaksi on julistuksenomainen ja idealisoiva ajattelutapa: ”Tällainen käsitys peittää alleen sen, että vapaan todistusharkinnan ohjatessa ratkaisujen tekemistä riittävän näytön käsitteen sisältö jää joka tapauksessa tapauskohtaisesti päätöksentekijän ratkaistavaksi ja riippumaan siitä, miten näytön hankkimisesta on tapauskohtaisesti selvitty.”²⁹

Myös Klami suositteli joustavaa näyttökynnystä. Hän painotti aineellisen totuuden periaatetta. Kaavamaisilla todistustaakkanormeilla operoimisella hyväksytään hänen mukaansa liian helposti väärin päätösten riski, jos näyttökynnys asetetaan liian korkealle. Vaikka laissa säädetään erilaisista näyttövaatimuksista,

26. KKO 2022:50, kohta 33.

27. Jaakko Jonkka, Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsingin yliopisto 1992, s. 120 (kurssivointi Jonkan).

28. Jonkka 1992, s. 121; Jaakko Jonkka, Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991, s. 72–108.

29. Päivi Hirvelä, Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. WSOY 2006, s. 288.

tuomari kuitenkin ratkaisee kynnyksen ylittymisen todistusharkintansa yhteydessä.³⁰

Diesenin mukaan tuomitsemiskynnyksen vaihtelua ei voida käytännössä välttää. Hänen mukaansa se voi vaihdella samankin jutun eri tunnusmerkistökiteijöiden osalta, koska eri tekijöistä on saatavissa eri tavalla näyttöä. Näin on etenkin rikoksen subjektiivisen puolen ollessa kyseessä, koska tekijän mielenliikkeistä ei voida tämän tahallisuuden tai tuottamuksen arvioimiseksi saada samalla tavalla vakuuttavaa näyttöä kuin objektiivisesti havaittavissa olevasta fyysisestä toiminnasta. Alennettu näyttökynnys koskee esimerkiksi myös rikoksen ajan ja paikan identifiointia, vastuuvapausperusteita sekä yritysteolla aiheutetun rikoksen täyttymisvaaran, rikoksella saadun hyödyn tai sillä aiheutetun vahingon arvioimista kuin myös rangaistuksen määräämistä, jos siinä ennakoitaan tulevia tapahtumia.³¹

Rudanko on nähdäkseen laajemminkin asettunut tässä artikkelissa puolletulle kannalle: yksittäisessä jutussa kannanottoa näyttövaatimukseen ei voida erottaa todistusharkinnasta; erottelu voidaan tehdä vain abstraktilla tasolla:

”Jokainen juttu ja jokainen aineisto on erilainen, ja ero voi olla niin suuri, että puhe jäykästä näyttökynnyksestä on illusorista. Tällöin näyttötuomarille on jätetty suuri vastuu huolehtia siitä, että riittävä yhdenvertaisuus ja ennustettavuus toteutuvat käytännössä. Näyttökynnykset joustavat, mutta eivät mielivaltaisesti. Riittävän joustavuuden säilyttämiseksi ylimmän oikeusasteen ei nähdäkseen kuitenkaan tulisi lähteä antamaan obiter-tyyppisiä ohjeita siitä, mikä todistuskeino on riittämätön tai tarpeellinen missäkin tyyppitilanteessa. Samoin tukitodisteluvaatimuksia ei tulisi asettaa sillä tavalla tiettyihin tilanteisiin. Tämän tien päässä on legaalinen todistusteoria. Esimerkiksi Englannissa on tietoisesti luovuttu lähes kaikista tukitodisteluvaatimuksista.”³²

Tuomitsemiskäytäntöä vastaavat ehdotukset joustavasta näyttökynnyksestä on torjuttu lähinnä kahdella perusteella: ne eivät vastaa ennalta-arvattavuuden eivätkä yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksia.³³ On vaikea ymmärtää, miksi todistusharkinnan lopputuloksen pitäisi olla ennalta arvattava. Todistustositseikat ovat saman tyyppisissäkin jutuissa ainutkertaisia. Niiden toistuminen jossakin toisessa jutussa ei ole mahdollista. Eri asia on, että todisteet ja todistetyypit saattavat olla eri jutuissa samankaltaisia. Kysymystä siitä, onko näytön arvioinnin kannalta olennaista siinä esitettyjen todistetyyppien vai todisteista ilmenevien todistusfaktojen arviointi, eritellään jäljempänä.

