

Seksuaalinen historia todisteena

Rajoitteet todistelulle asianomistajan aiemmasta käyttäytymisestä suomalaisessa
järjestelmässä

Rikosprosessi ja yhdenvertaisuus

Pro gradu -tutkielma

Laatija:

Karoliina Rytönen

27.5.2022

Pro gradu -tutkielma

Oppiaine: Rikosprosessi ja yhdenvertaisuus

Tekijä: Karoliina Rytönen

Otsikko: Seksuaalinen historia todisteena: Rajoitteet todistelulle asianomistajan aiemmasta käyttäytymisestä suomalaisessa järjestelmässä

Ohjaajat: Johanna Niemi (syksy 2021), Daniela Alaattinoğlu (kevät 2022)

Sivumäärä: XX + 70 sivua

Päivämäärä: 27.5.2022

Tutkielma tarkastelee asianomistajan seksuaalista historiaa koskevan todistelun sallittavuutta ja sallittavuuden edellytyksiä tarkoituksenaan tunnistaa, analysoida ja eritellä niitä normatiivisia perusteita, joilla uhrin aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevaa näyttöä voidaan tai tulee nykyisen oikeustilan valossa sallia tai rajoittaa. Huomio on oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevien säännösten suhtautumisessa syytetyn raiskaus-oikeudenkäynnissä ilmoittamaan seksuaalista historiaa koskevaan näyttöön, tällaisen näytön todistusteoreettisessa asemassa sekä osapuolten perus- ja ihmisoikeuksien vaikutuksessa. Tutkielma on oikeusdogmaattinen ja tarkastelee tutkimuskysymystä käytännön lainopin näkökulmasta voimassa olevan oikeuden valossa. Problematiikan havainnollistamiseksi osana lainopillista tutkimusta käydään myös muissa oikeusjärjestelmissä muodostuneita todistusvoimaisuuden ja oikeudenmukaisuuden käsityksiä hyödyntävää oikeusvertailevaa keskustelua. Keskeisenä tarkasteltavana aineistona on voimassa oleva lainsäädäntö esitöineen, kotimainen oikeuskäytäntö, kansainväliset sopimukset ja niistä erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimus ja Istanbulin sopimus tulkintaratkaisuihin sekä koti- ja ulkomainen oikeustieteellinen ja kriminologinen kirjallisuus.

Nimenomaisen todistuskiellon puuttuessa seksuaalisen historian sallittavuus näyttönä tulee suomalaisessa todistusoikeudessa tarkasteltavaksi OK 17:8:n 1 ja 2 kohtien ilmentämän tarpeettoman todistelun kiellon valossa. Relevanssikynnyksen mataluudesta johtuu, että vähäinkin kyky todistaa edes epäsuorasti suostumuksesta tai henkilötodistelun uskottavuudesta jättää seksuaalista historiaa koskevan todistelun tämän epämissäännöksen ulkopuolelle. Yksin aiemmasta seksuaalisesta kanssakäymisestä johdetun epäluotettavuuden tai promiskuiteetin perusteella oikeudellisia johtopäätöksiä ei voida tehdä, eivätkä suhdekijät lievennä seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen kohdistuvaa loukkausta. Kuitenkin tuomioistuimet soveltavat kokemussääntöjä tiettyjen intiimien käyttäytymismallien uskottavuudesta, jolloin on tarpeen sallia todistelu puolustukselle vahingollisten yleistysten tapauskohtaisesta soveltumattomuudesta vastatodistelun varten otettavuuden palauttamiseksi tai osapuolten olosuhdesidonnan ajattelun valottamiseksi.

Seksuaalista historiaa koskevaa todistelua ei voida kategorisesti evätä. Koska vapaa todistelu ja todistelun kontradiktorisuus edellyttävät varovaisuutta syytetyn ilmoittaman todistelun epäamisessä ja samalla seksuaalirikosoikeudenkäynnin erityinen raskaus asianomistajalle peräänkuuluttaa tämän asiallisen kohtelun ja yksityiselämän suojan varmistamista prosessissa, syntyvä perusoikeuskollisioaltis lainkäyttötilanne on ratkaistava tapauskohtaisesti. Nykyinen soveltamisalaltaan yleisiin epäamisperusteisiin tukeutuva lainsäädäntö vaatii yksittäiseltä tuomioistuimelta herkkyyttä myyttien torjumiseen ja toisaalta valmiutta tiedostaa tilanteet, joissa oikeudenkäyntiaineistoa on tarkasteltava myös intiimien olosuhteiden valossa. Problematiikan juurien ollessa syvemmällä sosiaalisissa ajatustavoissa rape shield -mallinen kielto ei kuitenkaan näyttäydy kestäväksi ratkaisuna, vaan muutoksen tulisi kummuta prosessin ulkopuolisen maailman suhtautumisesta raiskausrikoksiin ja niiden uhreihin.

Avainsanat: rikosprosessi, todistelu, todistelun epäminen, raiskaus, seksuaalinen historia

Sisällys

Lähteet.....	V
Lyhenteet.....	XX
1 Johdanto.....	1
1.1 Tutkimuskysymys ja aiheen rajausta.....	1
1.2 Metodi ja aineisto	4
1.3 Tutkielman rakenne.....	5
2 Näytön epääminen ja todistelunrajoitteet lainsäädännössä	7
2.1 Oikeudenkäymiskaaren järjestelmä: vapaa todistelu ja todistelunrajoitteet	7
2.2 Asiaan kuuluvuuden ja tarpeettomuuden rajat	8
2.3 Relevanssin erityispiirteet seksuaalisella historialla todisteltaessa	13
3 Ei vara venettä kaada?	17
3.1 Oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja syytetyn oikeus esittää vastanäyttöä.	17
3.2 Asianomistajan intiimipiirin suoja oikeudenkäynnissä.....	20
3.2.1 EIS 8 ja asianomistajan seksuaalinen historia	20
3.2.2 Seksuaalisen historian sallittavuus uhria suojaavien normistojen valossa	22
3.2.3 Asianomistajan oikeussuoja ja perusoikeudellisen todistuskiellon mahdollisuus .	25
4 Asianomistajan aiempi seksuaalinen käyttäytyminen tunnusmerkistökijöistä todisteltaessa.....	29
4.1 Seksuaalinen historia ja suostumuksen todennäköisyys.....	29
4.1.1 Kaksoismyytti ja kielletyt päätelmät promiskuiteetista.....	29
4.1.2 Epätodennäköinenkö? – seksuaalinen historia syytettä tukevien kokemussääntöjen vastinparina	31
4.1.3 Käyttäytymismallit ja syytetyn kertomuksen näyttöarvoa lisäävät päätelmät.....	35
4.2 Seksuaalinen historia suostumustematiikan ulkopuolella: vaihtoehtoisia hypoteeseja tukeva näyttö.....	38
5 Aiempi suhde ja kanssakäyminen rikosoikeudellisen vastuun muuttujina	41
5.1 Osapuolten suhteen rooli tunnusmerkistön valinnassa ja teon moitittavuudessa.....	41

5.2 Edeltävän seksuaalisen kanssakäymisen vaikutus vastuuperusteisiin ja rangaistuksen mittaamiseen	43
5.2.1 Provokaatio.....	43
5.2.2 Suostumuserehdys	48
6 Todistelu tiellä kohti vapaaehtoisuutta	52
6.1 Passiivisen asianomistajan aktiivinen menneisyys.....	54
6.2 Monitulkintaiset ilmaisut ja tahallisuus	59
7 Lopuksi	67
7.1 Yhteenveto.....	67
7.2 Johtopäätökset.....	68

Lähteet

Kirjallisuus

- Alaattinoğlu, Daniela – Kainulainen, Heini – Niemi, Johanna, Raiskausrikosten eteneminen rikosprosessissa. Oikeustieteellisen tiedekunnan tutkimusraportteja ja katsauksia 1/2020.
- Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press 2002.
- Andersson, Ulrika, Hur utmanas straffprocessen av samhällsvetenskapliga perspektiv på kön och våld, s. 15-19 teoksessa Norée, Annika – Sitte –Durling, Catarina – Zila, Josef – Wennberg, Suzanne (red.), *Festschrift till Madeleine Leijonhufvud*. Norstedts juridik 2007.
- Asp, Petter, *Sex och samtycke*. Lustus 2010.
- Asp, Petter, Sex & samtycke – en lagstiftningsteknisk fråga. *Juridisk Tidskrift* 4/2013-14, s. 959–968 (Asp 2014).
- Birch, Diane, A Better Deal for Vulnerable Witnesses? *Criminal Law Review* 4/2000, s. 223–249.
- Birch, Di, Untangling sexual history evidence: a rejoinder to Professor Temkin. *Criminal Law Review* 2003, s. 370–383.
- De Vido, Sara, The Istanbul Convention as an interpretative tool at the European and national levels, s. 57–74 teoksessa Niemi, Johanna – Peroni, Lourdes – Stoyanova, Vladislava (eds), *International law and violence against women: Europa and the Istanbul Convention*. Taylor and Francis 2020.
- Diesen, Christian, *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*. Juristförlaget 1993.
- Diesen, Christian, Grunderna för bevisvärderingens, s. 13–81 teoksessa Björkman, Johanna – Forssman, Fredrik – Diesen, Christian (red.), *Bevis: värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enskilda bevis*. Norstedts Juridik 1997.
- Diesen, Christian, *Bevisprövning i brottmål*. 2. uppl. Nordstedts juridik 2015.
- Doherty, David H, “Sparing” the Complainant “Spoils” the Trial. *Criminal Reports* 40/1984 (3rd ed), s. 55–67.
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert, *Rättegång*. Fjärde häftet. 6. omarbetad upplagan Nordstedts Juridik 1992.

- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Heuman, Lars, Rättegång. Fjärde häftet. 7. omarbetad upplagan. Nordstedts Juridik 2009.
- Ervo, Laura, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY 2005.
- Frände Dan, Tuomitsemiskynnyksestä suomalaisessa rikosprosessioikeudessa. Lakimies 1998.
- Frände, Dan, Finsk Straffprocessrätt. Edita 2009.
- Frände, Dan – Rautio, Jaakko, Todistelu: Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. 2. uudistettu painos. Edita 2020.
- Galvin, Harriett, Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade. Minnesota Law Review 70/1986, s. 763-916.
- Gustafsson Yakoub, Hanna, Två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet. SvJT 2020, s. 107–119.
- Hahto Vilja, Uhrin myötävaikutus ja rikoksenteijän vastuu: rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Edita Publishing 2004.
- Heiskanen, Markku – Piispa, Minna, Usko, toivo, hakkaus: kyselytutkimus miesten naisille tekemästä väkivallasta. Tilastokeskus, Tasa-arvoasiain neuvottelukunta 1998.
- Holmström, Charlotta – Plantin, Lars – Elmerstig, Eva, Complexities of sexual consent: young people's reasoning in a Swedish context. Psychology & Sexuality 11 (4) 2020, s. 342–357.
- Honkatukia, Päivi, "Ilmoitti tulleen raikatuksi": Tutkimus poliisin tietoon vuonna 1998 tulleista raiskausrikoksista. Tilastokeskus, Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2001.
- Hormia, Lauri, Todistamiskielloista rikosprosessissa: Oikeudellinen tutkimus = Beweisverbote im Strafprozess. 1. Suomalainen lakimiesyhdistys 1978.
- Hyttinen, Tatu, Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – Oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikkaa. Defensor Legis 6/2016, s. 916–933.
- Inness, Julie C, Privacy, intimacy and isolation. Oxford University Press 1992.
- Jokila, Helena, Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta: Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktio. Suomalainen lakimiesyhdistys 2010.

- Jokila, Helena – Niemi, Johanna, Rape law and coercive circumstances, s. 120–136 teoksessa Heinskou Bruvik, Marie – Skilbrei, May-Len – Stefansen, Kari (eds), Rape in the Nordic Countries, Continuity and Change. Routledge 2020.
- Jokela, Antti, Rikosprosessioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent 2018.
- Jonkka, Jaakko, Todistusharkinnasta. Lakimiesliiton kustannus 1993.
- Jämsä, Jurkka, Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa. Oy Nord Print Ab 2020.
- Kahneman, Daniel. Thinking, Fast and Slow. Penguin Books 2011.
- Kainulainen, Heini, Raiskattu? Tutkimus raiskausten käsittelemisestä rikosprosessissa. Tilastokeskus 2004.
- Kainulainen, Heini, Raiskaus – myyttejä ja todellisuutta, s. 214–231 teoksessa Niemi, Johanna – Kainulainen, Heini – Honkatukia, Päivi (toim.), Sukupuolistunut väkivalta: Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017.
- Kainulainen, Heini, Våldtäkt: Myter och verklighet. JFT 4-5/2021, s. 373–391.
- Kelly, Liz, Routes to (in)justice: a research review on the reporting, investigation and prosecution of rape cases. Crown Prosecution Service Inspectorate 2001. (<https://www.justiceinspectors.gov.uk/cjji/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Rapelitrev.pdf>, luettu 18.4.2022).
- Keynes, John Maynard, A Treatise on Probability. Macmillan & Co 1921.
- Kimpimäki, Minna, Näyttö raiskausrikoksissa: vapaaehtoisesti vai vastoin tahtoa. Edilex 2020/30. (<https://www.edilex.fi/artikkelit/21283.pdf>, luettu 10.5.2022)
- Klami, Hannu Tapani, Kriminalregister och bevisvärdering. SvJT 1990, s. 339–345.
- Klami, Hannu Tapani, Naisen kunnia ja miehen oikeusturva: Näyttöongelmista väkisinmakaamisrikosten yhteydessä, s. 186–203 teoksessa Klami, Hannu Tapani, Todistelun ongelmia. Lakimiesliiton kustannus 1995. Julkaistu aiemmin Defensor Legis 3–4/1990.
- Klami, Hannu Tapani – Gräns, Minna – Sorvettula, Johanna, Law and Truth: a Theory of Evidence. Finnish Society of Sciences and Letters 2000.
- Koss, Mary – Cleveland, Hobart, Stepping on toes: Social roots of date rape lead to intractability and politicization, s. 4–21 teoksessa Schwartz, Martin (Ed.), Researching sexual violence against women: Methodological and personal perspectives. Sage Publications 1997.
- Lainpelto, Katrin, Stödbevisning i brottmål. Jure Förlag 2012.
- Lappalainen, Juha, Siviiliprosessioikeus II. Talentum 2001.

- Lappalainen, Juha – Rautio, Jaakko, Todistelu, luku V teoksessa Vuorenpää, Mikko – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki, Prosessioikeus (päivittyvä sähköinen teos). Alma Talent Oy 2021 (päivitetty 12.4.2022). Saatavilla <https://verkkokirjahylly.almatalent.fi/teos/FAHBGXCTDG>.
- Lappi-Seppälä, Tapio, Rangaistuksen määräämisestä: Teoria ja yleinen osa. Lakimiesliiton kustannus 1987.
- Lappi-Seppälä, Tapio, Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus II. Lakimies 1/2004, s. 3–36.
- Lappi-Seppälä, Tapio – Niemi, Hannu, Seksuaalirikokset, s. 79–102 teoksessa Rikollisuustilanne 2014: rikollisuuskehitys tilastojen ja tutkimusten valossa. Katsauksia 4/2015. Helsingin yliopisto, Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti 2015.
- Lavapuro, Juha, Uusi perustuslakikontrolli. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010.
- Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg, Suzanne, Straffansvar. Norstedts Juridik 2009.
- Leskinen, Minni, Raiskaus 2010 luvulla – Yhä vain väkisinmakaamista? s. 194–213 teoksessa Niemi, Johanna – Kainulainen, Heini – Honkatukia, Päivi (toim.), Sukupuolistunut väkivalta: Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017.
- Leskinen, Minni, The Istanbul Convention on sexual offences: A duty to reform the wording of national law or the way we think? s. 133–156 teoksessa Niemi, Johanna – Peroni, Lourdes – Stoyanova, Vladislava (eds), International law and violence against women: Europa and the Istanbul Convention. Taylor and Francis 2020. (Leskinen 2020a)
- Leskinen, Minni, Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? – Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa. Lakimies 3–4/2020, s. 373–399. (Leskinen 2020b)
- Leskinen, Minni, Vapaaehtoisuus seksuaaliseen kanssakäymiseen Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännön valossa. Defensor Legis 6/2020, s. 958–976. (Leskinen 2020c)
- Lindell, Bengt, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Iustus Förlag 1987.

- Marjosola, Henna – Saranpää, Timo – Korkman, Julia, Hypoteesit ja vaihtoehtoiset selitykset rikosasian näytön arvioinnissa. *Lakimies* 3–4/2021, s. 460–496.
- Matikkala, Jussi, Tahallisuudesta rikosoikeudesta. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2005.
- McGlynn, Clare, Rape Trials and Sexual History Evidence: Reforming the Law on Third-Party Evidence. *Journal of Criminal Law* 81 (5) 2017, s. 367–392.
- McNabb, Danielle – Baker, Dennis, Ignoring Implementation: Defects in Canada's 'Rape Shield' Policy Cycle. *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit Et Société*, 36 (1) 2021, s. 23–46.
- Murthy, Sakthi, Rejecting Unreasonable Sexual Expectations: Limits on Using a Rape Victim's Sexual History to Show the Defendant's Mistaken Belief in Consent. *California Law Review* 2/1991, s. 541–576.
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. 2., uudistettu painos. Alma Talent Oy 2018.
- Mäenpää, Olli, Julkisuusperiaate. 4., uudistettu painos. Alma Talent Oy 2020.
- Möller, Anna – Söndergaard, Hans Peter – Helström, Lotti, Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression. *Obstetricia et Gynecologica Scandinavica* 96 (8) 2017, s. 932–938.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Naisia, miehiä vai henkilöitä: Seksuaalirikokset ja sukupuoli. *Oikeus* 2/1998, s. 4–19.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Mitä seksuaalirikoslailla halutaan suojella? s. 137–168 teoksessa Honkatukia, Päivi – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Näre, Sari, Lähentelyistä raiskauksiin. Tyttöjen kokemuksia häirinnästä ja seksuaalisesta väkivallasta. Nuorisotutkimusverkosto, Nuorisotutkimusseura 13/2000.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. Talentum 2004.
- Niemi, Johanna, Frivillighet och sexualbrott: en systematisk analys. *JFT* 4–5/2021, s. 333–352
- Nousiainen, Kevät – Pentikäinen, Merja, Väkivallan vastaisen sopimuksen kivinen ratifiointi Suomessa. *Oikeus* 4/2013, s. 455–462.
- Näre, Sari, Nuorten tyttöjen kohtaama seksuaalinen väkivalta ja loukattu suostumus tunnetaloudessa, s. 77–135 teoksessa Honkatukia, Päivi – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Näre, Sari, Lähentelystä raiskauksiin. Tyttöjen kokemuksia häirinnästä ja seksuaalisesta väkivallasta. Nuorisotutkimusverkosto, Nuorisotutkimusseura 2000.

- Ojala, Timo, Seksuaalirikokset. Edita 2014.
- Oksanen, Pia Puu, Asenne esiin ja suostumuksen puute raiskausrikosta määrittämään. Oikeus 1/2010, s. 54–58.
- Patrignani, Emma, Otherness, Pluralism and Context – Underground issues in comparative legal studies. Acta Universitatis Lapponiensis 361. Lapin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2017.
- Pohjonen, Soile, Aviovaimoa ei voi raiskata. Lakimies 7/1991, s. 1023–1042.
- Pölönen, Pasi, Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.
- Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, Todistelu oikeudenkäynnissä. Tietosanoma 2015.
- Randall, Melanie, Sexual Assault Law, Credibility, and ‘Ideal Victims’: Consent, Resistance, and Victim Blaming. Canadian Journal of Women and the Law 22 (2) 2010, 397–433.
- Rantaeskola, Satu, Asianomistajan yksityisyydensuoja rikosprosessissa. Alma Talent 2021.
- Sahavirta, Ritva, Käännetty todistustaakka rikosprosessioikeudessa, s. 225–241 teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.), Kirjoituksia todistusoikeudesta. Helsingin hovioikeus 2006.
- Scottish Executive, Redressing the Balance: Cross-Examination in Rape and Sexual Offence Trials, Report on Responses to Consultation. 2001.
- Stavros, Stephanos, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights: an Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments. Martinus Nijhoff publishing 1993.
- Sulavuori, Maarit, Piinapenkki. Naisnäkökulma raiskausten oikeusprosessikäsittelyyn. Tampereen yliopisto, Yhteiskuntatieteiden tutkimuslaitos 1992
- Sutorius, Helena – Diesen, Christian, Bevisprövning vid sexualbrott. 2. upplagan, omarbetad och uppdaterad av Christian Diesen. Norstedts Juridik 2014.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Hyttinen, Tatu, Rikosoikeuden yleinen osa: vastuuoppi. 3., uudistettu painos. Alma Talent 2019.
- Tapanila, Antti, Kontradiktorisuus syytetyn oikeutena. Tietosanoma 2019.
- Telling, David, Rape – Consent and Belief. Journal of Criminal Law 2/1983, s. 129–139.

- Temkin, Jennifer, Sexual history evidence—beware the backlash. *Criminal Law Review* 2003, s. 217–242.
- Temkin, Jennifer – Gray, Jacqueline M – Barrett, Jastine, Different Functions of Rape Myth Use in Court: Findings From a Trial Observation Study. *Feminist Criminology* 13 (2) 2018, s. 205–226.
- Thomason, Matt James, Previous sexual history evidence: A gloss on relevance and relationship evidence. *The International Journal of Evidence & Proof* 22 (4) 2018, s. 342–362.
- Tirkkonen Tauno, Suomen rikosprosessioikeus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1969.
- Tolvanen, Matti, Valikoitujanäkökohtia syyttömyysolettamasta, s. 241–255 teoksessa Hyttinen, Tatu –Jokela, Antti –Tapani, Jussi –Vuorenpää, Mikko (toim.), Rikoksesta rangaistukseen, juhlaulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012.
- Träskman, Per Ole, Miksi minun on todistettava, etten ole ”sellainen nainen” teoksessa Koskinen, Pekka (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1986.
- Tuori, Kaarlo, Kriittinen oikeuspositivismi. Sanoma Pro 2000.
- Tyler, Tom, Why people obey the law. Princeton University Press 2006.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri, Tuomion perusteleminen. Talentum 2010.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi, Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. Talentum 2003.
- Virolainen Jyrki – Vuorenpää, Mikko, Johdatus prosessioikeuteen, luku I teoksessa Vuorenpää, Mikko – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto –Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu –Virolainen, Jyrki, Prosessioikeus (päivittyvä sähköinen teos). Alma Talent Oy 2021 (päivitetty 12.4.2022). Saatavilla <https://verkkokirjahylly.almatalent.fi/teos/FAHBGXCTDG>.
- Vuorenpää, Mikko, Muutama huomio laittomalla tavalla hankitun todistusaineiston hyödyntämisestä. *Defensor Legis* 3/2018, s. 304–318.
- Vuortama, Timo, Yksityiselämä ja joukkotiedotus. Kustannus-Mäkelä Oy 1983.
- Wennberg, Suzanne, Befogad kritik av det nya våldtäktsbrottet? *SvJT* 2/2018–19, s. 298–304 (Wennberg 2018).

Wersäll, Fredrik – Rapp, Kajsa, Utan Samtycke – Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt, s. 429–440 teoksessa Norée, Annika – Sitte –Durling, Catarina – Zila, Josef – Wennberg, Suzanne (red.), Festskrift till Madeleine Leijonhufvud. Norstedts juridik 2007.

Ylevä, Lasse, Syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen liittyvästä todistusharkinnasta. Defensor Legis 6/2012, s. 797–807.

Ylikulju, Miia, Raiskauksen toteennäyttäminen oikeudenkäynnissä, s. 232–249 teoksessa Niemi, Johanna – Kainulainen, Heini – Honkatukia, Päivi (toim.), Sukupuolistunut väkivalta: Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017.

Virallislähteet

Brå 6/2020. Brottsförebyggande rådet (Brå), Rapport 6/2020: Den nya samtyckeslagen i praktiken. En uppföljning av 2018 års förändringar.

Drucksache 18/9097. Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss).

Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia, oikeusasiamies Pasi Pölönen, Lausunto seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistusta koskevasta työryhmämietinnöstä 23.9.2020, EOAK/4798/2020. (Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia 2020)

Euroopan neuvosto, Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and explanatory report, Istanbul (Turkey) 11.V.2011 CETS No. 210. (Euroopan neuvosto 2011)

HE 125/1975 II vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta.

HE 365/1992 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain väkisinmakaamista ja vapautta loukkaavaa haureutta koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 94/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 6/1997 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.

HE 216/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta.

HE 46/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 155/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta, rikoslain 1 luvun 11 §:n muuttamisesta ja ulkomaalaislain 54 §:n muuttamisesta.

HE 66/2015 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi esitutkintalain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 212/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 13/2022 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi.

KAA 2/2019 vp. Raiskauksen määritelmä suostumusperustaiseksi - Suostumus2018. Lagrådet, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-01-23. En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet

LaVM 28/2002 vp. Lakivaliokunnan mietintö 28/2002 vp. Hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

LaVM 31/2010 vp. Lakivaliokunnan mietintö 31/2010 vp. Hallituksen esitys laeiksi rikoslain 32 luvun 6 ja 14 §:n sekä kansainvälisestä oikeusavusta rikosasioissa annetun lain 15 §:n muuttamisesta.

LaVM 19/2014 vp. Lakivaliokunnan mietintö 19/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Oikeuskanslerinvirasto, Oikeuskansleri Tuomas Pöysti, Lausunto seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistusta koskevasta työryhmämietinnöstä 29.9.2020, OKV/1404/21/2020. (Oikeuskanslerinvirasto 2020)

OLJ 8/1993. Seksuaalirikokset. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu.

- OLJ 5/2000. Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu.
- OMML 69/2012. Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Oikeusministeriön julkaisu, mietintöjä ja lausuntoja 69/2012.
- OMML 2020:9. Seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus. Oikeusministeriön julkaisu, mietintöjä ja lausuntoja 2020:9.
- OMSO 25/2012. Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet, Oikeusministeriön julkaisu, selvityksiä ja ohjeita 25/2015.
- OMSO 65/2012. Vertailua eräistä todistusoikeudellisista kysymyksistä Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Oikeusministeriön julkaisu, selvityksiä ja ohjeita 65/2012.
- PeVL 2/1990 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto n:o 2 ulkoasiainvaliokunnalle 18.4.1990.
- Prop. 2018/17:177. En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.
- SOU 1981:64. Statens offentliga utredningar 1981:64, Justitiedepartementet. Våldtäkt: en kriminologisk kartläggning av våldtäktsbrottet.

Internet-lähteet

- Amnesty International, Time for change: Justice for rape survivors in the Nordic countries. Julkaistu 3.4.2019.
<https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/0089/2019/en/> (Luettu 5.5.2022) (Amnesty International 2019)
- Amnesty International Suomen osasto, Oikeuksien arpapelit: Naisiin kohdistuvat raiskausrikokset ja uhrin oikeuksien toteutuminen Suomessa. Julkaistu 6.3.2019. https://www.amnesty.fi/uploads/2021/03/oikeuksien-arpapeli_final.pdf (Luettu 1.5.2022) (Amnesty International Suomen osasto 2019)
- Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, Comments submitted by Austria on GREVIO's final report on the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Baseline Report). GREVIO/Inf(2017)11.
<https://rm.coe.int/final-comments-gov-austria/168074fd70> (Luettu 5.5.2022) (Bundesministerium für Gesundheit und Frauen 2017)

Euroopan komissio, oikeusasioiden pääosasto, DG Justice guidance document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA. Joulukuu 2013. <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=05758a3a-9e2e-49a5-a7ec-3737c3ad6876> (Luettu 5.5.2022) (Euroopan komissio 2013)

GREVIO's (Baseline) Evaluation Report Austria, Istanbul Convention, GREVIO/Inf(2017)4. <https://rm.coe.int/grevio-report-austria-1st-evaluation/1680759619> (Luettu 6.5.2022) (GREVIO 2017)

GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) Finland, GREVIO/Inf(2019)9. <https://rm.coe.int/grevio-report-on-finland/168097129d> (Luettu 5.5.2022) (GREVIO 2019)

Itä-Suomen käräjäoikeus, Lausunto seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistusta koskevasta työryhmämietinnöstä 21.9.2020. <https://www.lausuntopalvelu.fi/FI/Proposal/Participation?proposalId=4269aae1-a179-427a-8b2f-b86d108a47d1> (Luettu 9.5.2022) (Itä-Suomen käräjäoikeus 2020)

Pirkanmaan käräjäoikeus, käräjätuomarit Juha Parmio, Antti Tapanila, Jaakko Raittila ja Anne Ritala-Kananoja, Nuotto Antero (valmistelijat), Lausunto seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistusta koskevasta työryhmämietinnöstä 28.9.2020. <https://www.lausuntopalvelu.fi/FI/Proposal/Participation?proposalId=4269aae1-a179-427a-8b2f-b86d108a47d1> (Luettu 9.5.2022) (Pirkanmaan käräjäoikeus 2020)

Rudanko, Mikko, Lausunto seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistusta koskevasta työryhmämietinnöstä 30.9.2020. <https://www.lausuntopalvelu.fi/FI/Proposal/Participation?proposalId=4269aae1-a179-427a-8b2f-b86d108a47d1> (Luettu 9.5.2022) (Rudanko 2020)

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Aigner v Austria, no. 28328/03, 10.5.2012

Al-Khawaja and Tahery v the United Kingdom [GC], nos. 26766/05 and 22228/06,
15.12.2011

B v Finland, no. 17122/02, 24.4.2007

Brandstetter v Austria, nos. 11170/84, 12876/87 and 13468/87, 28.8.1991

Cöeme and others v Belgium, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96,
33210/96, 22.6.2000

Doorson v the Netherlands, no. 20524/92, 26.3.1996

E.B. v Romania, no. 49089/10, 19.3.2019

Engel and others v the Netherlands, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72,
5370/72, 8.6.1976

García Ruiz v Spain [GC], no. 30544/96, 21.1.1999

Huber v Austria (admissibility), no. 5523/72, 4.–5.10.1974

I.C. v Romania, no. 36934/08, 24.5.2016

Krumpholz v Austria, no. 13201/05, 18.3.2010

Kobiashvili v Georgia, no. 36416/06, 14.3.2019

Laukkanen and Manninen v Finland, no. 50230/99, 3.2.2004

M.C. v Bulgaria, no. 39272/98, 4.12.2003

M.G.C. v Romania, no. 61495/11, 15.3.2016

Peck v the United Kingdom, no. 44647/98, 28.1.2003

S.N. v Sweden, no. 34209/96, 10.5.2012

Salduz v Turkey [GC], no. 36391/02, 27.11.2008

Schenk v Switzerland, no. 10862/84, 12.7.1988

Scheichelbauer v Austria (Commission's report), no. 2645/65

Shannon v the United Kingdom, no. 6563/03, 4.10.2005

Suominen v Finland, no. 37801/97, 1.7.2003

Talpis v Italy, no. 41237/14, 2.3.2017

Telfner v Austria, no. 33501/96, 20.3.2001

Unterpertinger v Austria, no. 9120/80, 24.11.1986

Vidal v Belgium, no. 12351/86, 22.4.1992

Wainwright v the United Kingdom, no. 12350/04, 26.9.2006

White v Sweden, no. 2435/02, 19.9.2006

Wiechert v Austria (admissibility, partial decision), no. 1404/62, 7.3.1964

X and Y v Netherlands, no. 8978/80, 26.3.1985

Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015

Korkein oikeus

KKO 2001:62

KKO 2006:37

KKO 2006:64

KKO 2007:58

KKO 2009:87

KKO 2010:88

KKO 2011:38

KKO 2012:66

KKO 2013:17

KKO 2013:55

KKO 2013:96

KKO 2014:48

KKO 2014:54

KKO 2015:66

KKO 2017:12

KKO 2017:93

KKO 2018:91

KKO 2019:54

KKO 2019:55

KKO 2019:78

KKO 2019:84

KKO 2020:20

KKO 2021:5

KKO 2021:31

KKO 2021:44

Hovioikeudet

I-SHO 2010:5

VaaHO 2016:7

THO 2017:6

Turun hovioikeus 25.2.1980, R 78/29

Kouvolan hovioikeus 16.2.1995, R 94/371

Rovaniemen hovioikeus 16.5.1995, R 93/634

Itä-Suomen hovioikeus 18.8.1995, R 95/1081

Vaasan hovioikeus 11.10.1995, R 95/427

Kouvolan hovioikeus 14.11.1995, R 95/391

Rovaniemen hovioikeus 24.4.1996, R 95/279

Kouvolan hovioikeus 19.12.1996, R 96/825

Vaasan hovioikeus 13.1.1997, R 96/599

Rovaniemen hovioikeus 17.11.1998, R 98/191

Kouvolan hovioikeus 29.12.1998, R 98/553

Helsingin hovioikeus 25.5.2018 nro 18/122625

Högsta domstolen (Ruotsi)

NJA 1988 s. 292

NJA 2007 s. 547

NJA 2019 s. 668

House of Lords (Yhdistynyt Kuningaskunta)

R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45

Supreme Court (Kanada)

R v Seaboyer (1991) 83 DLR (4th) 193

R v Handy, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908

R v Grant, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475

Bundesgerichtshof (Saksa)

BGH 1 StR 290/18, 21.11.2018

High Court of Justice (Skotlanti)

Love v HM Advocate 1999 SCCR 783

Court of Appeal (Englanti ja Wales)

R v Ryder (1994) 98 Cr App R 242

R v T (Abdul) (2004) 2 Cr App R 32

R v Wallace [2007] EWCA Crim 1760; [2007] 2 Cr App R 30

R v Evans (Chedwyn) [2016] EWCA Crim 452, [2016] 4 WLR 169

Lyhenteet

BGH	Bundesgerichtshof
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
HO	hovioikeus
I-SHO	Itä-Suomen hovioikeus
Julkl	laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999)
KKO	korkein oikeus
OikJulkl	laki oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa (370/2007)
OK	oikeudenkäymiskaari (4/1734)
PACE 1984	Police and Criminal Evidence Act 1984
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
RL	rikoslaki (39/1889)
THO	Turun hovioikeus
UNGA	Yhdistyneiden Kansakuntien yleiskokous, United Nations General Assembly
VaaHO	Vaasan hovioikeus
YJCEA 1999	Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999

1 Johdanto

1.1 Tutkimuskysymys ja aiheen raja

Viime vuosien ja vuosikymmenten aikana suomalaisen oikeustieteellisen ja kriminologisen tutkimuksen saralla on tehty huomattavaa tutkimusta seksuaalirikoksen uhrien asemasta ja raiskausrikoksista yleisesti. Erityisesti empiiristä ja feminististä tutkimusta on kohdistunut raiskausmyytteihin ja uhrien ja heidän tekemiensä rikosilmoitusten kohteluun ja kohtaloon suomalaisen oikeusjärjestelmän rattaissa prosessin eri vaiheissa¹. Samoin vilkasta keskustelua on käyty sekä oikeustieteen alalla että yhteiskunnassa yleisesti raiskauksen tunnusmerkistön muuttamisesta suostumusperusteiseksi,² ja tätä koskeva hallituksen esitys annettiin huhtikuussa 2022³. Uudistuksen myötä todistusoikeudellisesti problemaattiset sana sanaa vastaan -tilanteet ja seksuaalirikoksille ominainen todistelun uhrikeskeisyys tuskin poistuvat tuomioistuinten päiväjärjestyksestä.

