

Miten uuden seksuaalirikoslain vapaaehtoisuuskriteeriä tulisi tulkita?

HAKUSANAT: raiskaus, itsemääräämisoikeus, perusoikeudet, ihmisoikeudet, laintulkinta

1. Johdanto

Uusi seksuaalirikoslainsäädäntö tuli voimaan vuoden 2023 alusta. Lainmuutoksen on tarkoitus vahvistaa seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaa. Lain tuoma tärkein periaatteellinen muutos on aikuisiin kohdistuvien rikosten määritelmien muuttuminen suostumusperusteisiksi. Nykyään raiskaus on rikoslaisissa (39/1889, RL) määritelty sukupuolilyhteydeksi henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti (RL 20:1.1). Seksuaalinen kajoaminen (RL 20:3.1), joka korvasi rikosnimikkeenä pakottamisen seksuaaliseen tekoon, on määritelty vastaavasti, mutta se koskee muita seksuaalista itsemääräämisoikeutta olennaisesti loukkaavia seksuaalisia tekoja kuin sukupuolilyhteyttä. Osallistumisen vapaaehtoisuus on tarkemmin määritelty pykälien 2 momenteissa. Määritelmä kattaa aiemman lain mukaiset tekotavat: tekijä käyttää väkivaltaa tai uhkausta taikka hyväksikäyttää uhrin tiedottomuudesta, sairaudesta, vammaisuudesta, pelkotilasta tai muusta avuttomasta tilasta johtuvaa kyvyttömyyttä puolustautua tai muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Vapaaehtoisuuden määritelmä on kuitenkin näitä laajempi.

Artikkelin tutkimuskysymys ilmenee otsikosta: miten uuden seksuaalirikoslain vapaaehtoisuuskriteeriä tulisi tulkita? Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaamisen näkökulmasta olennaista on, millaisia tapauksia rikoslaki kattaisi tai ei edelleenkaan kattaisi. Kyse on siten lainopillisesta tarkastelusta, jossa haetaan lain rajoja. Näyttökysymyksiä en tarkastele. Johtopäätöksiin liittyy epävarmuutta muun muassa siksi, että vastausta tämentävää oikeuskäytäntöä ei vielä ole. Siksi tärkeä lakitekstiä ja esitöitä täydentävä tulkinnan lähde on seksuaalisen itsemääräämisoikeuden käsite itsessään. Oikeuskirjallisuudessa tulkintoja ovat ehtineet esittää *Minna Kimpimäki* lainsäädännön valmistelun kuluessa sekä *Timo Ojala* lopullisen sanamuodon vahvistumisen jälkeen.¹ *Minni Leskinen* on ennakoanut

* Otava Piha, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto. Kirjoittaja oli jäsenenä seksuaalirikoslainsäädännön uudistusta valmistelevassa työryhmässä 2019–2020 Amnesty Internationalin edustajana. Tutkimusta on rahoittanut Suomalainen Lakimiesyhdistys. Väitöskirjatutkimusta

uuden lainsäädännön keskeisiä kysymyksiä Ruotsin ja Saksan suostumusperusteisten lainsäädäntöratkaisujen valossa.²

Tutkimuskysymykseen vastaamisessa riittävää ei ole hahmottaa vapaaehtoisuuden selviä merkityksiä, seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ydinaluetta. Olennaista ja mielenkiintoisintakin on koetella lain rajoja, tutkia raja-alueita ja jopa spekuloida yllättävillä valloituksilla. Tähän tehtävään olen ottanut avuksi esimerkkejä vastaan tulleista oikeustapauksista, suomalaisesta ja kansainvälisestä oikeuskirjallisuudesta, mediassa esillä olleista tarinoista sekä omasta mielikuvi-
tuksestani.

Artikkelin ensimmäisessä osassa tarkastelen vapaaehtoisuuden ja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden määritelmiä. Toisessa osassa tutkin, miten vapaaehtoisuuden määritelmä mahdollisesti näyttäytyisi erilaisissa oikeusprosessiin päättyvissä tapauksissa. Keskityn sukupuoliyhteyden sisältäviin tekoihin.

2. Vapaaehtoisuus ja suostumus

Seksuaalirikoslainsäädännön muuttaminen suostumusperusteiseksi toteutettiin säätämällä, että raiskauksesta on tuomittava se, joka on sukupuoliyhteydessä sellaisen henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti (RL 20:1.1). Hallituksen esityksen mukaan henkilön osallistumista voidaan pitää vapaaehtoisena, kun hän on osallistunut siihen omasta valinnastaan, joka hänellä on ollut riittävä kyky ja vapaus tehdä.³ Kyse on siis henkilön valinnanmahdollisuudesta ja valinnan tekemisestä. Vapaaehtoisuutta ei kuitenkaan arvioida suoraan, vaan vapaaehtoisuuden puuttuminen on tyhjentävästi määritelty 2 momentissa:

Henkilön osallistumista sukupuoliyhteyteen ei ole pidettävä vapaaehtoisena, jos

- 1) hän ei ole sanallisesti, käytöksellään tai muulla tavalla ilmaissut osallistuvansa siihen vapaaehtoisesti;
- 2) hänet on pakotettu sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkauksella tai

ovat rahoittaneet Suomalainen Lakimiesyhdistys, Emil Aaltosen Säätiö, Suomalainen Konkordia-liitto sekä Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiö.

1. Minna Kimpimäki, Näyttö raiskausrikoksissa: vapaaehtoisesti vai vastoin tahtoa. Edilex 30/2020, s. 1–16 ja Timo Ojala, Seksuaalirikokset. 2., uudistettu laitos. Edita 2022.
2. Minni Leskinen, Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? – Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa. Lakimies 3–4/2020, s. 373–399 (2020a) ja Minni Leskinen, Vapaaehtoisuus seksuaaliseen kanssakäymiseen Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännön valossa. Defensor Legis 6/2020, s. 958–976 (2020b).
3. Hallituksen esitys eduskunnalle seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi 13/2022 vp, s. 98.

- 3) hän ei ole voinut muodostaa tai ilmaista tahtoaan tiedottomuutensa, sairautensa, vammaisuutensa, pelkotilansa, voimakkaan päihtymistilansa, heikentyneen tajunnantilansa, tilanteen äkillisyyden, erityisen valta-aseman vakavan väärinkäytön tai muun näihin rinnastettavan syyän vuoksi.

Mielenkiintoinen kysymys on, voidaanko vapaaehtoisuuden tulkinnassa nojata rikosoikeudelliseen loukatun suostumus -oppiin tai onko tämä edes tarpeellista. Lainvalmistelussa hylättiin sanalle ”suostumus” perustuva kirjoitustapa, sillä tähän sisältyi sekoittumisvaara suostumusopin kanssa.⁴ Jo se, ettei suostumusopin sisällöstä ole Suomessa yhteisymmärrystä, on ongelmallista. Lisäksi oikeushyvänsä haltijan suostumusta on yhtäältä hahmotettu tunnusmerkistön mukaisuuden poistavana tekijänä⁵, toisaalta oikeuttamisperusteena.⁶ Jälkimmäinen ajattelutapa ei sovellu seksuaalirikoksiin: ei olisi perusteltua pitää seksuaalista kanssakäymistä yleisesti ottaen rikoksena, joka ei kuitenkaan olisi rangaistava oikeuttamisperusteen nojalla. Selvää on, että kun seksuaalirikoslainsäädäntö on kirjoitettu suostumusperusteiseksi, suostumuksen on tarkoitus toimia tunnusmerkistön mukaisuuden poistavana tekijänä. Tämä on perusteltua siksikin, että suostuessaan seksuaaliseen kanssakäymiseen henkilö käyttää seksuaalista itsemääräämisoikeuttaan ja tällainen positiivinen seksuaalinen itsemääräämisoikeus on sekin oikeushyvä.⁷

Suostumusopissa suostumukselle on annettu tiettyjä edellytyksiä, jotta sitä voidaan pitää pätevänä. Yksi näistä on, että suostumus on annettu vapaaehtoisesti. Jo kielellisistä syistä on siis tarpeen pohtia vapaaehtoisuuden ja suostumuksen suhdetta. Suostumusopissa vapaaehtoisuuden poistavina tekijöinä pidetään yleisimmin väkivallan käyttöä, väkivallalla uhkaamista ja muunlaista uhkaamalla pakottamista.⁸ Suostumuksen edellytyksenä vapaaehtoisuus näyttäytyy siis pakon puuttumisena. Sen sijaan uudessa seksuaalirikoslaissa vapaaehtoisuutta on käytetty laajemmassa merkityksessä, mikä näkyy 2 momentin 1 ja 3 kohdassa. Laissa tarkoitettu vapaaehtoisuus on siten pikemminkin synonyymi itsemääräämisoikeuden käyttämiselle. Kuitenkaan itsemääräämisoikeuskaan ei kokonaisuudessaan tyhjenny vapaaehtoisuuteen, mikä näkyy esimerkiksi siinä, että osa rangaistavista sukupuoliyhteyksistä on kriminalisoitu seksuaalisina hy-

4. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 9/2020: Seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus. Työryhmän mietintö, s. 113.