30. Klami 2000, s. 84–85 ja Rudanko 2020, s. 189.

31. Christian Diesen, *Bevisprövning i brottmål*. Norstedts Juridik 2000, s. 83–98.

32. Rudanko 2020, s. 230.

33. Keskustelusta kokoavasti Rudanko 2020, s. 156–198.

Pölönen vastustaa joustavaa näyttökynnystä sillä argumentilla, että syyttäjän ja puolustusasianajajan valmistautuminen oikeudenkäyntiin vaikeutuisi.³⁴ Oikeudenkäynnin tarkoitus tuskin kuitenkaan on syyttäjän ja puolustusasianajajan työskentelyolosuhteiden pysyvyydestä huolehtiminen vaan asianosaisten oikeusturvaodotuksiin vastaaminen. Ne puolestaan kohdistuvat siihen, miten heitä on oikeudenkäyntimenettelyssä kohdeltu ja miten vakuuttavasti heidän esittämänsä näyttöä on juuri heidän asiansa tuomioissa onnistuttu arvioimaan. Asianosaisia tuskin kiinnostaa, millaista näyttöä on joissain muissa vastaavissa asioissa aikaisemmin esitetty ja miten sitä on arvioitu, vaan he voivat perustellusti kyseenalaistaa sen, miksi jonkin toisen asian näytön arvioinnilla pitäisi olla mitään tekemistä heidän asiansa kanssa. Ennalta-arvattavuuden vaatimus näytön arvioinnissa ei siten palvele kenenkään todellista oikeusturvaa. Todistelulla toteen näytettyjen tosiseikkojen oikeudellisessa arvioinnissa ennalta-arvattavuudella on luonnollisesti tärkeä merkitys, koska oikeustositseikat ovat samantyyppisissä jutuissa samanlaisia.

Yhdenvertainen kohtelu puolestaan tarkoittaa, että kaikilla on yksilöllisistä eroistaan huolimatta samanlainen ihmisarvo. Oikeudellisessa sääntelyssä yksilöä ei voida edellä todetulla tavalla kohdella ainutlaatuisena yksilönä, vaan ainoastaan sääntelyllä perustetun saman oikeusaseman jakavan ryhmän jäsenenä. Oikeudellisella sääntelyllä voidaan siten turvata ainoastaan muodollinen yhdenvertaisuus samassa oikeusasemassa olevien yksilöiden välillä. Heidän tosiasiallista keskinäistä erilaisuuttaan ei siinä voida ottaa huomioon.

Rikokset, kuten seksuaalirikokset, tapahtuvat yleensä asianomistajan kannalta yllättäen. Muodollinen yhdenvertaisen kohtelun vaatimus edellyttää rikoksen uhrilta sitä, että hän ymmärtää heti rikoksen kohteeksi jouduttuaan olevansa asiassaan näyttövelvollinen ja osaa itse ryhtyä kerryttämään juuri sellaista näyttöä, jollainen oikeuskäytännössä on aiemmin johtanut langettavaan tuomioon. Nykyisessä elämänmuodossa se tapahtuu yleensä älypuhelimien nopeasti käytettävissä olevilla viestintä- ja tallennusominaisuuksilla. Rikoksen uhrin ovat yksilöitä: joillakin on neuvokkuutta tällaiseen, joillakin taas ei. Muodollinen yhdenvertaisuus asianomistajan oikeusasemassa kyllä toteutuu mutta johtaa siihen, että syyte on hylättävä asiassa, jossa rikoksen uhri ei ole osannut toimia oikeuskäytännössä standardoidulla tavalla. Tosiasiallinen yhdenvertaisuus jää sen sijaan toteutumatta, koska standardien noudattamatta jättämisen seurauksena tämä uhri joutuu henkilökohtaisten ominaisuuksiensa vuoksi erilaiseen asemaan.