Myös todistelua koskevaa lainsäädäntöämme on 2010-luvun puolivälissä uudistettu, ja aihepiiriä on käsitelty runsaasti oikeuskirjallisuudessa, viimeisimpänä Jurkka Jämsän oikeudellisia todistelunrajoitteita koskevassa väitöskirjassa vuodelta 2020⁴. Huolimatta siitä, että tutkimuksen aihe sijoittuu näiden kahden tematiikan risteyskohtaan, uhrin seksuaalista historiaa koskevaa näyttöä ei ole näidenkään kehityskulkujen myötä kattavasti arvioitu lainopillisesta näkökulmasta. Oikeusdogmaattinen keskustelu aiheesta on joko iäkästä tai käyty jompaa kumpaa aihepiiriä laajemmin käsittelevien tai muuta tutkimuksellista näkökulmaa edustavien teosten sivuhuomautuksissa ja alaviitteissä yksittäisinä mainintoina⁵. Suomalaisen oikeustieteen piirissä on siten tunnistettavissa tarve ajantasaistetulle lainopilliselle tutkimukselle uhrin aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevasta todistelusta

¹ Honkatukia 2001; Kainulainen 2004; Kainulainen 2017; Alaattinoğlu – Kainulainen – Niemi 2020; Kainulainen 2021.

² KAA 2/2019 vp; Oksanen 2010; Amnesty International Suomen osasto 2019; Leskinen 2020a; Leskinen 2020b; Leskinen 2020c; Niemi 2021.

³ HE 13/2022 vp.

⁴ Jämsä 2020. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015; Frände – Rautio 2020.

⁵ Uhrin myötävaikutuksen rikosoikeudellista merkitystä ja raiskauksiin liittyvää provokaatioproblematiikkaa on käsitellyt kattavasti väitöskirjassaan Vilja Hahto, mutta tutkimus edeltää viimeisimpiä rikoslain 17 ja 20 lukujen merkittäviä uudistuksia, ja keskittyy rikosoikeudelliseen myötävaikutukseen tässä omaksutun todistusoikeudellisen painopisteen sijaan, ks. Hahto 2004.

todistelusäännösten uudistuksen, EIT:n alati kehittyvän oikeuskäytännön vaikutuksen ja perusoikeudellistumiskehityksen sekä uhrin oikeuksien viimeaikaisen korostumisen valossa.

Osin tutkimuksen puutetta selittänee, ettei aihepiiriä ole Suomessa pidetty oikeudellisesti erityisen ongelmallisena, koska uhrin seksuaalisella aktiivisuudella ei nykyisellään tunnusteta olevan merkitystä uskottavuuden tai suostumuksen olemassaolon arvioinnissa. Suomalaiseen näytönarviointikulttuuriin ei kuulu uskottavuutta koskevien johtopäätösten tekeminen asianomistajan henkilöön liittyvien tekijöiden perusteella, vaan arviointi tulisi kohdistaa itse kertomuksen piirteisiin ja yhteensopivuuteen muun asiassa esitetyn kanssa⁶. Näyttökysymystä ei ole rikosasioiden näyttökynnyssäännöksiä sovellettaessa kuin poikkeuksellisesti mahdollista ratkaista yksin kertomuksen uskottavuuspunninnan⁷ tai varsinkaan asianosaisen ”yleisen luotettavuuden” perusteella⁸. Todistusvoima- ja oikeusturvavaltuuksia koskeva laaja ja monitahoinen oikeustieteellinen keskustelu⁹ niissä valtioissa, joissa rape shield -lait¹⁰ rajoittavat seksuaalista historiaa koskevan todistelun esittämistä, silti osoittaa, ettei tällaisen todistelun asemaa voida pitää täysin mustavalkoisena. Kysymys ei ole merkityksetön myöskään Suomea sitovien kansainvälisten velvoitteiden ja erityisesti Istanbulin sopimuksen toimeenpanon kannalta.

Tutkielma keskittyy tarkastelemaan asianomistajan seksuaalista historiaa koskevan todistelun sallittavuutta ja sallittavuuden edellytyksiä tarkoituksenaan tunnistaa, analysoida ja eritellä niitä normatiivisia perusteita, joilla uhrin aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevaa näyttöä

⁶ KKO 2013:96, kohta 8; KKO 2019:55, kohta 15; KKO 2021:5, kohta 21.

⁷ KKO 2013:96, kohta 7. Vrt. korroboroimattoman kertomuksen poikkeuksellisesta riittävydestä KKO 2021:5, kohta 96; KKO 2021:44, kohta 11.

⁸ Ks. Träskman 1986, s. 340, joka on katsonut tällaisten päättelyketjujen olevan torjuttavissa empiirisesti liian etäisinä, yleisluontoisina ja epävarmoina. Poikkeuksena näyttäytyvät tilanteet, joissa todistelu on psykologisesti perusteltavissa, ks. NJA 2007 s. 547 (todistajan mytomania).

⁹ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45; R v T (Abdul) (2004) 2 Cr App R 32; R v Evans (Chedwyn) [2016] EWCA Crim 452, [2016] 4 WLR 169; Birch 2003; Temkin 2003; McGlynn 2017; Thomason 2018; McNabb – Baker 2021.

¹⁰ Tässä tutkielmassa rape shield -ilmaisulla tarkoitetaan prosessioikeudellisia normistoja, jotka on säädetty raiskausrikoksen asianomistajan suojaamiseksi myytteihin ja stereotypioihin vetoavilta ja uhriuttamista aiheuttavilta menettelytavoilta seksuaalirikoksia koskevista oikeudenkäynneissä, ks. myös McNabb – Baker 2021, s. 25. Tällaisia normistoja on voimassa erityisesti Englannissa ja Walesissa (YJCEA 1999, kohta 41), Kanadassa (Criminal Code, RSC 1985, c C-46, kohta 276), Skotlannissa (Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, kohdat 274–275) sekä pohjoismaista Tanskassa (Lov nr 1101 af 22/09/2017 om rettens pleje § 185) ja Norjassa (Lov om rettergangsmåten i straffesaker 22. mai 1981 nr. 25 § 134).

voidaan tai tulee nykyisen oikeustilan valossa sallia tai rajoittaa. Tähän tutkimuskysymykseen vastaamiseksi tutkimuksessa tarkastellaan oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevien säännösten suhtautumista seksuaalista historiaa koskevaan näyttöön, tällaisen näytön asemaa todistusteoreettisista näkökohdista käsin sekä asianomistajan ja syytetyn perus- ja ihmisoikeuksien vaikutusta arviointiin. Nämä näkökulmat linkittyvät toisiinsa ja vaikuttavat lomittain siinä määrin, ettei tutkimusta ole tarpeen jäsentää tämän kolmijaon mukaisesti.

Kysymyksenasettelu käsittää sekä yleiset OK 17:8:ssä säännellyt todistelun epäämisperusteet että *prima facie* merkityksellisiin ja esitettävissä oleviin todisteisiin kohdistuvat varsinaiset todistelunrajoitteet. Samoin se kattaa kaiken asianomistajan aiempaa seksuaalista käyttäytymistä sisällöllisesti koskevan todistelun rajaamatta sitä tiettyä todistusteemaa koskevaan näyttöön ja pyrkii hahmottamaan seksuaalisen historian heterogeenisenä todistelutematiikkana, joka ei tyhjene väitteisiin myötävaikutuksesta tai taipumuksesta suostua seksiin. Koska seksuaalista historiaa koskeva todistelu ajankohtaistuu ja koetaan ongelmalliseksi nimenomaan seksuaalirikoksissa ja niistä erityisesti raiskauksissa, käsitellään tässä asianomistajan aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevaa todistelua aikuisten välillä tapahtuneeksi epäiltyjen raiskausrikosten kontekstissa. Päähuomio on puolustuksen näytössä sen kiistanalaisen ja perusoikeusherkän luonteen takia, vaikka kantajapuolenkin on käytännössä mahdollista vedota asianomistajan seksuaaliseen historiaan¹¹. Lapsiin kohdistuvat teot on rajattu tarkastelun ulkopuolelle niiden aineellisoikeudellisten ja prosessuaalisten erityispiirteiden ja osin toisen suojatarkoituksen vuoksi¹².

Vaikka käsitellyt kysymykset liittyvät läheisesti todistelun asiaankuuluvuuteen ja vaikka argumenttien havainnollistamiseksi on tarpeen käsitellä oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä tunnistettuja relevanssin tai sen puutteen tyyppitilanteita, tutkielman tarkoituksena ei ole tyhjentävästi määritellä seksuaalista historiaa koskevan todistelun relevanssia vaan tunnistaa ja tulkita niitä oikeudellisia reunaehtoja, joiden valossa tämä arviointi suoritetaan. Tutkielman ulkopuolelle jäävät myös kysymykset asianomistajan teonhetkisen tai sitä seuraavan toiminnan todistus- ja rikosoikeudellisesta merkityksestä. Ehdoton rajanveto ei ole perusteltu, sillä tapahtumankulun alku- ja päätepistettä ei voida aina

¹¹ Ks. Jokila 2010, s. 230 ja siinä käsitelty käräjäoikeuden ratkaisu, jossa tietoisuus aiemmasta raiskauksesta lisäsi teon moitittavuutta.

¹² RL 20:6–7 (540/2011); OK 17:24.3 (732/2015); OK 17:27 (732/2015); HE 212/2018 vp, s. 47; HE 13/2022 vp, s. 43.

yksiselitteisesti osoittaa, ja asianomaisen menneen ja myöhemmän toiminnan arvioimisessa on todistelulliselta kannalta toisiaan muistuttavia elementtejä: problematiikassa on usein kyse siitä, millaisia oikeudellisesti relevantteja johtopäätöksiä asianomistajan käyttäytymisen perusteella voidaan asianmukaisesti tehdä suostumuksesta tai tekijän ymmärryksestä siitä ja milloin todistelussa turvaudutaan yksin pohjattomiin myytteihin ja yleistyksiin. Lisäksi seksuaalisella historialla voidaan pyrkiä osoittamaan tekohetken toiminnan merkitystä, jolloin menneisyys ja nykyhetki yhdistetään tavalla, joka edellyttää molempien arvioimista toistensa valossa.

1.2 Metodi ja aineisto

Tutkielma on pääasiassa oikeusdogmaattinen ja tarkastelee tutkimuskysymystä käytännön lainopin näkökulmasta voimassa olevan oikeuden valossa. Tarkoituksena ei ole käsitellä empiirisesti sitä, esiintyykö tai sallitaanko asianomistajan seksuaalista historiaa koskevaa todistelua tosiasiaissa suomalaisten tuomioistuinten oikeudenkäytössä, vaan hahmotella sitä, miten vallitsevien sääntöjen ja periaatteiden valossa tällaiseen näyttöön tulisi oikeudellisesti suhtautua. Problematiikan havainnollistamiseksi aihepiiriä lähestytään osin myös oikeusvertailevasta näkökulmasta tarkastelemalla seksuaalista historiaa koskevan todistelun oikeudellista kehystä muissa oikeusjärjestelmissä muodostuneista todistusvoimaisuuden ja oikeudenmukaisuuden käsityksistä käsin¹³. Tämä keskustelu kuitenkin integroituu osaksi lainopillista tarkastelua.

Koska uhrin aiempi seksuaalinen käyttäytyminen aihepiirinä elää Suomen nykyisessä lainsäädännössä soveltamisalaltaan yleisten todistelua koskevien säännösten marginaaleissa, eikä lainsäädäntö yksin anna kysymykseen selvää vastausta, tarkastelu keskittyy lainsäädännön ja oikeuskäytännön lisäksi pitkälti myös kysymyksen punnintaan perus- ja ihmisoikeuksien, muiden periaatteiden ja todistusteoreettisten näkökohtien valossa¹⁴. Syvemmän argumentaation mahdollistamiseksi on tarpeen jossain määrin käsitellä seksuaalista historiaa koskevan todistelun merkitystä myös tietoteoreettisista lähtökohdista käsin, sillä tutkittavana olevan problematiikan juuret ovat osin syvällä niissä teoreettisissa ja metodisissa malleissa, joiden kautta aineellisen ja prosessuaalisen totuuden suhdetta hahmotetaan. Keskeisenä tarkasteltavana aineistona on voimassa oleva lainsäädäntö esitöineen, kotimainen

¹³ Oikeusvertailevan näkökulman hyödyntämisestä suppeiksi kaavamaistuneiden katsantotapojen tunnistamiseksi ja haastamiseksi vaihtoehtoisten lähestymistapojen tarkastelun kautta, ks. Patrignani 2017, s. 15.

¹⁴ Tuorin oikeuden tasojen näkökulmasta tutkielmassa liikutaan sekä oikeuden pintatasolla että huomattavassa määrin myös oikeuskulttuurin, erityisesti periaatteiden, tasolla, ks. Tuori 2000.

oikeuskäytäntö, kansainväliset sopimukset ja niistä erityisesti EIS ja Istanbulin sopimus tulkintaratkaisuihin sekä koti- ja ulkomainen oikeustieteellinen ja kriminologinen kirjallisuus.

Ulkomaisista oikeusjärjestelmistä huomiota kiinnitetään Englannin ja Walesin, Skotlannin, Yhdysvaltain sekä Kanadan rape shield -regiimeihin sekä Ruotsissa jo toteutettuun uudistukseen. Ruotsin uuden raiskauslainsäädännön huomioiminen on perusteltua sääntelyn samankaltaisuuden vuoksi etenkin, kun kotimaisen uudistuksen laatimisessa sääntelyratkaisuja on vahvasti peilattu ruotsalaisiin vastinkappaleisiinsa¹⁵. Vertailukohteeksi on muilta osin valikoitu anglosaksiset maat, sillä niissä seksuaalista historiaa koskeva todistelu pitkälle erikoistuneena todistusoikeuden alahaarana on toiminut foorumina verrattain syväluotaaville rajanvetokeskusteluille aiemman seksuaalisen käyttäytymisen empiirisloogisesta kapasiteetista. Common Law -järjestelmille ominainen laajojen todistelunrajoitteiden järjestelmä on oikeusvaltiokontekstissaan samalla hedelmällistä maaperää esittämiskieltojen suojatarkoituksen ja syytetyn oikeuksien kollisiotilanteille, joiden mahdollisuus on huomioitava myös kotimaisten säännösten tulkinnassa. Vaikka muiden valtioiden oikeuskäytäntö tai siinä esitetyt tulkinnat eivät velvoita suomalaisia tuomioistuimia, ulkomaisessa oikeudessa esitettyjen kannanottojen tarkastelun kautta on mahdollista tunnistaa relevantteja episteemisiä ja ihmisoikeussidonnaisia kysymyksenasetteluja. Oikeuskäytännön käsittely on tästä syystä pääosin rajattu tilanteisiin, joissa säädöspohjan yhtenevyys mahdollistaa mielekkäät rinnastukset¹⁶ tai joissa tosiseikaston erityispiirteet mahdollistavat tapahtumaketjujen konstruoinnin problematiikan havainnollistamiseksi. Oikeusdogmaattisen tiedonintressin valossa laajempi keskustelu oikeuskulttuurien ja todistelujärjestelmien eroista on rajattu tutkielman ulkopuolelle.

1.3 Tutkielman rakenne

Tutkielma jäsentyy seitsemän pääluvun varaan. Johdantoa seuraava toinen pääluku sivuaa ensin OK 17 luvun epämisperusteiden ja todistuskieltojen järjestelmää tutkimuskysymyksen

¹⁵ HE 13/2022 vp, s. 77–83; OMML 2020:9, s. 66, 128–131. Lähtökohtaisesti keskeisiä vertailuvaltioita ovat myös muut pohjoismaat ja Saksa, ks. HE 13/2022, s. 77, mutta Norjan ja Tanskan erityisten rape shield -säännösten ja saksalaisen ei tarkoittaa ei -mallin vuoksi todistusoikeudellinen vertailuarvo on tässä vähäisempi.

¹⁶ Vaikka anglosaksinen todistusoikeus poikkeaa mannermaisesta vapaasta todistusteoriasta ja verrantoihin on suhtauduttava varoen, oikeuskollisioiden arviointi Common Law -valtioissa tukeutuu yleiseurooppalaisiin, Suomeakin velvoittaviin ihmisoikeusinstrumentteihin tai niitä muistuttaviin perusoikeusvelvoitteisiin. Tässä tutkielmassa käsitellyissä englantilaisissa tapauksissa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä on tarkasteltu EIS:n valossa, ja kanadalaisia tuomioistuimia velvoittaa Canadian Charter of Rights and Freedoms, jota on sisällöllisesti pidetty pitkälti verrannollisena EIS:n vastaaviin määräyksiin, ks. Scottish Executive 2001, kohta 106.

kannalta relevanttien säännösten identifioimiseksi. Pääluvun kahden jäljemmän alajakson tarkoituksena on analysoida suomalaisen todistusoikeuden asiaankuuluvuuskäsitystä seksuaalisen historian kaltaisen todistusvoimaltaan kyseenalaisen näytön kontekstissa sekä eritellä havaittujen peruselementtien erityispiirteitä sovellettaessa niitä aiempaan seksuaaliseen käyttäytymiseen. Asianomistajan seksuaalista historiaa koskeva todistelu on kuitenkin perusoikeuskollisioille herkkä, eikä oikeudellinen viitekehys muodostu yksinomaan nimenomaisista prosessuaalisista säännöksistä, vaan myös ihmis- ja perusoikeudet ne asettavine valtiosääntö- ja kansainvälisoikeudellisine instrumentteineen on otettava huomioon. Näitä oikeusturvavaltuuksia ja niiden vaikutusta tuomioistuimen mahdollisuuteen tai velvollisuuteen puuttua asianomistajan intiimipiiriin kajoavaan näyttöön tarkastellaan kolmannessa pääluvussa ennen siirtymistä seksuaaliseen historiaan tukeutuvien todistusteemojen tarkempaan sisällölliseen tarkasteluun ensimmäisissä pääluvuissa hahmotellun oikeudellisen viitekehysten valossa.

Koska näytön asiaankuuluvuutta ja lähtökohtaista esittämiskelpoisuutta määrittää sen kyky todistaa tunnusmerkitötekijöiden täyttymisestä, tarkastellaan neljännessä pääluvussa seksuaalisen historian todistusvoimaa arvioitaessa yhtäältä asianomistajan suostumuksen vartenotettavuutta ja toisaalta muiden raiskausrikoksissa merkityksellisten todistusteemojen todennäköisyyttä. Yhtä lailla relevanttina ja ilman eri perustetta sallittavana on pidettävä todistelua, joka vaikuttaa rikosvastuun muihin edellytyksiin ja rangaistuksen mittaamiseen. Viides pääluku käsittelee tästä näkökulmasta seksuaalisen historian oikeudellista merkitystä arvioitaessa syytetyn tahallisuutta ja teon moitittavuutta tunnusmerkistön valinnan ja rangaistuksen mittaamisen osatekijänä. Tutkielman lopuksi sen kuudennessa pääluvussa arvioidaan tutkimuskysymyksen tematiikkaa osana aineellisoikeudellista murrosta sekä suostumusperusteisen lainsäädäntöuudistuksen mahdollista vaikutusta aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevan näytön todistusoikeudelliseen merkityksellisyyteen ja sallittavuuteen. Seitsemäs pääluku käsittää yhteenvedon ja johtopäätökset.

2 Näytön epääminen ja todistelunrajoitteet lainsäädännössä

2.1 Oikeudenkäymiskaaren järjestelmä: vapaa todistelu ja todistelunrajoitteet

Suomalaisen todistusoikeuden kulmakivenä on vakiintuneesti pidetty *vapaana todisteluna* tunnetun todisteenesittämisoikeuden ja vapaan todistusvoiman varaan rakentuvan *vapaan todistusharkinnan* periaatteita¹⁷. Oikeudenkäymiskaaren mukaan asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö (OK 17:1.1 (732/2015)) ja tuomioistuimella vastaavasti velvollisuus arvioida esitetyn näytön todistusvoima perusteellisesti ja tasapuolisesti vapaalla todistusharkinnalla (OK 17:1.2 (732/2015)), *jollei laissa toisin säädetä*. Oikeudenkäymiskaaren sanamuoto lähtökohtaisesti edellyttää lakisääteistä todistuskieltoa tai muuta todistelunrajoitetta pääsäännöstä poikkeamisen perusteeksi.

OK 17:1:n mukainen vapaa todistusteoria ilmentää aineellisen totuuden tavoitetta ja sen roolia todistusoikeuden johtavana periaatteena, minkä loogisena jatkumona on vaatimus siitä, etteivät oikeudenkäyntimenettely ja todistelu sen sisällä johda prosessuaalisen totuuden etäännyttämiseen todellisuudesta¹⁸. Myös tietoteoreettisesti todistelulta voidaan vaatia varmuutta ja vankkuutta, mikä edellyttää paitsi esitetyn näytön laadukkuutta myös sitä, ettei odotettavissa ole, että näyttöharkinta muuttuisi lisäselvityksen esittämisellä¹⁹. Taustalla on ajatus siitä, että mahdollisimman kattava todistelu näyttöharkinnan pohjana johtaa lähimmäs aineellisen totuuden tavoitetta, mikä palvelee paitsi tuomion aineellista oikeellisuutta myös ”oikeusjärjestyksen hyväksyntää ja legitimizeettä”²⁰. Tämä ei kuitenkaan suoraan tarkoita pyrkimystä kaiken todistelun sallimiseen; päinvastoin prosessuaalinen totuus voi olla paremmin turvattavissa rajoittamalla epärelevantin todistelun esittämistä²¹.

Suomessa onkin osana epäämisperusteita voimassa tarpeettoman todistelun kielto, joka kohdistuu asiaan vaikuttamattomaan (OK 17:8, 1 kohta) tai muutoin tarpeettomaan todisteluun

¹⁷ HE 46/2014 vp, s. 45; OMSO 65/2012, s. 11.

¹⁸ Jämsä 2020, s. 45.

¹⁹ Lindell 1987, s. 439; Keynes 1921, s. 77.

²⁰ Frände – Rautio 2020, s. 28.

²¹ Pölönen – Tapanila 2015, s. 30.

(OK 17:8, 2 kohta)²². Sen vastinparina on henkilötodisteluun soveltuva vaatimus evätä asiaan kuulumattomat, eksyttävät tai muuten sopimattomat kysymykset (OK 17:48.6) sekä prosessinjohtollinen velvoite valvoa, ettei asiaan sekoiteta mitään siihen kuulumatonta (ROL 6:5.2).²³ OK 17:8:n mukaisten epäämisperusteiden lisäksi vapaasta todistelusta poikkeavat perus- ja ihmisoikeuksien, salassapitointressien sekä todistelun luotettavuuden ja välittömyyden turvaamiseksi²⁴ säädetty OK 17 luvun todistuskiellot ja -rajoitteet.

Vaikka asianosaisen oikeusturva ja yksityisyys ei ole todistusoikeudellisessa järjestelmässämme vieras rajoittamisperuste, laissa nimenomaisesti säännellyt kiellot kytkeytyvät kyseisiä oikeushyviä loukkaavaan hankkimismenettelyyn tai tiedon haltijan asemaan ja luottamukselliseen tai arkaluontoiseen ilmaisufoorumiin²⁵. Lähtökohtaisesti oikeusjärjestyksessämme ei sen sijaan vallitse yleistä kieltoa todistella asianomistajan seksuaalisesta historiasta, kunhan todistelu koskee asiaan vaikuttavaa seikkaa²⁶. Vaadittaessa seksuaalista historiaa koskevan todistelun epäämistä tosiasiaassa esitetäänkin väite asiasisällöltään asianomistajan seksuaalista käyttäytymistä koskevan näytön tarpeettomuudesta. Se, kuinka kategorisesti hyväksyttäväksi tällainen lähestymistapa voidaan lainopillisesti mieltää, on kytköksissä siihen, miten *asiaan kuuluvuus* ja siten OK 17:8:n soveltamisala todistusoikeudellisesti hahmotetaan.

2.2 Asiaan kuuluvuuden ja tarpeettomuuden rajat

Rikosprosessissa relevanssia määrittävät ensisijaisesti sovellettava aineellisoikeudellinen tunnusmerkistö sekä rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavat tekijät. Näihin liittyvät oikeustosiseikat ja niiden olemassaolosta suoraan tai välillisesti todistavat seikat muodostavat

²² Vastaavasti evättäväksi tulee luotettavuudeltaan tai saatavuudeltaan suotuisammalla todistelulla korvattavissa oleva näyttö sekä näyttö, jota ei pyrkimyksistä huolimatta saada, ks. OK 17:8, 3–5 kohdat. Seksuaalisen historian luonne näyttönä ei laukaise kyseisten epäämisperusteiden soveltumista, eikä niitä siksi käsitellä tässä tarkemmin.

²³ Ks. myös OMSO 65/2012, s. 21.

²⁴ Ks. suojeluintressien jaottelusta Hormia 1978 s. 112; Lappalainen 2001, s. 141–142; Pölönen 2003, s. 197–204; Jämsä 2020, s. 74–75.

²⁵ Erityisesti OK 17:10–23 (732/2015) mukaiset velvollisuudet ja oikeudet kieltäytyä todistamasta ja OK 17:24–25 (732/2015) säädetty käyttö- ja hyödyntämiskiellot. Näiden lisäksi OK 5, 6, 25 ja 30 luvuissa on säädetty luonteeltaan prosessuaalisia preklusiosäännöksiä, ks. HE 46/2014 vp, s. 45, joita ei ole tutkimuskysymykseen vastaamiseksi tarpeen käsitellä tarkemmin.

²⁶ Träskman 1986, s. 320.

asiassa relevantin näytön piirin.²⁷ Todistelu kohdistuu OK 17:8:n 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla asiaan vaikuttamattomaan seikkaan, kun oikeudellinen arviointi ratkeaa itsenäisesti todistusteemaksi esitetystä oikeustositseikasta tai kun muu todistusteemana oleva tosiseikka tai kokemussääntö ei liity oikeusseuraamuksen taustalleen vaatimaan oikeustositseikkaan²⁸. Vallitsevan käsityksen mukaan näyttö onkin torjuttava asiaan vaikuttamattomana vain, jos se ei salli minkäänlaisia todennäköisyyspäätelmiä asiaa oikeudellisesti määrittävistä tekijöistä,²⁹ eikä vähäistä ja välillistäkään todistussuhdetta näytön ja relevantin tosiseikaston välillä ole³⁰. Koska vaikuttavuudelta edellytettävä todistussuhde voi vallita oikeustositseikan, todistustosiseikan, aputosiseikan tai asiassa merkityksellisen kokemussäännön välillä,³¹ indisioluonteinenkin todistustosiseikkaa tukeva merkitys täyttää relevanssivaatimuksen³². Yksin *mahdollisuus* tosiseikan merkityksellisyydestä riittää, eikä epäämisperusteen soveltamiskysymystä ratkaise myöskään todistusvoiman tai merkityksen vähäisyys³³. Todistussuhteelle yleisellä tasolla asetettava kynnys asettuu näin matalalle.

Tarpeettomaksi todisteluksi katsotaan asiaan vaikuttamattoman näytön lisäksi myös OK 17:8:n 2 kohdan soveltamisalan tilanteet, joissa tosiseikka kyllä liittyy asiassa merkitykselliseen oikeustositseikastoon, mutta näyttö on muusta syystä tarpeeton³⁴. Tyypillisesti tällaisia ovat selvitettyt asiat³⁵. Lisäksi muu tarpeeton todistelu kattaa selvästi näyttöarvottoman todistelun³⁶

²⁷ OMSO 65/2012, s. 21; Frände – Rautio 2020, s. 74; Jämsä 2020, s. 143.

²⁸ OMSO 65/2012, s. 21.

²⁹ Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 18–21; Frände 2009, s. 367; Virolainen – Martikainen 2010, s. 269–270; Frände – Rautio 2020, s. 74; Jämsä 2020, s. 48.

³⁰ Todistussuhteella tarkoitetaan tässä niitä päätelmiä, joita tosiseikan perusteella voidaan johtaa toisen seikan paikkansapitävyyden todennäköisyydestä, ja ne oikeuttavaa päättelytapaa, ks. Pölönen 2003, s. 107; Jämsä 2020, s. 48. Ks. myös Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 18–21; Frände 2009, s. 367; Virolainen – Martikainen 2010, s. 269–270.

³¹ Frände – Rautio 2020, s. 74.

³² Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 321–322.

³³ Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 38; Jämsä 2020, s. 143; s. 72–74. Seksuaalirikosten osalta ks. Träskman 1986, s. 336.

³⁴ Frände – Rautio 2020, s. 75.

³⁵ HE 46/2014 vp, s. 55. Notorisesta seikasta ei tarvitse todistella, ks. OK 17:5.1 (732/2015).

³⁶ Evättävänä on pidetty todisteita, joilla on ”olematon näyttöarvo”, joilla ”ilmeisesti ei ole näyttöarvoa” tai jotka todistusteeman asiaan kuuluvuudesta riippumatta ovat ”selvästi kelvottomia todistamaan siitä” OMSO 65/2012, s.

ja ylimääräisen todistelun teemasta, josta riittävä näyttö voitaisiin saada jo osasta todisteista³⁷.

Olemattoman näyttöarvon perusteella poissuljettavina on pidetty yleisluonteista syytettyä koskevaa *good character* -todistelua, laadutonta tai esteellistä asiantuntijalausuntoa, huhunluonteista ja konkreettiseen tilanteeseen sitomatonta useamman väliasteen kuulopuhetodistelua sekä yksinomaan halventamistarkoituksessa esitettyä luonnetodistelua³⁸. Asiallinen maine- tai luonnetodistelu ei sen sijaan ole kategorisesti kiellettyä³⁹. Näyttöarvottomassa todistelussa kyse onkin lähinnä tilanteista, joissa todistelu on niin etäistä ja yleisluontoista, että minkäänlaista loogista tai empiiristä kytkeä yksittäistapaukseen on vaikea nähdä, tai todisteen suhde aineelliseen totuuteen on selvästi puutteellinen.

Epäämisperusteiden varovaista ja selviin tapauksiin rajattua soveltamista on peräänkuulutettu yleisemminkin, ja erityisen korkeana epäämiskynnystä on pidettävä, jos epääminen koskisi rikosasiassa sellaista näyttöä, jota syytetty pyrkii esittämään⁴⁰. EIS 6 artikla turvaa jokaisen oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, johon rikosasiassa keskeisesti kuuluvat syytetyn vähimmäisoikeudet puolustautumiseen⁴¹, häntä vastaan todistavien todistajien kuulemiseen sekä omien todistajiensa nimeämiseen ja kuulemiseen syyttäjäpuolen todistajien kanssa yhdenvertaisin edellytyksin⁴². Tällä kontradiktorisuudella ja asianosaisten tasapuolisella mahdollisuudella osallistua oikeudenkäyntiin on olennainen rooli osana oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja siihen kiinteästi kuuluvaa *equality of arms* -ajattelua, mikä syytetyn osalta merkitsee mahdollisuutta olla aktiivisena osapuolena omassa oikeudenkäynnissään *lausumalla* asiasta ja *esittämällä näyttöä* kertomuksensa tueksi⁴³.

22; HE 46/2014, s. 55; Jämsä 2020, s. 144. Vrt. Frände – Rautio 2020, s. 79 ilmeisen näyttöarvottomuuden mahdollisesti liiallisesta sallivuudesta esitetty.

³⁷ HE 46/2014 vp, s. 55; OMSO 65/2012, s. 21; Frände – Rautio 2020, s. 79.

³⁸ Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohdat 108–109; Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 330; Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 38–39; Lainpelto 2012, s. 150; Frände – Rautio 2020, s. 78.

³⁹ Pölönen – Tapanila 2015, s. 215–216.

⁴⁰ HE 46/2014 vp, s. 56; LaVM 19/2014, s. 8; Lappalainen – Rautio 2021, V.1. ”Asianosaisten ja tuomioistuimen työnjako”.

⁴¹ EIS 6(3)(c) artikla.

⁴² EIS 6(3)(d) artikla.

⁴³ OK 17:1.1 (732/2015); HE 46/2014 vp, s. 45; Virolainen – Pölönen 2003, s. 273–276; Ervo 2005, s. 60; Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 33–34; Jämsä 2020, s. 29, 369; Virolainen – Vuorenpää 2021, I.4. ”Kuulemisperiaatteen toteutuminen”.