5. Esim. Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma 2016, s. 283 ja Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. 3., uudistettu painos. Edita 2020, s. 241–243.

6. Esim. Vilja Hahto, Uhrin myötävaikutus ja rikoksentehtäjän vastuu. Edita 2004, s. 239.

7. Minttu Nieminen – Heikki Kallio – Matti Tolvanen, Seksuaalinen ahdistelu – itsemääräämisoikeus ja tahallisuus. Defensor Legis 2/2020, s. 149–167, 159.

8. Hahto 2004, s. 148; Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 243; Nieminen – Kallio – Tolvanen 2020, s. 160 ja Ojala 2022, s. 6, 97.

väksikäyttöinä (RL 20:5). Seksuaalirikosten yhteydessä sanaa ”suostumus” ovat käyttäneet esimerkiksi lakivaliokunta⁹ sekä Ojala. Tällaiset viittaukset lienee turvallisinta tulkita vapaaehtoisuuden synonyymeiksi, ellei niitä käytetä nimenomaisesti suostumusopin yhteydessä. Näin myös tässä artikkelissa. Sekä vapaaehtoisuudella että suostumuksella on siten ainakin kaksi relevanttia merkitystä. Se, mistä merkityksestä on kyse, on pääteltävä asiayhteydestä.

Myös Ruotsissa sekoittumisvaara suostumusoppiin johti vapaaehtoisuudelle perustuvan sääntelyn valitsemiseen. Siellä pohdinnassa olivat suostumukselle asetettavat edellytykset. Suostumusopin mukaan vain täysin informoitu suostumus poistaa oikeudenvastaisuuden. Seksuaalisessa kanssakäymisessä tällaista edellytystä ei pidetty perusteltuna, sillä esimerkiksi seksitaudin salaaminen voisi tällöin tehdä sukupuoliyhteydestä raiskauksen.¹⁰ On kuitenkin huomattava, että Ruotsissa suostumus oikeuttamisperusteena sisältyy lakitekstiin ja suostumusopin sisältö on siksi vakiintuneempi.

Lopullisessa hallituksen esityksessä ei oteta kantaa vapaaehtoisuuden ja loukatun suostumus -opin suhteeseen. Ojala viittaa suostumusoppiin muutamaaan otteeseen analysoidessaan vapaaehtoisuuden sisältöä ja seksuaalisen kanssakäymisen rangaistavuutta.¹¹ Tosin hieman epäselväksi jää, mitä osaa suostumusopista Ojala loppujen lopuksi pitää relevanttina seksuaalirikosten kannalta, ja suostumusoppi näyttyy pikemminkin täydentävänä lähteenä tulkinnalle. Voi myös olla, että ne suostumusopilliset kannanotot, joissa suostumusta pidetään tunnusmerkistön poistavana tekijänä, ovat relevantimpia kuin sellaiset kannanotot, joissa suostumusta pidetään oikeuttamisperusteena. Edelliset kannanotot voivat linkittyä vahvemmin muihin rikostunnusmerkistöihin, joihin sisältyy jonkinlainen suostumusperusteisuus – kuten kotirauhan rikkomiseen ”oikeudettomasti” tai moottorikulkuneuvon käyttövarkauteen ”luvattomasti” – ja siten olla parempia täydentäviä lähteitä myös seksuaalirikosten arvioinnissa.¹² Sikäli kuin vapaaehtoisuuden sisältö jää epäselväksi, voi suostumusoppi tarjota laintulkintaa täydentävän lähteen: se voi toimia myös eräänlaisena vastakohtaispäätelmän lähteenä, jossa arvioidaan, mitä osia suostumusopin sisällöstä on nimenomaan haluttu hylätä seksuaalirikosten yhteydessä.

9. LaVM 10/2022 vp (HE 13/2022 vp seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi), s. 8. Myös ruotsalaisessa lainvalmisteluaineistossa käytetään toisinaan sanaa ”suostumus” vapaaehtoisuuden apukäsitteenä. Ks. esim. Statens offentliga utredningar (SOU) 2016:60: Ett starkare skydd för den sexuella integriteten, s. 109 ja Regeringens proposition (Prop.) 2017/18:177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet, s. 131.

10. Prop. 2017/18:177, s. 30–31. Ks. myös Petter Asp, *Sex & Samtycke*. Iustus 2010, s. 159 ss. ja Linnea Wegerstad, *Är det straffbart att ta av kondomen utan samtycke? Rättsläget efter den svenska våldtäktsreformen 2018*. JFT 4–5/2021, s. 353–372, 364–365.

11. Ojala 2022, s. 6, 97, 124.

12. Ks. esim. Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 241–243.

2.1. Seksuaalinen itsemääräämisoikeus

Perusoikeusuudistuksen esitöiden mukaan itsemääräämisoikeutta on ”vapaus määrätä itsestään ja toimistaan”¹³ ja rikoslain esitöiden mukaan seksuaalista itsemääräämisoikeutta on ”oikeus itse päättää seksuaalisesta käyttäytymisestään” sillä edellytyksellä, ettei loukkaa toisen vastaavaa oikeutta.¹⁴ *Neuvonen* ja *Rautiainen* kuvaavat itsemääräämisoikeutta implisiittisenä perusoikeutena, joka ”koostuu useasta eksplisiittisestä perusoikeudesta tyhjentyttä sellaisenaan yhteenkään niistä”.¹⁵ Seksuaaliselle itsemääräämisoikeudelle tärkeitä eksplisiittisiä perus- ja ihmisoikeuksia ovat oikeudet henkilökohtaiseen vapauteen, henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja yksityiselämän suojaan. Oikeus henkilökohtaiseen vapauteen suojaa ”ihmisen fyysisen vapauden ohella myös hänen tahdonvapauttaan ja itsemääräämisoikeuttaan”. Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen sisältyy sekä psyykinen että fyysinen puoli, ja yksityiselämän suojaan kuuluu ”oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan”.¹⁶ Näitä oikeuksia ei ole mielekästä yrittää erottaa tarkkarajaisesti toisistaan. Niiden yhteisvaikutuksesta voidaan todeta, että seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen sisältyy sekä vapaa tahdonmuodostus että siitä seuraava toiminta: esimerkiksi väkivallalla voidaan joko estää fyysisesti uhrin toisintoimimismahdollisuus tai saada uhri alistumaan eli vaikuttaa tämän tahdonmuodostukseen.

Kansainväliset ihmisoikeusnormit ja kansainvälinen oikeuskäytäntö, erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapaus *M.C. v. Bulgaria*¹⁷ sekä niin sanottu Istanbulin sopimus, velvoittavat Suomea kriminalisoimaan ilman suostumusta tehdyt seksuaaliset teot. Henkilön on annettava suostumus ”vapaaehtoisesti vapaasta tahdostaan, joka arvioidaan kulloistenkin olosuhteiden mukaan”.¹⁸ Haavoittuvia ryhmiä tulisi suojata, mutta raiskauksen uhrien välille ei pidä rakentaa hierarkiaa uhrien ominaisuuksien perusteella. Esimerkiksi sairaiden ja vammaisten henkilöiden suoja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksilta ei saa olla heikompi kuin muiden.¹⁹ Vaikka ihmisoikeusnormit ovat liian yleisluontoisia, että niiden avulla voisi määrittää rangaistavuuden rajat, määräys

13. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 42.

14. HE 13/2022 vp, s. 96.

15. Riku Neuvonen – Pauli Rautiainen, Perusoikeuksien tunnistaminen ja niiden sisällön määrittäminen Suomen perusoikeusjärjestelmässä. *Lakimies* 1/2015, s. 28–53, 35.

16. HE 309/1993 vp, s. 46, 47, 53. Ks. myös HE 13/2022 vp, s. 96.

17. *M.C. v Bulgaria* 4.12.2003.

18. Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (Istanbulin sopimus), SopS 53/2015, 36 artikla.

19. Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, GREVIO Baseline Evaluation Report: Finland, GREVIO/Inf(2019)9, kappale 167.

kontekstiherkästä arvioinnista on olennainen erityisesti rangaistavuuden raja-alueilla.²⁰

Filosofiassa itsemääräämisoikeus tai autonomia (käytän näitä käsitteitä synonyymeinä) on perinteisesti käsitetty ”itsensä hallitsemiseksi” (self-governance), jossa keskeistä on ollut ihmisen mielen sisäinen toiminta, kuten arvojen muodostaminen taikka rationaalinen, harkitseva tai arvoherkkä päättely.²¹ Feministisen ja kriittisen tutkimuksen myötä on havahduttu siihen, ettei ihmisiä voi käsitellä perinteisin tavoin atomistisina olentoina vaan että heidän päätöksentekoaan ja käyttäytymistään on tarkasteltava suhteessa ympäristöön, joka väistämättä vaikuttaa heihin.²² Mikäli itsemääräämisoikeutta halutaan pitää suojeltavana oikeushyväenä, on luovuttava ajatuksesta, että se olisi jonkinlaista absoluuttista riippumattomuutta toisista. Sen sijaan autonomia on kontekstisidonnaista ja asteittaista. Lainsäätäjän ja erityisesti lainsoveltajan vaikeaksi tehtäväksi jää sen hahmottaminen, mikä on autonomian riittävä taso.