Tosiasiallinen yhdenvertaisuus voi toteutua ainoastaan sellaisessa todistusharkinnassa, jossa ihmiset kohdataan ainutkertaisina yksilöinä ja joka ei perustu oikeusohjeisiin eikä stereotyyppisiin oletuksiin ihmisen rikoksen jälkeisestä käyttäytymisestä.

34. Pölönen 2003, s. 141.

Samasta syystä näyttökynnyksestä säädettyjen ohjeiden noudattamista ei tulisi selittää oikeus- vaan kokemussääntöjen soveltamiseksi. Näyttökynnys on näytön vahvuuteen kohdistuva vaatimus, joka kertoo, miten suurella todennäköisyydellä tosiseikka tai tosiseikasto tulee todistaa olemassa olevaksi.³⁵ Arvio siitä, minkä asteisella todennäköisyydellä jokin seikka on todistelun perusteella olemassa, on tyypillisesti kokemussäännöllä ratkaistava kysymys kuten todennäköisyyksien arviointi yleensäkin. Koska todistusharkinta on vapaassa todistusharkinnassa tehtävä laista riippumatta, ei sen lopputulos voi muuttua lainsoveltamiseksi sillä, että vaadittava todennäköisyyden aste on kielellisesti ilmaistu laissa.³⁶

Voimassa olevien näyttökynnyssäännösten sanamuotokin viittaa nimenomaan kokemussääntöjen soveltamiseen. Riita-asiassa lainsäätäjä on kehottanut tuomaria arvioimaan, onko kantaja esittänyt uskottavan näytön, ja rikosasiassa, onko esitetystä näytöstä huolimatta jäänyt varteenotettavaa epäilyä vastaajan syyllisyydestä (OK 17:2 ja OK 17:3). Niissä ei siis millään tavalla velvoiteta tuomaria arvioimaan näytön määrällistä riittävyttä, vaan ne kehottavat tuomaria käsittelemään omia uskomuksiaan ja epäilyjään esitetyn näytön suhteen. Se ei voi tapahtua muutoin kuin kokemussääntöjä soveltamalla.

Näyttökynnysohjeet johdattavat tuomarin arvioimaan ensin, onko todistella ja sen teemojen välillä riittävän kattava todistussuhde. Onko asiassa toisin sanoen esitetty kattavasti sellaista todistelua, jota kokemukseräisesti voidaan pitää luotettavana?

Varsinaisessa todistusharkinnassa keskeistä on se, miten vakuuttavasti päätely etenee todisteista ilmenevistä todistus- ja aputosiseikoista oikeustosiseikkojen suuntaan. Päätelyn kontrolloitavuus edellyttää, että tuomari tiedostaa ensin itse, millaisia kokemussääntöjä hän siinä soveltaa, ja kykenee uskottavasti viestimään kaikille tuomiota lukeville perusteluissaan valitsemiensä kokemussääntöjen soveltuvuuden juuri käsillä olevan asian näyttöön.

Tämä edellyttää tuomarilta hyvää itsetuntemusta, jonka avulla hän voi tiedostaa ja kykenee erittelemään omia ajatuksiaan siitä, millaisten seikkojen ja kokemussääntöjen perusteella hän pitää jotakin kertomusta uskottavana ja jotakin toista taas ei. Vain lukemalla tai kuulostelemalla omia ajatuksiaan esitetystä näytöstä hän voi kontrolloida omia ennakkoluulojaan, joita hänelle mahdollisesti on muodostunut aikaisemmin käsittelemiensä vastaavien juttujen näytöstä ja sen asianosaisista. Perusteluita kirjoittaessaan hänen on kontrolloitava, että myös tuomiota lukevat muut – ei vain toinen asianosaisista – voivat vakuuttua johtopäätösten oikeellisuudesta, ja suljettava perusteluista pois sellaiset yksipuoliset spekulatiot, joihin hän ei voi odottaa kenenkään muun kuin toisen asianosaisen yhtyvän.