Myös näytön tapauskohtainen merkitys ja mahdollinen ratkaisevuus voitaneen ottaa huomioon arvioitaessa näyttöarvon puutetta koskevan epäämisperusteen soveltumista, sillä näytön tarpeellisuus sen esittämään pyrkineelle asianosaiselle näyttökysymyksen ratkaisemiseksi hänen hyväkseen puoltaa näyttöarvoon perustuvasta epäämisratkaisusta pidättäytymistä eri tavoin kuin ennestäänkin näyttöarvoltaan vahvaa näyttöä tukeva vähäinen lisätodistelu⁴⁴. Tilanteissa, joissa muuta näyttöä ei ole, näyttöarvoltaan kyseenalainenkin todistelu voi olla herkemmin sallittavissa, jollei näyttöarvottomuus ole päivänselvää. Tämä korostuu aloitteen näytön esittämiseen tullessa syytetyltä, sillä syyksi lukevan tuomion perustuminen yksin tai ratkaisevalla tavalla näyttöön, jota puolustus ei ole voinut prosessin kuluessa asianmukaisesti riitauttaa, voi johtaa EIS 6 artiklan loukkaukseen⁴⁵. Koska ihmisoikeuksien kaltaiset periaateluonteiset normit edellyttävät ydinalueensa turvaamista,⁴⁶ käytettävissä olevan vastatodistelun supistuminen esittämiskelvottomuustulkintojen myötä olemattomaksi siinä määrin, ettei syytetyn keskeisiä väitteitä tukevaa oikeudenkäyntiaineistoa käytännössä jää, voi rajoittaa syytetyn ihmisoikeustasoisia puolustautumisoikeuksia tavalla, jonka luonnetta oikeudenloukkauksena ei voida syytetyn ja asianomistajan oikeuksien punnintaankaan vetoamalla oikeuttaa. Lisäksi vakavissa rikosasioissa syytteenalaisen teon kontekstia tai asianosaisten taustoja koskevaan näyttöön on ylipäättäänkin suhtauduttava jossain määrin sallivasti⁴⁷. OK 17:8:n asettamaa asiaan kuuluvuuden vaatimusta ei prosessioikeudessamme olekaan sovellettu tiukasti, eikä todistelua ole järjestään evätty, vaikkei sen asiaankuuluvuus ja suhde oikeustositseikastoon asianosaisten ”elämänolosuhteita tai luonnetta” koskevana olisikaan ollut selvä.⁴⁸

Näytön ja oikeustositseikan yhteys ei välttämättä myöskään ole suoraviivaista⁴⁹. Rajoitusperusteet joutuvat käytännössä joustamaan, ja tuomioistuimen voi olla tarpeen sallia harmaalle alueellekin sijoittuvan todisteen esittäminen, sillä todisteen tarkan

⁴⁴ Frände – Rautio 2020, s. 77. Ks. todisteen merkityksellisyyden vaikutuksesta erilliseen muutoksenhakuun oikeuttavien painavien syiden osalta vastaavasti LaVM 19/2014 vp, s. 24.

⁴⁵ HE 46/2014 vp, s. 49; B v Finland, no. 17122/02, 24.4.2007.

⁴⁶ Alexy 2002, s. 192.

⁴⁷ Pölönen – Tapanila 2015, s. 215–216; Jämsä 2020, s. 144.

⁴⁸ Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 321–322.

⁴⁹ Ibid.; Lappalainen – Rautio 2021, V.1. ”Asianosaisten ja tuomioistuimen työnjako”.

sisällön tai merkityksen hahmottaminen ei aina ole mahdollista todistetta vastaanottamatta, vaikka osviittaa on jossain määrin saatavissa nimetyistä todistusteemoista⁵⁰. Tämä todistusteemaperusteinen arviointi aiheuttaa erityisen haasteen raiskausrikosten osalta silloin, kun seksuaalista historiaa koskevalla todistelulla pyritään osoittamaan suostumuksen olemassaolo, sillä todistelun todistusoikeudellista asemaa leimaa asianomistajan yksityisyyteen kajoavan ja tämän oikeussuojaa haastavan luonteen⁵¹ lisäksi todistussuhteen periaatetasoinen pulmallisuus ja kiistanalaisuus. Tätä ilmentää Suomessa ja maailmalla käyty keskustelu siitä, voiko tietyllä asianomistajan aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevalla seikalla olla liityntää suostumuksen olemassaoloon⁵².

Se, että todistelun asiaankuuluvuuden ja tarpeettomuuden määrittäminen voi rajatapauksissa olla vaikeaa, ei kuitenkaan tarkoita, etteikö tämä olisi mahdollista. Epäämisperusteiden välillä ja niiden sisällä on eroja epäämisratkaisulta edellytettävän herkkyyden osalta: epääminen vähäisen tai olemattoman näyttöarvon vuoksi todistelua vastaanottamatta voi olla vaikeasti arvioitavissa, kun taas asianmukaisesti laaditun kirjelmöinnin todistusteemaerittelyn perusteella on usein todettavissa sen kohdentuminen asiaan vaikuttamattomaan seikkaan.⁵³ Sikäli kun seksuaalista historiaa koskeva todistelu todistusteemansa perusteella kohdentuu selvästi asiaan kuulumattomaan seikkaan tai hylättävään kokemussääntöön, se voi olla hyvinkin perustellusti evättävissä sitä vastaanottamatta. OK 17:8:n varovainen soveltaminen ei myöskään estä tuomioistuinta edellyttämästä, että todisteen esittämiseen pyrkivän on tarvittaessa perusteltava näytön ja oikeustosisäikaston välinen kytkentä ja siten näytön merkityksellisyys käsiteltävässä asiassa⁵⁴. Tämä tarve vaatia riittäviä asiallisia perusteluita

⁵⁰ Pölönen – Tapanila 2015, s. 142–143 ja seksuaalirikosten osalta vastaavasti Jokila 2010, s. 213, joka on havainnut tuomioistuinten suhtautuvan sallivasti tunnusmerkistökytkökseltään epäselviinkin todistusteemoihin, jotka heijastavat yleiseen elämäkokemuksen perustuvia yleistyksiä ja ennakkokäsityksiä seksuaalisen käyttäytymisen säännönmukaisuuksista ja raiskausrikosten mallityypeistä. Vrt. ilmoitettuihin todistusteemoihin nojautumisen osalta Jokila 2010, s. 213, joka viittaa mahdollisuuteen ilmoittaa yleistysherkätkin teemat raiskauksen nykyisiin juridisiin konstruktioihin linkittyvällä tavalla.

⁵¹ Seksuaalista historiaa koskevaa todisteluun liittyy keskeisesti tarve suojata asianomistajaa halventamiselta ja nöyryyttäviltä kysymyksiltä, ks. R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, s. 45.

⁵² *ibid.*; R v Seaboyer (1991) 83 DLR (4th) 193; Träskman 1986; Hahto 2004; McGlynn 2017; Thomason 2018.

⁵³ Frände – Rautio, s. 85. Todistusteema on ilmoitettava niin oikeus-, todistus- kuin apotosiseikkojen osalta, ks. Frände – Rautio 2020, s. 74

⁵⁴ Pölönen – Tapanila 2015, s. 142; Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 321.

korostuu luonnetodistelun kaltaisen todistussuhdekytkennältään heikon näytön osalta⁵⁵. Syytetyn voidaankin edellyttää perustelevan, miksi seksuaalista käyttäytymistä koskeva todistelu yksittäistapauksessa on relevanttia, ja osoittavan sille asiallisen todistusteeman todistussuhteineen sillä uhalla, että todistelu muutoin evätään asiaan vaikuttamattomana.

2.3 Relevanssin erityispiirteet seksuaalisella historialla todisteltaessa

Todistussuhde asiassa merkitykselliseen todistusteemaan määrittää relevanssin ulkorajat. Raiskaus oikeudenkäynnissä keskeiset todistusteemat ovat jaettavissa karkeasti kolmeen pääryhmään puolustuksen lähestymistavan perusteella. Ensinnäkin syytetyn kiistäessä sukupuoliyhteyden todistusteemaksi nousee sukupuoliyhteys asianomistajan ja syytetyn välillä ja vastatodistelussa mahdollisuus siihen, että tekijä oli joku muu, tai ettei sukupuoliyhteyttä ylipäättään ollut. Toiseksi itse sukupuoliyhteyden sijaan sen suostumuksellisuus saattaa olla riittävä, sillä raiskausrikoksissa suostumus poistaa rangaistavuuden⁵⁶. Kolmanneksi kyseeseen voi tulla syytetyn väite suostumuserehdyksestä⁵⁷. Riippuen syytteen kiistämisperusteen sisällöstä ja näin valikoituvasta todistusteemasta, sukupuoliyhteyden sekä suostumukseen tai suostumuserehdykseen liittyvät todistus- ja aputositseikat voivat koskea asiaan vaikuttavaa seikkaa. Sen sijaan asianomistajan aiemman seksuaalisen käyttäytymisen *kyky* todistaa näistä todistusteemoista on usein kyseenalainen,⁵⁸ ja samalla se merkitsee painopisteen asettumista asianomistaja–syytetty välillä ensin mainitun toimintaan⁵⁹. Kuitenkin tällaisen näytön katsominen kategorisesti epärelevantiksi yksin sen yleisen aihepiirin vuoksi on todistusoikeudellisten peruslähtökohtien näkökulmasta ongelmallista, sillä tasapuolisuus- ja perusteellisuusvaatimus (OK 17.1.2) edellyttää kaikkien todisteiden arvioimista ”ilman ennakkokantaa jonkin todisteen näyttöarvosta”⁶⁰.

Seksuaaliselle väkivallalle on myös tyypillistä sen tapahtuminen yksityisissä tiloissa tai

⁵⁵ Pölönen – Tapanila 2015, s. 215–216.

⁵⁶ Hahto 2004, s. 242.

⁵⁷ Jokila 2010, s. 171–172; Ylikulju 2017, s. 238.

⁵⁸ Träskman 1986, s. 341; Hahto 2004, s. 510.

⁵⁹ Ks. Kelly 2001, s. 32–34, ja siinä asianosaisten välisestä epäsuhtadasta esitetty: kyse ei ole tasapuolisesta sanaa vastaan -tilanteesta, sillä syytetyyn ei useinkaan kohdistu vastaavaa yksityisyyteen kajoavaa todistelua.

⁶⁰ HE 46/2014 vp, s. 45.

muutoin piilossa, jolloin teosta suoraan todistava näyttö on rajallista ja näyttökysymyksen ratkaisu usein riippuvainen asianosaisten kertomuksista⁶¹. Tästä kumpuaa tarve osapuolten riittävän kattavaan kuulemiseen kertomusten arvioimiseksi toisiaan vasten,⁶² ja kertomusten varteenotettavuuteen ja luotettavuuteen liittyvät tekijät ovat korostuneesti esillä. Vaikka niitä koskevat aputosiseikat ovat vailla suoraa relevanssia oikeusseuraamuksen syntymiselle, ne todistaessaan oikeus- ja todistustosiseikkojen luotettavuudesta ovat välillisesti relevantteja⁶³. Sana sanaa vastaan -tilanteissa ne voivat jopa olla ainoa esitettävissä oleva vastanäyttö. Tällöin sekä näyttöä esittämään pyrkivän osapuolen prosessiasema että muun syytetyn kertomusta tukevan näytön puute puhuvat epäämistä vastaan muutoin kuin selvissä tilanteissa⁶⁴.

Seksuaalirikosten näytön arvioinnissa korkein oikeus on myös laajemmassa merkityksessä viitannut asianosaisten kertomusten yksityiskohdille annettavaan painoarvoon, jolloin merkitystä voi olla sellaisillakin seikoilla, jotka eivät suoraan kytkeydy oikeustositseikkoihin⁶⁵. Relevanssia ei siten voida taustaa ja kontekstia koskevien tekijöiden osaltakaan ymmärtää liian suppeasti yksinomaan itse tekoon välittömästi kytkeytyvinä tosiseikkoina, ja oikeusturvanäkökohdat väistämättä edellyttävät mahdollisuutta esittää asianomistajalle arkaluontoisiin asioihin kajoavia kysymyksiä muun muassa asianomistajan kertomuksen testaamiseksi. Nämä on kuitenkin erotettava asianomistajan halventamiseksi tarkoitettusta tai tämän yleistä promiskuiteettia koskevasta todistelusta, joka ei lähtökohtaisesti ole rikosoikeudellisesti relevanttia⁶⁶. Raiskausrikoksissa korostuu näin tarve rajanvetoon asiallisen ja asiaan kuulumattoman todistelun ja vastakuulustelun välillä, sillä epärelevantti asianomistajan seksuaalisen historian ruotiminen on rajattavissa ja *rajattava*

⁶¹ Andersson 2007, s. 15–19; Sana sanaa vastaan -tilanteiden esiintyvyydestä Suomessa, ks. myös Alaattinoğlu – Kainulainen – Niemi 2020, s. 38; Kimpimäki 2020, s. 5.

⁶² Träskman 1986, s. 317.

⁶³ Frände – Rautio 2020, s. 7–8.

⁶⁴ Tätä korostaa se, että kokemussäännöt määrittävät todistustosiseikkojen näyttöarvon, ja asianomistajan kertomusta koskevan kokemussäännön mukaan kertomus seksuaalirikoksen tapahtumisesta on yleensä paikkansapitävä ja siihen voidaan perustaa tuomio, jos sitä tukevia aputosiseikkoja on esitetty, ks. Klami 1995, s. 192 av 7. Tilastollisesti raiskausväitteet ovatkin suurella todennäköisyydellä tosia (ks. SOU 1981:64, s. 39), ja käytännössä toistuvana perusteluna esiintyykin asianomistajan valehtelumotiivin puute tai esitetyn motiivin epäuskottavuus, ks. Ylikulju 2017, s. 241, 244 ja siinä käsitelty Turun hovioikeuden tapaukset.

⁶⁵ KKO 2013:96, kohta 8; KKO 2019:84, kohdat 34–35.

⁶⁶ Pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa on pidetty kiellettyä asianomistajasta kevytkenkäisen (*”lättsinning”*) vaikutelman antamaan tai asianomistajaa väheksymään (*”nedvärdera”*) tai nöyryyttämään (*”förödmjuka”*) suunnattua todistelua, ks. Wersäll – Rapp 2007, s. 439.

epäämisperusteisiin nojautuen todistelun ulkopuolelle⁶⁷. OK 17:8 on kirjoitusasultaan tuomioistuinta velvoittava, ja sen edellytysten täyttyessä näyttö on evättävä⁶⁸.

Puuttumista siihen, mihin väitteisiin ja oikeustositseikkoihin syytetty voi tukeutua häntä vastaan esitetyn näytön haastamiseksi, on samalla tarkasteltava myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta vasten silloinkin, kun vastanäyttö ja syytetyn riitauttamismahdollisuudet olennaisesti nojautuvat intiimeiksi katsottaviin seikkoihin, ellei niiden vaikuttavuutta voida poissulkea⁶⁹. Yksittäistapauksittain on muissa järjestelmissä pidetty mahdollisena, ettei seksuaalista historiaa koskeva todistelu ole ”vain” relevanttia vaan myös siinä määrin sellaista, että se vaarantaa tuomion oikeellisuuden. Vaikka on tunnistettavissa selvä sosiaalinen ja oikeudellinen tarve suojata asianomistajaa nöyryyttävältä kohtelulta ja myytteihin vetoavalta mutta todistusvoimattomalta todistelulta, on toisaalta pidettävä mahdollisena, että kategorisesti seksuaalista historiaa koskevan todistelun kieltävä tulkintalinja rajoittamalla syytetyn mahdollisuutta esittää relevanttia ja mahdollisesti puolustuksen järjestämisen kannalta kriittistä todistelua *in casu* asettuu ristiriitaan ihmis- ja perusoikeuksien kanssa näytön intiimiin aihepiiriin katsomatta.⁷⁰

Vaikka oikeudenkäymiskaaren perusasetelma on *vähimmäistasona* taipuvainen sallimaan edes epäsuorasti asiaan kuuluvaksi osoitetun näyttöarvoltaan heikonkin todistelun, seksuaalista historiaa koskevan todistelun erityinen arkaluonteisuus ja potentiaali etäännyttää näyttöharkintaa totuustavoitteesta edellyttävät sen sallimisen tarkastelua oikeuskollisio- näkökulmasta. Erityisesti on tarkasteltava, milloin ja missä määrin todistus- ja oikeudellisen

⁶⁷ Nousiainen – Pentikäinen 2013, s. 458. Tarpeettoman ja asiaankuulumatonta seksuaalista historiaa koskevan todistelun estämistä edellyttää myös Istanbulin sopimuksen 54 artikla.

⁶⁸ Pölönen – Tapanila 2015, s. 142; Rautio – Frände 2020, s. 73.

⁶⁹ Riittävien puolustuksen asemaa kompensoivien tekijöiden puute voi estää tuomion perustumisen kontradiktorisuudeltaan puutteelliseen näyttöön erityisesti raiskauksen kaltaisissa vakavissa rikoksissa, joissa tarve turvata oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin korostuu, ks. *Al-Khawaja and Tahery v the United Kingdom* [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011; *Doorson v the Netherlands*, no. 20524/92, 26.3.1996, kohta 72; *Salduz v Turkey* [GC], no. 36391/02, 27.11.2008, kohta 54.

⁷⁰ *R v A (No 2)* [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohta 10; *R v Seaboyer* (1991) 83 DLR (4th) 193, s. 634. *Seaboyer*-ratkaisussa Kanadan korkein oikeus katsoi, etteivät syyttömän suojaamisen periaate ja syytetyn perus- ja ihmisoikeudet salli seksuaalista historiaa koskevan todistelun poissulkemista kategorisesti, vaan asianomistajan aiemman seksuaalisen käyttäytymisen käsittelemisen prosessissa on oltava tapauskohtaisesti mahdollista, kun se asiallisesti liittyy syytetyn tukseen esittämään puolustukseen eikä sen harhaanjohtavuus ja vahingollisuus intressipunninnassa merkittävästi ylitä näytön arvoa. Vaikka kyse on vieraan oikeusjärjestelmän oikeuskäytännöstä, josta ei suoraan voida johtaa oikeuttamme koskevia johtopäätöksiä, esitetty näkemys koski todistelunrajoituksen perustuslainmukaisuuden perusedellytyksiä, joiden perustana oleva perusoikeussäännös muistuttaa läheisesti yleiseurooppalaisia ja suomalaisia vastinkappaleitaan.

kytköksen heikkous oikeuttaa tai velvoittaa tuomioistuimen OK 17:8:n soveltamiseen tai jopa perusoikeudellisen todistuskiellon asettamiseen, kun otetaan yhtäältä huomioon asianomistajan asemaa turvaavat erityisnormistot ja ihmisoikeusvelvoitteet ja toisaalta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin imperatiivi.

3 Ei vara venettä kaada?

3.1 Oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja syytetyn oikeus esittää vastanäyttöä.

Liikuttaessa seksuaalisen historian asiankuuluvuuden rajamailla tietyn todistelun epäämisellä tai sen hyödyntämisen kieltämisellä on vahva perusoikeuslottuvuus, joka asettaa vastakkain asianomistajan suojan ja syytetyn oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Raiskausrikoksissa tasapaino yhtäältä asianomistajaa kunnioittavan ja hänen toimijuutensa tunnustavan kohtelun ja toisaalta syytetyn oikeusturvan välillä on rajatapauksissa korostuneen kiikkerä, kun yksityisyyden suoja säilyy rikosprosessissakin luonnetodistelun⁷¹ ja perustellusti myös muun syvälle intiimipiiriin ulottuvan näytön osalta ja silti asianomistajaa koskevalta todistelulta on toisinaan sallittava tietty – ei kuitenkaan itsetarkoituksellinen – ahdistavuus⁷².

Ihmisoikeussuojaa nauttivalla ja kontradiktorisuuteen elimellisesti kuuluvalla vastakuulusteluoikeudella ja mahdollisuudella koetella asianomistajan kertomuksen uskottavuutta on merkitystä erityisesti silloin, kun kertomus seksuaalirikoksille tyypillisellä tavalla muodostaa ainoan suoran näytön syytteen tueksi⁷³. Korkeaksi mielletystä ilmoituskynnyksestä johtuen asianomistajan kertomuksen todistusarvoa pidetään lähtökohtaisesti korkeana, ellei sitä ilmene syytä epäillä,⁷⁴ vaikka syyttömyysolettama edellyttääkin riittävää positiivista näyttöä syytteen tueksi, ennen kuin syytetyn esittämän vaihtoehtoisen tapahtumankulun epäuskottavuutta voidaan pitää merkityksellisenä⁷⁵. Syytetyllä on tällaisessa tilanteessa myös informointitaakka, sillä syytteen teonkuvausta horjuttavat seikat voivat jäädä ilmenemättä, ellei syytetty niitä vastanäyttönä esitä. Kyse ei ole näyttötaakasta sinänsä vaan syytetyn *oikeudesta* ja tämän oikeuden käyttämättä jättämisen

⁷¹ Träskman 1986, s. 340.

⁷² Lindell 1987, s. 388.

⁷³ Stavros 1993, s. 239. Ks. myös *Unterpertinger v Austria*, no. 9120/80, 24.11.1986, jossa EIS 6(1):n loukkauksen taustalla vaikutti syytetyn rakenteellisen näytön torjumiseksi esittämään pyrkimän näytön – luonnetodistelun ja vaihtoehtoisesta vammamekanismia koskevan kertomuksen – epääminen.

⁷⁴ Ylikulju 2017, s. 244 sekä s. 241 käsitelty anonymisoitu Turun hovioikeuden tapaus.

⁷⁵ KKO 2017:12, kohta 11; KKO 2017:93, kohta 10; KKO 2021:5, kohta 45; *Krumpholz v. Itävalta*, no. 13201/05, 18.3.2010; *Telfner v. Itävalta*, no. 33501/96, 20.3.2001.

käsittämästä tosiasiallisesta riskistä syyttäjän näytön riittävydestä.⁷⁶

Syyttömän suojaamisen periaate edellyttääkin toteutuakseen syytetyn mahdollisuutta vastata syytteeseen ja esittää puolustuksensa *täysimääräisesti* ja tässä tarkoituksessa tarjota puolustustaan tukevaa todistelua. Vastaavasti syytetyllä on oltava mahdollisuus haastaa häntä vastaan esitetty näyttö omalla näytöllään. Näiden perustuvanlaatuisten oikeusturvatakeiden horjuessa EIS 6 artiklan turvaama oikeus puolustukseen muuttuu nimelliseksi.⁷⁷

If the evidentiary bricks needed to build a defence are denied the accused, then for that accused the defence has been abrogated as surely as it would be if the defence itself was held to be unavailable to him⁷⁸.

Seksuaalista historiaa koskevan todistelun poissulkeminen yksinomaan sen aihepiirin vuoksi, voi johtaa informointitaakan täyttämiskyvyn hapertuessa *prima facie* uskottavan syytetä tukevan näytön jäämiseen ratkaisevaksi. Oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin onkin katsottu loukattavan, jos seksuaalista historiaa koskevan todisteluun kohdistuvat rajoitukset sulkevat oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle relevanttia näyttöä ja rajoittaminen johtaa syyksi lukevaan tuomioon⁷⁹. Tätä rajanvetoa myötäillen etenkin varhemmassa EIT-käytännössä menettelyn EIS 6 artiklan mukaisuutta puolustukselta evätystä todistelusta huolimatta on perusteltu todistelun *riittämättömyydellä* syytteen näyttämättä jäämiseksi⁸⁰.

Tulkinta siitä, että EIS 6 artiklan loukkaus edellyttäisi syytetyn *näyttävän*, että todisteen esittäminen olisi vaikuttanut annettuun tuomioon, näyttäytyy kuitenkin liiallisen jäykkänä oikeusturvan ja syyttömyysolettaman toteutumiseksi⁸¹. Vaikka voidaan katsoa, että prosessin eksistentiaalisena funktiona on palvella aineellista oikeutta oikeussuojan antamiseksi,⁸² vapaan

⁷⁶ Pölönen 2003, s. 137; Ervo 2005, s. 59–62; Sahavirta 2006, s. 238; Jämsä 2020, s. 369. Ks. taakan täyttämättä jäämisen haitallisuudesta Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 49.

⁷⁷ R v Seaboyer (1991) 83 DLR (4th) 193, s. 260–261.

⁷⁸ Doherty 1984, s. 67.

⁷⁹ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, s. 46 ja kohta 161; R v Seaboyer (1991) 83 DLR (4th) 193. Edellytyksenä loukkaukselle on, että seksuaalista historiaa koskevan todistelun voidaan *edes poikkeuksellisesti* katsoa olevan relevanttia.

⁸⁰ Ks. Wiechert v Austria (admissibility, partial decision), no. 1404/62, 7.3.1964; Huber v Austria (admissibility), no. 5523/72, 4.–5.10.1974.

⁸¹ Stavros 1993, s. 239.

⁸² Ks. Tirkkonen 1969, s. 1.

todistelun mukaisella oikeudella esittää näyttöä on itseisarvoa, sillä se viime kädessä ”mahdollista[a] tehokkaan osallistumisen oikeudenkäyntiin”⁸³. Merkitystä ei ole yksinomaan sillä, miten kontradiktorisuus vaikuttaa todistelun luotettavuuteen ja varmentamiseen, vaan laajemmin sen mahdollistamalla yhdenvertaisella ja aktiivisella prosessaamisella. Vaikka syytetyn kertomuksensa tueksi esittämä todistelu voi jäädä näyttöarvoltaan tuomitsemiskynnyksen horjuttamiseksi riittämättömäksi, menettely on syytetyn näkökulmasta hyväksyttävämpi, jos hän kokee tulleen aidosti kuulluksi⁸⁴. Menettelyn koettu oikeudenmukaisuus ja tasapuolisuus puolestaan vaikuttaa rikosprosessin legitimaatioon, hyväksyttävyyteen ja koettuun luotettavuuteen⁸⁵. Tämä kuulluksi tuleminen prosessuaalinen arvo puoltaa osaltaan epäämisperusteiden soveltamisesta pidättäytymistä, kun näytön esittämiselle on osoitettavissa loogisesti tai empiirisesti hyväksyttävään mutta vakuuttavuudeltaan epätäydelliseen todistussuhteeseen tukeutuva syy.

Perusteltuna ei kuitenkaan voida pitää etusijan antamista vastaanäytön esittämismahdollisuudelle varmuuden vuoksi. EIS 6 artiklan oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei takaa syytetylle *ehdotonta* oikeutta esittää todistelua ja kuulla todistajia, vaan tuomioistuimella on oikeudenkäynnin kokonaisuudenmukaisuuden puitteissa kansallista harkintamarginaalia rajoittaa näytön esittämistä, kunhan se perustelee päätöksensä asianmukaisesti⁸⁶. Syytetyn oikeudet eivät myöskään edellytä rajoittamatonta mahdollisuutta esittää mitä tahansa väitteitä. Vaikka puolustukselle on hyväksyttävä tietty liikkumavara asianomistajan uskottavuuden ja luotettavuuden selvittämiseksi ja tämän kertomuksen mahdollisten epä johdonmukaisuuksien paljastamiseksi, asianomistajaa on kohdeltava hänen ihmisarvoaan ja yksityisyyttään kunnioittaen, eikä vastakuulustelu-oikeuden väärinkäyttöä

⁸³ Jämsä 2020, s.17.

⁸⁴ Tyler 2006, s. 71–93, 115–118; Rantaeskola 2021, s. 195.

⁸⁵ Stavros 1993, s. 243; Jämsä 2020, s. 32–33, 72; Virolainen – Pölönen 2003, s. 253; Ervo 2005, s. 449-452.

⁸⁶ Engel and others v Netherlands, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976, kohta 91; Kobiashvili v Georgia, 36416/06, no. 14.3.2019, kohdat 57–58; Schenk v. Switzerland, no. 10862/84, 12.7.1988, kohdat 45–46; García Ruiz v Spain [GC], no. 30544/96, 21.1.1999, kohta 28; Shannon v the United Kingdom, no. 6563/03, 4.10.2005, s. 10–11; R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohta 58. Ihmisoikeusloukkauksia on epäämistapauksissa seurannut lähinnä perustelujen puutteellisuuden seurauksena, ks. Suominen v Finland, no. 37801/97, 1.7.2003; Vidal v Belgium, no. 12351/86, 22.4.1992; Laukkanen and Manninen v Finland, no. 50230/99, 3.2.2004; OMSO 65/2012 s. 22; Frände – Rautio 2020, s. 85.

hänen pelottelemisekseen tai nöyryyttämisekseen tule hyväksyä⁸⁷. Loogisesti todistusvoimainen näyttö on näin erotettava yksinomaan asianomistajan halventamiseksi tai tämän uskottavuuden horjuttamiseksi tarkoitetusta kaksoismyytteihin tukeutuvasta näytöstä, jonka esittäminen ei kuulu syytetyn keskeisiin puolustautumisoikeuksiin⁸⁸. Tällöin EIS 6 artiklan mukaisuuden punninnassa painottuu asianmukaisen puolustuksen järjestämiseksi tarpeellisten todistelumahdollisuuksien vähimmäistason ylittyminen: kaikkien kysymysten esittämistä ei tarvitse sallia, kunhan riittävä määrä todistelua on tullut sallituksi⁸⁹.

3.2 Asianomistajan intiimipiirin suoja oikeudenkäynnissä

3.2.1 EIS 8 ja asianomistajan seksuaalinen historia

EIS 8 artikla suojaa yksityiselämän kunnioittamisen vaatimuksen puitteissa yksilön fyysistä ja moraalista loukkaamattomuutta,⁹⁰ mikä suoja on ulotettavissa yhtä lailla seksuaaliseen loukkaamattomuuteen⁹¹. Myös seksuaalinen suuntautuminen ja seksuaalielämä kuuluvat olennaisesti 8 artiklan suojaa nauttivaan intiimipiiriin⁹². Samalla EIS velvoittaa sopijavaltioita suojaamaan yksilön oikeuksia myös yksilöiden välisiltä loukkauksilta,⁹³ jolloin arvioitavaksi tulee, missä määrin seksuaalisen historian käsittelyyn rikosprosessissa on asianomistajan ihmisoikeuksien turvaamiseksi ja valtion ihmisoikeusvelvoitteiden täyttämiseksi puututtava.

Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ja henkilökohtaisen koskemattomuuden suojan toteuttaminen seksuaalirikosten kontekstissa edellyttää niitä loukkaavat teot kattavien

⁸⁷ Brandstetter v Austria, nos. 11170/84, 12876/87 and 13468/87, 28.8.1991, kohta 52, ja siitä Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohdassa 106 *mutatis mutandis* esitetty; Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohta 108; S.N. v Sweden, no. 34209/96, 10.5.2012, kohta 52; UNGA, A/RES/40/34, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985, Liite, Artiklat 4 ja 6d.

⁸⁸ R v Seaboyer (1991) 83 DLR (4th) 193, s. 634.

⁸⁹ Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohta 109: puolustuksen oikeuksien toteutumista ei olisi liiallisesti rajoittanut intiimipiiriin tunkeutuvien kysymysten kieltäminen, kun tällä olisi voitu puuttua tilanteen ahdistavuuteen ja kun asianomistajan kertomuksen varmentaminen laajalla vastakuulustelulla oli sallittu muutoin.

⁹⁰ Wainwright v the United Kingdom, no. 12350/04, 26.9.2006, kohta 43.

⁹¹ Leskinen 2020a, s. 141.

⁹² Peck v the United Kingdom, no. 44647/98, 28.1.2003, kohta 57.

⁹³ M.C. v Bulgaria, no. 39272/98, 4.12.2003, kohta 149–153; Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohta 101; X and Y v Netherlands, no. 8978/80, 26.3.1985, kohta 23; White v Sweden, no. 2435/02, 19.9.2006, kohta 20.

aineellisoikeudellisten normien ohella rikosvastuun tehokkaaksi tekevän rikosprosessin⁹⁴. Rajoittamaton seksuaalisella historialla todistelu estää tämän vaatimuksen toteutumista, sillä prosessin puitteissa tapahtuvan häirinnän salliminen rapauttaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta ja asianomistajan toimintavalmiuksia prosessissa⁹⁵. Raiskaus rikoksena, joka tyypillisesti tapahtuu yksityiselämän piirissä ja jossa rangaistusvastuun toteutuminen on sidonnainen uhrin aloitteellisuuteen, on altis epäasiallisen kohtelun pelon vaikutuksille⁹⁶. Oikeusjärjestelmä ei tämän paineen alaisena pysty täyttämään funktiotaan rikosvastuun toteuttajana, jos menettelytavat epäonnistuvat suojaamaan asianomistajia tarpeettomalta ahdistukselta tai jos asiaankuulumattoman rajamailla häilyvä todistelu kohdentaa arvioinnin pois oikeustosisaikaston kannalta keskeisistä asioista kohti myyteille alttiita ajatusmalleja⁹⁷. Siksi on perusteltua, että tuomioistuimien epäasialliseen kohteluun puuttumalla estää asianomistajan valintoihin liittyvän syyllistämisen nousemisen keskeiseksi käsittelyelementiksi⁹⁸.

EIS myös edellyttää rikosprosessin järjestämistä tavalla, joka ei perusteettomasti kajoa kuultavina olevien asianomistajien yksityiselämän suojan piiriin kuuluviin oikeuksiin, minkä varmistaminen voi edellyttää vastakkaisten yksityisten etujen oikeudenmukaista tasapainottamista⁹⁹. Raiskauksissa tarvetta tarpeettoman prosessilähtöisen oikeuksiin kajoamisen välttämiseen korostavat oikeudenkäynnin erityinen raskaus seksuaalirikoksen asianomistajalle sekä tarve suojata tätä ja tämän oikeutta yksityiselämää, kunhan nämä toimenpiteet ovat yhteen sovitettavissa puolustuksen oikeuksien riittävän ja tehokkaan toteutumisen kanssa¹⁰⁰. Tuomioistuimen onkin varmistettava, ettei prosessissa itsessään

⁹⁴ Kimpimäki 2020, s. 2; M.C. v Bulgaria, no. 39272/98, 4.12.2003, kohta 149–153.

⁹⁵ Harhaanjohtavat ja loukkaavat väitteet vaikuttavat selvittämisentressiin asianomistajan prosessinaikaisen osallistumiskyvyn ja -halukkuuden kautta, ks. Heiskanen – Piispa 1998, s. 49; Rantaeskola 2021, s. 189–191

⁹⁶ Träskman 1986, s. 317.

⁹⁷ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohdat 92–94.

⁹⁸ Rantaeskola 2021, s. 189, 195.

⁹⁹ Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohta 103; Doorson v the Netherlands, no. 20524/92, 26.3.1996, kohta 70; White v Sweden, no. 2435/02, 19.9.2006, kohta 20.