2.2. Itsemääräämisoikeuden käyttäminen: valinta ja sen ilmaisu

Vapaaehtoisuuden näkökulmasta pelkästään mahdollisuus valita ei tietenkään ole riittävää vaan henkilön on myös pitänyt käyttää tätä mahdollisuutta. Tämä sisältyy 1 kohdan vaatimukseen, että henkilön on tavalla tai toisella ilmaistava vapaaehtoisuutensa. Vastaaaja ei esimerkiksi voi vedota siihen, että toinen osapuoli olisi voinut kieltäytyä seksuaalisesta kanssakäymisestä. Laki rakentuu siis ”kyllä tarkoittaa kyllä” -mallin varaan, joka suojaa seksuaalista itsemääräämisoikeutta paremmin kuin ”ei tarkoittaa ei” -malli, jossa henkilön on osoitettava vastustuksensa.²³ Ensimmäinen malli sisältää jälkimmäisen, ja hallituksen esityksen mukaan ”vapaaehtoisuuden puuttumista osoittavat esimerkiksi sanallinen kieltäytyminen tai torjuvat eleet”. Raiskauksen kohteelta ei kuitenkaan edellytettäisi nimenomaista kieltäytymistä sukupuoliyhteydestä, fyysisistä tai sanallista vastustelua tai muuta puolustautumista. Pelkkä vastustelun päättymisen ei sekään

20. Ks. myös Minna Kimpimäki, Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta? *Lakimies* 6/2017, s. 789–812, 796–799; Dana-Sophia Valentiner, *The Human Right to Sexual Autonomy*. *German Law Journal* 22(5) 2021, s. 703–717.

21. Joseph J. Fischel – Hilary R. O’Connell, *Disabling Consent, or Reconstructing Sexual Autonomy*. *Columbia Journal of Gender and Law* 30(2) 2015, s. 428–526 ja Sarah Buss – Andrea Westlund, *Personal Autonomy* teoksessa Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2018. Metaphysics Research Lab, Stanford University 2018. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/personal-autonomy/> (vierailtu 20.4.2023).

22. Catriona Mackenzie – Natalie Stoljar, *Relational Autonomy*. Oxford University Press 2000; Jennifer Nedelsky, *Law’s Relations*. Oxford University Press 2011 ja Fischel – O’Connell 2015.

23. Ks. esim. Rona Torenz, *The Politics of Affirmative Consent: Considerations from a Gender and Sexuality Studies Perspective*. *German Law Journal* 22(5) 2021, s. 718–733.

osoita vapaaehtoisuutta.²⁴ Aiemminkaan raiskauksen kohteelta ei edellytetty itsensä vaarantamista, mutta kohteen oli kuitenkin selvästi osoitettava vastustavansa sukupuoliyhteyttä.²⁵

Vapaaehtoisuuden ilmaisu on oltava osapuolet ja olosuhteet huomioon ottaen riittävän selkeä. Hallituksen esityksessä painotetaan konteksti- ja tilannesidonnaista arviointia, sillä ”seksuaalielämä voi eri ihmisillä olla hyvinkin erilaista ja tapoja viestiä tahdostaan osallistua tai olla osallistumatta sukupuoliyhteyteen on hyvin monenlaisia”.²⁶ Toinen osapuoli ei kuitenkaan voi nojata perusteetomiin oletuksiin vapaaehtoisuudesta: ”Paljastava vaatetus ei osoita toisen tahtovan sukupuoliyhteyttä. Myöskään esimerkiksi epäselvä flirttailu, viettelevä tanssiminen, suuteleminen tai riisuminen eivät yksinään osoita toisen tahtovan sukupuoliyhteyttä.”²⁷ Tämäntyyppisiä seikkoja on tulkittava olosuhteiden ja osapuolten muun käyttäytymisen valossa. Lähtökohtana voitaneen pitää, että mitä tuntemattomampia osapuolet ovat toisilleen, sitä selkeämpää tahdonilmaisua voi edellyttää. Toisensa hyvin tuntevilla voi sen sijaan olla tapoja ilmaista vapaaehtoisuutta hyvinkin vaivihkaisesti.

Hallituksen esityksen mukaan vapaaehtoisuutta voisi ilmaista myös passiivisesti: ”Esimerkiksi yhden osapuolen edetessä yhdyntään toinen osapuoli voi olla passiivinen tai vähäeleinen, mutta osapuolten aikaisemman sanallisen tai sanattoman vuorovaikutuksen perusteella heillä voi olla yhteisymmärrys siitä, että sukupuoliyhteyden voi näin aloittaa.” Heti kuitenkin tarkennetaan, että pelkästään ”aikaisemmassa tilanteessa esitetyn myönteisen tahdonilmaisun tai aikaisemman sukupuoliyhteyden osapuolten kesken ei kuitenkaan voi lähtökohtaisesti katsoa tarkoittavan vapaaehtoisuutta osallistua myöhempänä ajankohtana tapahtuvaan sukupuoliyhteyteen”.²⁸ Jotta passiivisuus voisi ilmentää vapaaehtoisuutta, osapuolilla on siis oltava yhteisymmärrys passiivisuuden merkityksestä eli siitä, että sukupuoliyhteyden voi aloittaa, vaikka toinen olisi passiivinen. Pääsääntöisesti vapaaehtoisuutta on siten aktiivisesti – sanallisesti tai toiminnalla – ilmaista.²⁹ Lisäksi vapaaehtoisuuden ilmaisu ei ole ”voimassa” kovin pitkään³⁰ ja jos intiimi tilanne esimerkiksi keskeytyy, on vapaaehtoisuutta ilmaistava uudelleen. Kuitenkin 1 kohdan tunnusmerkistö jää täyttymättä passiivisen henkilön ollessa kyseessä silloin, kun osapuolet ovat aiemmin sopineet tai muutoin ilmaisseet passiivisuuden merkitsevän suostumista sukupuoliyhteyteen. Todennäköisesti osapuolet tuntevat toisensa hyvin ja ovat keskustelleet mieltymyksistään ja passiivisuuden merkityksestä. Tällä tavoin tulkittuna tilanteiden, joissa aktiivisen

24. HE 13/2022 vp, s. 99.

25. HE 6/1997 vp, s. 172.

26. HE 13/2022 vp, s. 99.

27. HE 13/2022 vp, s. 100.

28. HE 13/2022 vp, s. 99–100.

29. Ks. myös Ojala 2022, s. 100.

30. Ks. esim. Hahto 2004, s. 248.

tahdonilmaisun puutteesta huolimatta 1 kohdan tunnusmerkistö jäisi täytty-mättä, voidaan olettaa olevan hyvin harvinaisia rikosprosessissa.

Nähdäkseni hallituksen esityksestä edellä lainatuissa jaksoissa tarkoitetaan tilanteita, joissa toinen osapuoli on ollut huomattavan passiivinen sukupuoli-yhteyteen välittömästi johtaneiden tapahtumien kuluessa sekä sukupuoliyh-teyden alkamisen hetkellä. Kyse on tapauksista, joita olisi pääsääntöisesti pi-dettävä ilman vapaaehtoisuutta tapahtuvina. Kuitenkin tällaisissa tapauksissa vapaaehtoisuutta voisi ilmaista passiivisesti, jos passiivisesta kanssakäymisestä on yhteisymmärrys: esimerkiksi jos osapuolet sopivat etukäteen seksin aloittami-sesta toisen nukkuessa. Kyse on siten poikkeuksista pääsääntöön, jonka mukaan vapaaehtoisuutta on ilmaista aktiivisesti sukupuoliyhteyden aloittamiseen vä-littömästi liittyvässä tilanteessa.

Oma lukunsa ovat tapaukset, joissa henkilö on ollut aktiivinen välittömästi ennen sukupuoliyhteyttä esimerkiksi riisumisessa, hyväilyissä ja asteittain intiimimmiksi muuttuvissa seksuaalisissa teoissa mutta on passiivinen sukupuoliyhteyden suhteen.³¹ Näissä tilanteissa on nähdäkseni kyse pikemminkin siitä, voidaanko välittömästi edeltävää seksuaalista käyttäytymistä pitää vapaaehtoi-suuden ilmaisuna sukupuoliyhteyteen, kuin siitä, voidaanko passiivisuutta pitää vapaaehtoisuuden ilmaisuna. Esimerkiksi Ruotsissa, missä raiskaus on myös määritelty vapaaehtoisuuden puutteen kautta, tapaukset ovat olleet helpommin tulkittavissa vapaaehtoisuuden puuttumista osoittaviksi silloin, kun osapuolten välillä ei ole ollut edeltävää intiimiä kanssakäymistä.³² Tapauksiin on voinut myös liittyä painostamista ja epäselviä tai ristiriitaisia tahdonilmaisuja.³³ Tällaisten tapausten arviointiin hallituksen esitys ei anna selkeitä vastauksia, vaan kyse on kontekstisidonnaisesta arvioinnista, jossa merkitystä on myös sillä, millaisia ennakkoehtoja vapaaehtoisuuden ilmaisemiselle asetetaan.