35. Rudanko 2020, s. 156.

36. Tässä esitettyä vastaavasta näkemyksestä ks. myös Rudanko 2020, s. 177–180.

6. Legaalisen todistusharkinnan perimmäinen ongelma

Lain tulkintaa koskeviin ennakkopäätöksiinsä korkein oikeus usein kokoaa erilaisia harkintakriteereitä, joita alemmat oikeudet noudattavat eräänlaisina tarkistuslistoina. Tämä soveltuu hyvin sellaisiin laissa säädettyihin tunnusmerkistöihin, jotka ovat avoimia erisuuntaisille arvostuksille. Näytön arviointiin tämännäköiset tarkistuslistat, joiden mukaan tuomarin olisi pidettävä silmällä, onko jutussa esitetty riittävänä pidetty määrä todistusteoriassa kehitettyjen tyyppittelyjen mukaista todistelua, kuten välitöntä ja välillistä todistelua, eivät sovellu.

Lentokoneen ohjaajan on käytävä sama tarkistuslista ennen jokaista nousua lävitse, koska saman konetyypin koneet ovat samanlaisia. Tuomarin työpöydältä lähtevät jutut eivät ole keskenään samanlaisia, koska ne ovat syntyneet ainutkertaisista historiallisista tapahtumainkuluista. Yhden historiallisen tapahtumainkulun perusteella laaditun tarkistuslistan kaavamainen soveltaminen johonkin toiseen sisältää riskin väärästä lopputuloksesta, jos asia ratkaistaan sillä perusteella, onko asiassa esitetty tai jäänyt esittämättä tarkistuslistassa olevan tyyppittelyn mukaista todistelua.

Legaalille todistelujärjestelmälle oli ominaista, että tuomarin tehtävänä ei ollutkaan todistelun sisällön arviointi vaan sen kontrollointi, oliko asiassa esitetty laissa säädetyn tyyppittelyn mukaista todistelua. Näillä todistetyypeillä oli laissa määritelty näyttöarvo, josta yksinkertaisella laskutoimituksella arvioitiin, riittikö summa tuomitsemiskynnyksen ylittymiseen.

Legaaliossa todistusharkinnassa asia voidaankin ratkaista sillä perusteella, millaista vakiintuneen tyyppittelyn mukaista näyttöä asiasta puuttuu, eikä sillä perusteella, mitä näyttöä asiassa on esitetty. Tähän ajaa jo se, että tuomitsemiskynnyksen kuvitellaan olevan kiinteä ja edellyttävän riittävää määrää todistelua. Esitetyn näytön sisältöön ei tarvitse välttämättä mennä lainkaan. Näytön arviointi jutussa esitetystä todistelusta voi jäädä silloin tekemättä kokonaan, kun tuomari on oikeusohjeita noudattaessaan katsonut velvollisuudekseen ulkoistaa juttunsa näytön arvioinnin korkeimmalle oikeudelle.

Esitetyn näytön arvioinnin asemesta alemmat oikeudet ovatkin jo ymmärtäneet tehtäväkseen kontrolloida sitä, onko asiassa esitetty sen tyyppistä todistelua, jollaisen näyttöarvoa korkein oikeus on jo arvioinut. Näin on tehnyt esimerkiksi Vaasan hovioikeus Finlexissä julkaistussa ratkaisussaan VaaHO 2022:10. Siinä hovioikeus arvioi anastetusta moottoripyörän kahvasta löytyneen vastaajan DNA-tunnisteen näyttöarvoa ja totesi sen samaksi kuin sen, jonka korkein oikeus oli antanut postilähetyksen vastaajan nimellä tehdyille vastaanottajamerkinneille huumausainetta sisältäneessä kirjelähetysessä. Hovioikeus viittasi kahteen korkeimman oikeuden ennakkopäätökseen, joissa tällaista merkintää ei ollut yksinään pidetty riittävänä näyttönä vastaajan syyllistymisestä huumausainerikokseen (KKO 2018:3 ja KKO 2019:2). Vastaavasti hovioikeus ei pitänyt