¹⁰⁰ S.N. v Sweden, no. 34209/96, 10.5.2012, kohta 47; Aigner v Austria, no. 28328/03, 10.5.2012, kohta 35–37; B v Finland, no. 17122/02, 24.4.2007, kohta 43; Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohta 104. Merkityksellistä on puolustuksen oikeuksien toteutuminen kokonaisuutena, eikä joidenkin kysymysten torjuminen vaaranna oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta, mutta syytetyn mahdollisuus haastaa häntä vastaan esitetty todistelu

loukata asianomistajan henkilökohtaista koskemattomuutta. Tämä voi edellyttää puuttumista intiimipiiriin kohdistuvaan todisteluun,¹⁰¹ sillä yksityiselämän suojan laukaisee paitsi fyysinen tunkeutuminen henkilökohtaisen intiimipiirin alueelle myös sitä koskevan tiedon levittäminen. Etenkin läheissuhteita, elämäntapoja ja muita henkilökohtaisia oloja koskevan luottamuksellisen avautumisen tietosisältö on yksityiselämän suojan piirissä.¹⁰²

On kuitenkin perusteita katsoa, että hyväksyttävyyden raja voi ylittyä vasta tavassa, jolla tietyistä intiimeistä teemoista todistellaan, ei teemojen intiimin sisällön seurauksena itsessään¹⁰³. Keskeisimmät asiaomistajan tai muun kuultavan prosessuaalista suojaa koskevat EIT-ratkaisut koskevat tilanteita, joissa kyse on nimenomaan *kuulemisesta*. Tällöin suoran kohtaamisen ahdistavuus voitaneen katsoa haitallisemmaksi ja syytetyn itsensä asianomistajaan intiimipiiriin tukeutuen kohdistama kyseenalaistaminen loukkaavammaksi, eikä linja välttämättä ole sellaisenaan sovellettavissa muuhun todisteluun, jossa todistuskeinona ei ole asianomistaja itse. Myytteihin perustuvan todistelun sallimisessa varmuuden vuoksi piilee kuitenkin mahdollisuus EIS 8 artiklan loukkaukseen joko laiminlyöntinä turvata rikosvastuun toteuttaminen, jos seksuaalista historiaa koskeva todistelu arvotetaan ”oikean” uhrin muottiin sopimattomaan asianomistajaan kohdistuvien suostumuksenvastaisten tekojen rangaistavuuden vesittävällä tavalla,¹⁰⁴ tai epäonnistumisena estää primääriloukkauksen tuomioistuinkäsittelyssä tapahtuva sekundääriloukkaus, jos intiimipiiriin asiattomasti kajoava todistelu aikaansaa uuden yksityiselämän suojan loukkauksen.

3.2.2 Seksuaalisen historian sallittavuus uhria suojaavien normistojen valossa

Ylätasoisten ihmisoikeusvelvoitteiden lisäksi myös nimenomaisesti uhrin aseman suojaamista koskevat oikeuslähteet asettavat rajoitteita seksuaalirikoksen asianomistajan asemaa

muodostaa EIS 6(1) ja (3)(d) artiklojen keskeisen sisällön, ks. S.N. v Sweden, no. 34209/96, 10.5.2012, kohdat 50–52; Aigner v Austria, no. 28328/03, 10.5.2012, kohta 35.

¹⁰¹ Puhtaasti *asiaan kuulumattomaan* todisteluun puuttuminen ei aina ole riittävää vaan yksityisyyden suoja voi edellyttää vastaavaa puuttumista todistelun kohdistuessa merkitykselliseen seikkaan mutta henkilökohtaista koskemattomuutta yli tarpeen loukkaavalla tavalla, ks. Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohta 109, 112.

¹⁰² Vuortama 1983, s. 19; Inness 1992, s. 139; Rantaeskola 2021, s. 63–65;

¹⁰³ Ongelmallisena on pidetty syytetyn suorittamaa loukkaavia vihjauksia, johdattelevia kysymyksiä ja vastausten jatkuvaa kyseenalaistamista käsittävää aggressiivista vastakuulustelua, kun todistelu kohdistui selvästi henkilökohtaisiin seikkoihin – osapuolten luottamukselliseen suhteeseen ja asianomistajan aktiiviseen hakeutumiseen syytetyn seuraan. Y v Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015, kohta 106–109, 114.

¹⁰⁴ Ks. M.C. v Bulgaria, no. 39272/98, 4.12.2003, kohta 149; Euroopan neuvosto 2011, kohta 191. EIS 3 ja 8 artiklat edellyttävät ei-suostumuksellisten seksuaalisten tekojen rangaistavuutta ja *tehokasta syytteeseenpanoa*.

heikentäville menettelytavoille. Uhidirektiivi edellyttää jäsenvaltioilta toimenpiteitä toissijaisen uhriksi joutumisen ehkäisemiseksi, asianomistajalle aiheutuvan emotionaalisen ja psyykkisen haitan estämiseksi ja hänen ihmisarvonsa suojelemiseksi¹⁰⁵. Tämän suojatarkoituksen valossa intiimipiiriä koskeviin kysymyksiin tulisi voida puuttua ja asianomistajaa koskevien tietojen paljastaminen ja asianomistajan kuuleminen rajoittaa asian kannalta merkityksellisiin ja tärkeisiin seikkoihin¹⁰⁶. Nimenomaisesti edellytetään puolustuksen oikeuksien puitteissa toimenpiteitä, jottei erityisen suojelun tarpeessa olevien asianomistajien yksityiselämää koskevia *tarpeettomia* ja rikokseen *liittymättömiä* kysymyksiä sallittaisi asianomistajaa kuultaessa¹⁰⁷. Puolustuksen oikeuksien turvaamiseen viitataan relatiivisessa eikä ehdottomassa merkityksessä, mikä merkitsee molempien osapuolten oikeudet huomioivaa punnintaratkaisua¹⁰⁸. Siten asianomistajan yksityisyyden suojalla voidaan myös uhidirektiivin puitteissa oikeuttaa puolustuksen toimintamahdollisuuksien osittaista supistumista. Suomessa uhidirektiivin edellyttämiä toimia kuulemisen haitallisen tai asiassa merkityksettömän sisällön osalta koskee kuitenkin OK 17:48, joka edellyttää asiaan kuulumattomien, eksyttävien tai muutoin sopimattomien kysymysten epäämistä¹⁰⁹ mutta jonka osalta on katsottu, että ”[s]opimattomat kysymykset ovat yleensä korvattavissa saman asian selvittämiseen pyrkivillä asiallisesti muotoilluilla kysymyksillä”¹¹⁰, mikä viittaa epäasiallisuuden mieltämiseen ennemmin kysymysten laadun, esittämistavan ja tarkoituksen kuin niiden aihepiiriin kautta. Tällä perusteella OK 17:48:n ei nykyisen tulkinnan valossa voitane katsoa kattavan kieltoa, joka kohdistuisi aiempaan seksuaaliseen historiaan todistusteemana, jos tätä koskeva näyttö esitetään tavalla, joka ei ole suunnattu nöyryyttämään asianomistajaa. Intiimipiiriinkin liittyvät kysymykset on asiaan kuuluvilta osin sallittava,

¹⁰⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2012/29/EU, annettu 25 päivänä lokakuuta 2012, rikoksen uhrien oikeuksia, tukea ja suojelua koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä neuvoston puitepäättöksen 2001/220/YOS korvaamisesta (uhridirektiivi), 18 artikla.

¹⁰⁶ Euroopan komissio 2013, s. 39.

¹⁰⁷ Uhidirektiivi, 23(3)(c) artikla ja 22(3) artikla, jossa nimenomaisesti edellytetään huomioitavan seksuaalirikosten uhrien asema erityistä suojelutarvetta määrittäessä.

¹⁰⁸ Ks. Euroopan komissio 2013, s. 40.

¹⁰⁹ Nykyistä säännöstä edeltäneen ja sitä asiallisesti vastaavan OK 17:33.5:n (690/1997) katsottiin täyttävän uhidirektiivin vaatimukset, ks. HE 66/2015 vp, s. 34.

¹¹⁰ Jokela 2018, s. 634–635.

jolloin yksityisyyden suojaa ensisijaisesti toteutetaan rajoittamalla¹¹¹ oikeudenkäynnin julkisuutta näiltä osin.

Suomen kansainvälisten velvoitteiden näkökulmasta OK 17:8:n ja sitä henkilötodistelun sisällön osalta vastaavan 17:48:n varovaisen soveltamismentaliteetin ulottaminen sellaisenaan seksuaalista historiaa koskevaan todisteluun ei silti ole täysin tyydyttävää. Istanbulin sopimus vaatii sopimusvaltioita varmistamaan, ettei uhrin aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevaa todistelua sallita, ellei se ole *relevanttia* ja *tarpeellista* (”necessary”)¹¹². Vaatimus ei muodosta ehdotonta esittämiskieltoa, mutta tarpeellisuusvaatimus laajentaa esittämislle asetetut vähimmäisedellytykset yli suomalaisessa todistusoikeudessa ratkaisevan *asiaan kuuluvuuden* edellyttämällä *merkittävää näyttöarvoa* (”significant probative value”)¹¹³. Vaikka Suomessa katsottiin, ettei Istanbulin sopimuksen täytäntöönpano näiltä osin edellyttänyt lainsäädäntömuutosta,¹¹⁴ kotimaiset epäämisperusteet eivät vallitsevan tulkinnan valossa kata tilanteita, joissa seksuaalista historiaa koskeva todistelu on sinänsä todistussuhteessa asiassa ratkaistavaan todistusteemaan mutta jää näyttöarvoltaan vähäiseksi.

Vaikka Istanbulin sopimus on saatettu voimaan lailla naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta (375/2015), sopimuksen seksuaalista historiaa koskevan todistelun rajoittamiseen velvoittava 54 artikla on luonteeltaan määräys sopijapuolten toteuttavaksi tulevista toimista eikä liene suoraan sovellettavissa kansallisessa lainkäytössä epäämisperusteena¹¹⁵. Kansallista lainsäädäntöä on kuitenkin tapauskohtaisesti tulkittava sen valossa,¹¹⁶ eikä poissuljettuna voitane pitää epäämisperusteiden

¹¹¹ Ks. OikJulkL 15 § 2 kohta.

¹¹² Istanbulin sopimus, 54 artikla.

¹¹³ Euroopan neuvosto 2011, kohta 278.

¹¹⁴ HE 155/2014 vp, s. 66.

¹¹⁵ Ks. *mutatis mutandis* KKO 2020:20, kohta 13: ”Istanbulin sopimuksen 46 artikla velvoittaa [-] sanamuotonsa perusteella valtiota sopimusosapuolena ryhtymään kansallisiin lainsäädäntötoimiin, eikä sitä tämän vuoksi voida soveltaa rangaistuksen mittaamissäännöksenä.” Vaikka kyseinen ratkaisu viittaa rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen, EIT on tunnistanut sen rikosprosessuaalisena vastinkappaleena yleisiin oikeusperiaatteisiin kuuluvan prosessuaalisen laillisuusperiaatteen ”nullum iudicium sine lege”, ks. *Cöme and others v Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, 22.6.2000, kohdat 101–103.

¹¹⁶ KKO 2020:20, kohta 12; VaaHO:2016:7. Ratkaisut koskevat lähisuhdeväkivaltaluonteen huomioimista Istanbulin sopimuksen valossa rangaistuksen mittaamisessa, mille rangaistuksen mittaamisen yleissäännös (RL 6:4) antaa lakiperustan.

tulkitsen seksuaalirikoksissa tiettyä vähimmäisrelevanssikynnystä soveltaen. PL 22 §:n perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvoite edellyttää niiden toteutumista parhaiten tukevaa tulkintaa,¹¹⁷ minkä mukaisesti tuomioistuimen on OK 17:8 tulkinnoissa otettava lakisääteisten raamien rajoissa huomioon myös asianomistajan yksityiselämän suoja. Koska Istanbulin sopimuksen sanamuodoltaan kotimaista lainsäädäntöä tiukemmat rajoitteet seksuaaliselle historialle voivat puolestaan vaikuttaa ihmisoikeuden suojan ulottuvuuden tulkintaan sopimusvaltioissa,¹¹⁸ voidaan perusteltuna pitää seksuaalista historiaa koskevan todistelun katsomista epäämiskynnyksen alittavaksi, ellei se tosiasiasuhteissa voi saada nimellistä merkittävämpää painoarvoa.

3.2.3 Asianomistajan oikeussuoja ja perusoikeudellisen todistuskiellon mahdollisuus

Huolimatta siitä, että Istanbulin sopimuksen valossa tulkitut ihmisoikeusvelvoitteet puoltavat relevanssiltaan kyseenalaisen seksuaalista historiaa koskevan todistelun epäämistä tavallista herkemmin, poissulkemismahdollisuutta rajoittaa tarve operoida sanamuodoltaan asiaan vaikuttamattomuuteen ja tarpeettomuuteen viittaavan OK 17:8:n puitteissa. Hyödyntämiskiellon yleissäännöksen soveltuminen edellyttää hankintamenettelyn lainvastaisuutta¹¹⁹. Vaikka yksityisyydensuojan loukkaus todisteen hankinnassa voi kiellon perustaa,¹²⁰ vastaavaa todistelun esittämiseen liittyvää yleistä säännöstä ei oikeudenkäymiskaaaresta löydy¹²¹. Järjestelmästämmme uupuukin Common Law -valtioiden todistusoikeudellinen hätäjarru, joka tapauskohtaisesti estäisi näyttöarvoaan vahingollisemman todistelun,¹²² ja yleissäännöksemme ulkopuolelle jäävät tilanteet, joissa vasta näytön *esittäminen* loukkaa yksilön oikeuksia. Seksuaalista historiaa koskeva todistuskielto on

¹¹⁷ PeVL 2/1990 vp, s. 3; KKO 2011:38, kohta 8.

¹¹⁸ Istanbulin sopimuksen velvoitteiden on katsottu olevan sellaisia ”kansainvälisen oikeuden asiaan vaikuttavia sääntöjä”, jotka valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen yleisen tulkintasäännön (31(3)(c) artikla) valossa on otettava EIS:n tulkinnassa huomioon, ks. De Vido 2020, s. 58. Ks. myös *Talpis v Italy*, no. 41237/14, 2.3.2017, kohdat 129–131 ja siinä huomioitu sopimusvaltion erityinen huolellisuusvelvoite

¹¹⁹ HE 46/2014 vp, s. 92–93; Jokela 2018, s. 673; Frände – Rautio 2020, s. 186; Jämsä 2020, s. 348.

¹²⁰ I-SHO 2010:5; THO 2017:6; Pölönen 2003, s. 224; Jämsä 2020, s. 350.

¹²¹ Ks. Frände – Rautio 2020, s. 202–206.

¹²² PACE 1984, kohta 78; R v Grant, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475, s. 476. R v Handy, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, s. 909.

yleisestikin vieras vapaan todistelun järjestelmällemme,¹²³ jossa pääsääntönä on vahva totuudentutkimiskäsitys, joka edellyttää kaikkien asiaan kuuluvien tosiseikkojen tutkimista kaikkien niiden selvittämistä palvelevien todistuskeinojenvalossa¹²⁴. Lähtökohtaisen poikkeusluonteesta takia todistelunrajoitteilla on oltava muodollinen laintasoinen tai perustuslaillinen oikeusperuste, ja rikosprosessissa korostuvat oikeusvarmuustekijät korostavat tarvetta pitäytyä lain sanamuodon rajoissa¹²⁵.

Laillisesti hankitun todisteen asettamista hyödyntämiskieltoon ilman nimenomaisen säännöksen tukea ei silti vapaan todistusteoriankaan valossa ole pidetty poissuljettuna etenkään, jos ”todisteen esittäminen loukkaisi perustuslain 10 §:ssä tarkoitettua yksityiselämän suojaa”¹²⁶. Koska yksityisyyden suoja on perus- ja ihmisoikeutena suojattu, kollisiotilanteessa erityisesti sen ydinalueen suojaaminen voi oikeuttaa toisen perusoikeuden vähäisempään rajoittamiseen¹²⁷. *Hormia* on jo ennen perusoikeudellistumiskehitystäkin pitänyt mahdollisena todistelunrajoitteen perustamista suoraan persoonallisuuden suojaan¹²⁸. Oikeuksien vertikaalisen turvaamisen imperatiivisuus on sittemmin nykyisessä valtiosääntöoikeudellisessa ajattelussa laajalti omaksuttu¹²⁹. Samalla lainkäyttö on perustuslain ja EIT:n myötä noussut aiempaa vahvempaan asemaan perus- ja ihmisoikeuksien suorana soveltajana ja täytäntöönpanijana myös prosessuaalisten oikeuksien osalta¹³⁰. Lähtökohtaisesti punnintaratkaisut kuitenkin tehdään lainsäädäntötasolla, ja lainsäädäntö asettaa tietyt raamit perusoikeuksien toteuttamiselle lainkäytössä siellä, missä perusoikeuksien punninta on tehty valmiiksi eikä jätetty lainkäyttäjän oikeusharkintaiseksi vastuuksi¹³¹. Suomalaiselle oikeusjärjestykselle vaikuttaa lisäksi olevan vieras ajatus, että seikka yksin ilmitulollaan loukkaisi yksityisyydensuojaa tarpeeksi räikeästi edellyttääkseen todistelunrajoitteen

¹²³ Kimpimäki 2020, s. 15.

¹²⁴ *Hormia* 1978, s. 103.

¹²⁵ *ibid.*, s. 100, 106 fn 3.

¹²⁶ Frände – Rautio 2020, s. 206. Ks. myös KKO 2007:58.

¹²⁷ Mäenpää 2020, s. 44–46.

¹²⁸ *Hormia* 1978, s. 194.

¹²⁹ Jämsä 2020, s. 20.

¹³⁰ PL 106 §; Pölönen 2003, s. 59; Lavapuro 2010, s. 6, 9, 67–68.

¹³¹ Mäenpää 2018, s. 628–629; Jämsä 2020, s. 20; Rantaeskola 2021, s. 203, 259.

asettamista. Pikemminkin arkaluontoinenkin tieto vaatii aisaparikseen alkuperäisen ilmaisufoorumin erityisen salassa pidettävän, luottamuksellisen tai yksityisen luonteen¹³².

Myös kynnys kohdistaa todistelunrajoitteita syytetyn puolustukseen esittämään todisteluun on perinteisesti ollut korkea. Syytetylle edullisten seikkojen on syyttömän suojaamisen imperatiivin nimissä katsottu olevan ilmaistavissa yleisenä poikkeuksena lakisääteisiinkin todistelunrajoitteisiin,¹³³ ja sama syytetyn aseman turvaamista korostava näkemys on heijastunut myös ihmisoikeuspohjaiseen oikeuskollisoiden arviointiin¹³⁴. Vastaavin argumentein on puollettu suhtautumista torjuvasti syyttäjän pyrkimyksiin esittää oikeudenloukkauksella hankittua näyttöä, kun taas virheellisen hankintatavan rasittamia todisteita on katsottu voitava lukea syytetyn hyväksi, vaikka asianomistajan oikeudetkin on otettava huomioon¹³⁵. Tämän varjolla ei kuitenkaan tule sallia minkä tahansa syytetylle edulliseksi väitetyn tiedon esittämistä, vaan seikan aito vaikuttavuus suhteessa suojattuun intressiin on varmistettava¹³⁶. Sen sijaan näytön ei tarvitse riittää selvästi kumoamaan teonkuvauksen oikeustositteikasta. Myös painoarvoltaan vähäisemmän todistelun, joka ei sellaisenaan riitä haastamaan syytettä mutta on relevantti syytetyn eduksi, sallimista voidaan edellyttää, joskaan ei yhtä ehdottomasti.¹³⁷

Nämä seikat huomioiden seksuaalista historiaa koskevan todistelun kategorista kieltämistä ei asianomistajan perusoikeudet huomioivankaan tulkinnan valossa voida pitää mahdollisena nykyisen lainsäädännön puitteissa. Ylipäätään oikeuskirjallisuudessa on suhtauduttu torjuvasti sisällöltään korostetun henkilökohtaisen, arkaluontoisen tai kiusallisen näytön esittämisen absoluuttiseen kieltämiseen liian joustamattomana¹³⁸. Lähtökohtaisesti asianomistajan

¹³² Ks. OK 17:12 ja JulkL 11.2 § (viranomaiset); OK 17:13 (oikeudenkäyntiavustajat, -asiamiehet ja asianajajat); OK 17:14 (terveydenhuollon ammattihenkilöt); OK 17:16 (papit sielunhoidollisissa tehtävissä).

¹³³ Hormia 1978, s. 286; Pölönen 2003, s. 238; Jokela 2018 s. 679; Jämsä 2020, s. 190. Nimenomainen maininta poikkeuksesta on terveydenhuollon ammattilaisiin kohdistuvia todistelunrajoitteita koskevissa esityömaininnoista, ks. HE 46/2014 vp, s. 71, 93 ja OMML 69/2012, mutta sitä on pidetty luonteeltaan yleisenä.

¹³⁴ Ks. Scheichelbauer v Austria (Commission's report), no. 2645/65, jossa sallimista puolsi oikeudenloukkauksella hankitun näytön rooli kanssasytetyn puolustuksessa.

¹³⁵ Jokela 2018, s. 676, 679.

¹³⁶ Jämsä 2020, s. 190.

¹³⁷ Hormia 1978, s. 287–288 viitteineen.

¹³⁸ *ibid.*, s. 95.

intimiipiiriin puuttuvan todistelun epäämistä ei myöskään Suomessa ole jäsennetty todistuskieltona, vaan vallitseva oikeustieteellinen kanta on ollut mieltää tällaisen näytön torjuminen epäämisperusteiden ja nimenomaan puutteellisen relevanssin kautta¹³⁹. Näin niissä erityistilanteissa, joissa asiallinen oikeudenkäymiskaaren relevanssikynnyksen ylittävä todistussuhde on olemassa, seksuaalista historiaa koskeva todistelukin näyttäytynee sallittuna. Tuomioistuimen voitaneen kuitenkin edellyttää tosiasiassa varmistavan, että esitettäväksi aiotulla näytöllä voi olla merkitystä syytetyn puolustusta tukevana tosideikkana eikä tämä merkitys nojaudu puhtaasti hylättäviin todistussuhteisiin. Seuraavissa pääluvuissa käsitellään seksuaalisen historian kykyä muodostaa hyväksyttäviä todistussuhteita, sillä vaikka seksuaalista historiaa koskeva todistelu stereotyyppisesti vaikuttaa osana uhrin kyseenalaistamiseen perustuvaa puolustusstrategiaa, seksuaalisen historian todistusvoimaa tosideikasto- ja rikosvastuutasolla on syytä tarkastella tarkemmin.

¹³⁹ Träskman 1986, s. 340–341; Pohjonen 1991, s. 137; Hahto 2004, s. 509–515; Jokila 2010, s. 145.

4 Asianomistajan aiempi seksuaalinen käyttäytyminen tunnusmerkistötekijöistä todisteltaessa

4.1 Seksuaalinen historia ja suostumuksen todennäköisyys

4.1.1 Kaksoismyytti ja kielletyt päätelmät promiskuiteetista

Silloin kun suostumuksen olemassaolo on asiassa riitainen ja se pyritään osoittamaan aiemmalla seksuaalisella käyttäytymisellä, tällainen sinänsä merkityksellistä todistusteemaa koskeva näyttö voi olla OK:n 17:8n yleisen tulkinnan valossa relevanttia vain, jos siitä voidaan tehdä edes välillisiä päätelmiä suostumuksesta. Juuri johtopäätösten tekemiseen asianomistajan henkilöön liittyvien yleistysten ja olettamusten kautta liittyy perustavanlaatuisia ongelmia ymmärrettäessä suostumus tapaus- ja henkilökohtaisena. Tätä ongelmallisuutta havainnollistaa laajalti hylättävänä pidetty kaksoismyytti aiemminkin seksuaalisesti aktiivisen naisen suostumuksen suuremmasta todennäköisyydestä ja vähäisemmästä uskottavuudesta¹⁴⁰. Modernissa oikeusvaltiossa voitaneen lähteä siitä, ettei asianomistajan luotettavuutta määritä seksuaalisuhteiden olemassaolo, lukumäärä tai luonne. Ei kuitenkaan ole täysin poikkeuksellista, että suhteen olemassaololle tai puutteelle pyritäisiin suoraan antamaan uskottavuusulottuvuutta varsinkin ”puskaraiskauksia” arvioitaessa, ja on yleisen elämäkokemuksen valossa myös luontevaa, että myytin mukaiselle tapahtumainkululle on vaikeampi tunnistaa minkäänlaista ”viatonta” selitystä¹⁴¹. Asianomistajan ei kuitenkaan tulisi kääntäen joutua kohtaaman korostettua todistustaakkaa yksin aiempien suhteidensa vuoksi, sillä asianomistaja on oikeutettu yhtäläiseen oikeussuojaan riippumatta mahdollisesta suostumuksellisesta seksuaalisesta kanssakäymisestä syytetyn tai kolmansien kanssa¹⁴². Lisäksi ”oikean” raiskauksen stereotypiasta tukea saavan väitteen katsomiseen

¹⁴⁰ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, s. 45H; R v Seaboyer (1991) 83 DLR (4th) 193, s. 258, 278; Scottish Executive 2001, kohta 90; Kelly 2001, s. 34.

¹⁴¹ Raiskausväitteen korkeaa totuusarvoa ja vapaaehtoisuuden ilmeisestä epäuskottavuutta teon tapahtuessa tapahtunut ventovieraiden kesken ulkoilmassa ovat puoltaneet *Klami* ja *Ojala*, ks. Klami 1995, s. 192 av 7, s. 195; Ojala 2014, s. 76. Koska teon sopiminen puskaraiskauksen kategoriaan tekee sen suostumuksettomuudesta ”selvän”, voi syytetyn kertomuksen uskottavuuteen vaikuttaa, tunsivatko osapuolet toisensa ennalta. Tosiseikastotasolla ks. R v T (Abdul) (2004) 2 Cr App R 32, jossa teonkuvaus koski raiskausta julkisella lasten leikkipaikalla ja syytetty halusi todistella aiemmasta identtisestä kanssakäymisestä osapuolten välillä.

¹⁴² Hahto 2004, s. 510.

uskottavammaksi liittyy looginen epäsuhta, kun tutkimustiedon¹⁴³ valossa seksuaalirikoksen uhri ja tekijä useimmiten tuntevat toisensa. Aiemman seksuaalisen kanssakäymisen olemassaoloa ei voidakaan pitää suoraan ainakaan asianomistajan tai raiskausväitteen uskottavuutta vähentävänä seikkana. Riski joutua raiskauksen uhriksi on ylipäätään vain heikosti kytköksissä seksuaaliseen kokeneisuuteen, ja todistussuhde näiden välillä empiirisesti vaikeasti johdettavissa. Silloin, kun yhteys on osoitettavissa, vaikuttanee se pikemminkin uskottavuutta puoltavasti, sillä seksuaalisesti aktiivinen asianomistaja voi kieltäytyessään tai jäätyessään joutua uhriksi juuri tästä syystä tekijän tukeutuessa stereotyyppisiin narratiiveihin.¹⁴⁴

Vastaavasti mainetodistelu asianomistajan taipumuksesta suostua seksiin on huonosti yhteensovittavissa seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ja suostumuksen tapauskohtaisuuden kanssa, sillä arvioinnin tulisi keskittyä suostumukseen kyseisellä kerralla ja kyseisissä olosuhteissa¹⁴⁵. Etenkin kansainvälisten velvoitteiden tasolla seksuaalirikosten näytönarvioinnilta edellytetään tapauskohtaisuutta ja kontekstiherkkyttä, ja Istanbulin sopimus nimenomaisesti edellyttää suostumuksen vapaaehtoisuuden arvioimista kyseisissä olosuhteissa¹⁴⁶. Suostumukseen kytkeytyviä todistussuhteita rajoittaakin keskeisesti sen päättelyketjun hylättävyys, että aiemman kanssakäymisen vapaaehtoisuus syytetyn tai kolmannen kanssa osoittaisi asianomistajan suostumusta tai sen todennäköisyyttä muilla kerroilla¹⁴⁷. Onkin katsottu, ettei aiempaa seksuaalista kanssakäymistä koskeva näyttö ole tästä syystä ensinnäkään relevanttia:

Tällaista seikkaa ei voida ottaa huomioon edes näyttöä arvioitaessa, koska aiemmasta suostumuksesta ei voi tehdä mitään johtopäätöksiä myöhempien tilanteiden suhteen. Itsemääräämisoikeus koskee jokaista kanssakäymiskertaa yksittäisenä tapahtumana.¹⁴⁸

¹⁴³ Lappi-Seppälä – Niemi 2015, s. 86.

¹⁴⁴ Träskman 1986, s. 340–341.

¹⁴⁵ On katsottu, että asianomistajalle olisi suostumuksen tapauskohtaisuuden valossa ”annettava oikeus rajoittaa oikeudellinen tutkinta juuri tähän tapaukseen”, ks. *ibid.*

¹⁴⁶ Euroopan neuvosto 2011, kohta 192.

¹⁴⁷ Träskman 1986, s. 341; Hahto 2004 s. 510; Kimpimäki 2020, s. 15; Nousiainen – Pentikäinen 2013, s. 458 ja siinä Istanbulin sopimuksesta esitetty. Suostumus ei ylipäätään ole oletettavissa aiemman kanssakäymisen pohjalta vaan ”tahto sukupuoliyhteyteen tulee olla teon aikana”, ks. KKO 2018:91, kohta 16 (tiedottomuustilanteessa arvioituna).

¹⁴⁸ Hahto 2004, s. 510. Myös Träskman on katsonut, ettei aiemmalle suostumukselle tai myöskään kieltäytymiselle sen negaationa voida antaa merkitystä alkuperäistodennäköisyytenä, ks. Träskman 1986, s. 341.

Vahvana lähtökohtana on, ettei aiempi suostumuksellinen seksi lukuisten kumppanien kanssa ”kerro mitään siitä, oliko asianomistaja suostunut tällä nimenomaisella kerralla”¹⁴⁹. Tästä näkökulmasta erityisesti seksuaalisuutta koskeva mainetodistelu taipumuksesta suostua kanssakäymiseen on pääosin evättävä tarpeettomana uupuvan todistussuhteen perusteella¹⁵⁰.

4.1.2 Epätodennäköinenkö? – seksuaalinen historia syytettä tukevien kokemussääntöjen vastinparina

Vaikka todistelua asianomistajan suhtautumisesta seksuaaliseen kanssakäymiseen muussa tilanteessa on pidetty kykenemättömänä luomaan minkäänlaista suostumuksen todennäköisyyttä ilmentävää todistussuhdetta, tulkinta ei ole aukoton. Se, että aiempaa vapaaehtoista seksuaalista kanssakäymistä on ollut, merkitsee, ettei voida pitää *mahdottomana* tai huomattavan *epäuskottavana*, että uhri olisi ylipäänsä suostunut seksiin. Argumentaatio on relevanttia lähinnä erityistilanteissa, joissa syyte tukeutuu narratiiviin uhrista, jota ei voida realistisesti pitää vapaaehtoisen seksuaalisen kanssakäymisen osapuolena kyseessä olleissa olosuhteissa¹⁵¹. Tämänkaltaiset kokemussääntöihin perustuvat päätelmät tapahtumainkulun varteenotettavuudesta eivät itsessään ole oikeusjärjestyksellemme vieraita,¹⁵² eikä niitä tule samaistaa pelkästään niiden aihepiirin johdosta asianomistajaa syyllistävään argumentaatioon, vaikka ne perustuvatkin yleistyksiin seksuaalisesta käyttäytymisestä.

Seksuaalisuutta koskevien kokemussääntöjen merkitys korostuu tilanteissa, joissa arvioidaan tietyn sisältöisen sukupuoliyhteyden suostumuksellisuutta. Näin on erityisesti, jos tuomioistuin perustelee syytetyn kertomuksen *epäuskottavuutta* sillä, että kokemussääntöjen valossa väitetty suostumus tai asianomistajan aloite ei ole varteenotettava mahdollisuus¹⁵³. Ratkaisussa KKO 2019:84 asianomistajan rooliin seksin myyjänä linkitettiin – tosin syytetyn kertomusta

¹⁴⁹ Hahto 2004, s. 514.

¹⁵⁰ Ks. Träskman 1986, s. 340.

¹⁵¹ Näin voi olla, jos asianomistaja perustelee suostumuksen mahdottomuutta vakaumuksellaan. Ks. vastaavasti Jokila 2010, s. 228 ja siinä käsitelty tapaus. Perustelujen valossa syytettä on tukenut myös aikaisemman seksuaalisuhteen puuttuminen, ks. Jokila 2010, s. 227, jolloin – riippumatta tällaisen yleistyksen hyväksyttävyydestä – syytetyn on voitava tosiseikastotasolla kumota väite näytöllä, jos sitä muuten käytettäisiin häntä vastaan.

¹⁵² Kokemussääntöihin jo yleisesti lukeutuu luonnontieteellisten seuraamussääntöjen lisäksi näyttöarvoltaan matalia ja ennakkokäsitystä läheneviä yleistyksiä, ks. Lindell 1987, s. 219–222; Jonkka 1993, s. 39–43; Frände 1998, s. 1249; Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 20 – 21; Frände – Rautio 2020, s. 239–240.

¹⁵³ KKO 2019:84; Ylikulju 2017, s. 247 ja siinä viitattu anonymisoitu tapaus.

horjuttamaan – oletuksia todennäköisestä seksuaalisesta toiminnasta ja katsottiin, että seksin maksulliseen luonteeseen nähden syytetyn kertomus oli ”itsessään *niin poikkeuksellinen*, että sitä on pidettävä *epäuskottavana*”¹⁵⁴. Maksullisuuden huomioon ottaminen viittaa KKO:n pitäneen mahdollisena, että roolista, jossa asianomistaja osallistuu seksuaalisen kanssakäymiseen, on johdettavissa päätelmiä tietyn suuntaisen aloitteellisuuden ja suostumuksen (epä)todennäköisyydestä. Oikeuskäytännössä myös asianomistajan ja syytetyn huomattavaa ikäeroa ja samaa sukupuolta¹⁵⁵ on pidetty seikkoina, jotka voivat tehdä syytetyn suostumukseen perustuvasta kertomuksesta epäuskottavan¹⁵⁶.