2.3. Valinnan tekemisen ennakkoehdot

Olenainen kysymys on, milloin ”kyllä” tarkoittaa ”kyllä”. Pelkän suostumuk-sen sijaan saatetaankin puhua pätevistä suostumuksesta, kun kysytään, missä olosuhteissa seksuaalinen kanssakäyminen on rangaistavaa näennäisestä suos-tumuksen ilmaisusta huolimatta.³⁴ Hallituksen esityksessä annettu vapaaeh-

31. Kiitän arvioijaa tällaisen mahdollisuuden esiin tuomisesta.

32. Kimpimäki 2020, s. 10–14 ja Brottsförebyggande rådet (Brå), Rapport 6/2020: Den nya samtyckeslagen i praktiken. En uppföljning av 2018 års förändringar, s. 43–44.

33. Esim. Brå 2020, s. 46–47, 49–52.

34. Tämä näkyy erityisen selvästi englanninkielisessä kirjallisuudessa, jossa käytetään käsitettä valid consent. Ks. esim. Victoria Brooks – Jack Clayton Thompson, Dude Looks Like a Lady: Gender Deception, Consent and Ethics. *Journal of Criminal Law* 83(4) 2019, s. 258–271, 258. Suomessa käsitettä giltigt samtycke on käyttänyt Daniela Alaattinoğlu artikkelissaan När en

toisuuden määritelmä vastaa tähän esittämällä, että kyky ja vapaus valita ovat vapaaehtoisuuden ennakkoehtoja. Lakitekstissä tätä toteutetaan käytännössä 2 ja 3 kohdassa. Kohtia 2 ja 3 on siis tulkittava niin, että niiden kuvaamissa olosuhteissa raiskauksen tunnusmerkistö täyttyy mahdollisesta vapaaehtoisuuden ilmaisusta huolimatta.³⁵ Muutenhan nämä kohdat olisivat tarpeettomia, sillä tunnusmerkistö täyttyisi jo sillä perusteella, ettei vapaaehtoisuutta ole ilmaistu.

Kohdassa 2 kielletään väkivallan tai uhkauksen käyttö toisen pakottamiseksi eli siinä suojataan henkilön vapautta, suppeasti ymmärrettynä. Kohta 2 vastaa asiallisesti aiemmin voimassa olleen lain 20:1:n 1 momenttia sekä 3 momentin toista virkettä. Näiden osalta vakiintunutta tulkintakäytäntöä ei ole ollut tarkoitus muuttaa, enkä siksi käsittele niitä tarkemmin.³⁶

Momentin 3 kohta on monimutkaisempi. Vanhassa laissa vastaava sanamuoto viittasi henkilön ”kykenemättömyyteen” muodostaa tai ilmaista tahtonsa tai puolustaa itseään. Uudessa laissa viitataan sen sijaan siihen, että henkilö ”ei ole voinut” muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Hallituksen esityksen mukaan uusi ilmaisu on edellistä yleisempi ja ”kattaisi kaikki säännöksessä viitatu tilanteet, joissa henkilöllä ei ole kykyä, tilaisuutta tai muusta syystä kohtuullista mahdollisuutta muodostaa tai ilmaista tahtoaan”.³⁷ Vapaaehtoisuuden ennakkoehtoina voidaan siten pitää vapauden ja kyvyn lisäksi myös tilaisuutta ja muutenkin mahdollisuutta valita.

Autonomiaan kontekstisidonnaisena suhtautuvat kirjoittajat pitävät usein myös kyvykkyyttä dynaamisena, tilanteen ja ihmissuhteen mukaan vaihtelevana ominaisuutena ja kritisoiivat ajatusta tyhjiössä tarkasteltavasta individualistisesta kyvykkyydestä.³⁸ Itse miellän kyvykkyyden henkilöön liitettävänä ominaisuutena, vaikka se voikin vaihdella. Esimerkiksi nukkuvalla henkilöllä ei ole kykyä muodostaa tai ilmaista tahtoaan, vaikka hereillä ollessaan samalla henkilöllä olisi täysi kyky näin tehdä. Kyvykkyyks ei tässä kuitenkaan vaihtelee sen mukaan, kenen kanssa henkilö on tekemisissä, vaan henkilön neurologisen tilan mukaan. Sen sijaan vapaus, tilaisuus ja muuten mahdollisuus viittaavat ennemminkin henkilöiden väliseen vuorovaikutukseen ja sen vaikutukseen tahdonmuodostukseen ja -ilmaisuun. Voitaisiin tietysti määritellä, että myös kyvykkyyks olisi relationaalisesti vaihteleva ominaisuus. Voitaisiin esimerkiksi ajatella, että lievästi kehitys-

paragraf i strafflagen blir föremål för stor samhällelig debatt. JFT 2/2020, s. 275–282, 280. Ruotsissa komiteamietinnössä SOU 2016:60 (s. 14) puhutaan suostumuksen hyväksymisestä tai pätevyyydestä. Ks. myös Leskinen 2020b, av. 6.

35. Näin myös Ojala 2022, s. 100.

36. HE 13/2022 vp, s. 101. Väkivalta- ja uhkaustunnusmerkistöjen soveltamisesta ks. esim. Minna Kimpimäki, Sukupuolilyhteys lapsen kanssa – raiskaus vai ei? Lakimies 6/2018, s. 677–697, 680–681, 686–688 ja Ojala 2022, s. 102–117.

37. HE 13/2022 vp, s. 55. Korostus lisätty.

38. Kyvykkyyks (capacity/capability) saattaa jopa näyttäytyä autonomian synonyyminä. Ks. erit. Fischel – O’Connell 2015, s. 469.

vammaisella voi olla kyky tehdä relevantteja valintoja silloin, kun toinen ihminen on tietyissä relaatioissa tai toimii tietyllä tavalla suhteessa häneen. Lievästi kehitysvammaisen voi esimerkiksi olla vaikeaa sanoa ”ei” varsinkin henkilölle, joka on hänelle tärkeä, mutta hän kykenee ilmaisemaan kieltäytymistä silloin, kun asiaa kysytään häneltä neutraalisti, vaihtoehtoja tarjoten. Mielestäni on kuitenkin perustellumpaa – vaikkakin varsin teoreettista – erottaa relationaalinen ulottuvuus omaan tarkasteluunsa, jotta voidaan tarkastella nimenomaan muiden roolia henkilön tahdonmuodostuksessa.³⁹ Tällöin esimerkin kehitysvammaisella henkilöllä on kyky ilmaista kieltäytymistä, mutta tämän kyvyn käyttämiseksi toisen henkilön on luotava myös tietynlainen mahdollisuus siihen. Jos asia esitetään tarjoamalla vain yksi vaihtoehto, johon kehitysvammaisen on joko suostuttava tai josta kieltäydyttävä (esimerkiksi ”Haluatko seksiä?”), hänen tosiasiallista mahdollisuuttaan valita on rajoitettu.

Tilaisuuteen vapaaehtoisuuden ehtona viittaa lakitekstissä tunnusmerkistö, jonka mukaan henkilö ei ole voinut muodostaa ja ilmaista tahtoaan tilanteen äkillisyyden vuoksi. Tällä tarkoitetaan tilanteita, joissa sukupuoliyhteys aloitetaan nopeasti, esimerkiksi silloin, kun henkilö on valmiiksi alaston tai vähäpukeinen.⁴⁰ Tämä kohta on päällekkäinen 1 kohdan kanssa sikäli, että äkillisessä tilanteessa henkilö tuskin on ilmaissut vapaaehtoisuuttaan. Ojala on esittänyt, että äkillisyyskriteeri soveltuisi myös silloin, kun osapuolten välillä on ollut seksuaalissävyytteistä viestintää, johon nähden sukupuoliyhteyden toteuttaminen on kuitenkin yllättävää.⁴¹

Tulkintaa siitä, milloin toisella on ollut mahdollisuus muodostaa ja ilmaista tahtonsa, vaikeuttaa lainsäädännön näennäinen ristiriita: pelkkää ilmaisemista, kuten aktiivisuutta, ei voida pitää osoituksena siitä, että henkilö on ”voinut muodostaa ja ilmaista tahtonsa”. Mistä tahdonmuodostus- ja tahdonilmaisumahdollisuuden olemassaolo tai puuttuminen silloin voidaan päätellä? Esimerkiksi Ojala kytkee 3 kohdan soveltamisen henkilön passiivisuuteen: voimakkaasti päihtynyt tai heikentyneessä tajunnantilassa oleva ei olisi vapaaehtoinen, jos hän on passiivinen. Sen sijaan vapaaehtoisuus voitaisiin päätellä aktiivisuudesta.⁴² Tällöin 3 kohta ei kuitenkaan toisi lisäarvoa 1 kohtaan nähden. Nähdäkseni 3 kohdassa on kyse ensinnäkin siitä, että tahdon voi pätevästi ilmaista vain, jos se on ensin pätevästi muodostettu. Esimerkiksi voimakas päihtymys tai heikentyneet tajunnantila häiritsee tahdonmuodostusta. Näin ollen voimakkaasti päihtyneen

39. Esimerkiksi neurologiseen determinismiin viitaten voitaisiin esittää, että lievästi kehitysvammaisen ei ole neurologisesti mahdollista kieltäytyä hänelle tärkeän henkilön ehdotuksesta. Neurologista determinismia oikeustieteessä edustaa esim. Michael S. Moore, *Mechanical Choices: The Responsibility of the Human Machine*. Oxford University Press 2020.