myöskään DNA-tunnistetta yksinään riittävänä muodostamaan vastaajalle edes selityselvöllisyyttä siitä, miten tunniste on voinut joutua kahvaan muulla tavalla kuin anastusteolla.

Rikosasiassa varteenotettavan epäilyn vastaajan syyllisyydestä tulee syntyä kulloisenkin arvioinnin kohteena olevan näytön johdosta eikä siitä aivan erilaisesta näytöstä, josta korkeimman oikeuden epäily oli ennakkopäätöksessä syntynyt. Vaasan hovioikeuden ratkaisu on havainnollinen esimerkki siitä perimmäisestä ongelmasta, joka legaaliseen todistusharkintaan sisältyy. Siihen sisältyy mekanismi, jolla kokemussäännöt muuntuvat oikeusohjeiksi sillä seurauksella, että varteenotettavan epäilyn ala laajenee. Tällä tavalla tuomitsemiskynnys nousee kerta kerralta hallitsemattomasti, kun yhdestä historiallisesta tapahtumainkulusta taltioidusta näytöstä syntynyt järkevä epäily ulotetaan koskemaan myös joitakin aivan toisia tapahtumainkalkuja. Vastaavasti väärien vapauttavien päätösten riski kasvaa jo todennäköiseksi.

Vapaassa todistusharkinnassa minkään todistetyypin näyttöarvoa ei voida lukita ennakkopäätöksellä kiinteäksi. Yksittäisen tietynyyppisestä todistelusta ilmenevän todistusfaktan näyttöarvo ei ole ratkaistavissa lain tulkinnalle ominaisilla yleistävillä menetelmillä. Tosiasioihin sovellettavaa lakia voidaan tulkita yleistävästi jokaiseen vastaavaan tapaukseen soveltuvaksi. Yksittäisen jutun todisteesta ilmenevän todistusosiasian näyttöarvo ei voi olla samanlaisen oikeudellisen tulkinnan kohteena kuin oikeusohje. Todistusfaktat ovat uniikkeja. Niitä ja niiden näyttöarvoa tulee tulkita kokemussääntöjen avulla osana juuri sen asian tapahtumainkalkua ja siitä taltioitua näyttöä.

Niin DNA-tunnisteen kuin kirjelahetyksen vastaanottajamerkin­nän näyttöarvo riippuu siitä, minkälaisen tapahtumainkulun ja siitä talteen otetun muun näytön osia ne ovat. Mutta kirjelahetyksen vastaanottajamerkintä tuskin kuitenkaan viittaa oikeaan epäilyyn yhtä suurella todennäköisyydellä kuin DNA-tunniste. Vastaanottajamerkintä voi nimittäin olla korkeimman oikeuden mukaan virheellinen siitä syystä, että joku muu on tilannut huumausaineen saadakseen sen joko itse jollakin tavalla haltuunsa tai tehdäkseen kiusaa epäilyksi joutuvalla henkilölle tai vahingoittaakseen tätä.³⁷ Tällainen kokemussääntö lisää syytteelle vaihtoehtoisen tapahtumainkulun todennäköisyyttä suhteessa vastaanottajamerkin­nän lähtökohtaiseen näyttöarvoon. Sen sijaan DNA-tunnisteen osumatarkkuutta tuskin voidaan kyseenalaistaa millään yhtä todennäköisellä vaihtoehtoisella tapahtumainkululla.