Vähintään implisiittistä merkitystä osapuolten seksuaalisella taustalla ja kokeneisuudella oli myös ratkaisussa KKO 2013:96, jossa syytetyn kertomuksen uskottavuutta heikensi asianomistajan esittäminen nuoresta iästä ja läheisemmän suhteen puuttumisesta huolimatta korostuneen aloitteellisena ja perheellisen syytetyn luonnehtiminen seksuaalisesti pidättäytyväksi. Tällainen käyttäytyminen oli korkeimman oikeuden arvion mukaan ”poikkeuksellista eikä se saa[nut] tukea [asianomistajan] henkilöstä esitetystä selvityksestä”.¹⁵⁷ Kun syytetyn kertomuksen näyttöarvoon näin voi negatiivisesti vaikuttaa, missä määrin väitetysti suostumuksellinen tai asianomistajan puolelta aloitteellinen seksuaalinen kanssakäyminen poikkeaa normalisoiduista seksuaalisuuskäsityksistä, ei seksuaalisuutta koskevia yleistyksiä¹⁵⁸ voida sellaisenaan pitää soveltamiskelvottomina. Seksuaalisuuden toteuttaminen ei myöskään näyttäydy niin henkilö- ja tapauskohtaisena, ettei mitään todennäköisyyttä koskevia päätelmiä voitaisi tehdä¹⁵⁹. Tällainen yleiseen henkilöön

¹⁵⁴ KKO 2019:84, kohta 46 (muotoilu lisätty). Vrt. KKO 2019:78, kohta 30 (”Seksin harjoittaminen rappukäytävässä aiemmin tuntemattoman henkilön kanssa on poikkeuksellista mutta ei mahdotonta.”).

¹⁵⁵ Vaikkei seksuaalinen suuntautuminen vaikuta itsemääräämisoikeuteen tai teon moitittavuuteen (HE 6/1997 vp, s. 2), eikä siihen voida perustaa suostumusta yksittäistapauksessa, on seksuaalivähemmistöjen yhdenvertaisuuden kannalta ongelmallista, jos samansukupuolisuutta pidetään suostumuksen epätodennäköisyyden osatekijänä, ellei samalla sallita todistelua siitä, että asianomistaja on homo- tai biseksuaali.

¹⁵⁶ Ks. Ylikulju 2017, s. 247 ja siinä viitattu tapaus.

¹⁵⁷ KKO 2013:96, kohdat 25 ja 39.

¹⁵⁸ Ratkaisussa KKO 2013:96 näitä yleistyksiä ilmenee jopa kolme: 1) nuori ja implisiittisesti kokemattomampi henkilö ei ole aloitteellinen 2) varsinkaan ilman aiempaa intiimisuhdetta selittävänä tekijänä, eikä 3) perheellinen ja *ipso facto* seksuaalisesti kokenut henkilö ole seksuaalisesti täysin pidättäytyväinen. Näin tietoisesti tai tiedostamatta viitataan stereotyyppioita läheneviin odotuksiin seksuaalisuudesta, mikä voi johtaa paitsi asianomistajan kohtaamiseen epäaitona uhrina myös suostumuksen todennäköisyyden tulkitsemiseen jo lähtökohtaisesti syytetylle epäedullisesti.

¹⁵⁹ Yleistyksiin on kuitenkin suhtauduttava varauksella, ks. Euroopan neuvosto 2011, kohta 192.

perustuva yleinen elämäkokemus ei voine oikeuttaa perustavanlaatuisesti vakuuttavampaa todistussuhdetta kuin asianosaisesta ainutlaatuisena yksilönä tehty empiiristen havaintojen joukko¹⁶⁰. Jos relevanttina voidaan asianomistajan hyväksi pitää sitä, ettei yleinen tietyt attributit omaava henkilö A lähtökohtaisesti suostuisi seksiin ryhmän B edustajan kanssa, ja syytetty kuuluu tähän ryhmään, ei näyttö siitä, että yleisen henkilön A kuvausta vastaava asianomistaja A' on aiemmin ollut intiimissä ja kiistatta vapaaehtoisessa sukupuolisuhteessa saman tai toisen ryhmän B edustajan kanssa, voine olla täysin vaikutuksetonta. Se nimittäin osoittaa, ettei A' ainakaan *aina*, tai tapahtumakertojen lukumäärästä riippuen *useinkaan*, toimi kokemussäännön osoittamalla tavalla. Tällöin ei ole *epäuskottavaa* väittää, että asianomistaja olisi poikennut kokemussäännön mukaisesta käyttäytymismallista *uudestaankin*¹⁶¹.

Kokemussääntöjä sovellettaessa korostuu tarve varmistaa tietyn kokemussäännön taustalla olevien parametrien vastaavuus yksittäistapauksessa esitetyn näytön ja todistusteeman todistussuhteen osalta¹⁶². Jos nämä alkuarvot – yksittäisen tapauksen olosuhteet – eivät vastaa yleistasoisen kokemussäännön oletuslähtökohtia, kokemussääntö ei välttämättä sovellu sellaisenaan. Kun tapahtunut sukupuoliyhteys asiayhteyksineen poikkeaa jollain tasolla stereotyyppisestä heteronormatiivisesta seksuaalisesta kanssakäymisestä suostumusnarratiivin epäuskottavuuteen viittaavalla tavalla, asianomistajan aiempi seksuaalinen käyttäytyminen voi toimia vastanäyttönä siitä, ettei epäuskottavuuden perustava kokemussääntö kyseessä olevan asianomistajan osalta ainakaan täysin pidä paikkaansa. Suostumuksesta lieneekin tällaisissa tilanteissa mahdollista tehdä negatiivisia johtopäätöksiä, jos näytöllä voidaan osoittaa, ettei kyseinen asianomistaja toimi kokemussäännön olettamalla tavalla. Kokemussääntö voi nimittäin itsessään olla OK 17:8:n edellyttämänä asiaan vaikuttavana todistusteemana, jos

¹⁶⁰ Ratkaisussa KKO 2013:96 käytetty argumentaatio myös suoraan antaa ymmärtää, että asianomistajan *henkilöstä* esitetylle todistelulle voidaan antaa merkitystä arvioitaessa aloitteellisuusväitteen uskottavuutta ja että edes *potentiaaliseen* aloitteellisuuteen viittaava näyttö olisi voinut antaa aihetta arvioida asiaa toisin neutraloiden yhden perusteen katsoa syytetyn vaihtoehtoinen selitys epäuskottavaksi.

¹⁶¹ Käytännön esimerkkinä voidaan mainita Jokilan aineistossa ilmennyt puolustusargumentaatio, jossa seksuaalisen käyttäytymisen rakenteellisella yhtenevyydellä – asianomistajan romanisympatioilla ja aiemmalla suhteella vieläkin vanhemman romanimiehen kanssa – pyrittiin osoittamaan, ettei asianomistajan suostuminen väitetyllä tavalla olisi ”sinänsä ihmeellistä”, ks. Jokila 2010, s. 200.

¹⁶² Lappalainen – Rautio 2021, V.1. ”Tosiseikat ja kokemussäännöt”. Totuustavoite prosessin perusarvona edellyttää episteemisen pohjan luotettavuutta, jolloin arviointi tulisi perustaa empiirisiin kriteereihin silloin, kun niitä on hyödynnettävissä, ks. Marjosola–Saranpää – Korkman 2021, s. 464. Tämä sama luotettavuus perustellusti edellyttäneen *parhaiten* soveltuvan empiirisen (so. yksilökohtaisen) aineiston hyödyntämistä tai vähintäänkin varovaisuutta käytettäessä tiettyyn yksilöön epätodellisesti soveltuvaksi tiedettyä yleistä kriteeristöä.

kokemussäännön soveltuminen haastetaan tai esitetään kilpaileva kokemussääntö¹⁶³. Tällöin vaadittava todistussuhde muodostuu kokemussäännön ja aiemman käyttäytymisen välille. Tämä ei tarkoita, että aiemmasta vastaavasta seksuaalisesta kanssakäymisestä voitaisiin johtaa suostumuksen olemassaoloa tai edes merkittävää todennäköisyyttä, sillä mieltymystä ei-konventionaaliseen seksiin ei voida pitää asianomistajan kertomuksen uskottavuutta heikentävänä seikkana sen enempää kuin ”taipumusta” suostua seksiin ylipäänsä. Asianomistaja on yhtä lailla oikeutettu kieltäytymään yksittäistapauksessa, eikä asianomistajan seksuaalista itsemääräämisoikeutta tai oikeussuojaa tulisi rajoittaa se, että hän on aiemmin suostunut tietynlaiseen poikkeukselliseen kanssakäymiseen¹⁶⁴. Suostumuksen todennäköisyyttä arvioitaessa sukupuoliyhteyden erityispiirteet eivät kuitenkaan täysimääräisesti saata puhua syytetyn kertomuksen uskottavuutta *vastaan*.

Seksuaalista historiaa koskeva todistelu voineekin olla syytetyn kertomuksen uskottavuuden *palauttavana* merkityksellinen, jos syytetyn kertomus on yleisen elämäkokemuksen valossa niin epätodennäköinen, ettei se yksin voisi jättää varteenotettavaa epäilyä¹⁶⁵. Riippumatta siitä, onko syytetyn kertomus tästä huolimatta *uskottava* tai asianomistajan kertomusta *uskottavampi*, aputosiseikka tekee ainakin hieman todennäköisemmäksi, että kanssakäyminen on suostumuksellista siellä, missä tilanne muutoin vahvasti indikoisi toisin. Syytetyltä ei lähtökohtaisesti edellytetä vakuuttavaa todistelua kertomuksensa tueksi,¹⁶⁶ eikä näin myöskään pitävää näyttöä siitä, että asianomistaja suostui. Tästä seuraa, ettei seksuaalista historiaa koskevan todistelun asiaankuuluvuutta voida torjua yksin sen sinänsä ilmeisellä kykenemättömyydellä osoittaa suostumusta tietyssä tilanteessa, kun riittävänä OK 17:8:n relevanssikynnyksen ylittymiseksi on pidettävä, että näyttö tekee syytetyn kertomuksen tietystä osa-alueesta suostumuksen *mahdollisuutta* tukevalla tavalla realistisemmän tai johdonmukaisemman. Koska oikeudenkäymiskaaren relevanssikynnys ei aseta näyttöarvolle vähimmäisrajaa, riittää tällainen vähäinenkin vaikutus tekemään näytöstä epäämisperusteiden

¹⁶³ Frände – Rautio 2020, s 239.

¹⁶⁴ Ks. Alaattinoğlu – Kainulainen – Niemi 2020, s. 122–123.

¹⁶⁵ Tämän funktion merkityksellisyyttä korostaa kertomuksen *realistisuuden* arvottaminen henkilötodistelun luotettavuuden arvioinnissa keskeiseksi seikaksi ks. KKO 2013:96, kohta 8, sekä syytetyn kertomuksen epäjohdonmukaisuuden tai *epäluotettavuuden* esiintyvyys (13,6 %) syytettä tukevana seikkana tuomioistuinten perustelukäytännössä, ks. Jokila 2010, s. 225. Vastaavan argumentin on esittänyt Englannin ja Walesin oikeuden osalta mm. Thomason 2018, s. 348.

¹⁶⁶ Ks. KKO 2013:96, kohta 9.

tarkoittamalla tavalla asiaan vaikuttavan.

4.1.3 Käyttäytymismallit ja syytetyn kertomuksen näyttöarvoa lisäävät päätelmät

Edellä on pääasiassa käsitelty mahdollisuutta esittää seksuaalista historiaa koskevaa näyttöä suostumuksen epäuskottavuutta koskevien kokemussääntöjen vaikutuksen osittaiseksi tasapainottamiseksi, mutta positiivistenkaan johtopäätösten tekemistä syytetyn kertomuksen uskottavuudesta ei voitane täysin poissulkea. Tätä problematiikkaa havainnollistaa tosiseikasto Englannin ja Walesin valitustuomioistuimen (Court of Appeal) ratkaisussa *Chedwyn Evans*, jossa näyttöä todistajien ja asianomistajan välisen seksuaalisen kanssakäymisen erityispiirteistä pidettiin relevanttina, kun puolustus tukeutui syytetyn yksityiskohtaiseen kertomukseen asianomistajan aktiivisuudesta ja kumppanin ohjaamisesta tietyin sanoin ja tiettyihin asentoihin¹⁶⁷. Asianomistajan aloitteelliseen toimintaan nojautuvan kertomuksen uskottavuutta voineekin tukea tämän aiempi selvästi verrannollinen toimintamalli: jos tuntemattoman syytetyn kuvaus asianomistajan käyttäytymisestä vastaa tälle tyypillistä toimintaa ja siihen lisäksi liittyy piirteitä, jotka eivät ”poikkeuksellisuutensa” vuoksi selity sattumalla, voitaneen pitää varteenotettavan epäilyn jättävällä tavalla mahdollisena, että syytetyn kertoma perustui todellisiin havaintoihin ja että asianomistaja siten oli hereillä ja käytti itsemääräämisoikeuttaan.

Huomattavan yhtenevän aiemman seksuaalisen käyttäytymisen relevanssi viime kädessä nojautuu samaan ajatteluun kuin syytteen tukeminen aiemman rikoksen tekotavan ja syytteenalaisen teon tosiseikaston yhtenevyydellä¹⁶⁸. Vaikka rikollisen toiminnan erottaa seksuaalisesta käyttäytymisestä ensin mainitun moitittavuus, ei ”similar fact” -tyyppinenkään todistelu pyri osoittamaan syytetyn rikollista luonnetta yleisesti¹⁶⁹. Samankaltaisuustodistelun yhteydessä ei voida myöskään muodostaa olettaa syyllisyydestä aiemman rikollisen käyttäytymisen perusteella, sillä tällainen argumentaatio ei sopisi yhteen syyttömyysolettaman kanssa. Vastaavasti seksuaalista historiaa koskeva samankaltaisuustodistelu on erotettava pyrkimyksistä todistella, että asianomistajalla on taipumus suostua. Siten relevantti voi olla

¹⁶⁷ R v Evans (Chedwyn) [2016] EWCA Crim 452, [2016] 4 WLR 169. Kertomus poikkesi perustavanlaatuisesti syytteen teonkuvauksesta, jossa asianomistaja kuvattiin tapahtumahetkellä tiedottomana.

¹⁶⁸ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohta 83.

¹⁶⁹ Ks. R v Ryder (1994) 98 Cr App R 242, p. 250; R v Wallace [2007] EWCA Crim 1760; [2007] 2 Cr App R 30: “the important matter in issue was not whether the defendant had a *propensity* to commit offences or to be untruthful but whether the circumstantial evidence linking him to the robberies, when viewed as a whole, *pointed to his participation* [- -]” (muotoilu lisätty).

myös sellainen seikka, josta ei saada suoraan johtaa tietyn tosiseikan olemassaoloa – esimerkiksi rikollisesta taustasta syyllisyyttä tiettyyn rikokseen tai tietynlaisesta seksuaalisesta preferenssistä suostumusta yksittäistapauksessa – kunhan olosuhteet ovat riittävän samankaltaiset tukemaan muuta näyttöä sillä perusteella, että kerran tietyllä tavalla toiminut henkilö saattoi uskottavasti toimia niin toisinkin. Kun tällaista todistelua voidaan pitää paitsi relevanttina myös oikeudenmukaisena syytettyä vastaan esitettynä¹⁷⁰, on luontevaa sallia vastaava liikkumavara myös syytetylle itselleen. Näytönarvioinnin valtasuhteita vääristäisi, jos vastaavia päätelmiä ei sallittaisi asianomistajasta. Sikäli, kun tällaisen todistelun näyttöarvo mielletään riittäväksi, jotta siihen voidaan nojautua syytettyä vastaan, on myös loogisesti pulmallista mitoittaa sen näyttöarvo muissa yhteyksissä niin lähelle nollaa, että oikeudenkäymiskaaren asiaan kuulumattomuuteen nojautuva epäämisperuste tulisi sovellettavaksi. Samaistus ei kuitenkaan ole ongelmaton, ja kynnyksen on oltava huomattavan korkea varsinkin niiltä osin, kuin suostumuksen olemassaoloa koskevia päätelmiä sallitaan johdettavan¹⁷¹. Kyse on siten lähtökohtaisesti poikkeuksellisista tilanteista.

Käytännössä rimaa ei kuitenkaan voitane asettaa merkittävän korkealle, sillä heikkokin todistusvoima riittää. Tietty määrä taustatietoa asianomistajan ja syytetyn välisestä kanssakäymisestä tai asianomistajan tavoista ja mieltymyksistä on lopulta tarpeen, jotta itse tapahtumainkulkuun liittyvä todistelu on mahdollista ymmärtää¹⁷². Näin on erityisesti, koska seksuaaliselle kanssakäymiselle on tyypillistä *expressis verbis* annetun suostumuksen puute¹⁷³. Tähän konkludenttisuuteen liittyy elimellisesti hiljainen kommunikaatio,¹⁷⁴ mikä merkitsee tarvetta tulkita ei-verbaalisen ihmistoiminnan nyansoituneita merkityksiä asiayhteydessään. Vaikka kommunikaatioketjun jäljentämiseen rikosprosessissa liittyy ilmeisiä haasteita, ja yksittäisen linkin todistusarvo edes aputosiseikkana voi olla vähäinen, todistusvoiman vähäisyyttä ei ole relevanssikysymystä arvioitaessa pidetty ratkaisevana. Usein asianomistajaa

¹⁷⁰ Vaikka aiempi rikollinen tausta on lähtökohtaisesti todistusoikeudellisesti merkityksetön arvioitaessa syyllisyyttä yksittäiseen tekoon, voivat tosiseikastason yhtäläisyydet tukea muuta todistelua sen todistusvoimaa lisäten, ks. KKO 2017:12, kohta 12. Ks. myös Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009, s. 191. Vrt. kuitenkin Klami 1990, s. 344, näyttöarvon antamiseksi riittävän yksilöllisyyden harvinaisuudesta.

¹⁷¹ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohta 88.

¹⁷² Ks. Birch 2000, s. 248–249.

¹⁷³ OMSO 25/2012, s. 64.

¹⁷⁴ Leskinen 2017, s. 209.

koskevaa todistelua myös esitetään juuri syytetyn intressissä, jolloin syyttömän suojaamisen periaate edellyttää varovaisuutta epäämisperusteiden soveltamisessa.

Tietyn sisältöisen suhteen *olemassaolokaan* ei poikkeuksetta ole vailla vaikutusta. Vaikka suostumus annetaan – ja on arvioitava – aina tilannekohtaisesti¹⁷⁵, suostumusta koskeva ratkaisu ei tapahdu tyhjiössä. Aiemmat kokemukset ja aiempi seksuaalisuhde voivat vaikuttaa toimintaan tulevaisuudessa, eikä common sense -ajattelun näkökulmasta vakiintunutta vapaaehtoisuuteen perustuvaa seksuaalisuhdetta ole syytä pitää täysin merkityksettömänä suostumuskysymyksen kannalta¹⁷⁶. Englannin ja Walesin oikeudessa on tunnustettu todistussuhde, joka pyrkii aiemman seksuaalisen kanssakäymisen kautta valottamaan asianomistajan yleistä tai aiempaa *suhtautumista* (”state of mind”) syytettyyn, millä on katsottu voivan olla merkitystä arvioitaessa suhtautumista tähän syytteen teonkuvauksen mukaisella hetkellä. Tämä todistussuhde perustuu ajatukseen siitä, että vaikei aiemmasta suostumuksellisesta seksistä voida päätellä suostumuksen olemassaoloa kyseisellä kerralla – toisin sanoen se ei ole *suoraan* relevantti – se voi valottaa asianomistajan mielentilaa, jolloin kausaalisuhde perustuu asianomistajan syytettyä kohtaan tuntemaan kiintymykseen.¹⁷⁷

Mikäli tällainen todistussuhde hyväksytään, perustuu näyttöarvo viime kädessä siihen, mitä seksuaalisesta historiasta voidaan päätellä asianomistajan suhtautumisesta syytettyyn, ei suostumuksen todennäköisyydestä kyseisellä kerralla itsessään. Tällöin aiempaa suhdetta ei voida pitää suostumuksen arvioimisen kannalta täysin merkityksettömänä.¹⁷⁸ Onkin erotettava toisistaan *relevantti* näyttö ja suostumuksen osoittamiseksi *riittävä* näyttö¹⁷⁹. Jälkimmäistä seksuaalista historiaa koskeva todistelu ei suostumuksen tapauskohtaisuuden vuoksi itsessään voine olla, mutta ensin mainitun osalta todistusoikeudellinen vaikutus on monivivahteisempi.

¹⁷⁵ Istanbulin sopimus 36 artikla; Nousiainen – Pentikäinen 2013, s. 458–459; OM 25/2012, s. 62.

¹⁷⁶ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohdat 10 ja 31. Ks. myös KKO 2013:96, kohta 39, jossa väitetyn aloitteellisuuden poikkeuksellisuutta tuki intiimisuhteen puuttuminen osapuolten välillä.

¹⁷⁷ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohdat 10, 133, 159.

¹⁷⁸ Galvin 1986, s. 807. Ks. myös R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohta 152.

¹⁷⁹ R v A (No 2) [2001] UKHL 25, [2002] 1 AC 45, kohta 10.

4.2 Seksuaalinen historia suostumustematiikan ulkopuolella: vaihtoehtoisia hypoteeseja tukeva näyttö

Suostumuksen tapauskohtaisuudesta johtuu, että suostumuksen implikointi promiskuiteetista tai aiemmasta suhteesta näyttäytyy todistusvoimaltaan ongelmallisena. Todistusteemoittain hahmotettuna kaikki aiempaan seksuaaliseen käyttäytymiseen tukeutuvat todistussuhteet eivät kuitenkaan pyri osoittamaan vapaaehtoisuutta, vaan näytöllä voidaan pyrkiä tarjoamaan vaihtoehtoinen selitys syytteen tueksi esitetylle näytölle muilta osin. Seksuaalinen historia voikin olla puolustuksen järjestämiseksi välttämätöntä, jotta raiskauksen aiheuttamiksi sopiviin vammoihin tai oireiluun viittaavat lääketieteelliset tai psykologiset tulokset olisivat selitettävissä muilla tekijöillä ja niiden näyttöarvo näin haastettavissa¹⁸⁰.

Aiemman raiskauksen relevanssi linkittyy tuomioistuinten yleisen kokemustiedon varassa soveltamaan kokemussääntöön siitä, että seksuaalirikoksen uhreilla ilmenee psyykkistä oirehdintaa, jossa on tunnistettavia yhtäläisyyksiä, joskin vastaavat oireet voivat esiintyä itsenäisestikin. Vaikka psyykkisten oireiden ja raiskauksen välistä todistussuhdetta on pidetty siinä määrin epävarmana, ettei siihen voida perustaa vankkoja positiivisia tai negatiivisia päätelmiä, tulee ajallisesti yhteensopiva ja seksuaalirikoksen aiheuttamaan traumaan viittaava oireilu huomioitavaksi asianomistajan kertomusta tukevana seikkana.¹⁸¹ Kun näyttöharkinnassa näin arvioidaan seikkoja, jotka voivat oikeuspsykologisen tiedon valossa viitata raiskaukseen, on merkitystä sillä, voiko toinen näytettävissä oleva tapahtumainkulku selittää oirehtimisen. Asiantuntijalausunnon johtopäätös väkivaltaisesta seksuaalisesta menettelystä näyttäytyy hyvin eri valossa, jos ei ole syytä epäillä, että vammojen tai oireiden aiheuttajana voisi olla muu kuin syytetty, kuin jos toisen henkilön näytetään kohdistaneen asianomistajaan seksuaalista väkivaltaa, joka voi selittää vastaavat seikat. Jos syyttäjä tukeutuu todistelussa asianomistajan psyykkiseen oireiluun tai seksuaalisen väkivallan aiheuttamiksi sopiviin fyysisiin vammoihin, syytetty voi näyttöä horjuttaakseen pyrkiä viittaamaan muuhun riittävän samanaikaiseen tekoon vaihtoehtoisena aiheutumismekanismina¹⁸². Etenkin aiempaa

¹⁸⁰ Ks. *Love v HM Advocate* 1999 SCCR 783; *R v Seaboyer* (1991) 83 DLR (4th) 193, s. 615.

¹⁸¹ KKO 2013:96, kohta 37; KKO 2014:48 kohdat 17–18; KKO 2019:54, kohta 34; KKO 2019:84, kohdat 4 ja 41.

¹⁸² Ks. mm *R v Seaboyer* (1991) 83 DLR (4th) 193, s. 598, jossa kiellettiin vastakuulustelu siitä, saattoivatko väkivallan jäljet aiheutua kolmannen henkilön menettelystä. Vastaava merkitys voi olla näytön perustuessa raskauteen, siemennestelöydöksiin tai sukupuoliyhteyden välityksellä tarttuviin tauteihin, ks. *ibid.*, s. 614; *Federal Rules of Evidence* (Yhdysvallat), Rule 412 (b)(1)(A).

seksuaalista väkivaltaa koskevaa seksuaalista historiaa on siten pidettävä asiaan vaikuttavana.

Korkeimman oikeuden oikeuskäytäntö seksuaalirikoksissa yleisestikin edellyttää *prima facie* tuomitsemiskynnyksen ylittävän näytön kestävyuden punnitsemiseen esiin tulleet vaihtoehtoiset tapahtumainkulut huomioiden¹⁸³. Vaihtoehtoisia tapahtumamekanismeja luovan tai tukevan näytön asiaan vaikuttavaa luonnetta tässä arvioinnissa alleviivaa sen intiimipiirikytkennästä riippumatta vaatimus hypoteesin perusteltavuudesta¹⁸⁴. Vaihtoehtoinen selitys ei voi olla puhtaasti hypoteettinen, vaan sille on löydyttävä vähintään epäsuoraa tukea asiassa esitetystä näytöstä¹⁸⁵. Tästä on johdettavissa kaksi implikaatiota: tarve tuoda hypoteettinen tapahtumainkulku *esille* ja vaatimus sen *varteenotettavuudesta*. Todistustaakan jakautumisesta rikosprosessissa johtuu, ettei tällaisen hypoteettisen tapahtumainkulun tarvitse olla uskottavuudeltaan syytteen teonkuvauksen veroinen vaan on riittävää, että se *esitetyn todistelun valossa* on siinä määrin *mahdollinen*, että syytetyn syyllisyydestä jää varteenotettava epäily¹⁸⁶. Oikeuskäytännössä hypoteesin arviointia määrittää, onko se ”olennaisilta osiltaan mahdollinen” tai ”siinä määrin todennäköinen, ettei sen olemassaoloa voida riittävällä varmuudella poissulkea”¹⁸⁷.

Hypoteesien hyödynnettävyys puolustuksessa onkin sidoksissa niiden uskottavuuteen ja muusta näytöstä saaman konkreettisen tuen vahvuuteen. Vastaavasti teoreettisesti kuviteltavissa olevakin tapahtumainkulku voi yleisen elämäkokemuksen valossa olla ilmeisen epätodennäköinen¹⁸⁸. Tuomioistuinten käytännössä toistuu tätä heijastaen selitysten

¹⁸³ KKO 2013:96, kohta 6; KKO 2019:54, kohta 10; KKO 2019:55, kohta 14; KKO 2019:84, kohta 11; KKO 2021:5, kohta 43; KKO 2021:31, kohta 11; KKO 2021:44, kohta 7.

¹⁸⁴ Konkretisointiedellytyksen myötä tuomitsemiskynnys jää vajaaksi vasta selityksen ollessa *kaikkien asianhaarojen valossa järkevä*, eikä pelkkä väite ilman tosiseikastotukea ei riitä, ks. Frände 1998, s. 1253.

¹⁸⁵ Pölönen 2003, s. 170–171; Diesen 2015, s. 246; Jämsä 2020, s. 58.

¹⁸⁶ Diesen 1997, s. 40; Lindell 1987, s. 433. Vrt. kuitenkin Ylikulju 2017, s. 248–249: raiskausrikoksen asianomistajan kertomuksen todistusvoima on huomattava ja suostumusargumentaatio sana sanaa vastaan - tilanteissa on käytännössä johtanut vapauttavaa tuomioon lähinnä, milloin syytetyn kertomus on katsottu ”uskottavammaksi tai vähintään yhtä uskottavaksi” kuin asianomistajan kertomus.

¹⁸⁷ KKO 2013:96, kohta 9; KKO 2019:55, kohta 15; KKO 2019:84, kohta 11; KKO 2021:5, kohta 45; KKO 2021:31, kohta 11.

¹⁸⁸ Frände 1998, s. 1252. Ks. myös Klami 1995, s. 192 av 8, jossa *asianomistajan* oikeussuojaa rapauttavana näkökantana torjutaan vaatimus siitä, että tuomioistuimen olisi otettava huomioon ”tapahtumainkulkuja, joita *kokemussääntöjen* valossa on pidettävä erittäin epätodennäköisinä” (muotoilu lisätty).

poissulkemisperusteena se, ettei esitetty väite saa tukea oikeudenkäyntiaineistosta¹⁸⁹. Tästä juontuu tarve esittää epäsuoraakin vaihtoehtoista tapahtumainkulkua tukevaa näyttöä sillä uhalla, että selitys muutoin ohitetaan oikeudenkäyntiaineistoon perustumattomana tai vastanäytön puute näyttöharkinnan intuitiivisuudesta johtuen heikentää syytetyn asemaa todistustaakasta huolimatta¹⁹⁰.

Mitä tiiviimmin näyttö keskittyy syytteen teonkuvaukseen ja kapeaan tapahtumapiiriin itse teon ympärillä, sitä suppeammaksi muodostuu niiden potentiaalisten kontekstia valottavien seikkojen joukko, josta vaihtoehtoisia selityksiä voidaan johtaa ja jotka voivat sitä riittävällä tavalla puoltaa¹⁹¹. Tällainen todistelun tiedostettu supistaminen ei ole täysin yhteensopiva sen kanssa, että vakavissa rikoksissa asia on vaihtoehtoisten selitystenkin osalta selvittävää mahdollisimman laajasti¹⁹². Ilman riittävää selvitystä tuomioistuimien voi jäädä vaille täyttä tilannekuvaa, josta se pystyisi viran puolesta johtamaan vaihtoehtoisia selityksiä, ja syytetty voi estyä esittämästä todistelua, joka puutteellisuudestaan huolimatta tarjoaa riittävän ankkurin hypoteesille. Vaikka viime kädessä selvittämisen puutteellisuus johtaa itsessään varteenotettavan epäilyn jäämiseen,¹⁹³ on vastanäytöllä merkitystä silloin, kun syytetylle muodostuu epäaito todistustaakka päänäytön *prima facie* ylittäessä näyttökynnyksen¹⁹⁴. Tällöin syytetyn todistelu voi näyttöarvoltaan syytettä tukevaa oikeudenkäyntiaineistoa heikompanakin heikentää jälkimmäistä siinä määrin, ettei varteenotettava epäilystä voida poissulkea,¹⁹⁵ ja näin täyttää OK 17:8:n tarpeellisuusvaatimuksen muutoinkin kuin vain nimellisesti.

¹⁸⁹ Ks. KKO 2019:55, kohta 18 (”asiassa ei ollut tullut esiin seikkoja, jotka tukisivat A:n esittämää väitettä”); KKO 2019:84, kohta 41 (vaihtoehtoisia tekijöitä *ei ilmennyt* lääketieteellisessä selvityksessä eikä asian käsittelyssä muutoinkaan).

¹⁹⁰ Pölönen 2003, s. 179; Ylevä 2012, s. 801–802.

¹⁹¹ Kognitiiviset tekijät lisäävät tähän liittyvää ajatusvääristymän riskiä WYSIATI-vinouman (”what you see is all there is”) kautta. Koska päättely fokusoituu *esitettyihin* seikkoihin, kyky esittää konkretisoituja hypoteeseja voi muodostua kriittiseksi, erityisesti kun huomioidaan tuomioistuinten taipumus tukeutua syytetyn puolustukseen vetoamiin seikkoihin, ks. Marjosola – Saranpää – Korkman 2021, s. 473, 476; Kahneman 2011, s. 85–88.

¹⁹² Frände 1998, s. 1251–1252.

¹⁹³ Frände – Rautio 2020, s. 40. Ks. myös Helsingin hovioikeus 25.5.2018 nro 18/122625 (kumottu KKO 2019:84), jossa lääketieteellisen selvityksen arviointiin ilmeisesti vaikutti, että taustatietojen puutteellisuuden vuoksi johtopäätöksissä ei huomioitu mahdollisena vammamekanismina kuristamista suostumuksellisen seksin osana.

¹⁹⁴ NJA 1988 s. 292; Diesen 1993, s. 492; Pölönen 2003, s. 137.

¹⁹⁵ Pölönen 2003, s. 137–138; Lappalainen – Rautio 2021, V.3. ”Yleistä todistustaakasta”.

5 Aiempi suhde ja kanssakäyminen rikosoikeudellisen vastuun muuttujina

5.1 Osapuolten suhteen rooli tunnusmerkistön valinnassa ja teon moitittavuudessa

Tunnusmerkistöseikoista suoraan tai välillisesti todistavan näytön lisäksi OK 17:8:n relevanssikynnys täyttyy myös rikosoikeudellisen vastuun muiden osatekijöiden sekä teon törkeysarviointiin ja rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavien seikkojen osalta. Tutkielman aihepiirissä lainsäädännöllisen viitekehyksen tälle arvioinnille muodostavat RL 20:1.3 (509/2014), jonka nojalla kokonaisuutena arvostellen vähemmän vakava raiskaus tuomitaan lievemmän rangaistusasteikon mukaisena, ja vastaavasti törkeää raiskausta koskeva RL 20:2 (509/2014) sekä tunnusmerkistöerehdystilanteissa vastuuvapausperusteisiin kuuluva RL 4:1:n (515/2003) mukainen tunnusmerkistöerehdys. Lisäksi huomioitavaksi tulee rangaistuksen mittaamista koskeva RL 6 luku ja erityisesti vahingollisuuden ja vaarallisuuden, vaikuttimien ja syyllisyyden asteen huomioimista edellyttävä RL 6:4:n (515/2003) yleissäännös sekä lieventämisperusteita koskeva RL 6:6 (515/2003). Tässä pääluvussa käsitellään näiden säännösten valossa sitä, missä määrin nykyisen lainsäädännön puitteissa asianosaisten suhteelle sellaisenaan tai aiemmalle kanssakäymiselle aputosiseikkana voidaan antaa merkitystä teon rikosoikeudellisessa arvottamisessa. Tämä puolestaan kytkeytyy suoraan tällaisen todistelun asiaan vaikuttavuuteen ja sallittavuuteen.