40. HE 13/2022 vp, s. 104.

41. Ojala 2022, s. 131.

42. Ojala 2022, s. 121–122, 126. On mahdollista, että Ojala ymmärtää aktiivisuuden toisin kuin minä ja pitää esimerkiksi ”tahdotonta” toimintaa passiivisena, vaikka se toimintaa onkin.

tai puoliuudessa olevan tahdonilmaisujakaan ei voida pitää pätevinä. Toiseksi voi olla kyse siitä, ettei henkilö voi toisen osapuolen takia vapaasti ilmaista tahtoaan, vaikka olisi sen voinut muodostaa. Tämä tilanne voisi olla käsillä, kun toinen väärinkäyttää valta-asemaansa tai muutoin antaa ymmärtää, että vain yhdenlainen vastaus on mahdollinen. Olennaista on siis kontekstiherkkä arviointi 3 kohdassa lueteltujen olosuhteiden olemassaolosta.

Suostumusopissa on käsitelty kysymystä siitä, millaista ymmärrystä pätevä suostumus edellyttää. Seksuaalirikosten osalta voidaan kysyä, millaista ymmärrystä 3 kohdassa tarkoitettu tahdonmuodostus edellyttää. Hallituksen esityksessä ei oteta kysymykseen selvästi kantaa. Ojala esittää, että päihtynyt henkilö voisi muodostaa ja antaa pätevän suostumuksen sukupuoliyhteyteen, vaikka hän ei voisi ”suostumusopin tarkoittamalla tavalla ymmärtää suostumuksensa merkitystä ja sisältöä”⁴³ Ojalan näkemyksen mukaan päihtyneen henkilön ymmärrys voisi siis olla alhaisempi kuin mitä pätevältä suostumukselta suostumusopissa edellytetään ilman, että raiskauksen tunnusmerkistö täyttyisi. Se taas liittyy oikeuttamisperusteena toimivan suostumusopin ja tunnusmerkistön mukaisuuden poistavan vapaaehtoisuuskaavan eroavuuksiin. Ojala ei kuitenkaan ehdota, että pätevän ymmärtämisen raja esimerkiksi kehitysvammaisilla henkilöillä olisi muita alempana. *Korkka-Knuts, Helenius ja Frände* eivät tee eroa fyysisen väkivaltaan suostumisen ja seksuaaliseen kanssakäymiseen suostumisen välillä. He pitävät tunnusmerkistön mukaisuuden poistavan suostumuksen ehtona sitä, että suostumuksen antaja ymmärtää, mitä ”odotettavissa oleva oikeushyvä loukkaus merkitsee”⁴⁴ Koska itsemääräämisoikeuteen sisältyy olennaisena osana myös tahdonmuodostus, pidän jälkimmäistä näkemystä seksuaalisen kanssakäymisen arviointiin paremmin sopivana.

Erityisen valta-aseman vakava väärinkäyttö raiskauksen tekotapana on uusi. Aiemmin valta-aseman väärinkäyttö (ilman väkivaltaa, uhkausta tai avuttoman tilan hyväksikäyttöä) voitiin tuomita vain seksuaalisena hyväksikäyttönä ja silloinkin vain rajallisesti.⁴⁵ Uuden lain mukaan vakavimmat tapaukset kuuluisivat raiskauksen soveltamisalaan ja muut tapaukset tuomittaisiin edelleen seksuaalisina hyväksikäyttönä. Rajanveto on pidetty epäselvänä, ja se selkiytynee vasta oikeuskäytännön myötä. Hallituksen esityksen mukaan erityinen valta-asema tarkoittaa henkistä yllätystä tai muuta valtaa vaikuttaa toisen etuun tai asemaan ja sen tulisi olla merkitykseltään erityisen suuri. Merkittävyttä on arvioitava elämän perusedellytysten, kuten toimeentulon, työsuhteen, asumisen, tervey-

43. Ojala 2022, s. 124.

44. Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 241–243. Kirjoittajat eivät tietenkään ole voineet arvioida uuden seksuaalirikoslain merkitystä, mutta heidän näkemyksensä koskee myös niitä rikoksia, joiden tunnusmerkistöön jo aiemmin eksplisiittisesti sisältyi suostumusta tarkoittavia tunnusmerkistötekijöitä, kuten ”oikeudettomasti” tai ”luvattomasti”.

45. Ks. Otava Piha, Seksuaalinen hyväksikäyttö – seksuaalisen autonomian lisäsuojaa vai harhakuvaa? *Defensor Legis* 1/2022, s. 18–39.

den, hengellisten tai muiden keskeisten tarpeiden tai perusvapauksien, kannalta. Valta-aseman ei tarvitse olla muodollinen. Tällainen valta-asema voi muodostua lyhytkestoisessakin tilanteessa, esimerkiksi lääkärintarkastuksen yhteydessä.⁴⁶ Erityisyyskriteeri ei siis viittaa poikkeuksellisuuteen vaan valta-aseman vahvuuteen.

Raiskauksen soveltamisalaan kuuluisi vain tällaisen valta-aseman vakava väärinkäyttö. ”Pelkkä” erityisen valta-aseman väärinkäyttö olisi sen sijaan rangaistavaa seksuaalisena hyväksikäyttönä. Lisäksi raiskauksen soveltamisalaan kuuluisivat vain tapaukset, joissa henkilö ei ole väärinkäytön vuoksi voinut lainkaan muodostaa tai ilmaista tahtoaan, kun taas seksuaalisessa hyväksikäytössä riittää, että henkilön mahdollisuus muodostaa tai ilmaista tahtoaan on heikentynyt väärinkäytön vuoksi. Säännöksessä lienee tarkoitettu, että jälkimmäinen kriteeri muodostaa mittarin ensimmäiselle: väärinkäyttö on siis vakavaa, jos se kokonaan poistaa henkilön mahdollisuuden muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Jos väärinkäyttö sen sijaan vain heikentää tätä mahdollisuutta, kyseessä olisi ”pelkkä” väärinkäyttö.⁴⁷

3. Rajatapauksia ja villejä kortteja

Miten uuden tunnusmerkistön tulkinta näkyisi käytännössä ja millaisiin tapauksiin sekään ei soveltuisi? Leskinen on systematisoinut Ruotsin ja Saksan oikeuskäytännön ongelmat kolmeen kokonaisuuteen, joista ensimmäinen on vapaaehtoisuuden ilmeneminen uhrin toiminnassa ja toinen olosuhteet, joissa vapaaehtoisuus ei voi toteutua.⁴⁸ Käytännössä kyse on siis siitä, mikä voidaan tulkita vapaaehtoisuuden ilmaisuksi, ja siitä, milloin osallistumista ei voida pitää vapaaehtoisena tällaisesta ilmaisusta huolimatta. Kun otetaan huomioon, että uusi raiskauspykälä noudattaa tätä systematiikkaa, ei liene yllättävää, että nämä ovat ne kysymykset, joihin oikeuskäytännössä on vastattava ja jotka siten aiheuttavat myös rajanvetoja. Olen nostanut tähän osioon esimerkkejä oikeustapauksista⁴⁹, oikeuskirjallisuudesta sekä mediassa esillä olleista tarinoista. Tarkoitus ei tällä kertaa ollut löytää tyypillisiä tapauksia vaan mahdollisia rajatapauksia

46. HE 13/2022 vp, s. 104.

47. Ks. HE 13/2022 vp, s. 104–105, 114–115.

48. Leskinen 2020b, s. 959. Kolmas kokonaisuus on tekijän tahallisuus.

49. Käytössäni on ollut tutkimuslupien nojalla käräjäoikeuksien tuomioita, syyttäjän päätöksiä sekä poliisin ei rikosta -päätöksiä vuosilta 2016–2017. Myös korkeimman oikeuden ennakkoratkaisut olivat tietysti käytössäni. Ulkomaisia tapauksia tarkastelin lähinnä oikeuskirjallisuuden välityksellä.

tai suorastaan villedä kortteja, joiden kautta uuden lain vapaaehtoisuuskriteerin sisältöä ja rajoja voisi spekuloida. Kyse ei tietenkään ole tyhjentyvästä otoksesta.