Tällaista kokemussääntöä hovioikeus ei ollut ottanut mukaan harkintaansa. Se piti tärkeämpänä noudattaa oikeusohjeena niitä kokemussääntöjä, joilla korkein oikeus oli arvioinut kirjelahetyksen vastaanottajamerkin­nän näyttöarvoa osana sille näissä kahdessa asiassa esitettyä muuta näyttöä.

37. KKO 2018:3, kohta 20.

7. Lopuksi

Tosiseikastot ovat jutuissa yhtä ainutlaatuisia kuin sen tapahtumainkulussa mukana olleet asianosaiset ja todistajat ovat ainutlaatuisia ihmisinä. Sellaisina heitä on kohdeltava myös todistusharkinnassa. Arvioidessaan oman juttunsa näyttöä tuomarin ei tule sekoittaa siihen sen näytön arviointia, joka ennakkotapauksessa oli esitetty korkeimmalle oikeudelle. Tämä johtuu vapaan todistusharkinnan periaatteesta. Näytön vastaanottaminen ja arviointi ovat oikeudenkäynnissä ja asian ratkaisemisessa se tehtävä, jossa tuomioistuin arvioi kuulemiaan henkilöitä yksilöinä näiden omassa ainutkertaisuudessa. Se käy mahdottomaksi, jos tässäkin tehtävässä olisi sovellettava oikeusohjeita, joissa ihmisiä ei voida kohdella yksilöinä. Ihmisen yksilöllisen kohtelun vaatimus oikeudenkäynnissä on tärkein hyvä, jota vapaan todistusharkinnan periaatteella on tahdottu historiassa suojata. Se on ihmisoikeudet tunnustavan oikeusvaltion kulmakivi, jota ei tule kevein perustein horjuttaa.

Jos ennakkopäätöksessä asianomistajan kertomusta on yksityiskohtaisena ja johdonmukaisena pidetty uskottavana, hyvä niin, mutta se ei tarkoita, etteikö haparoiva ja aukollinen kertomus voisi toisessa jutussa olla yhtä tosi. Tähän kerrotaan on vain sovellettava erilaista kokemussääntöä. Varovaisuuteen todistusharkinnassa noudatettavien sääntöjen yleistämisessä kehottaa jo se, että monet todistajankertomusten uskottavuutta koskevat kokemussäännöt on kokeellisessa todistajansykologiassa osoitettu myyteiksi. Myös tekaistu kertomus voi olla yksityiskohtainen ja johdonmukainen.³⁸ Siksi on vaarallista ymmärtää ja selittää näyttöharkinnassa noudatettavia kokemussääntöjä oikeusohjeiksi.

Tuomarin ei siis tule verrata käsillä olevan asiansa todistustosiseikkoja ennakkotapauksen todistustosiseikkoihin, koska sillä hän riistää jutultaan ja siihen osallisilta ihmisiltä individualiteetin. Ei siis ole arvioitava, onko käsillä samanlaista välitöntä tai välillistä todistelua ja samanlaisia todistustosiseikkoja kuin ennakkotapauksessa ja onko siksi edellytykset arvioida niiden merkitystä sillä tavalla kuin ennakkotapauksissa on tehty tai päätyä niihin nähden vastakohtaispäätelmään.

Näytön arviointia koskevat korkeimman oikeuden ennakkopäätökset eivät edellä lausutuin perustein ole yleistettäviä oikeusohjeita siitä, millaisia kokemussääntöjä on jokaisessa sen tyyppisessä jutussa noudatettava, vaan ne ovat ainoastaan yksittäisiä esimerkkejä huolellisesti tehdystä todistusharkinnasta, sen rakenteesta ja perustelutavasta. Ennakkopäätöksiin sisältyviä oikeusohjeita noudatetaan tyyppillisesti niiden oikeellisuutta kyseenalaistamatta, vaikka tosisei-

38. Sven Å. Christianson – Marika Ehrenkrona, *Psykologi och bevisvärdering. Myter om trovärdighet och tillförlitlighet*. Norstedts Juridik 2011, s. 61–76, 91–104.

kastot ovat erilaisia. Siksi kokemussääntöjen samanlainen sokea noudattaminen toiseikoista riippumatta sisältää valtavan riskin väärästä lopputuloksesta.