Raiskausrikoksissa asianosaisten välistä suhdetta ei voida pitää itsessään lieventävänä asianhaarana, sillä aiempi kanssakäyminen ei vaikuta itsemääräämisoikeudelle keskeisenä oikeushyvinä kuuluvaan suojaan eikä tee loukkauksesta vähäisempää tai varsinkaan poissulje loukkauksen tapahtumista¹⁹⁶. Tuttavuus ei myöskään suoraan todista RL 6:6 2 kohdassa tarkoitettua provokaatiosta osapuolten välillä tai syytetyn alentuneesta toisintoimimiskyvystä¹⁹⁷. Rikosoikeusjärjestelmän keskeisenä funktiona ja sen legitimaation osatekijänä on yksilön ”turvallisuuden ja fyysisen koskemattomuuden suojaaminen”

¹⁹⁶ Näin jo varhemmassa oikeuskäytännössä, ks. Rovaniemen HO 17.11.1998, R 98/191, jossa tuomioistuim katsoi, ettei ”pelkästään tällainen seikka [-] osoita seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaamisen vähäisyyttä”. Suhteen merkityksettömyydestä teon moitittavuuden osalta ja siitä, ettei itsemääräämisoikeus ole riippuvainen osapuolten suhteesta ks. HE 6/1997 vp s. 161–164, 175; HE 365/1992 vp, s. 4–5; OJL 8/1993, s. 4, 10–11, 30.

¹⁹⁷ Hahto 2004, s. 510.

riippumatta uhrin ja tekijän mahdollisesta läheissuhteesta¹⁹⁸. On myös tästä näkökulmasta välttämätöntä, ettei uhrin aiempaa seksuaalista käyttäytymistä käytetä oikeuttamaan seksuaalista väkivaltaa ja vähentämään tekijän vastuuta teostaan¹⁹⁹. Käytännössä aiempi tuttavuus on tästä huolimatta herkästi johtanut lievempään tuomioon,²⁰⁰ mutta oikeudellisen merkityksen kiistämisen myötä tällaiselta tuttavuudelta uupuu oikeustosisen luonne, eikä oikeudellisesti merkityksellistä todistussuhdetta, joka oikeuttaisi tuttavuudesta todistelun OK 17:8:n valossa, voida tällä perusteella osoittaa.

Vaikka suhdetta on toisinaan pidetty lieventävänä seikkana tunnusmerkistön valinnassa tai rangaistuksen mittaamisessa yleisten periaatteiden valossa,²⁰¹ Suomen kansainvälisoikeudellisten velvoitteiden ja uudemmassa oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa esitetyn valossa tietyn sisältöinen suhde voi pikemminkin lisätä teon moitittavuutta. Tällainen vaikutus voi olla tuttavuussuhteissa syytetyn ja asianomistajan välille muodostuneella luottamuksella tai lähisuhdeväkivallan lähtökohtaisen vakavuuden kautta osapuolten parisuhteella.²⁰² Istanbulin sopimuksen 46 artikla nimenomaisesti edellyttää mahdollisuutta ottaa osapuolison välisen suhteen huomioon koventamisperusteena, jos uhrina on tekijän kumppani tai puoliso²⁰³. Samoin teon toistuva luonne on raskauttava tekijä, mikä tekee

¹⁹⁸ Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 125.

¹⁹⁹ Euroopan neuvosto 2011, kohta 278.

²⁰⁰ Ks. GREVIO 2019, kohta 187.

²⁰¹ Vaikka asianomistajan ja syytetyn välinen suhde ei itsessään ole lieventämisperuste, se on vähäisen väkivallan tilanteissa ollut yksi tekijöistä, joiden valossa olosuhteet kokonaisuutena ovat muodostaneet lieventävän asianhaaran, ks. HE 6/1997 vp, s. 175; Ojala 2014, s. 21; Hahto 2004, s. 507 ja siinä ratkaisusta Kouvolan HO 14.11.1995, R 95/391 esitetty. Varhemman aineiston osalta on huomattava, että sukupuoliyhteyteen pakottamisen tunnusmerkistö siirrettiin raiskauksen tunnusmerkistön puolelle uudistuksessa 2014 ja väkivaltainen tekemuoto poissuljettiin sen soveltamisalasta, ks. HE 216/2013 vp, s. 39 ja RL 20:1.3 (509/2014).

²⁰² Erityisesti luonne lähisuhdeväkivaltana vaikuttaa moitittavuusarviointiin rangaistusta mitattaessa, sillä se on RL 6:4:n (515/2004) yleisperiaatteen soveltamisessa huomioon otettava seikka, ks. KKO 2020:20, kohdat 5–15. Samoin ystävyyssuhteeseen perustuva luottamus voidaan ottaa rangaistuksen mittaamisessa huomioon, ks. KKO 2018:91, kohta 24. Luottamussuhteen rikkoutumisesta, kun tekijänä on tuttu, ja tästä johtuvasta moitittavuudesta ks. myös Näre 2000 s. 88–90, 101–109; Jokila 2010, s. 286; Jokila – Niemi 2020, s. 133; Leskinen 2020b, s. 381.

²⁰³ Ks. myös Niemi-Kiesiläinen 2000, s. 163 ja Asp 2010, s. 53, joiden erittelyssä suhde on yksi vakavuuteen vaikuttavista tekijöistä. Suhteen lisäksi myös tietyt seksuaalisuuteen liittyvät seikat vaikuttavat uhrin haavoittuvuuteen, joka tulisi huomioida Istanbulin sopimuksen valossa koventamisperusteena. Tähän ryhmään kuuluvat prostituoidut ja seksuaalivähemmistöjen edustajat, ks. Euroopan neuvosto 2011, kohdat 87 ja 238, jolloin asianomistajan seksuaalinen suuntautuminen tai seksin säännöllinen myyminen voivat olla rikosoikeudellisesti merkityksellisiä ja näin sallittuja todistusteemoja, joskin vaikuttamissuuntansa takia kantajapuolen esittäminä.

aiemmista seksuaalirikoksista osapuolten välillä merkityksellisiä²⁰⁴. Tästä syystä puolin ja toisin voi olla merkityksellistä vedota siihen, millainen osapuolten suhde on tai ei ole ollut²⁰⁵.

Seksuaalisen väkivallan kaltaisissa rikoksissa on laajemminkin usein kyse myös vallasta, ja suhteessa esiintyvä yksittäinen teko voi olla osa laajempaa vallan ja väkivallan ilmapiiriä, jonka dynamiikka huomattavalla tavalla eroaa tuntemattoman tekijän aiheuttamasta äkillisestä ja välittömästä uhasta heijastuen uhrin toimintamahdollisuuksiin ja toiminnalle annettavissa oleviin merkityssisältöihin²⁰⁶. Aiemmallalla väkivallalla voi tässä merkityksessä olla vaikutusta myös arvioitaessa pakottavaa väkivallan uhkaa tai pelkotilan olemassaoloa²⁰⁷. Siinä määrin, kun nämä tekijät kumpuavat asianomistajan nykyisestä tai entisestä intiimisuhteesta, valtasuhteen ymmärtäminen voi edellyttää tietoa – ja näin todistelua – suhteen tarkemmasta sisällöstä. Lopputulemana on, että asianosaisten suhteella voi rajatusti olla suoraa merkitystä asian rikosoikeudellisenkin arvioinnin kannalta. Tällaisen luottamus- tai läheissuhteen osoittaminen ei kuitenkaan voine edellyttää yksityiskohtaista todistelua suhteen sisällöstä.

5.2 Edeltävän seksuaalisen kanssakäymisen vaikutus vastuuperusteisiin ja rangaistuksen mittaamiseen

5.2.1 Provokaatio

Vaikka todistelu aiemmasta seksuaalisesta kanssakäymisestä on pääosin asiaan kuulumatonta ja sen relevanssiin on vakiintuneesti suhtauduttu torjuvasti,²⁰⁸ niin kutsuttua *provokaatioproblematiikkaa* koskevissa diskursseissa sille on annettu merkitystä. Erityisesti asianomistajan seksuaalisesta kokeneisuudesta on tehty päätelmiä siitä, mitä asianomistaja on tiennyt seksuaalisluontoisista asioista, ja näin implisiittisesti siitä, millaisen riskin asianomistaja

²⁰⁴ Niemi-Kiesiläinen 1998, s. 19.

²⁰⁵ Ratkaisussa KKO 2018:91 syytetyn korostunutta syyllisyyden astetta tukivat ”suhteen luonnetta ystävyyssuhteena kuvaavat seikat” ja asianomistajan torjunta, kun syytetty oli ”joskus aikaisemmin ehdottanut seksuaalista kanssakäymistä” (kohta 24), sillä nämä alleviivasivat syytetyn tietoisuutta siitä, ettei seksi ollut toivottu osa suhdetta. Perustelujen painopiste viittaa mahdollisuuteen siitä, että tällaiseen teon erityiseen moitittavuuteen rangaistuksen mittaamisvaiheessa vaikuttavaa syyllisyyden taso voitaisiin arvioida toisin, jos vapaaehtoista seksuaalista kanssakäymistä olisi suhteessa ollut.

²⁰⁶ Jokila 2010, s. 171; Randall 2010, s. 419; Jokila – Niemi 2020, s. 128.

²⁰⁷ Andersson 2007, s. 18; Jokila – Niemi 2020, s. 128 ja siinä tarkastellut anonymisoidut tapaukset.

²⁰⁸ Ks. Vaasan HO 13.1.1997, R 96/599, jossa lukuisia aiempia seksuaalisuhteita pidettiin merkityksettöminä. Vastaavasta näkökannasta kirjallisuudessa, ks. Pohjonen 1991, s. 1037; Jokila 2010, s. 145, 149.

on ottanut antaessaan asioiden edetä tiettyyn pisteeseen, esimerkiksi yhteisen sängyn jakamiseen, *tietoisena* sen seksuaalisesta merkityksestä²⁰⁹. Tällainen päättelyketju ei ole yksittäistapaus vaan, jossain määrin yleiseurooppalainen²¹⁰, ja etenkin vielä vuosituhannen vaihteen oikeuskäytännössä tuttavuuden tekemistä tai flirttailua illanvieton aikana pidettiin lieventävänä seikkana²¹¹. Etäännyttämällä tekoa ”todellisen” raiskauksen stereotypiasta ja nojautumalla sitten tähän myyttikonstruktion vastuuta on ainakin käytännössä ollut näin mahdollista vierittää syytetyltä asianomistajalle, joka on väitetysti *ottanut riskin* tai *antanut ymmärtää* jotain seksuaaliseen kanssakäymiseen viittaavaa²¹².

Rikosoikeudellisesti tällainen argumentaatio voidaan jäsentää väitteeksi uhrin rikosoikeudellisesti merkityksellisestä myötävaikutuksesta tai provokaatiosta, joka teon moitittavuutta vähentävänä seikkana tulee rangaistuksen mittaamisen yleissäännöksen syyllisyys- ja vaikutinharkintojen piiriin²¹³. *Mikäli* tällainen väite uhrin aiemmasta seksuaalisesta käyttäytymisestä myötävaikutuksena joltain osin hyväksytään, tekee se uhrin seksuaalisesta historiasta asiassa merkityksellisen seikan,²¹⁴ josta lähtökohtaisesti on saatava todistella. OK 17:8:n relevanssisidonnaiset epäämisperusteet jäävät tällöin täyttymättä, sillä rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavien oikeustositseikkojen ja seksuaalista käyttäytymistä koskevien todistositseikkojen välille muodostuu oikeudellisesti merkityksellinen todistussuhde. Suomalaiseen sukupuolikulttuuriin kuuluu kuitenkin vahvasti käsitys miehen

²⁰⁹ Ks. Kouvolan HO 29.12.1998, R 98/553, ja siinä käräjäoikeuden ratkaisun perusteluista esitetty. Asiassa käräjäoikeus oli katsonut tästä voineen seurata syytetyn näkökulmasta ”perustellusti käsityksen, ettei uhrilla ollut mitään lähempääkin kanssakäymistä vastaan”.

²¹⁰ Ks. Temkin – Gray – Barrett 2016, s. 215 ja siinä viitattu anonymisoitu oikeuskäsittely (”Trial 7”).

²¹¹ Ks. Rovaniemen HO 16.5.1995, R 93/634 ja Vaasan HO 11.10.1995, R 95/427 (erittäin lieventävät asianhaarat ja/tai vähentynyt syyllisyys); Rovaniemen HO 24.4.1996, R 95/279 (syytteen hylkääminen, kun tapahtumat seurasivat yhteistä illanviettoa, jossa osapuolilla oli kanssakäymistä (tanssiminen tai suuteleminen) ja jota jatkettiin toisen osapuolen yksityiskodissa). Näiltä osin kootusti ks. Hahto 2004, s. 492.

²¹² Hahto 2004, s. 493.

²¹³ RL 6:4, Hahto 2004, s. 382. Provokaatioperustainen toisintoimimismahdollisuuden heikkeneminen voi samoin johtaa nimenomaisen, tekijän lainnoudattamiskykyä heikentäviä seikkoja koskevan, lieventämisperusteen soveltamiseen, ks. RL 6:6 2 kohta (2003/515); HE 125/1975 II vp, s. 14–15; Hahto 2004, s. 382.

²¹⁴ Vaikka provokaatio on lähtökohtaisesti vailla vaikutusta harkittaessa teon oikeudenvastaisuutta eikä vaikuta tunnusmerkistön täyttymiseen tai toimi oikeuttamis- tai anteeksiantoperusteena, se otetaan huomioon seuraamusharkinnassa lieventämisperusteiden ja tuomitsematta jättämisen muodossa, ks. RL 6:12, 1 ja 3 kohdat (515/2003); Hahto 2004, s. 369, 379; OJL 5/2000 s. 166.

mahdollisuudesta hallita omaa käyttäytymistään,²¹⁵ ja ymmärrettävyysskriteerin²¹⁶ täyttyminen on tästä näkökulmasta perustellusti haastettavissa. Rikosoikeudellisesti relevantteja olettamia asianomistajan suostumuksesta tai väitteitä provokaatiodoktriinin edellyttämästä itsehillinnän menettämisestä ei lähtökohtaisesti voidakaan tehdä asianomistajan pukeutumisen, flirttailun, suutelun, jatkoille lähtemisen tai sängyn jakamisesta sopimisen perusteella²¹⁷. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden näkökulmasta hyväksyttävänä ei voida myöskään pitää näkemystä siitä, että tällainen intiimejä piirteitä käsittävä asianomistajan käyttäytyminen olisi teon käsittämää henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkausta lieventävä seikka tai merkityksellinen arvioitaessa suostumuserehdyksen mahdollisuutta²¹⁸.

Erityisesti nukkumistilanteissa ei asianomistajan puolelta esiinny oikeudellisesti relevanttia myötävaikutusta, sillä tämän toiminnan ei nukkumisjärjestelyjen tai asianomistajan vaatetuksen yksityiskohtiin katsomatta voitane katsoa haperruttavan syytetyn toisintoimimiskykyä tai ilmaisevan aloitteellisuutta seksuaaliseen kanssakäymiseen²¹⁹. Pääasiallisesti myöskään hereillä olevan asianomistajan aiemmalle osallistumiselle ei voitane perustellusti antaa varsinaisen provokaatio-opin puitteissa merkitystä: kenelläkään ei ole oikeutta olettaa

²¹⁵ Näre 2000, s. 108. Vrt. Sulavuori 1992, s. 64–65, jossa ilmenee käsitys provokaatio-opin soveltumisesta tilanteen ajautumiseen niin pitkälle, ettei tekijältä voida enää edellyttää itsehillintää.

²¹⁶ Rikosoikeudellisesti merkityksellisen provokaation kriteereinä on pidetty kvalifioitua mielentilaa, tunnereaktiota seuraavan teon välittömyydestä johtuvaa harkinta-ajan puutetta, sekä ärsykkeen riittävää voimakkuutta reaktion aiheutumisen ymmärrettävyyden ja seurauksen teon suhteellisuuden kannalta. *Hahto* on tähän perustuen esittänyt provokaation yhteiskunnallista moitittavuutta vähentävälle vaikutukselle kaksiosaista realisoitumismekanismeja: on edellytettävä sekä rajoitettua toisintoimimismahdollisuutta että provosoitumisen *ymmärrettävyyttä* sen hyväksymättömyydestä huolimatta, ks. Hahto 2004, s. 373–374, 387, 392–393.

²¹⁷ Ks. Hahto 2004, s. 488, 501; Klami 1995, s. 186; Ojala 2014, s. 73, 75; KKO 2001:62; NJA 2019 s. 668, kohdat 31 ja 33. Vanhemmassa oikeuskäytännössä on tosin esiintynyt kritisoitu kannanotto, jossa alastomuutta saunassa pidettiin uhrin myötävaikutuksena ja siten lieventävänä seikkana, ks. Turun HO 25.2.1980 nro R 78/29 ja kritiikin osalta ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 432–433. On myös erotettava toisistaan yhtäältä tällaisen seikan suora todistamattomuus suostumuksesta ja toisaalta sen merkitys arvioitaessa osapuolten narratiivien uskottavuutta, ks. KKO 2001:62: ”ravintolasta poistumiseen liittyneillä tapahtumilla ei sinänsä ole merkitystä harkittaessa sitä, onko sukupuoliyhteys B:n asunnolla tapahtunut vastoin X:n tahtoa. Yhtäältä asianomistajan, toisaalta syytettyjen myös tältä osin esittämien kertomusten arvioinnilla voi kuitenkin olla merkitystä harkittaessa heidän väkisinmakaamiseen liittyvien kertomustensa uskottavuutta.” Seksuaalisen kanssakäymisen vapaaehtoisuuteen perustuva kertomus *säilyttää* lopulta uskottavuutensa paremmin, jos asianomistaja on syytetyn seurassa vapaaehtoisesti kuin jos hänet on siihen alkujaankin pakotettu tai painostettu.

²¹⁸ Ks. myös Hahto 2004, s. 490–491. Vrt. vielä vuosituhaten vaihteessa esiintynyt näkemys ja tästä erityisesti Kouvolan HO 16.2.1995, R 94/371 sekä viranomaisnäkemyksistä Sulavuori 1992, s. 64–65.

²¹⁹ Hahto 2004, s. 491. On kyseenalaista, voidaanko toisen läsnäoloa missään olosuhteissa pitää sellaisena ärsykkeenä, joka vapauttaisi sen seurauksena sukupuoliyhteyteen ryhtyneen rikosoikeudellisesta vastuusta. Oikeuskirjallisuudessa *Hahto* on suhtautunut kielteisesti siihen mahdollisuuteen, että rikoslain säännöstä poikkeuksellisesta ja äkkiarvaamattomasta houkutuksesta (RL 6:6 2 kohta) sovellettaisiin raiskausrikoksiin, ks. Hahto 2004, s. 479.

muunlaisen intiimin kontaktin lopulta johtavan varsinaiseen seksuaaliseen kanssakäymiseen. Tällaisen lähestymistavan kestävyys seksuaalisen itsemääräämisoikeuden näkökulmasta on syytä kiistää sukupuolistereotypioihin ja perusteettomiin olettimiin nojautuvana etenkin silloin, kun kanssakäyminen ei ole edennyt välittömän seksuaalisen kanssakäymisen asteelle²²⁰.

Siinä määrin, kun asianomistajan toiminnalle *ylipäättään* voidaan antaa merkitystä teon rikosoikeudellisessa arvioinnissa, on tämän nähty pääasiallisesti rajoittuvan suppeaan tekoa välittömästi ympäröivien toimintojen joukkoon. Asianomistajan toiminnan välittömän tekotilanteen ulkopuolella ei tule vaikuttaa lieventävästi, vaan mahdollisen rikosoikeudellisesti relevantin provokaation on perustuttava suostumukselliseen seksuaaliseen kanssakäymiseen kyseisessä tilanteessa.²²¹ Merkityksellisen myötävaikutuksen taustalle on oikeuskirjallisuudessa katsottu tarvittavan vähintäänkin ”yhdyntään johtava seksuaalinen kanssakäyminen” tai vastaavasti intiimi käyttäytyminen, ”joka useimmiten käytännössä johtaa sukupuoliyhteyteen”²²². Vaikkei hyväilystä, halaamisesta tai edes suutelusta *suoraan* voida johtaa olettaa kanssakäymisen suuntautumisesta yhdyntään, on katsottu, että yhdessä vaatteiden vapaaehtoisen riisumisen kanssa näiden aikaansaama indikaatio voi olla jo merkittävä²²³ ja että alusvaatteiden pois ottaminen tai siinä avustaminen jo yleensä viittaa kanssakäymisen vapaaehtoisuuteen²²⁴.

Sukupuoliyhteyden aloittamiseen välittömästi liittyvien toimintojen vaikuttavuus lienee perusteltavissa sillä, että tällaisten indikaatioiden kasautuessa asianomistajan voidaan aktiivisen osallistumisensa perusteella katsoa varteenotettavalla todennäköisyydellä *edelleen* osallistuvan vapaaehtoisesti jo alkaneeseen kanssakäymiseen tai syytetyn vähintäänkin olleen tässä

²²⁰ Hahto 2004, s. 488, 501.

²²¹ *ibid.*, s. 499; Träskman 1986, s. 341–342. Erityisesti *Hahto* on katsonut, ettei asianomistajan tekoa edeltäneen käyttäytymisen huomioiminen ole johdettavissa lainsäädännöstä tai rikosoikeusteoreettisesta systematiikasta eikä se heijasta nykyisiä sosiaalisia ja moraalisia käsityksiä, ks. Hahto 2004, 493–494.

²²² Hahto 2004, s. 500; Träskman 1986, s. 341–342, joissa vaikutusta lieventämisperusteena on pidetty mahdollisena. Argumentaatioissa tämä näyttäytyy poikkeuksena pääosin torjuttavasta suhtautumisesta edes selvästi seksuaalista kanssakäymistä ennakoivan käyttäytymisen mieltämiseen teon oikeudelliseen arviointiin vaikuttavaksi seikaksi.

²²³ Hahto 2004, s. 500.

²²⁴ ”En sådan handling kan i regel ses som ett uttryck för frivilligt deltagande”, ks. NJA 2019 s 668, kohta 35.

käsityksessä, ellei ilmene syytä arvioida asiaa toisin²²⁵. Tällöin selvän reaktion puuttuessa suostumuksen peruuttaminen voi jäädä syytetyltä huomaamatta ilman, että tekijän menettely suostumuksen olemassaolon osalta olisi tahallista tai välinpitämätöntä²²⁶. Näin on etenkin, jos tahdonilmaisun muuttuminen ei ollut ymmärrettävissä ”yleisen elämäkokemuksen perusteella” eikä syytetyn ”oman erikoistietämyksen perusteella”²²⁷. Jos syytetty sen sijaan on tullut tietoiseksi asianomistajan vapaaehtoisuuden puutteesta, lieventävien olosuhteiden olemassaoloa ei voida perustellusti oikeuttaa asianomistajan aiemmalla toiminnalla riippumatta sen mahdollisesta seksuaalisesta värityneisyydestä. Näin on jo siitä syystä, että suostumus on peruutettavissa milloin tahansa, eikä aikaisempien ilmaisujen vaikutus kumoa syytetyn velvollisuutta kunnioittaa tätä ratkaisua.²²⁸ Yksilön ehdoton oikeus kieltäytyä seksuaalisesta kanssakäymisestä on lopultakin riippumaton osapuolten suhteesta asianosaisten aiemmasta toiminnasta, seksiä koskevasta sopimuksesta tai maksusta tai edes provokaatioproblematiikan piiriin kuuluvasta toiminnasta²²⁹.

Seksuaalisen historian relevanssissa on näin kyse siitä, *mitä* ja *miten* asianomistajan muulla seksuaalisella kanssakäymisellä voidaan oikeudellisesti merkityksellisesti osoittaa. Asianomistajan vastuuttaminen tekotilanteen syntymiseen johtavan käyttäytymisen perusteella ilmentää tarkastelua ”yksipuolisesti tekijän epärealistisia oletuksia tukien”²³⁰, ja siihen

²²⁵ Vrt. kuitenkin Träskman 1986, s. 342, jossa on pidetty *oikeuspoliittisesti* hylättävänä edeltävän intiimin kanssakäymisen pitämistä suostumuksen alkuperäistodennäköisyyttä korottavana seikkana.

²²⁶ Jopa toisen osapuolen vähäinen vastustelu on – ainakin rajatuissa olosuhteissa ja varsinkin vastaavan roolileikin esiintyessä suhteessa muutoinkin – mahdollista käsittää virheellisesti leikkimieliseksi, ks. Hahto 2004, s. 500.

²²⁷ Träskman 1986, s. 343. *Träskman* ei erittele tarkemmin, mitä hän *erikoistietämyksellä* tarkoittaa, mutta käytännössä mahdollisena voidaan pitää nimenomaisesta turvasanasta sopimista tai tähän verrannollista vakiintuneessa luottamusperusteisessa suhteessa toistunutta kommunikaatioperusteista käyttäytymismallia kuten selvää suusanallista ilmaisua kanssakäymisen siirtyessä mukavuusalueen rajoille tai ulkopuolelle. Toisaalta, jos suhteessa on selvästi asetettu tiettyjä rajoja tai normaalisti aktiivinen asianomistaja tilanteessa muuttuu passiivisemmaksi, voi tästä tietoisella syytetyllä olla objektiivisesti arvioiden *tietojensa* valossa syytä uskoa suostumuksen lakanneen vaikkei tämä yleisen elämäkokemuksen valossa olisikaan yhtä ilmeistä.

²²⁸ Ks. myös Hahto 2004, s. 494–495; Ojala 2014, s. 76

²²⁹ Klami 1995, s. 186. Sukupuoliyhteys ilman asianomistajan suostumusta perustavanlaatuisesti loukkaa seksuaalista itsemääräämisoikeutta ja henkilökohtaista koskemattomuutta, mikä vaikeuttaa erottelua ”lieviin” tekemuotoihin tällaistenkaan tekijöiden perusteella, ks. Leijonhufvud – Wennberg 2009, s. 34.

²³⁰ Hahto 2004, s. 494. Vaikka osapuolet olisivatkin mieltäneet tekijän ja uhrin odotusten ja niiden ilmaisemisen selkeyden toisistaan poiketen tapahtumien kehityskulun vuoksi, kyse ei ole puhtaasta väärinkäsityksestä vaan taustalla oleva ajattelutapa kuvastaa uhrin suostumukseen kohdistuvien odotusten muotoileminen vähäisemmän intiimin käyttäytymisen perusteella lopulta sukupuolistunutta ja seksuaalisiin stereotyyppioihin nojautuvaa katsantokantaa, ks. Koss – Cleveland 1997, s. 7–8; Kelly 2001, s. 11.

pyrkivää todistelua voidaan pitää asiaan vaikuttamattomana ja siten evättävänä. Kuitenkin perusteltavissa oleva kritiikki uhrin (väitetysti) seksuaalista merkitystä saavan käyttäytymisen vaikutuksesta moitittavuus- tai syyllisyysarviointiin on periaatteellisella tasolla pidettävä erillään vastaavien seikkojen todistusoikeudellisesta asiaankuuluvuudesta *aputosiseikkoina*. Ensin mainitusta näkökulmasta jatkoille lähtemisellä tai aiemmalla läheisellä kanssakäymisellä ei välttämättä ole itsenäistä suoraa rikosoikeudellista relevanssia vastuuoppien ja myötävaikutuksen näkökulmasta, mutta sillä voi tästä huolimatta olla vaikutusta tosiseikastotasolla arvioitaessa tietyn tapahtumainkulun tai subjektiivisen ymmärryksen mahdollisuutta. Tekoa edeltävän intiimin kanssakäymisen hylättävyys lieventävänä asianhaarana suostumusolettamaan tai itsehillinnän pettämiseen perustuen ei poissulje samojen tekijöiden arvoa indisiona arvioitaessa tekotilannetta asianosaisten näkökulmasta.

5.2.2 Suostumuserehdys

Edeltävässä alajaksossa käsitelty tekoon ”välittömästi liittyvä” aiempi käyttäytyminen on nähty potentiaalisesti merkityksellisenä nimenomaan suostumuserehdyksen kannalta,²³¹ vaikkakin aina on huomattava, että suostumus on peruutettavissa myös tapahtumainkulun aikana, mikä ilmi tullessaan johtaa tunnusmerkistön täyttymiseen. Ihmiset ovat taipuvaisia tulkitsemaan suostumuksen yksittäistä tilannetta pidemmäksi keskinäisen kanssakäymisen jatkumoksi ja mieltämään provokaatioproblematiikan piiriin kuuluvan käyttäytymisen merkitykselliseksi *osaksi* sitä, ilman että intiimin toiminnan katsottaisiin kuitenkaan käsittävän lupasta myöhemmästä seksuaalisesta kanssakäymisestä taikka ilmaisua suostumuksesta seksiin²³². Siten todistelua asianomistajan käyttäytymisestä vähintään tekoon välittömästi johtaneen tapahtumainkulun, esimerkiksi yhteisen illanvieton, aikana on pidettävä asiaan vaikuttavana ja siten esittämiskelpoisena, jos se kohdistuu syytetyn virheelliseen käsitykseen suostumuksesta. Sen sijaan vallitseva näkemys on, että arvioitavana olevaan *tapahtumainkulkuun liittymätön* seksuaalista historiaa koskeva todistelu asiaan vaikuttamaton, ja siten OK 17:8 yleisten epäämisperusteiden nojalla poissuljettavaa²³³.

²³¹ Kimpimäki 2020, s. 15–16.

²³² Holmström – Plantin – Elmerstig 2020, s. 349.

²³³ Kimpimäki 2020, s. 15.

Kuitenkaan ajatus siitä, että vain teon välittömässä yhteydessä tapahtunut kanssakäyminen ja kommunikaatio olisi näyttöä arvioitaessa merkityksellistä, ei suomalaisessa todistusoikeudellisessa järjestelmässä vaikuta täysin tyydyttävältä. Kun syytetyn tahallisuuden tai tämän toiminnan rikosoikeudellisen moitittavuuden voidaan katsoa tulevan arvioitavaksi toisin, kun seksuaalinen kanssakäyminen on alkujaan aloitettu yhteisymmärryksessä, myös yksilökohtaiset erot – etenkin jos toinen osapuoli on näistä tietoinen – voivat muodostua arvioinnissa merkitykselliseksi. Tällöin osapuolten keskinäinen seksuaalinen historia tai asianomistajan aiempi toiminta voinee muodostaa tärkeän kontekstin tulkinnalle valottamalla niitä merkityksiä, joita tietty toiminta on vakiintuneen tavan tai aiemman kommunikaation vuoksi osapuolten välillä voinut suostumusta koskevien käsitysten tasolla saada²³⁴.

Raiskauksissa näihin käsityksiin perustuvissa suostumuserhdyspuolustuksissa viime kädessä vedotaan RL 4:1:n mukaiseen tunnusmerkistöerehdykseen. Onnistuessaan tällainen puolustus vaikuttaa ratkaisevalla tavalla teon tahallisuusarviointiin²³⁵ muodostaen osan niistä rikosoikeudellisen vastuun perusteista, joihin todistussuhteessa oleva näyttö on asiaan vaikuttavaa ja siten tarpeettomuuteen tukeutuvien epäämisperusteiden soveltamisalan ulkopuolella. Suostumuserhdykseen vedottaessa arvioitavaksi tulee, tiesikö syytetty suostumuksen puutteesta tai pitikö hän sitä varsin todennäköisenä²³⁶. Vaaditun tasoisen ymmärryksen kiistävän väitteen on oltava *uskottava* todistustaakan kääntymiseksi syyttäjälle näiltä osin²³⁷. Koska henkilön subjektiivisista mielenliikkeistä ei tosiasiaa pystytäkään todistelemaan, edellytyksenä on riittävä ulkoisiin tekijöihin perustuva näyttö syytetyn

²³⁴ Yhteisen illanvieton tapauksissa on merkitystä annettu sille, onko asianomistaja ”mitenkään antanut tekijälle aihetta uskoa olevansa suostuvainen yhdyntään”, ks. Kouvolan HO 19.12.1996, R 96/825 ja siinä käräjäoikeuden tuomion perusteluista esitetty. Toisaalta suusanallisen aloitteen ja aiemman hyväilyn nimenomainen torjuminen aiemman kanssakäymisenäikana voivat johtaa selvään tietoisuuteen menettelyn suostumuksettomuudesta ja olla paitsi suostumuserhdystä vastaan puhuva myös teon vakavuutta korostava ja samalla ehdotonta rangaistusta puoltava seikka, ks. KKO 2018:91, kohta 24. Lisäksi seksuaalisen kanssakäymisen alkamisen – hetken, jona suostumuksen on tullut olla käsillä – on katsottu määräytyvän tilannesidonnaisesti, ks. Hahto 2004, s. 499–500.

²³⁵ Jos tekijän ymmärrys suostumuksen olemassaolosta tai uhrin suostumuskompetenssista on ollut virheellinen, käsillä on RL 4:1:ssä tarkoitettu epätietoisuus tunnusmerkistötekijän olemassaolosta, jolloin vain tahallisenä rangaistava rikos jää tämän elementin osalta vakaaksi, ks. Hahto 2004, s. 245, 473 ja yleisemmällä tasolla Lappi-Seppälä 2004 s. 5, 12, 14.

²³⁶ KKO 2012:66, kohdat 14–16; KKO 2014:54, kohdat 11 ja 14.

²³⁷ Syyttäjän näyttötaakka ulottuu yhtä lailla tahallisuuskysymykseen kuin oikeuttamisperusteisiin, kuitenkin jälkimmäisen osalta sillä edellytyksellä, että *perusteltavissa* oleva väite asiasta on esitetty tai olemassaolon mahdollisuus muutoin ilmenee *oikeudenkäyntiaineistosta*, ks. Tolvanen 2012, s. 243–244.

suostumusta koskevan väärinymmärryksen mahdollisuudesta ja ymmärrettävyydestä ”yleisen elämäkokemuksen valossa”²³⁸.