3.1. Päihtyneiden ja puoliuunisten mahdollisuus muodostaa ja ilmaista tahtonsa

Vuonna 2014 postinjakaja oli kohdannut asuintalon ulkopuolella päihtyneen naisen, jonka hän oli päästänyt sisään rappuun. Postinjakaja oli palannut töihinsä ja jonkin ajan kuluttua kohdannut naisen uudelleen. He olivat jutelleet, minkä jälkeen he olivat olleet sukupuoliyhteydessä. Postinjakajan mukaan nainen oli ollut aloitteellinen. Nainen ei muistanut tapahtumia.⁵⁰

Yllä käsitteillä 3 kohtaan liittyvää teoreettista ongelmaa: säännöksen pitäisi voida soveltua myös silloin, kun henkilö on 1 kohdan mukaisesti ilmaissut vapaaehtoisuutta. Jo tällä perusteella pitäisi hylätä Ojalan esitys, että rajana voisi pitää toisen aktiivisuutta. Aktiivisuuden vapaaehtoisuuden merkinä liittyy myös empiirinen ongelma. Päihteet voivat vaikuttaa henkilön kognitiivisiin toimintoihin ja motorisiin toimintoihin erivahvaisesti. Esimerkiksi postinjakajatapauksessa todistaja X oli havainnut, että asianomistaja ”B:n kyky suulliseen kommunikointiin on ollut huomiota herättävän huono” mutta ”B:n kyky liikkua on ollut melko normaali niin, että X:lle on jäänyt kuva sekavuudesta”.⁵¹ Sen takia ei ole perusteltua tehdä johtopäätöksiä kognitiivisista kyvyistä motoriikan perusteella, kuten nykykäytännössä usein tehdään. Tähän nähden tapauksessa huomautettu seikka, että B on ”jossakin vaiheessa ennen kello kahdeksaa kyennyt tekemään täysin rationaalisen päätöksen kävelemisestä joidenkin kilometrien päähän vanhempiansa luokse ja myös toteuttamaan päätöksensä”⁵², on alkuosaltaan hyväksyttävämpi kuin loppuosaltaan. Toisaalta B:n päätös vanhempiansa luo menemisestä on syntynyt pari tuntia sukupuoliyhteyden toteutumisen jälkeen, joten sekään ei selvästi osoita B:llä olleen mahdollisuus päätöksentekoon sukupuoliyhteyden toteutuessa.

Toisaalta pelkkää estojen löystymistä ei voida pitää neurologisena seurauksena, jonka myötä henkilö ei voi muodostaa tahtoaan.⁵³ Vapaaehtoisen päihtymyksen ei pitäisi poistaa potentiaalisen asianomistajan vastuuta valinnoistaan. Näiden valintojen on kuitenkin synnyttävä autonomisesti, eikä aktiivisuus saa olla seurausta esimerkiksi siitä, että päihtynyt henkilö noudattaa toisen osapuol-

50. KKO 2019:78.

51. KKO 2019:78, kohta 25.

52. KKO 2019:78, kohta 25.

53. HE 13/2022 vp, s. 103.

len ohjeita ja ohjaamista tahdottomasti eli sen vuoksi, ettei päihtymykseltään pysty kieltäytymään.

Lisäämällä 3 kohtaan erillinen maininta voimakkaasta päihtymystilasta on haluttu tehdä sukupuoliyhteys voimakkaasti päihtyneen kanssa aiempaa selvemmin rangaistavaksi. Kohtia 1 ja 3 voitaisiin myös lukea yhdessä ottaen huomioon uuden lain tarkoitus seksuaalisen itsemääräämisoikeuden vahvistamisesta niin, että voimakkaasti päihtyneen kanssa sukupuoliyhteyteen ryhtyvällä on erityinen velvollisuus varmistua vapaaehtoisuuden olemassaolosta.⁵⁴ Laissa on kuitenkin lähdetty myös siitä, ettei sanallista tai muutoin määrämuotoista suostumusta edellytetä. Laissa ei ole myöskään asetettu varsinaista huolellisuusvelvoitetta esimerkiksi tuottamuksellisen raiskauksen kriminalisoinnilla. Esimerkiksi sanallista varmistamista ei myöskään voi pitää edellytyksenä tilanteessa, jossa pelkkää suostumuksen ilmausta ei sellaisenaan edes voi pitää vapaaehtoisuutta osoittavana tekijänä. Erityisesti silloin, jos voimakkaasti päihtynyt henkilö on aloitteellinen ja mahdollisesti jopa sanallisesti pyytänyt toista sukupuoliyhteyteen, olisi erikoista velvoittaa toinen osapuoli vielä erikseen varmistumaan vapaaehtoisuudesta, sillä tämä voisi käytännössä tarkoittaa toisen vastuuttamista voimakkaasti päihtyneen käyttäytymisestä.⁵⁵

Miten siis olisi perusteltua arvioida voimakkaasti päihtyneen osallistumista sukupuoliyhteyteen? Kysymykseen ei liene yksinkertaista vastausta. Ehdotan, että merkitystä voisi pelkän (heikon) aktiivisuuden sijaan antaa päihtyneen aloitteellisuudelle ja innokkuudelle (selkeälle aktiivisuudelle). Vaikka kumpikaan näistä kriteereistä ei sinänsä aukottomasti osoita, että päihtynyt on kyennyt ymmärtämään sukupuoliyhteyteen ryhtymisen merkityksen ja muutenkin lain edellyttämällä tavalla muodostamaan ja ilmaisemaan tahtonsa, on aloitteellisuus tai innokkuus kuitenkin sellaista ulkoisesti havaittavissa olevaa käyttäytymistä, jonka nojalla toisen osapuolen ei voida edellyttää havaitsevan mahdollista vapaaehtoisuuden puutetta. Sikäli kuin postinjakajan kertomus B:n aloitteellisuudesta pitää paikkansa (muuta todistelua ei B:n muistinmenetyksen vuoksi ollut), raiskauksen tunnusmerkistö jäisi vastaavassa tapauksessa täyttymättä myös uuden lain nojalla.

Vuonna 2018 Ruotsissa mies sopi sosiaalisessa mediassa menevänsä naisen luo yöksi. Nainen oli ennen tapaamista ilmoittanut, ettei halua seksiä. Mies saapui yöllä ja meni nukkumaan sänkyyn, jossa nainen oli jo nukkumassa, eri peiton alle. Nainen oli puukeutunut vain alushousuihin. Mies oli ensin kosketellut asianomistajaa ja sitten ollut tämän kanssa sukupuoliyhteydessä. Oli riidatonta, että nainen oli ollut passiivinen

54. Kiitän arvioijaa tästä huomiosta.

55. Oma kysymyksensä on myös, miten erityinen varmistuminen toimisi tilanteessa, jossa molemmat osapuolet ovat voimakkaasti päihtyneitä. Onko molempien silloin erityisesti varmistuttava toisen vapaaehtoisuudesta, ja miten sen voisi käytännössä toteuttaa tavalla, joka toisi lisätietoa toisen suhtautumisesta suhteessa jo annettuihin ilmaisuihin?

Miten uuden seksuaalirikoslain vapaaehtoisuusriteeriä tulisi tulkita?

sukupuoliyhteyden aikana, mutta epäselväksi jäi, oliko hän kääntynyt miestä kohti ja osallistunut alushousujensa riisumiseen.

Tässä ensimmäisessä Ruotsin korkeimman oikeuden käsittelemässä uuden lain aikaisessa tapauksessa tekijä tuomittiin vain tuottamuksellisesta raiskauksesta (oaktsam våldtäkt). Vastaajan tulkinta tilanteesta ja asianomistajan liikehdinnästä sekä vastaajan suhtautuminen näihin eivät yltäneet Ruotsin lain edellyttämälle tahallisuuden tasolle. Sen sijaan vastaaja oli havainnut riskin asianomistajan vapaaehtoisuuden puuttumisesta mutta suhtautunut tähän riskiin välinpitämättömästi.⁵⁶ Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisua voi siis tulkita niin, että vastaaja on voinut mieltää asianomistajan liikehdinnän uudeksi ilmaisuksi vapaaehtoisuudesta siitä huolimatta, että tämä on aiemmin sanallisesti ja selvästi ilmoittanut, ettei halua seksiä. Ruotsin lain mukaan vastaaja ei kuitenkaan olisi saanut tehdä päätelmäänsä näin yksioikoisesti vaan hänen olisi pitänyt pyrkiä varmistumaan asianomistajan vapaaehtoisuudesta.

Suomessa aivan vastaavaa tulkintatilannetta ei synny siksi, että tahallisuuden määritelmä ja kynnys ovat täällä erilaiset. Kysymys siitä, miten sukupuoliyhteyden kohteen liikehdintää on tulkittava, on kuitenkin olennainen täälläkin. Oikeuskäytännössä on useita tapauksia, joissa yhdessä nukkumaan menneistä henkilöistä toinen aloittaa hyväilyn ja etenee sukupuoliyhteyteen. Hyväilyn ja sukupuoliyhteyden kohde saattaa reagoida mumisemalla, äännelemällä, painautumalla toista vasten tai kiihottumalla ja helpottaa sukupuoliyhteyden toteuttamista nostamalla itseään tai avaamalla jalkansa. Aloitteellinen osapuoli ei kuitenkaan ole välttämättä pyrkinyt varmistumaan edes siitä, että toisen silmät ovat auki.