Ennakkopäätökset on tavattu jakaa deklatorisiin ja demonstratiivisiin prejudikaatteihin. Edelliset ovat oikeustilaa oikeussäännöin selkiyttäviä ja jälkimmäiset esimerkinomaisia ratkaisuja sellaisiin kysymyksiin, jotka esiintyvät vastaavissa asioissa. Tässä artikkelissa käsiteltyihin ongelmiin on jouduttu, kun alemmissa oikeuksissa näytön arviointia koskevia prejudikaatteja ei ole ymmärretty lukea jälkimmäisellä tavalla. Tähän lukuhäiriöön on tosin korkein oikeus itsekin osaltaan myötävaikuttanut.

Korkein oikeus on kuitenkin tehnyt tässä artikkelissa käsiteltyä ongelmaa helpottavan korjausliikkeen. Aivan viimeisimmässä seksuaalirikosta koskevassa ennakkopäätöksessä KKO 2022:71 ei enää tarjota oikeusohjeita näytön arviointiin, vaan siinä korostetaan näytön arvioinnin tapauskohtaisuutta.³⁹ Siinä viitataan aiemman tapauksen KKO 2021:5 edellä selostetuista kohdista kohtaan 96 kohdan 95 asemesta.

Joka tapauksessa tässä artikkelissa käsitellyt ennakkopäätökset (KKO 2013:96 ja KKO 2021:5) kuten myös useimmat muutkin korkeimman oikeuden näyttöprejudikaatit ovat niissä tehdyn näytön arvioinnin ja niiden lopputuloksen kannalta hyvin harkittuina ja kirjoitettuina varsin mallikelpoisia yksittäisiä esimerkkejä huolellisen todistusharkinnan perustelutavasta.

39. KKO 2022:71, kohta 11.

The free evaluation of evidence and The Supreme Court's precedents on evaluation of evidence

AKI RASILAINEN, LL.D, Lic. Pol. Sc., Docent at the University of Turku; Justice at the Court of Appeal of Eastern Finland

In the past decade, the Supreme Court of Finland has set more than 20 precedents on the evaluation of evidence, especially in sexual crimes. The principle of free evaluation of evidence has been in force in Finland since 1948. The historical purpose of the principle already in the 19th century was to secure the individual treatment of people involved in the trial.

In the law, the examination of evidence is set free, so that the rules of experience could be applied instead of legal guidelines when evaluating the evidence. The precedent decisions of the Supreme Court have a strong *de facto* steering effect in Finland. The Supreme Court has ruled that the testimony of the injured party alone can only exceptionally be sufficient evidence. The main rule is that the testimony of the injured party alone is not enough, but exceptionally it can be enough if the testimony can be found to be error-free by objective evaluation with acceptable criteria.

With these legal guidelines, all injured parties are formally placed in the same position in the evaluation of evidence, regardless of their personal characteristics and ability to tell their true experiences. The exceptionally talented narrator, on the other hand, is placed in a different position.

The main rule about the insufficiency of the testimony of the injured party is problematic because the testimony alone has no probative value at all, regardless of its content. The exception rule, on the other hand, is problematic because it puts the injured parties in a different position based on their personal characteristics and ability to tell their true experiences. This is apt to form discriminatory structures created by law.

In the legal guidelines, persons cannot be treated as individuals, but as members of a group established by the guideline, who are united by a similar legal status. In the author's opinion, free evaluation of evidence means that it follows the rules of experience applicable on a case-by-case basis. This becomes impossible if legal guidelines must be followed, where people cannot be treated as individuals. The demand for individual treatment of a person is the most important legal right, which the principle of free evaluation of evidence has been intended to protect throughout history. It is the cornerstone of a rule of law that recognizes human rights, which should not be lightly undermined.