Syytetyn huolellisuusvelvollisuus ei näiltä osin ole yleismaailmallinen, vaan merkitystä on tilanteesta *syytetyllä ollein tiedoin* tehtävissä olleista johtopäätöksistä vaikkakin yleisen henkilön silmin tarkasteltuna²³⁹. Vaikkei syytetyn mahdollisia myytteihin ja kuvitelmiin perustuvia käsityksiä voida pitää erehdysarvioinnin kannalta relevantteina ja vaikka erityisen hylättävänä näyttäytyvät uhrin seksuaalisesta kokeneisuudesta tehdyt oletukset suostumuksen olemassaolosta, teon konteksti saa arvioinnissa merkitystä, sillä ratkaisevaa on ”se, mitä tekijän on täytynyt *tietää tai havaita* uhrista ja tilanteesta”²⁴⁰. Jokaisen oikeudelle harjoittaa seksuaalista itsemääräämisoikeuttaan on annettava täysi painoarvo, eikä syytetyn voida sallia tekevän erityisiä oletuksia aiemmasta seksuaalisesta kanssakäymisestä sinänsä, mutta syytetylle aiempien kohtaamisten kautta kertynyt tietämys ja tuntemus asianomistajasta ja tälle tyypillisistä tavoista voi hyvin vaikuttaa tämän tietystä tilanteesta tekemiin tulkintoihin. Kun subjektiivisen ajatustenjuoksun tavoittamattomuuden takia todistelu näiltä osin koostuu lähinnä uskottavuusnäytöstä,²⁴¹ on merkitystä seikoilla, joiden valossa syytetyn tekemät johtopäätökset näyttäytyvät enemmän tai vähemmän perusteltuina. Vaikka tuomioistuimet soveltavat tässä arvioinnissa yleistä elämäkokemusta, kulkee sen rinnalla jatkuvasti viittaus mahdolliseksi miellettyjen käsitysten konstruoimiseen syytetyllä olleen tietämyksen valossa ja sijoittamalla kyseiset parametrit sovellettaviin kokemussääntöihin. Asiaan vaikuttavana on siksi varauksella pidettävä syytetyn suostumuserehdysväitteensä tueksi esittämää näyttöä niistä tiedoista ja olosuhteista, joiden valossa hän tekoilannetta ja asianomistajan toimintaa tulkitsi. Tulkintatilanteen ollessa seksuaalissävytteinen on myös selvää, että nämä voivat suuntautua intiimeihin seikkoihin ja nimenomaan asianomistajan ja syytetyn väliseen aiempaan kanssakäymiseen.

Rajankäyntiä näyttökysymyksen ja vastuukysymyksen osalta on tehtävä erityisesti *prima facie* perusteettomaan uskomukseen perustuvissa ratkaisuissa. Kokemussääntöjen perusteella

²³⁸ Träskman 1986, s. 344; Klami 1990, s. 188–198; Hahto 2004, s. 474.

²³⁹ Hahto 2004, s. 474–477; Frände – Rautio 2020, s. 38 ja objektiivisesta näkökulmasta tuomioistuinkäytännössä erityisesti Hyttinen 2016, s. 923–924.

²⁴⁰ Hahto 2004, s. 475; Murthy 1991, s. 543, 563–568, 575.

²⁴¹ Hahto 2004, s. 474. Kokemussääntöjen ja aputositseikkojen merkityksestä ks. Jonkka 1993, s. 45, 55.

voidaan arvioida huomattavan perusteettomalta vaikuttavan väitetyn uskomuksen korreloivan negatiivisesti uskomuksen aitouden kanssa, toisin sanoen todistavan sitä vastaan, että suostumuserehdys olisi aito²⁴². Tällöinkään syytettyyn ei heijasteta tuottamusta läheneviä vastuukonstruktioita, vaan pikemminkin tahallisuuden puuttumista väitetyllä perusteella ei voida näytöllisesti pitää mahdollisena sen epärationalisuuden vuoksi²⁴³. Todistusoikeudellisesti suostumuserehdyskysymys voi siten käytännössä olla hyvinkin suoraviivainen, jos on ilmeistä, ettei väitettyä erehdystä ole *näytettyjen* tosiseikkojen valossa voinut tapahtua²⁴⁴. Ilmiselvien ääripäiden väliin jää kuitenkin kirjava joukko tilanteita, joissa kommunikaatio katkeaa tai se on inhimillisen epätäydellistä tai eri tekijöiden vaikutuksesta puolin ja toisin sekavaa. Tällöin on myös OK 17:8:n epämissäännöksen soveltamisessa otettava huomioon puolustuksen ilmeinen intressi osoittaa, miksi vastustuksesi hahmotettavissa ollut ilmaisu tai jäätyminen ei sitä kyseessä olleissa olosuhteissa ollut²⁴⁵.

²⁴² Telling 1983, s. 133.

²⁴³ Hahto 2004, s. 477. Vrt. Träskman 1986, s. 344, joka on viitannut syytetyn velvollisuuteen perustella näkemyksensä käännettynä todistustaakkana.

²⁴⁴ Ks. mm. Itä-Suomen HO 18.8.1995, R 95/1081, jossa asianomistaja alitti selvästi suojaikärajan ja tekijöitä oli useita. Väitetty käsitys suostumuksesta ei voinut pätevästi perustua asianomaisen alkujaan vapaaehtoiseen läsnäoloon tai suostumiseen sukupuolilyhteyteen yhden syytetyn kanssa.

²⁴⁵ Syytetyn oikeussuojan tarvetta suostumuserehdysarvioinnissa korostaa tavallista matalamman näyttökynnyksen puoltaminen subjektiivisten tunnusmerkistötekijöiden osalta, ks. Klami 1990 s. 196.

6 Todistelu tiellä kohti vapaaehtoisuutta

Seksuaalirikosten rikosoikeudellinen viitekehys on seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistusta koskevan mietinnön²⁴⁶ ja helmikuussa 2022 annetun seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi annetun hallituksen esityksen²⁴⁷ myötä murroksessa, mikä vaikuttaa myös todistusoikeudellisiin näkökohtiin todisteltaessa uudistetuista tunnusmerkistötekijöistä. Ehdotus seksuaalirikoksia kokevan rikoslain 20 luvun uudistamiseksi nostaa raiskauksen keskeiseksi tunnusmerkistötekijäksi sukupuoliyhteyden sellaisen henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti. Kyse olisi raiskauksesta vähintään silloin, kun asianomistaja ei ole millään tavalla ilmaissut osallistumisensa vapaaehtoisuutta, ja lisäksi silloin, kun suostumus on ilmaistu, mutta sitä ei voida pitää aitona pakottamisen tai tahdonilmaisun estymisen vuoksi.²⁴⁸

Käytännössä vapaaehtoisuus näin edellyttäisi sanallista tai muutoin esitettyä tahdonilmaisua, ja teko katsottaisiin raiskaukseksi jo siitä syystä, ettei suostumusta ole ilmaistu. Ilmaisulle ei kuitenkaan asetettaisi erityisiä muotoedellytyksiä, vaan arvioinnissa olisi huomioitava itseilmaisun moninaisuus ja tilannesidonnaisuus. Ratkaisevaa olisi vapaaehtoisuuden välittyminen toiselle osapuolelle, eikä nimenomaisesti suostumuksen osoittamiseen aiottu tahdonilmaisu olisi siten tarpeen. Yksinkertaisimmillaan aktiivinen osallistuminen sukupuoliyhteyteen tai siihen johtaneeseen seksuaaliseen kanssakäymiseen osoittaisivat vapaaehtoisuutta ja puolestaan kieltäminen tai vastustaminen sen puutetta, joskaan konkreettinen kielteinen tahdonilmaisu ei olisi vapaaehtoisuuden puuttuvaksi katsomisen edellytys.²⁴⁹ Näiden ääripäiden väliin jää kuitenkin laaja skaala nyansoituneita kommunikaatiomuotoja, joiden merkitys vapaaehtoisuudelle ei aina ole kristallinkirkas.

Ruotsissa teon oikeudellinen arviointi ja näyttöharkinta on tunnusmerkistöuudistuksen jälkeen yleiseltä rakenteeltaan perustunut sukupuoliyhteyden näyttämiseen, ja mikäli tämä on katsottu

²⁴⁶ OMML 2020:9.

²⁴⁷ HE 13/2022.

²⁴⁸ HE 13/2022, s. 1, 98. Osallistumista ei olisi pidettävä vapaaehtoisena, jos a) asianomistaja ei ole sanallisesti, käytöksellään tai muulla tavalla ilmaissut osallistuvansa siihen vapaaehtoisesti (Ehdotettu RL 20:1.2 1 kohta), b) hänet on siihen väkivallalla tai uhkauksella pakotettu (2 kohta) tai c) hän ei ole voinut muodostaa tai ilmaista tahtoaan muun muassa pelkotilansa vuoksi (3 kohta).

²⁴⁹ HE 13/2022, s. 54, 99. Tilannekohtaisten erityispiirteiden huomioimista edellyttää myös Istanbulin sopimuksen 36 artikla.

selvitetyksi, osallistumisen vapaaehtoisuuteen ja sen puuttuessa syytetyn selvilläoloon tästä²⁵⁰. Tämän perusteella voidaan varauksella odottaa, että todistusteemat oikeustositseikkatasolla säilynevät ennallaan, joskin hieman eri painopistein, sillä arvioinnin eteneminen heijastaa jo nykyisellään esiintyviä puolustusmalleja – sukupuolilyhteyden kiistämistä, tapahtuneen sukupuolilyhteyden suostumuksellisuutta sekä suostumuserehdystä. Vaikutus voikin todistusoikeudellisesti jäädä vähäiseksi, jos tahallisuus- ja näyttökynnystulkinnat säilyvät nykyisellään²⁵¹. Samalla osapuolten kommunikaation tapauskohtaisen arvioinnin lisääntynyt painoarvo tuskin ainakaan poistaa sitä todistusvoimaa, mikä tuomioistuimen yleisen elämäkokemuksen valossa soveltamia kokemussääntöjä yksittäistapauksen lähtöarvoihin lähentäville tai sitä niistä etäännyttävälle apotosiseikoille on jyvitetävissä. Kun tunnusmerkistö tulee kytkeytymään suostumuksen ilmaisuihin, lisää osapuolten viestinnälle tyypillinen sanattomuus ja dokumentoimattomuus näytönarvioinnin haastavuutta²⁵². Vapaaehtoisuuteen perustuvan raikaustunnusmerkistön onkin arveltu tuovan oikeusasteisiimme enenevissä määrin todistelutilanteita, joissa suoraa näyttöä asianosaisten kertomusten ohella on vaikea esittää. Tällöin kertomusten arvioinnin ja niiden arviointiin vaikuttavien apotosiseikkojen ja kokemussääntöjen merkitys korostuu.²⁵³

Painopisteen siirtyminen virallisestikin asianomistajan positiiviseen tahdonilmaisuuksi voi ennalta arvioituna myös saada aikaan todistusoikeudellisia kipukohtia, joissa asianomistajan seksuaalinen historia aktivoituu pakottamispohjaisen tunnusmerkistön muovaamasta lähestymistavasta poikkeavasti. Muiden oikeusjärjestelmien käytännön kokemusten ja mietintöä koskevan lausuntokierroksen aikana esitettyjen näkökohtien valossa rajankäyntiä vapauttavan ja syyksilukevan tuomion välillä jouduttaneen tekemään korostuneen kontekstisidonnaisesti erityisesti suostumuserehdyksen ja monitulkintaisten tahdonilmaisujen osalta. Tulkintakysymyksiä on syntynyt törkeän tuottamuksen ja tahallisuuden rajanvedossa objektiivisesti havaittavissa olleiden seikkojen viitatessa eri suuntiin sekä jonkin piirteen pääosin passiivisen asianomistajan käyttäytymisessä ollessa tulkittavissa seksuaalisesti

²⁵⁰ Brå 2020:6, s. 40.

²⁵¹ Leskinen 2020b, s. 398.

²⁵² Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia 2020.

²⁵³ Kimpimäki 2020, s. 14. Ks. edellä jaksossa 4.1 seksuaalisen historian merkityksestä näissä esitetty.

merkitykselliseksi kommunikaatioksi²⁵⁴. Suomessa tämän rajanvedon merkitystä korostaa, että nykyisen ehdotuksen mukaan vain jälkimmäinen tulisi rangaistavaksi. Ydinkysymykseksi tämän tutkielman näkökulmasta muodostuu, missä määrin tässä punninnassa saatetaan tukeutua asianomistajan aiempaan seksuaaliseen käyttäytymiseen.

6.1 Passiivisen asianomistajan aktiivinen menneisyys

Siinä missä vapaaehtoisuuden puutteen ilmeneminen passiivisuutena tai suusanallisena kieltona on nykyisen tunnusmerkistön soveltamiskäytännössä ollut usein yhteydessä vapauttavaan tuomioon tai syytekynnyksen ylittymättä jäämiseen,²⁵⁵ täyttäisi sukupuoliyhteys hallituksen esityksen mukaan raiskauksen tunnusmerkistön vapaaehtoisuuden puuttumisen vuoksi, kun tahtoa *ei* ole ilmaistu. Tämä pääpiirteissään noudattaisi ilmaisuedellytyksellistä ”kyllä tarkoittaa kyllä” -mallia.²⁵⁶ Ilmaisuedellytyksen myötä ratkaisevaa olisi vapaaehtoisuuden ulkoinen ilmeneminen, mikä poissulkisi hiljaisen hyväksynnän mahdollisuuden ilman kehonkieltä tai vastaavaa kommunikaatiota²⁵⁷. Tällaisen vapaaehtoisuuden ilmaisun ei kuitenkaan tarvitsisi tapahtua välittömässä ajallisessa yhteydessä sukupuoliyhteyteen tai kohdistua eritellysti jokaiseen kanssakäymiseen. Aiempi tahdonilmaus tai kanssakäyminen ei kuitenkaan sellaisenaan riittäisi, vaan aiemman suhteen ja osapuolten kommunikaation tulisi ilmentää suostumuksen olemassaoloa kyseisellä hetkellä.²⁵⁸ Itsemääräämisoikeuden rajoissa tapahtuvan seksuaalisen käyttäytymisen moninaisuuden tunnistaminen ja hyväksyminen, ja toisaalta vapaaehtoisen osallistumisen ilmenemis- ja ilmaisumuotojen monivivahteisuus ja sijoittautuminen asteikolla aktiivisesta passiiviseen²⁵⁹ edellyttävät tällöin tulkintaa siitä, milloin pitkästäkin tapahtumaketjusta ilmenee tekohetkeen ulottuvaksi tulkittavissa oleva vapaaehtoisuus.

Vaikka passiivisuus ”ei sellaisenaan” ilmaisisi vapaaehtoisuutta, suostumuksen ilmenemistä

²⁵⁴ Saksan ja Ruotsin uudistuksista tehtyjen havaintojen pohjalta ks. Leskinen 2020c, s. 959; Brå 2020:6, s. 87–89.

²⁵⁵ Amnesty International 2019, s. 44–45.

²⁵⁶ HE 13/2022 vp, s. 73 ja ehdotettu RL 20:1.2 1 kohta, jonka nojalla osallistumista ei olisi pidettävä vapaaehtoisena, jos osallistumisen vapaaehtoisuutta ei ole ilmaistu sanallisesti, käytöksellä tai muulla tavalla.

²⁵⁷ HE 13/2022, s. 74; Gustafsson Yakoub 2020, s. 113.

²⁵⁸ HE 13/2022, s. 54; OMML 2020:9, s. 150.

²⁵⁹ OMML 2020:9, s. 148.

aktiivisen itseilmaisun puutteena ei ole esitöissä myöskään kategorisesti poissuljettu, jos osapuolten *edeltävässä* sanallisessa tai sanattomassa kommunikaatiossa vapaaehtoisuus on tullut ilmaistuksi ja tästä on muodostunut molemminpuolinen käsitys sukupuoliyhteyden aloittamisen hyväksyttävyydestä ilman muuta ilmaisua. Muusta tilanteesta tai aiemmasta sukupuoliyhteydestä vapaaehtoisuuden ilmaisua ei *lähtökohtaisesti* voitaisi johtaa, vaan kyse olisi tällaisen ilmaisun käsittäneen kanssakäymisen *etenemisestä* sukupuoliyhteyteen.²⁶⁰ Esityölausuma puoltaa ilmaisuedellytyksen tulkintaa niin, että suostumus voidaan perustaa pääasiassa enintään provokaatioproblematiikan piiriin kuuluvaan aiempaan tahdonilmaisuksi kelpaavaan toimintaan, joka on välittömästi sidoksissa itse tekoon. Kun asianomistajan aktiivisen osallistumisen puutetta on tarkasteltava tekotilannetta välittömästi ympäröivän kanssakäymisen valossa, on vapaaehtoisuuden ilmaisemista koskevan todistusteeman osalta asiassa perusteltua pitää merkityksellisenä näyttöä siitä intiimejä tai seksuaalisia piirteitä käsittävistä tapahtumaketjusta, joka on johtanut sukupuoliyhteyteen.

Yleistyksiin ja ennakkokäsityksiin nojautuminen ei estä tahallisuusedellytyksen täyttymistä, eikä edeltävä seksuaalissävytteinen käyttäytyminen tai intiimikään kanssakäyminen sellaisenaan perusta oletusta sukupuoliyhteyden vapaaehtoisuudesta. Kontekstissaan ja asianosaisten muun toiminnan valossa tulkittuna tällaiset seikat voivat silti olla yhtenä osatekijänä vapaaehtoisuuden ilmaisussa tai syytetyn siitä muodostamassa käsityksessä. Vaikkei nykyisinkään vallitsevan käsityksen mukaan olettamaa suostumuksesta voi tällaisilla tekijöillä oikeuttaa, niitä ei saateta ilmaisuedellytyksen myötä kohdella merkityksettöminä, sillä niillä muun ohella *myös* ilmaistaan kiinnostusta seksuaaliseen kanssakäymiseen.²⁶¹ Siten voidaan edellyttää, että näyttöä saadaan esittää sellaisista asianomistajan aiempaan mutta edelleen tekoon ajallisessa yhteydessä olevaan toimintaan liittyvistä intiimeistä seikoista, jotka muodostavat *osan* väitetystä tahdonilmaisusta.

Esitöiden ilmaisuasu tilanteen ykseyttä koskien ei myöskään ole ehdoton, joten ajallisesti erillinenkin ilmaisu voinee poikkeuksellisesti riittää rapauttamaan syytetyn tahallisuuden rikosoikeudellisesti merkityksellisissä määrin. Mietintövaiheessa esitettiin, että välittömässä tekotilanteessa ilmenevän aktiivisuuden puutteen käsittäminen vapaaehtoisuuden ilmaisuksi

²⁶⁰ HE 13/2022, s. 99–100. Vrt. OMML 2020:9, s. 150.

²⁶¹ HE 13/2022 vp, s. 100, jonka mukaan käsitys vapaaehtoisuudesta ei voi perustua yleistyksiin vaatetuksesta tai seksuaalissävyytteisestä tai vihjailevasta käyttäytymisestä, mutta nämä eivät ole täysin merkityksettömiä. Ks näiltä osin myös OMML 2020:9, s. 150, jossa mainitaan ”flirttailu, viettelevä tanssiminen, suuteleminen tai riisuminen”.

olisi perusteltavissa (vain) ympäröivien tekijöiden kuten asianosaisten ”aikaisemman suhteen ja viestinnän” pohjalta edellyttäen lisäksi, että osapuolten välillä vallitsisi näiden tekijöiden pohjalta molemminpuolinen ymmärrys tällaisen aloitteen hyväksyttävyydestä²⁶². Vastaava viittaus on hallituksen esityksessä suppeammassa muodossa säilytetty äkillisesti aloitetun sukupuoliyhteyden osalta²⁶³. Tällöin asianosaisten väliselle suhteelle ja siinä hyväksyttävänä pidetylle toiminnalle annetaan merkitystä tavalla, joka voinee vaatia selvitystä siitä, että asianosaisten välillä ensinnäkin on tällainen suhde, ja toisaalta siitä, että tietty seksuaalinen kanssakäyminen on suhteessa nähty tervetulleena ilman aloitteen aktiivista fyysistä tai verbaalista hyväksyntää. Lähtökohtaisesti tällaista väitettä lienee vaikea perustella muulla kuin asianosaisten aiempaan seksuaalisesti merkitykselliseen toimintaan ja kommunikaatioon liittyvällä todistelulla.

Passiivisuuden merkityksen näin jäädessä esitetyn sääntelyn tasolla edes osin avoimeksi, joutuu tuomioistuin kokonaisuuden perusteella arvioimaan välittömän aktiivisuuden puuttumisen merkityksen tapauksittain ja tekemään rajanvetoa aiempaa myönteistä tahdonilmaisua jatkavan hiljaisen suostumuksen ja frozen fright -ilmiön välillä²⁶⁴. Muutoin rangaistavaksi voi tulla myös sukupuoliyhteys, johon asianomistaja vapaasta tahdostaan osallistui, muttei syystä tai toisesta tuonut tätä kyseisellä hetkellä aktiivisin elein tai sanoin ilmi²⁶⁵. Käytännön soveltamistilanteissa tämän epäselvyyden ratkaisemiseksi on etenkin ruotsalaisissa tuomioistuimissa huomattavassa määrin tukeuduttu asianomistajan ja syytetyn väliseen aiempaan seksuaalisesti merkitykselliseen kommunikaatioon ja muuhun aktiiviseen toimintaan. Brån analysoimassa oikeuskäytännössä syyksi luettujen passiivisuustilanteiden yhteisenä nimittäjänä on ollut asianomistajan aiemman intiimin aloitteen tai kiinnostuksen ilmaisun puuttuminen, jolloin syytetyllä ei ole ensinnäkään ollut syytä ajatella asianomistajan olevan

²⁶² OMML 2020:9, s. 150.

²⁶³ Ks. HE 13/2022, s. 104, jossa lähtökohtana on esitetty ilmaisuedellytyksen täyttymättä jääminen, jos sukupuoliyhteys on aloitettu ilman ennakkovaroitusta tällaisesta aiheesta ja antamatta mahdollisuutta hyväksyväle tahdonilmaisulle tai -muodostukselle. Rangaistavuus kuitenkin puuttuisi, kun ”osapuolilla, esimerkiksi parisuhteessa, on aiemman viestintänsä perusteella tiedossa toistensa vapaaehtoisuus osallistua äkillisestikin aloitettuun sukupuoliyhteyksiin”, ks. *ibid.*, s. 55).

²⁶⁴ Ks. Ruotsissa esitetyn osalta Gustafsson Yakoub 2020, s. 113; Wennberg 2018, s. 300.

²⁶⁵ Prop 2017/18:177, s. 31–33. Vrt. HE 13/2022, s. 54, jonka mukaan ilmaisuedellytyksen täyttävien kommunikaation muotojen joukko on tarkoitettu niin laajaksi, että se poissulkisi tällaisen tilanteen.

kiinnostunut seksuaalisesta kanssakäymisestä²⁶⁶. Seksuaalisen historian merkityksen osalta onkin huomattavaa, että Ruotsissa passiivisuutta koskevissa tapauksissa on uudistuksen jälkeen järjestäen käsitelty osapuolten välisen intiimin suhteen tai edes seksuaaliseen kiinnostukseen viittaavan kommunikaation puutetta.²⁶⁷

Suomalaisessa kontekstissa tällaiseen todisteluun on suhtauduttava varauksella. Hallituksen esityksessä omaksuttu ilmaisuedellytys huomioon ottaen passiivisuuden lukemista suostumukseksi ei tulisi muiden kuin tekotilanteeseen suoraan johtaneeseen tapahtumainkulkuun sisältyneiden tekijöiden valossa katsoa sallituksi kuin erittäin poikkeuksellisesti. Samalla tuomioistuimen on osoitettava herkkyyttä suhteen huomioivan lähestymistavan epäkohtien havaitsemiselle varsinkin, jos osapuolten yhteistoiminta ei ole tasavertaista tai toinen osapuoli haluaa lopettaa vakiintuneen suhteen²⁶⁸. Vaikka mahdollisuus reagoida passiivisesti toivottuunkin seksuaaliseen kanssakäymiseen tunnistettaisiin tulkintakäytännössä, on tämä erotettava vapaaehtoisuutta koskevien *olettamien* tekemisestä passiivisuuden perusteella. Jälkimmäistä on pidettävä torjuttavana lähtökohtana jo siitäkin syystä, että empiirisesti tarkasteltuna jäätyminen on jopa tyypillisin reaktio²⁶⁹.

Myös ihmisoikeusvelvoitteiden tehokas toteuttaminen edellyttää, ettei todistus oikeudellisen tulkinnan tiukkuus käytännössä vesitä passiivisen uhrin oikeussuojaa, sillä Istanbulin sopimuksen sanktiointivaatimus kattaa tilanteet, joissa uhri pysynyt täysin passiivisena teon ajan²⁷⁰. Käytännössä suostumusperustaisen lainsäädännön omaksuneissa valtioissa voidaan silti tahallisuusedellytyksen vuoksi joutua todistelemaan siitä, ettei syytetty uskonut muuten aktiivisesti toimineen asianomistajan välittömään tekotilanteeseen rajoittuvan passiivisuuden

²⁶⁶ Käytännössä tapaukset, joissa syytteeseen asti edennyt teko ei katsottu tunnusmerkistön mukaiseksi raiskaukseksi, koskivat nimenomaan tapauksia, joissa syytteenalaista tekoa oli edeltänyt aiempi intiimi kanssakäyminen ja vastaavasti enemmistössä ”uusista” syyksilukevista tuomioista aiempaa intiimiä kanssakäymistä ei ollut, ks. Brå 2020:6, s. 44.

²⁶⁷ Brå 2020:6 s. 47–49, 56 ja siinä käsitelty ratkaisu, jossa otettiin huomioon, että asianomistajan ystäväkin oli ymmärtänyt osapuolten välillä olleen jotain ”meneillään” (”någåt på gång”) ennen tekoa, eikä voitu pitää poissuljettuna syytetyn ymmärtäneen saman kommunikaation asianomistajan aloitteena.

²⁶⁸ Leskinen 2020c, s. 972.

²⁶⁹ Ks. Prop. 2018/17:177, s. 31 ja empiirisestä esiintyvyydestä Möller – Söndergaard – Helström 2017, s. 932–938.

²⁷⁰ GREVIO 2017, kohta 141.

ilmentävän hiljaista suostumusta²⁷¹. Tällaisen tulkintalinjan muodostumista Suomessakin ei ennalta tarkasteltuna voitane poissulkea²⁷². Vapaaseen todistusteoriaan ja vapaaseen todistusharkintaan sen osana lähtökohtaisesti kuuluu, joskaan ei poikkeuksettomasti, ettei laki määritä näytölle annettavaa todistusarvoa, vaan arviointi perustuu ”empiirisen tieteen lainalaisuuksiin, loogiseen päättelyyn sekä kokemussääntöihin”²⁷³. Vapaan todistelun vahvan aseman takia nimenomaisia normeja siitä, milloin suostumus on pätevästi annettu tai mihin tekijöihin tällainen päätelmä voidaan perustaa, on pidetty oikeusjärjestelmällemme vieraana²⁷⁴. Tätä heijastaen vapaaehtoisuuteen perustuvan ehdotetun 1 momentin kantavana ajatuksena onkin, ettei suostumuksen ilmenemiseltä odoteta tiettyä muotoa, vaan ”kaikki toisen vapaaehtoisuuden havaitsemisen kannalta olennaiset seikat voidaan kussakin tapauksessa ottaa huomioon”²⁷⁵.

Tämän sallitun ilmenemisskaalan toteuttaminen käytännössä vaatii sallivaa suhtautumista myös tällaisista seikoista todisteluun niiden kaikessa moninaisuudessa, kunhan niillä on jokin perusteltavissa oleva kytkentä vapaaehtoisuuden ilmenemiseen tai siihen, miten syytetty on sen käsittänyt. Näin on etenkin, kun hallituksen esityksen ja mietinnön perusteluiden valossa yksittäisiä mahdollisesti seksuaalista merkityksiä saavia toimintoja ei voida katsoa tarkoitetun tarkasteltavaksi erillään. Tahallisuusedellytyksen myötä ratkaisevaa on syytetyn ymmärrys vapaaehtoisuudesta, minkä arvioinnissa on katsottu muun ohella olevan annettavissa merkitystä yhtäältä osapuolten suhteelle ja toisaalta seksuaaliselle kanssakäymiselle inhimillisen toiminnan vuorovaikutuksellisenä ja kommunikaatioon perustuvana jatkumona²⁷⁶.

²⁷¹ Ks. Bundesministerium für Gesundheit und Frauen 2017, s. 23. Tällä perusteella onkin arvioitu, että asianomistajalla on suostumusperusteisissa järjestelmissä yhä osittainen taakka tehdä suostumuksensa puuttuminen riittävän selväksi, ks. Leskinen 2020a, s. 146.

²⁷² Ks. myös Leskinen 2020c, s. 972, jossa on, tosin mietinnön lievemman ilmaisuedellytystä sisältämättömän sanamuodon valossa, pidetty mahdollisena Ruotsin tulkintamallia vastaavan, aiemmin intiimisti tai seksuaalissävyyteisesti tekemisissä olleiden osapuolten välillä selvää kiellon tai vastustuksen ilmaisua vaativan käytännön kehittymistä.

²⁷³ Pölönen – Tapanila 2015, s. 36.

²⁷⁴ HE 216/2013 vp, s. 37.

²⁷⁵ OMML 2020:9, s. 148–149.

²⁷⁶ *ibid*

6.2 Monitulkintaiset ilmaisut ja tahallisuus

Vaikka esitettyssä uudistuksessa osallistumisen ei puhtaasti passiivisuuden tilanteissa katsottaisi olevan vapaaehtoista, vaikuttavat yleiset rikosoikeudellisen vastuun edellytykset mahdollisuuteen edellyttää syytetyltä varmistumista aiemmin ilmaistun vapaaehtoisuuden jatkumisesta tai epätäydellisen tahdonilmaisun merkityksestä. Uudistuksen myötäkin raiskaus olisi yhä rangaistava vain tahallisuudella. Tämä käytännössä merkitsisi nojautumista oikeuskäytännön ”varsin todennäköinen” -standardiin erotuksena tilanteista, joissa tunnusmerkistökriteerijän täyttymistä ei pidetä varmana tai edes varsin todennäköisenä mutta syytetyn olisi pitänyt olla siitä selvillä²⁷⁷ tai hän on mieltänyt sen varteenotettavaksi mahdollisuudeksi²⁷⁸.

Vain seuraustahallisuuden täyttymisestä on nimenomaisesti säädetty rikoslaissa (RL 3:6), mutta käytännössä olosuhde- ja seuraustahallisuutta on arvioitu yhtenevin kriteerein. Tahallisuusastetta koskevissa perusteluissa on painottunut pyrkimys ennakoitavuuteen ja syyllisen oikeusturvaan sekä laillisuusperiaatteen vaatimaan tahallisuuden ja tuottamuksen riittävään erottamiseen rikosoikeutemme perustavanlaatuisena lähtökohtana.²⁷⁹ Korkein oikeus onkin pidättäytynyt erityisen selonottovelvollisuuden asettamisesta seksuaalirikoksissa, ja vakiintuneeksi alarajaksi tahallisuuden edellyttämän selvillä olon osalta on muodostunut olosuhteen pitäminen varsin todennäköisenä²⁸⁰. Suhtautumiselle olosuhdekriteerijän selvittämiseen tarkoituksellisenä tietämättömyytenä²⁸¹ tai olosuhteista tai asemasta syntyneelle

²⁷⁷ HE 13/2022 vp, s. 76–77.

²⁷⁸ Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia 2020; ks. RL 3:6:ää (515/2003) vastaavasta todennäköisyystahallisuudesta myös olosuhdetahallisuuden pääsääntönä KKO 2015:66, kohta 25 ja siinä mainitut KKO 2014:54 ja KKO 2013:55; KKO 2013:17, kohta 31 ja siinä viitatus KKO 2006:37, KKO 2006:64, KKO 2009:87, KKO 2010:88 ja KKO 2012:66. Tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvedosta *mutatis mutandis* LaVM 31/2010 vp, jossa olosuhteen varteenotettavana mahdollisuutena pitäminen katsottiin tuottamukselliseksi, ja HE 94/1993 vp s. 88, jossa mainitaan törkeänä tuottamuksena tahallisuutta vailla oleva tietoinen riskinotto.

²⁷⁹ KKO 2012:66, kohta 14; KKO 2013:17, kohdat 32–33; KKO 2013:55, kohta 28; KKO 2014:54, kohta 9. Ks. myös Hyttinen 2016, s. 919, 929 ja laillisuusperiaatteen alaisuudesta yleisesti Matikkala 2005, s. 20–21. Vrt. kuitenkin Hyttinen 2016, s. 929–930 viitteineen, ja siinä laillisuusperiaatteen mieltämisestä oikeuskirjallisuudessa joustavammaksi rikosvastuun yleisten edellytysten kuin erityisten edellytysten osalta esitetty.

²⁸⁰ KKO 2014:54, kohdat 11 ja 14; KKO 2012:66, kohdat 14–16 ja KKO 2014:54, kohta 11, sekä niistä Leskinen 2020a, s. 394 esitetty; Hyttinen 2016, s. 917–918 viitteineen.

²⁸¹ KKO 2014:54, kohdat 14 ja 17.

erityiselle selvitysvelvollisuudelle²⁸² voidaan tosin antaa merkitystä myös todennäköisyystahallisuutta sovellettaessa, ja viime kädessä välinpitämätön asenne voi viitata olosuhteen pitämiseen tahallisuuden perustavalla tavalla varsin todennäköisenä²⁸³. Vapaaehtoisuuden puuttumiseen perustuva tunnusmerkistö jättää näin rajanveto-ongelman siitä, milloin tahallisuusedellytys täyttyy suostumuksesta epävarman syytetyn jätettyä selvittämättä vapaaehtoisuutta tarkemmin ja milloin tämä on voinut tunnusmerkistöerehdyksen aikaansaavalla tavalla luottaa suostumuksen olemassaoloon²⁸⁴.