Nukkuva tai nukahtamassa oleva henkilö voi äännellä tai liikkua – olla siis aktiivinen – ymmärtämättä, mitä tekee. On tietysti mahdollista katsoa, että tekoja ja muminoita ei voida pitää riittävän selvinä vapaaehtoisuuden ilmaisuina, jolloin myös 1 kohdan tunnusmerkistö täyttyy. Liikkeistä ja ääntelystä riippuen tästä voinee kuitenkin jäädä varteenotettava epäily. Tällöin on tarpeen soveltaa 3 kohdan tunnusmerkistöä tiedottomasta tai heikentyneessä tajunnantilassa olevasta henkilöstä. Olennaista on, että 3 kohta soveltuu myös silloin, kun asianomistaja ei ole ollut täysin passiivinen. Vaikka tahallisuutta arvioidaankin subjektiivisesti, on tuomioistuimen syytä arvioida kriittisesti vastaajan mahdollista väitettä siitä, että luuli asianomistajan muminoiden ja liikehdinnän perusteella tämän olevan hereillä. Tuomioistuimen tulisi pysähtyä arvioimaan vastaajan väitettä erityisesti, jos osapuolet kertovat, että tarkoituksena oli mennä nukkumaan tai että vastaaja ei voinut nähdä asianomistajan kasvoja ja mahdollista

56. NJA 2019, s. 668. Tapauksesta ovat Suomessa kirjoittaneet ainakin Kimpimäki 2020, s. 13–14 ja Leskinen 2020a, s. 393–394.

unitilaa tai heikentyntä tajunnantilaa, koska huoneessa oli pimeää tai koska sukupuoliyhteys tapahtui takaapäin.

3.2. Ehdollinen suostumus ja seksuaalinen petos

Vuonna 2010 kaksi ruotsalaisnaista teki rikosilmoitukset tunnettua tietovuotajaa vastaan. Naisten kertomusten mukaan tietovuotaja oli naisten tietämättä riisunut itseltään kondomin ja ollut heidän kanssaan suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä, mihin he eivät olleet suostuneet.

Uusi laki ei ota nimenomaisesti kantaa seksuaaliseen kanssakäymiseen suosivan erehdykseen tai erehdyttämiseen, mutta hallituksen esityksen mukaan tilanteessa, jossa seksuaalisen kanssakäymisen osapuoli ilmaisee tälle kanssakäymiselle joitain rajoja, näiden noudattamatta jättäminen voisi tilanteesta riippuen täyttää raiskauksen, seksuaalisen kajoamisen tai terveyden vaarantuessa tai vahingoittuessa rikoslain 21 luvussa säädetyn rikoksen tunnusmerkistön. Raiskauksena tuomitseminen edellyttäisi sitä, että henkilöltä ”puuttuu vapaaehtoisuus osallistua minkäänlaiseen sukupuoliyhteyteen”. Kondomin käytön lisäksi rajojen asettaminen voi koskea muutakin ehkäisyvälinettä tai sukupuoliyhteyden toteuttamistapaa muuten.⁵⁷

Selvää on, että vapaaehtoisena alkanut sukupuoliyhteys voi muuttua raiskaukseksi, jos osapuoli ilmoittaa, ettei haluakaan jatkaa.⁵⁸ Petostapauksissa henkilöllä ei kuitenkaan välttämättä ole teoriassakaan mahdollisuutta arvioida kieltäytymisen tarvetta, jos hän ei tiedä esimerkiksi kondomin poisottamisesta. Vaikka tällainen mahdollisuus olisikin, ei kieltäytymistä ole itsemääräämisoikeuden kannalta perusteltua vaatia, jos rajoja kanssakäymiselle on jo ilmaistu etukäteen. Lisäksi tuossa tilanteessa sukupuoliyhteys, johon toinen ei ole halunnut osallistua, on mahdollisesti jo täyttynyt, jolloin on arvioitava täyttyneen teon rangaistavuutta. Kyse on siten siitä, missä tilanteissa ennen sukupuoliyhteyden alkamista annettu ehdollinen vapaaehtoisuuden ilmaisu voi vaikuttaa toteutetun sukupuoliyhteyden rangaistavuuteen.

Kondomin riisumistapauksia (engl. *stealththing*) tai muuta valehtelemista ehkäisystä hahmotetaan usein erehdyttämisen ja tiedonsaannin kautta. Rikosoikeudelliseen suostumusoppiin kuuluu pätevän suostumuksen edellytyksenä tyypillisesti, että suostumuksen antajalla on riittävän kattava ja totuutta vastaava tieto siitä, mihin hän on suostumassa.⁵⁹ Vaatimus ilmoittaa kaikenlaiset sukupuoliyhteyden suostumiseen vaikuttavat asiointilat ei kuitenkaan ole realistinen

57. HE 13/2022 vp, s. 100–101.

58. HE 13/2022 vp, s. 100.

59. Hahto 2004, s. 248 ja Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 243.

tai välttämättä toivottavakaan, minkä vuoksi Ruotsissa haluttiin tehdä ero seksuaalirikosten sääntelyn ja suostumusopin välillä. Tällaista vaatimusta voitaisiin käyttää esimerkiksi transsukupuolisia syrjivällä taikka seksitautia sairastavia stigmatisoivalla tavalla.⁶⁰ Suostumusoppia ei tältä osin ole perusteltua soveltaa seksuaaliseen kanssakäymiseen Suomessakaan, sillä näin laajakantoisen ehdon tulisi selkeästi ilmetä lain sanamuodosta. Suostumuksen tiedolliseen ulottuvuuteen liittyvät ehdot toimivat kohtuullisemmin silloin, kun suostumus toimii oikeuttamisperusteena tekoon, joka on sinänsä sellaisenaan rangaistava, kuten toisen terveyden vahingoittaminen. Erehdyttäminen taas esiintyy rikoslaissa nimenomaisena tunnusmerkistökiteijänä esimerkiksi kotirauhan rikkomisen (RL 24:1), petoksen (RL 36:1) ja velallisen petoksen (RL 39:2) tunnusmerkistöissä. Myös seksuaalisen kanssakäymisen ollessa kyseessä olisi siten perusteltua perustaa erehdyttämisen rangaistavuus nimenomaiseen mainintaan erehdyttämisestä tekotapana.

Hallituksen esityksen mukaan seksuaaliselle kanssakäymiselle asetettujen rajojen rikkominen, kuten ehkäisyvälineen käyttämättä jättämisen salaaminen, voi kuitenkin olla rangaistavaa, joten tällaiset tapaukset on tarpeen hahmottaa muulla tavoin kuin erehdyttämisen tai tiedonsaannin kautta. Kyse on pikemminkin ehdollisesta suostumuksesta ja eri teon toteuttamisesta kuin mihin on suostuttu.⁶¹ Selkeää vastausta siihen, milloin raiskauksen tunnusmerkistö täytyisi näissä tapauksissa, ei esitöistä saada. Ilmaisuu ”puuttuu vapaaehtoisuus osallistua minkäänlaiseen sukupuoliyhteyteen” viittaisi siihen, että henkilön toteuttaessa vaikkapa anaaliyhdyntään, kun toinen on selkeästi ilmaissut osallistuvansa vain emätinyhdyntään, teko ei olisi raiskauksena rangaistava ennen kuin toinen ilmaisee kieltäytymistä, sillä toinen on ilmaissut osallistuvansa jonkinlaiseen sukupuoliyhteyteen. Tämä tulkinta ei kuitenkaan vaikuta perustellulta, sillä siitä seuraavat rajanvedot olisivat seksuaalisen itsemääräämisoikeuden kannalta mielivaltaisia. Pitäisikö esimerkiksi suostumisen sukupuoliyhteyteen yhden henkilön kanssa merkitä suostumista sukupuoliyhteyteen myös toisen henkilön kanssa, kunnes sukupuoliyhteydestä kieltäydytään? Tällainen ajatus sotii selvästi seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaamista vastaan. Rangaistavuus myöskin aktualisoituisi vasta, jos kumppanin aloittaessa vääränlaista sukupuoliyhteyttä toinen kieltäytyy osallistumasta minkäänlaiseen sukupuoliyhteyteen. Olisi mielivaltaista, jos ”en halua anaaliseksiä” olisi ilmaisuna vähemmän vaikutuksellinen kuin ”en haluakaan seksiä”. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden näkökulmasta molemmissa loukataan selkeästi ilmaistua tahtoa. Epäloogista olisi tietysti myös se, että rangaistavuus syntyisi tilanteessa, jossa henkilö on nimenomaan ilmaissut

60. Prop 2017/18:177, s. 79; Brooks – Thompson 2019 ja Wegerstad 2021, s. 365.

61. Wegerstad 2021, s. 365–368 ja Marie Kagrell, *Sexuella vilseledanden*, s. 171–210 teoksessa Andreas Anderberg – Dennis Martinsson – Erik Svensson (red.), *Teori och politik: Straffrätt i omvandling*. Iustus 2022.

kieltäytymistä kyseisen kaltaiseen sukupuoliyhteyteen (”en halua anaaliseksiä”), mutta ei silloin, jos asia ilmaistaan listaamalla, millaiseen sukupuoliyhteyteen on valmis (”haluan vain emätinyhdyntää”). Lain sanamuoto ei edellytä, että henkilöltä puuttuisi vapaaehtoisuus minkäänlaiseen sukupuoliyhteyteen, vaan sanamuotoa voidaan tulkita niin, että rangaistavuus syntyy, kun henkilöltä puuttuu vapaaehtoisuus siihen (sellaiseen) sukupuoliyhteyteen, jonka tekijä suorittaa.