Ehdotonta todennäköisyysmääristä alarajaa ei olosuhdetahallisuuden osalta ole, ja tiettyjen *normatiivisten* ja *deskriptiivisten* tunnusmerkistötekijöiden osalta on voitu asettaa syytetylle ”varsin vahva selvilläolovelvollisuus”²⁸⁵. Tällöin kysymys ei ole enää siitä, mielsikö tekijä olosuhteen enemmän tai vähemmän todennäköiseksi, vaan rikosoikeudellisesta moitteenvaraisesta hyväksyvästä suhtautumisesta toiminnan loukkaavuuden riskiin²⁸⁶. Korkeimman oikeuden korostama tarve olla legaliteettiperiaatetta horjuttavalla tavalla sekoittamatta tuottamusvastuuta tahallisuuteen antaa kuitenkin syytä suhtautua kriittisesti mahdollisuuteen asettaa sukupuoliyhteyteen ryhtyvälle erityistä huolellisuusvelvoitetta²⁸⁷. Koska vapaaehtoisuuden puuttuminen tulisi uudistuksen myötä arvioitavaksi tahallisuusperusteisena tunnusmerkistöerehdyksenä, ei erehdykseltä voitane myöskään edellyttää *perusteltavuutta*, kunhan se on siinä määrin objektiivisesti *uskottava*, että sitä voidaan pitää aitona²⁸⁸.

²⁸² KKO 2013:17, kohta 33.

²⁸³ KKO 2014:54, kohta 14; HE 13/2022, s. 76.

²⁸⁴ Ks. Rudanko 2020.

²⁸⁵ Hyttinen 2016, s. 927–928 ja siinä viitattut KKO 2015:66, kohta 30, KKO 2014:54, kohdat 11–13, KKO 2010:88, kohdat 59–63 ja KKO 2006:64, kohta 7).

²⁸⁶ Hyttinen 2016, s. 928; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 276–277.

²⁸⁷ Esitöissä arvioitiin rangaistusuhkaisen huolellisuusvelvoitteen voivan muodollisten käyttäytymismallien puuttuessa jäädä täsmällisyydeltään laillisuusperiaatteen vaatimukset puutteellisesti täyttäväksi, ks. HE 13/2022, s. 77. Kun huolellisuusvelvoitteen säätämistä näin on pidetty *nullum crimen* -periaatteen ja siihen kytkeytyvän täsmällisyysvaatimuksen näkökulmasta ongelmallisena, ei voida pitää oikeusturvanäkökohdista kestäväenä, että aktiivisen osapuolen laajempaan vastuuhun siirryttäisiin tahallisuusedellytyksen tulokinnan varjolla ilman nimenomaisen säädöksen tukea.

²⁸⁸ Korkeimman oikeuden käytännön valossa tyypillisestä todennäköisyystahallisuudesta poiketessakin ”on otettava huomioon rikoslain 4 luvun 1 §:n tunnusmerkistöerehdyistä ja rikoslain 3 luvun 7 §:n tuottamusta koskevien säännösten asettamat rajat”, ks. KKO 2013:17, kohta 33; KKO 2015:66, kohta 24. Yksin olosuhteiden

Todistelullinen ongelma tahallisuuden osoittamisessa²⁸⁹ kiteytyy tällöin kysymykseen siitä, milloin muutoin kuin täysin passiivisesti toimineen asianomistajan vapaaehtoisuuden puuttumisen katsotaan tulleen ilmi tavalla, jonka syytetynkin on objektiivisesti arvioituna katsottava havainneen ja ymmärtäneen²⁹⁰. Perustilanteessa vastustusta ilmaisevan käyttäytymisen tai *minkäänlaisen* ilmaisun puutteen ei ole katsottu jättävän juurikaan tilaa erehtymiselle,²⁹¹ mutta tulkinnanvaraisemmissa tilanteissa asiaa on tarkasteltava muiden seikkojen valossa. Vaikkei nimenomaista vastustusta sinänsä vaadittaisi, ilmaisuedellytyksellinenkin tunnusmerkistö voi asettaa asianomistajalle vastuun ilmaista vastustuksensa riittävän selvästi silloin, kun syytetty voisi muutoin kohtuudella olettaa kanssakäymisen olevan vapaaehtoista. Suostumuksen tapauskohtaisuudesta johtuu, että vain hyvin poikkeuksellisesti tällainen olettamus voitaneen suostumuserehdyksen aikaansaavalla tavalla perustaa ainakaan vapaaehtoisuuden jatkumisen osalta muuhun kuin tekoa välittömästi edeltävään menettelyyn. Epäselvien ilmaisujen tyyppitapaukseksi jäänevätkin suostumuksen peruuttamistilanteet,²⁹² joissa seksuaalinen historia ei aktivoidu kuin välillisesti tarkasteltaessa sitä, milloin tietty toiminta tiettyjen osapuolten välillä on käytännössä aloittanut suostumuksellisen sukupuoliyhteyteen johtavan kanssakäymisen.

Asianomistajan ja syytetyn aiempi kommunikaatio ei silti jääne merkityksettömäksi. Näytönarvioinnillisesti on helpompaa osoittaa relevanssia näytölle, joka tukee sellaisten olosuhteiden olemassaoloa, joissa mainittua kohtuullista olettamusta ei ensi silmäyksellä ole: Aiempi ilmaus kielteisestä suhtautumisesta seksuaaliseen kanssakäymiseen tulevassa tilanteessa ei poissulje mahdollisuutta seksuaalisen itsemääräämisoikeuden harjoittamiseen muuttamalla mieltään, mutta tällainen aiempi viestintä tukee todistelussa asianomistajan kertomusta vapaaehtoisuuden puuttumisesta. Samalla se puoltaa sekä syytetyn rikosoikeudellista vastuuttamista asianomistajan tahtotilan selvittämisestä että

edellyttämän huolellisuusveloitteen rikkominen merkitsee rikosvastuun yleisten edellytysten osalta tuottamusta, ja on huomattava, että tunnusmerkistöerehdys (RL 4:1) on diskurssissa mielletty esimerkiksi vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevasta erehdyksestä (RL 4:3) poiketen: tahallisuus tunnusmerkistötekijän osalta puuttuu, ellei syytetty ole *selvillä* siitä tai hän on siitä *erehtynyt*, kun taas vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevalta erehdykseltä edellytetään *perusteltavuutta* – syytetyn oletukselle on esitettävä *uskottavia syitä*, ks. LaVM 28/2002 vp, s. 10.

²⁸⁹ Tahallisuusedellytykseen liittyvät tulkintahaasteet ovat korostuneet lausuntokierroksella, ks. Oikeuskanslerinvirasto 2020; Pirkanmaan kärjäoikeus 2020.

²⁹⁰ Itä-Suomen hovioikeus 2020; Pirkanmaan kärjäoikeus 2020.

²⁹¹ HE 13/2022 vp, s. 99.

²⁹² Ks. Brå 2020:6, s. 44–45, ja siinä viitattu alioikeuskäytäntö.

vapaaehtoisuuden puuttumisen mahdollisuuden tulemista mielletyksi.²⁹³ Siinä missä perustilanteessa hylättävänä voidaan pitää käänteistä näkemystä siitä, että tilanteesta irrallinen suostumuksen ilmaus osoittaisi jollain todennäköisyydellä vapaaehtoisuuden olemassaoloa vielä tekotilanteessa, on pidettävä mahdollisena, että kantajapuoli esittää todisteena seksuaalisen kanssakäymisen mahdollisuuden kieltävän tahdonilmaisun, jonka jälkeen mutta tekotilanteesta erillään on vielä ehtinyt tapahtua riittävän selvä vastakkaissuuntainen kommunikaatio. Todistelu tästä vastakkaissuuntaisesta indikaatiosta voi olla tarpeen ensimmäisen tahdonilmaisun merkityksen horjuttamiseksi²⁹⁴. Kyse on tällöin aputodistelusta, jolla on ainakin osittaista todistusvoimaa todisteltaessa siitä, onko tietty tekotilanteen tahdonilmaisu tahallisuuden poissulkevalla todennäköisyydellä tulkittavissa suostumuksen ilmaisuksi. Vaikkei positiivista indikaatiota suostumuksen todennäköisyydestä hyväksyttäisi, voinee tällainen kanssakäyminen syytetyn näkökulmasta objektiivisesti arvioituna palauttaa kumpaankaan suuntaan vahvasti viittaamattoman perustilan.

Mikä tahansa seksuaalisesti merkitykselliseksi tulkittavissa oleva käyttäytyminen ei ”ristiriitaisten” tahdonilmaisujen perusteella voine riittää oikeuttamaan käsitystä siitä, että asianomistaja vaikuttaisi muuttaneen mieltään. Aiempaa kieltävää tahdonilmaisuja seuraavan käytöksen tulisi muuttaa sitä *havaittavalla* tavalla ja koostua muusta kuin yksinomaan itsesuojeluksi katsottavissa olevasta käytöksestä²⁹⁵. Tällaisen mielenmuutokseksi hahmotetun ilmaisun vapaaehtoisuuden punnintaan heijastunevat myös osapuolten suhteen laatu ja ympäröivät olosuhdetekijät²⁹⁶. Poissuljettuna ei voitane pitää, että rajatapauksissa

²⁹³ NJA 2019 s. 668, kohta 31, jossa merkitystä annettiin sille, että asianomistaja oli aiemmin viestitse selvästi ilmaissut, ettei halunnut seksuaalista kanssakäymistä. Ks. myös Brå 2020:6, s. 45 sekä Ojala 2014, s. 73–75, jossa on jo nykyisen tunnusmerkistön valossa katsottu syytetyn tahallisuusedellytyksen täyttävällä tavalla täytyneen ymmärtää aktiivisen sukupuoliyhteyden pyrkivän fyysisen menettelyn olevan väkivaltaa, joka murtaa asianomistajan tahdon (ks. KKO 2013:96, kohta 46), jos asianomistaja on aiemmin suusanallisesti kieltäytynyt seksuaalisesta kanssakäymisestä.

²⁹⁴ Vastaavan problematiikan herättänyt tilanne oli käsillä Saksan BGH:n ratkaisussa 1 StR 290/18, 21.11.2018, jossa aiempaa fyysistä vastustamista seurasi asianomistajan oma aktiivinen käyttäytyminen, ja tahdonilmaisut siten viittasivat eri suuntiin. Karrikoivana esimerkkinä voidaan mainita hypoteettinen tilanne, jossa asianomistaja on myöntynyt syytetyn esittämään kutsuun painottaen vastauksessaan, ettei ole lainkaan kiinnostunut seksuaalisesta kanssakäymisestä syytetyn kanssa, mutta viestin ja tekotilanteen välillä asianomistaja on aiemmasta tahdonilmaisustaan poiketen tehnyt aloitteen, jolloin syytetyn erehtyminen vähäisemmän myönteiseksi tulkittavissa olevan tahdonilmaisun merkityksestä ei ole yhtä hylättävä tai epäuskottava.

²⁹⁵ KKO 2013:96, kohta 48; Leskinen 2020b, s. 972.

²⁹⁶ Etenkin painostusta seuraava aktiivinen osallistuminen voi asettua harmaalle alueelle, jolloin kokonaistilanteen tulisi määrätä onko suostumus annettu vapaasti, ks. Leskinen 2020b, s. 972–974 ja BGH 1 StR 290/18, 21.11.2018

vapaaehtoisuuden tai siitä muodostuneen virhekäsityksen vartenotettavaksi tekemiseen *riittävän* ilmaisun vähimmäistasoa jouduttaisiin tarkastelemaan punnitsemalla aiempien kielteisten ja myönteisten tahdonilmaisujen kokonaisuutta tai sitä aktiivisuustasoa, jolla asianomistaja on aiemmin vastannut itseensä kohdistuviin ja riidattomasti vapaaehtoiisiin seksuaalisiin menettelyihin. Syytetyn käsitys asianosaisen vähäisen mutta tästä huolimatta aktiivisuutta ilmaisevan kontribuution merkityksestä on ainakin vähäisessä määrin *uskottavampi*, jos vakaan mutta väitetysti pyörretyksi tulleen kieltäytymisen painoarvoa punnitaan useilla edeltäneillä kerroilla osapuolten välillä ollutta suostumuksellista seksuaalista kanssakäymistä vasten tai kosketteluun vastakaiuttomuuden merkitystä arvioidessa huomioidaan asianomistajan toimiminen pääasiassa vastaanottavana osapuolena myös aiemmilla, suostumuksellisilla kerroilla²⁹⁷.

Jäljelle jäävät silti aidosti monitulkintaiset tilanteet, joissa aidon väärinkäsityksen mahdollisuutta ei voida poissulkea. Syytetyn väite asianosaisen tahattoman tai puoliunisen elehtimisen, kosketteluun tai ääntelyn ymmärtämisestä vapaaehtoisuuden ilmaisuksi²⁹⁸ näyttäytyy yleisen elämäkokemuksen valossa uskottavammin käsityksenä kyseisen asianomistajan vapaaehtoisuudesta kyseisessä tilanteessa eikä vain hylättävänä stereotypiana seksuaalisuudesta, jos syytetyllä on vartenotettava syy ajatella asianomistajan olevan edes mahdollisesti seksuaalisesta kanssakäymisestä kiinnostunut. Kokonaisuutena arvioiden hyvin epäselvä ilmaisu ei perustaisi vapaaehtoisuutta tahallisuuden poissulkevalla tavalla, mutta sukupuolisen kanssakäymisen moninaisuudesta ja ilmaisujen tilannesidonnaisuudesta johtuen ilmaisujen arviointiin heijastuisivat myös olosuhteet, joissa ilmaisu on ilmennyt, osapuolten suhde ja asianomistajan henkilö mukaan lukien²⁹⁹.

Esitöistä ei ilmene, kuinka laajalti näiden olosuhde-, henkilö- ja suhdetekijöiden merkitys on lopulta ymmärrettävä. mutta on pidettävä mahdollisena, että kontekstisidonnaisuuden painottuminen toimii kasvualustana argumenteille asianomistajan ja syytetyn aiemman

kohta 18–19. Myös läheissuhde liitettynä yhteisössä mahdollisesti vallitseviin käsityksiin miehen oikeudesta naisen kehoon voi johtaa korostuneeseen kynnykseen voimakkaasti ilmaista vastustusta, ks. Randall 2010, s. 420

²⁹⁷ Ks. BGH 1 StR 290/18, 21.11.2018, kohta 23. Saksassa tunnusmerkistön täyttyminen edellyttää uhrin tunnistettavissa olevaa ja selvästi ilmaistua tahtoa (ks. Drucksache 18/9097, s. 22–23), mutta käsitelty problematiikka antaa osviittaa niistä tilanteista, joissa aiempi seksuaalinen käyttäytyminen voi saada merkitystä.

²⁹⁸ Asianomistajan uninen äännehtiminen seksuaalista kanssakäymistä koskevaan tiedusteluun (”mmm”) johti vapauttavaan tuomioon, kun asiassa ei ollut tarkempaa selvitystä siitä, kuinka syvästi asianomistaja oli nukkunut, ja näyttämättä jäi tietoisuus siitä, ettei asianomistaja ollutkaan hereillä, ks. Brå 2020:6, s. 47.

²⁹⁹ HE 13/2022 vp, s. 99.

seksuaalisen suhteen merkityksellisyydestä arvioitaessa osapuolten välistä kommunikaatiota. Tämä puolestaan luo pohjaa näitä seikkoja koskevan todistelun mahdollisesti laajallekin asiaan kuuluvuudelle. Tästä on viitteitä Ruotsissa, jossa vapaaehtoisuus ja sen puute määräytyvät tapauskohtaisesti kaikkien asianhaarojen kuten asianosaisten suhteen, käyttäytymisen ja tilanteen luonteen kokonaisarvioinnin valossa³⁰⁰ ja jossa vaatimus tilanteen arvioimisesta kokonaisuutena on uuden lainsäädännön myötä käytännössä heijastunut itse tapahtumainkulkua edeltäneiden tosiseikkojen kasvavana painoarvona³⁰¹. Erityisesti on katsottu osapuolten välisen ajallisesti läheisen sukupuoliyhteyden, tekoa edeltäneen muun intiimin kanssakäymisen tai flirttailun sekä saman illan aikana ilmaistun suostumuksen nostavan kynnystä katsoa vapaaehtoisuuden puuttuminen sekä syytetyn selvillä olo tästä näytetyksi, ellei asianomistaja ole vastustustaan selvästi ilmaissut³⁰².

Vaikka Ruotsin oikeusjärjestyksessä on – siinä missä suomalaisessa vastineessaankin – pidettävä selvänä, ettei aiempi suostumuksellinen seksuaalinen tai muu intiimi kanssakäyminen tai edes aiemmin ilmaistu suostumus seksiin kyseisessä tilanteessa *osoita* tai anna syytä *olettaa* suostumusta,³⁰³ korostuu asianomistajan *kokonaistahdonilmaisun* arviointi ja näin tarve olla sulkematta tapahtumainkulkua laajemmasta kontekstistaan myöskään osapuolten välisen aiemman intiimin menettelyn osalta:

I praktiken kan det dock vara svårt att avgöra vad målsäganden totalt sett *förmedlat* vad gäller sin vilja, om man enbart koncentrerar sig på vad som hände under den anmälda händelsen och inte även ser till vad som hände *tidigare* i fråga om sexuell kontakt³⁰⁴.

Ruotsin lakiuudistusta seurannut kyselytutkimus enteileekin kanssakäymisen vapaaehtoisuuden ratkaisevuuden avaavan takaoven asianomistajan intiimipiiriin kuuluvien seikkojen selvittämiseksi aiempaa yksityiskohtaisemmin. Vapaaehtoisuuden puutteeseen perustuvassa sääntelyssä nämä seikat kytkeytyvät teon rikosoikeudelliseen arviointiin ja

³⁰⁰ Prop. 2018/17:177, s. 78; Lagrådet, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-01-23, s. 4; Brå 2020:6, s. 36. Suostumuksen arvioitavuudesta kontekstisidonnaisesti ks. erityisesti M.G.C. v Romania, no. 61495/11, 15.3.2016, kohdat 68–72; I.C. v Romania, no. 36934/08, 24.5.2016, kohta 56; E.B. v Romania, no. 49089/10, 19.3.2019, kohdat 58, 60.

³⁰¹ Brå 2020:6 s. 43.

³⁰² Brå 2020:6 s. 43. Vrt näiltä osin HE 13/2022, s. 100, jossa samoja seikkoja on pidetty merkityksellisinä vaikkakaan ei yksin ratkaisevina.

³⁰³ Ks. Prop. 2018/17:177, s. 79.

³⁰⁴ Brå 2020:6, s. 43.

muodostavat entistä selvemmin käytännössäkin hyväksytyksi tulleen todistussuhteen todistusteemaksi kiistämättä kelpaavan oikeustositseikan – syytetyn tahallisuuden – kanssa. Kun aiempaa intiimiä kanssakäymistä ei ole, passiivisuus on yleensä käsitetty vapaaehtoisuuden poissulkevalle tavalla, jonka syytetynkin oli täytynyt käsittää tai vähintään tuottamuksen aikaansaavalla tavalla mieltää mahdolliseksi, ja syyksi on luettu pääasiallisesti raiskaus tai harvemmin tuottamuksellinen raiskaus. Kun seksuaalista kanssakäymistä on joiltain osin ollut tai edeltävä keskinäinen menettely on kohtuudella arvioitavissa seksuaaliseen kanssakäymiseen johtavaksi, on tuomio taas yleensä ollut vapauttava tai tuottamuksellisen tekemuodon syyksi lukeva, ellei kieltäytyminen ollut selvää vaan asianomistaja jäi tekotilanteessa passiiviseksi tai arvioinnissa oli käsillä eri suuntiin viittaavia tekijöitä (”blandade signaler”).³⁰⁵

Ruotsin uudistetussa raiskaussäännöksessä on *erityisesti huomioitava* vapaaehtoisuuden ilmaiseminen sanoin, käyttäytymisellä tai muulla tavalla (BrB 6 kap 1 § (2018:618)), mikä jää vajaaksi ”kyllä tarkoittaa kyllä” -mallin puhtaasta ilmaisuedellytyksestä³⁰⁶. Ilmaisun puuttuminen on kuitenkin lähtökohtaisesti tarkoitettu vapaaehtoisuuden puuttumisen merkiksi hiljaisen suostumuksen jäädessä muiden olosuhteiden tukea edellyttäväksi soveltamisalaltaan *suppeaksi poikkeukseksi*³⁰⁷. Näiden perustelujen tasolla ruotsalainen tunnusmerkkistö ei ole suuresti etäällä Suomeen ehdotetusta, tilanteesta erillisen suostumuksen merkityksen *lähtökohtaisesti* torjuvasta sääntelymallista. Tällainen toisilleen tuntemattomien ja vähintään seksuaalissävytteisesti keskenään kommunikoineiden osapuolten välille eron tekevä kaksoisstandardi käytännössä tekisi aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevasta todistelusta osapuolten välillä relevanttia. Tämä ei välttämättä johda entistä suurempaan uhrikeskeistymiseen, sillä vastaavan tarkastelun on katsottu kohdistuneen yhtä lailla syytetyn toimintaan³⁰⁸. Vaikka tasa-arvonäkökulmasta kehitys ei siten välttämättä ole huolestuttava, vaan pikemminkin huomio on keskittynyt syytetyn toimintaan ja käsityksiin,³⁰⁹ viittaa esitutinnan ja tuomioistuinharkinnan keskittyminen (aiemmankin) kanssakäymisen yksityiskohtiin intiimipiiriä koskevan todistelun uuteen tulemiseen, seksuaalinen historia

³⁰⁵ Brå 2020:6, s. 60, 70.

³⁰⁶ Ks. Gustafsson Yakoub 2020, s. 110.

³⁰⁷ Ks. Prop. 2017/1: 177, s. 80; Lagrådet, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-01-23, s. 4; NJA 2019 s. 668, kohta 15; Brå 2020:6, s. 36.

³⁰⁸ Brå 2020:6, s. 70, 91.

³⁰⁹ Ks. Brå 2020:6, s. 78.

mukaan lukien.

7 Lopuksi

7.1 Yhteenveto

Nimenomaisen todistuskiellon puuttuessa seksuaalisen historian sallittavuus näyttönä tulee suomalaisessa todistusoikeudessa tarkasteltavaksi asiaankuuluvuuteen kiinnittyneiden OK 17:8:n 1 ja 2 kohtien valossa. Relevanssikynnyksen mataluudesta johtuu, että seksuaalista historiaa koskeva todistelu jää tämän epäamissäännöksen ulkopuolelle, jos sillä on vähäinenkin kyky edes aputosiseikkana todistaa suostumuksen (epä)todennäköisyydestä tai osapuolen kertomuksen (epä)uskottavuudesta. Vallitseva näkemys on, ettei yksin aiemman seksuaalisen kanssakäymisen perusteella tällaisia johtopäätöksiä voida lainkaan tehdä. Siksi asianomistajan aiempaa seksuaalista kanssakäymistä koskeva todistelu tarkoituksin osoittaa yleisellä tasolla asianomistajan epäluotettavuutta tai promiskuiteettia on torjuttava epäamisperusteisiin nojautuen näyttönä, joka on selvästi kelvotonta todistamaan väitetystä teemasta ja jolta näin ilmeisesti puuttuu edellytetty näyttöarvo. Vielä selvemmin asiaan vaikuttamatonta seikkaa koskevana hylättävää on yksin asianomistajaa vahingoittamaan tarkoitettu näyttö, jonka oikeuttamiseksi ei pyritä osoittamaan edes tällaista puutteellista todistusketjua. Seksuaalinen aktiivisuus tai osapuolten suhde ei oikeudellisesti arvioituna myöskään ole itsessään lieventävä seikka tunnusmerkistön valinnassa tai rangaistuksen mittaamisessa taikka seksuaaliseen itsehillintään perustuvassa ajatusmallissa perusta rikosoikeudellisesti relevanttia myötävaikutusta. Tällöin oikeudenkäymiskaaren epäamisperusteet asianomistajan oikeussuojan ja laintasoisena voimaan saatetun Istanbulin sopimuksen valossa tulkittuna velvoittavat tuomioistuinta rajoittamaan intiimipiiriin kohdistuvaa todistelua, kunhan syytetyn puolustautumisoikeudet kokonaisuutena toteutuvat.

Jos puolustus sen sijaan pystyy asiallisesti perustelemaan tietyn sisältöisen seksuaalisen käyttäytymisen esittämistarkoituksen, eivät epäamisperusteet voine ainakaan kategorisesti soveltua, ja vapaan todistelun peruseriaate sekä vaatimus oikeudenkäynnin kontradiktorisuudesta puoltavat todistelun sallimista. Näin on erityisesti, jos näyttöä tarvitaan kumoamaan *prima facie* suostumuksen epäuskottavuuteen viittaava näyttö tai kokemussääntö. Samoin luottamus- ja läheissuhteessa tapahtuvien tekojen erityisen rikosoikeudellisen moitittavuuden vuoksi osapuolten suhteen luonnetta voi olla tarpeen sallia selvitettävän. Mahdollisena on ulkomaisessa rikosprosessioikeudessa hyväksytyjen empiirisloogisten päättelyketjujen valossa tapauskohtaisesti pidettävä myös vähäisiä positiivisia johtopäätöksiä asianosaisten suhteen luonteen tai seksuaalisen käyttäytymisen erityispiirteiden vaikutuksesta.

Tällainen näyttö ei lähtökohtaisesti *riitä* osoittamaan suostumusta, mutta se voi vähäisissä määrin tehdä sen olemassaolosta todennäköisempää näyttämällä osapuolten käyttäytymisen toisessa valossa kuin se ilman kontekstietoisuutta ilmenisi ja perustaa näin oman oikeudellisen relevanssinsa. Tämä olosuhteita valottava merkitys korostuu painopisteen siirtyessä enenevissä määrin siihen, mitä osapuolten välillä on tullut vapaaehtoisuuden osalta ilmaistuksi.

7.2 Johtopäätökset

Verrattuna erityisesti Common Law -järjestelmissä käytyyn monipolviseen ja paikoin kiivaaseenkin keskusteluun, suomalaisen todistusoikeuden piirissä vallitsee onnellinen tietämättömyys seksuaalisen historian monista kasvoista. Aihepiiri on oikeusdogmaattisella tasolla totuttu lakaisemaan maton alle oikeudellisen vaikuttamattomuuden ja myyttiperusteisuuden varjolla. Tällainen lähestymistapa ei kuitenkaan horjumatta kestä lähempää tarkastelua, eikä asianomistajan seksuaalisella historialla todistelua voida poikkeuksetta samaistaa nojautumiseen asianomistajaa syylistäviin tai uhriuttaviin yleistyksiin, vaikka näillä onkin huomattava määrä yhteistä rajapintaa. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden todistusoikeudellisen ilmentymän paradoksina on, ettei olettaa suostumuksesta voida millään pätevällä tavalla näyttää kokemussäännöillä toteen ja että huomattavia vaikeuksia kohdistuu edes vähäisen näyttöarvon antamiseen henkilön tavalle valita tietynlainen seksuaalinen kanssakäyminen, kun näistä kuitenkin katsotaan voitavan tehdä relevantteja oletuksia syytettyä vastaan. Niin kauan, kuin suostumusta arvioidaan tuomioistuimissa tietyn heteronormatiivisen normaalin läpi ja poikkeavuutta voidaan pitää suostumuksen todennäköisyyttä heikentävänä seikkana, on tarpeen sallia ”normaalista” poikkeavaa aiempaa seksuaalista käyttäytymistä koskevaa näyttöä. Etukäteen ei ole aina ilmeistä, missä määrin kanssakäymisen piirteillä on vaikutusta kokonaisarviointissa, mutta koska ne voivat vaikuttaa paitsi nimenomaisesti myös alitajuntaisesti, ei poikkeuksetta voida edellyttää, että tavanomaisesta poikkeavaan luonteeseen olisi ensin kantajapuolelta vedottu.

Ratkaisevaa merkitystä on siten väitetyllä todistussuhteen muodolla, sillä vallitseva käsitys seksuaalisesta itsemääräämisoikeudesta ja suostumuksen tapauskohtaisuudesta hylkää mahdollisuuden loogisen tai kausaalisen yhteyden esiintymisestä aiemman suostumuksen ja kyseisen sukupuoliyhteyden vapaaehtoisuuden todennäköisyyden välillä. Suomalaisessa todistusteoreettisessa systematiikassa tätä vastannee tulkintana se, ettei aiempi suostumus lähtökohtaisesti ole relevantti *todistustositseikka*, kun todistusteemana on asianomistajan suostumus. Erityisesti pohdittaessa vaihtoehtoisten hypoteesien uskottavuutta ja suostumuksen

mahdollisuutta, keskeiseksi todisteeksi voi kuitenkin yleistasoisten kokemussääntöjen torjumisen myötä nousta *aputosiseikkana* se, että jokin yleisen elämäkokemuksen valossa absurdilta vaikuttava seikka näyttäytyy asianomistajan seksuaalisen historian valossa mahdollisena. Seksuaalista historiaa koskevan todistelun todistusvoima voi hyvin jäädä suostumuksen tapauskohtaisuuden vuoksi usein kapea-alaiseksi ja rajoittua todistussuhteen muodostuessaakin pääasiallisesti tekemään syytetyn esittämästä narratiivista *uskottavamman*. Tämä ei silti sellaisenaan estä kyseistä todistelua saamasta merkitystä, joka voi syytetyn väitteen muutoin jäädessä osin epäuskottavaksi loukata EIS 6 artiklaa ja syytetyn oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, mikäli epäämisperustetta seksuaalirikoksen asianomistajan oikeussuojaan vedoten sovelletaan pääsääntöä laiveammin.

Oikeus esittää haluamansa näyttö ei osana EIS:n takaamaa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ole ydinalueensa ulkopuolella ehdoton vaan tasapainotettavissa asianomistajan oikeuksien kanssa. Asianomistajan oikeuksien ja niihin kytkeytyvien kansainvälisoikeudellisten velvoitteiden muodostamaa taustaa vasten perusteltuna ei voida pitää seksuaalista historiaa koskevan todistelun sallimista matalalla kynnyksellä jokaisessa tilanteessa, jossa etäistä aputosiseikastason kytkentää voidaan pitää mahdollisen. Perustavanlaatuisena lähtökohtana oikeudenkäynnissä on silti keskeisten prosessiperiaatteiden ja ihmisoikeusvelvoitteiden toteuttamiseksi syytetyn mahdollisuus osallistua aktiivisena ja tasavertaisena osapuolena oikeudenkäyntiin. Tämä vaatimus tasapuolisuudesta on otettava huomioon paitsi niissä tilanteissa, joissa syyttäjä tai asianomistaja itse esittää todistelua seksuaalisesta historiasta tai kertomuksensa osana viittaa siihen, myös silloin, kun syytetyn kertomuksen vartenotettavuus muusta syystä on riippuvainen asianomistajan aiemmasta toiminnasta. Kategorista kielteistä suhtautumista onkin varottava.

OK 17 luvun yleisen hyödyntämiskiellon yhteydessä esitetyistä punnintaperusteista voitaneen varauksella saada johdatusta arvotettavista seikoista punnittaessa sitä, milloin tietty menettely yksittäistapauksessa loukkaa asianomistajan oikeussuojaa puolustuksen oikeuksien rajoittamisen mahdollistavalla tavalla. Merkitystä olisi asian laadulla, menettelyn oikeudenloukkauksen vakavuudella, luotettavuusvaikutuksella, todisteen merkityksellä asian ratkaisemisella³¹⁰ ja yksityiselämän kontekstissa erityisesti sillä, kohdistuuko loukkaus ”yksityiselämän tai kotirauhan suojan ydinalueeseen” ja onko loukkaus yksityishenkilöiden

³¹⁰ OK 17:25.3 (732/2015).

välinen³¹¹. Seksuaalirikoksissa asian laatu sekä korostaa asianomistajan hienotunteisen kohtelemisen tarvetta että syytteen vakavuuden myötä totuustavoitteen ja syytetyn oikeuksien täysimääräistä toteuttamista. Vaikka todistelun kohdistuminen yksityiselämän ydinsisältöön puoltaa pidättäytyväistä suhtautumista, loiventaa puuttumisvelvoitetta loukkauksen horisontaalinen luonne. Lopulta ratkaisevaksi jäänee todisteen tosiasiallinen kyky osoittaa jotain rikosvastuun edellytyksistä. Tämä puolestaan edellyttää tuomioistuimelta herkkyyttä myyttien tunnistamiseen ja torjumiseen ja toisaalta valmiutta tiedostaa ne tilanteet, joissa seksuaalisuuteen liittyviä yleistyksiä sovelletaan syytteen tueksi tavalla, joka voi edellyttää kokemussääntöjen kriittistä tarkastelua kaikkien – myös intiimien – olosuhteiden valossa.

Nimenomaiset todistuskiellot eivät tarjoa tässä oikotietä onneen, sillä lakiteknisiin ratkaisuihin perustuneet rape shield -järjestelmät eivät ole poistaneet perusongelmaa eivätkä kitkeneet ennakkokäsityksiin ja yleistyksiin perustuvia asenteita lainkäytöstä. Niiden uudistustoimet ovat myös järjestäen painottaneet oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta yli asianomistajan yhdenvertaisuuden ja yksityisyyden suojan.³¹² Myyteillä argumentoinnissa kysymys on lopulta asenteista ja yhteiskunnallisista ajatusmalleista, jotka eivät korjaannu yksin rikosprosessin puitteissa. Hyöty, joka on saavutettavissa rikosoikeusjärjestelmän keinoin, kohdistuu vain pieneen osaan laajempaa sosiaalista ajattelutapaa, josta raiskaukset yhteiskunnallisena ilmiönä kumpuavat³¹³. Muutoksen on lähdettävä prosessin ulkopuolelta, ja tässä kehityksessä raiskauksen käsittäminen enenevissä määrin sekä sosiaalisesti että juridisesti tilanne- ja kumppanikohtaisen vapaaehtoisuuden puutteena voi olla merkittävä askel. Kunnes syvään juurtunut asennoitumistapa ”oikeaan” raiskaukseen ja ”oikeanlaiseen” uhriin muuttuu, jää kuitenkin rikosoikeusjärjestelmän toimijoiden vastuulle tapauskohtaisesti soveltaa niitä yleispäteviä työkaluja, jotka oikeudenkäymiskaari tarjoaa, tavalla, joka torjuu epäasiallista kohtelua molempien osapuolten oikeusturvaa ja aineellisen totuuden tavoitetta vaarantamatta.

³¹¹ THO 2017:6; HE 46/2014, s. 94; LaVM 19/2014.

³¹² McNabb – Baker 2021, s. 40.

³¹³ Asp 2014, s. 968; Sutorius – Diesen 2014, s. 133–137.