Kyse on siis siitä, että vapaaehtoisuus yhteen tekoon ei ole sama asia kuin vapaaehtoisuus toiseen tekoon. Tämä on selvää, kun teot ovat hyvin erilaisia: esimerkiksi suostumus riisuutumiseen tai suutelemiseen ei merkitse suostumusta sukupuoliyhteyteen, vaikka nämäkin teot voivat olla luonteeltaan seksuaalisia. Kysymykseksi nousee, pidetäänkö esimerkiksi sukupuoliyhteyttä kondomin kanssa ja sukupuoliyhteyttä ilman kondomia samana vai eri tekona. Tässä arvioissa voidaan soveltaa erilaisia kriteerejä. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden käyttämisen kannalta olennaisia ovat ainakin fyysinen kosketus ja teosta suoraan aiheutuvat riskit.⁶² Sen sijaan muiden ehkäisyvälineiden tapauksessa eroa on teosta aiheutuva raskauden riskissä mutta ei seksitautien riskissä tai fyysisessä kosketuksessa. Anaalivydyntä toteuttamisessa, kun toinen on suostunut vain emätinyhdyntään, eroa on fyysisessä kosketuksessa mutta myös seksitautien tarttumisen riskissä. Eroja aiheuttaa tietysti myös se, toteutetaanko sukupuoliyhteys sormin, suulla, sukuelimellä vai esineellä. Jos sukupuoliyhteyden toteuttaa eri henkilö kuin se, jolle suostumus on annettu, ei kyse ole samasta teosta, koska yhden henkilön fyysinen kosketus ei ole sama asia kuin toisen henkilön fyysinen kosketus.

Hallituksen esityksen mukaan tapauskohtaisesti voisi soveltua myös seksuaalisen kajoamisen tunnusmerkistö. Kajoamissäännös soveltuu kuitenkin nimellisesti vain muihin tekoihin kuin sukupuoliyhteyksiin. Tapahtumien kuluista pitäisi siis löytää muu seksuaalinen teko kuin sukupuoliyhteys. Kondomin poisottaminen tai laittamatta jättäminen voitaisiin itsessään tulkita tällaiseksi seksuaaliseksi teoksi. Sen sijaan toteutettaessa anaalivydyntä henkilön kanssa, joka on suostunut vain emätinyhdyntään, ei tällaista erillistä tekoa voida helposti osoittaa, joten kajoamissäännöksen soveltaminen olisi vähintäänkin väkimmäistä. Johdonmukaisempaa olisi tulkita molemmat tapaukset ehdollisen suostumuksen tapauksiksi, joissa ilman vapaaehtoisuutta toteutettu teko on sukupuoliyhteys.

62. Vrt. Alexandra Brodsky, Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law* 32(2) 2017, s. 183–210 ja Wegerstad 2021, s. 362, 365. Brodsky ja Wegerstad yhdistävät riskiperusteen erehdyttämisdynamiikkaan eivätkä eri teko -lähestymistapaan. Nähdäkseni riski voi kuitenkin muodostaa yhden kriteerin tekojen erottamiseen toisistaan.

3.3. Ehdollisen suostumuksen ja motiivierehdyksen välissä

Vuonna 1985 kalifornialainen sairaalatyöntekijä soitti eräälle sairaalan potilaalle, esitteli itsensä lääkäriksi ja valehteli, että naisella on potentiaalisesti hengenvaarallinen tauti, joka voidaan parantaa joko 9.000 dollarin leikkauksella ja sitä seuraavalla kuuden viikon sairaalajaksolla, jota vakuutus ei kata, tai siten, että potilas on yhdynnässä nimettömän luovuttajan kanssa, johon on pistetty parantavaa seerumia. Jälkimmäisen hoidon kustannus olisi 4.500 dollaria. Nainen suostui, koska uskoi muuten kuolevansa. Mies hyväksyi ennakkomaksuksi 1.000 dollaria, koska nainen ei kyennyt maksamaan enempää.⁶³

Common law -maissa seksuaalinen petos on tyypillisesti kriminalisoitu rajallisesti: rikollista on valheellisesti esiintyä toisena, uhrin henkilökohtaisesti tuntemana henkilönä (”identtisten kaksosten tapaukset”) tai erehdyttää uhria teon luonteesta (lääkäri esimerkiksi sanoo tutkivansa potilaan peräsuolen kameralla mutta työntääkin sisään penikSENSÄ). Kalifornialaistapauksessa sairaalatyöntekijä tuomittiin taloudellisesta petoksesta mutta ei petoksella tehdystä raiskauksesta, koska uhri tiesi teon olevan seksuaalinen. Erehdys koski hänen suostumisensa syitä, motiivia. Motiivierehdyksellä tarkoitetaan sitä, että ”suostumuksen antaja on tekijän tietien erehtynyt niiden syiden olemassaolosta, joiden perusteella hän on suostumuksen antanut”.⁶⁴ Oikeuskäytännössä on esitetty, että laki sääntelee toisen erehdyttämistä tosiasioista (fraud in the factum) mutta ei motiivierehdyksestä (fraud in the inducement). Oikeuskirjallisuudessa nämä perustelut on kuitenkin osoitettu eri tavoin horjuviksi.⁶⁵ Kalifornialaistapauksen yhteydessä voidaan hyvällä syyllä kysyä, eikö kyse ollut nimenomaan teon luonteeseen liittyvästä erehdyttämisestä. Potilaan näkökulmasta kyse oli lääketieteellisestä toimenpiteestä, vaikka hän tiesikin, että ”toimenpiteeseen” sisältyi sukupuoliyhteys. ”Toimenpiteen” lääketieteellisen arvon puuttuminen oli mitä suurimmassa määrin todistettavissa oleva tosiasia.

On epäselvää, soveltuisiko vastaavaan tapaukseen uuden lain 1 kohta, sillä nainen on selvästi ilmaissut suostumuksensa sukupuoliyhteyteen. Toisaalta voidaan ajatella, että nainen on suostunut ehdoin, että kyseessä on todellinen lääketieteellinen toimenpide, josta ei ollut kyse. Mikäli tapauksessa ajateltaisiin siis olevan kyse ehdollisesta suostumuksesta, 1 kohta soveltuisi. Tällöin saman ja eri teon erotteleviin kriteereihin olisi lisättävä teon luonne. Ilmaisuu ”teon luonne” on epämääräinen, joten sitä olisi syytä tulkita suppeasti. Kuitenkin kriteeri voisi soveltua myös muihin kuin lääketieteellisiin konteksteihin. Esimerkiksi sek-

63. Prop 2017/18:177, s. 79; Brooks – Thompson 2019 ja Wegerstad 2021, s. 365.

64. Hahto 2004, s. 248.

65. Jed Rubenfeld, The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy. *Yale Law Journal* 122(6) 2013, s. 1372–1443, 1398–1401.

suaalisena hyväksikäyttönä tuomitussa tapauksessa KKO 2014:17 kansanparantajana, jäsenkorjaajana ja kouluttajana toiminut mies oli suggestion avulla saanut asianomistajat seksuaalisiin tekoihin kanssaan. Mies oli asianomistajille kertonut seksuaalisten tekojen liittyvän kansanparannustaitojen opettamiseen ja oppimiseen, niiden ”herkistävän” asianomistajan taitojen oppimiselle.⁶⁶ Teon luonne -kriteeri voisi soveltua myös silloin, kun teko olisi perusteltu toisessa kontekstissa. Esimerkiksi gynekologilla voi olla lääketieteellinen syy työntää sormensa potilaan emättimeen, mutta jos gynekologi tekisi saman teon ilman lääketieteellistä syytä, voisi kyse olla vapaaehtoisuuden puuttumisesta tehtyyn tekoon.

Esimerkkeinä annettuihin tapauksiin voisi soveltua myös valta-aseman väärinkäyttöä koskeva tunnusmerkistö, jota käsittelen jäljempänä luvussa 3.5. Voidaan kysyä, onko toisen saaminen sukupuoliyhteyden teon luonteesta erehdyttämällä käytännössä mahdollista muutoin kuin valta-asemaa väärinkäyttäen, jolloin tapaukset tulisivat katetuiksi valta-asemaa koskevien säännösten nojalla eikä teon luonteeseen liittyvää kriteeriä tarvittaisi. Lienee kuitenkin mahdollista keksiä tilanne, johon ei liittyisi ainakaan lain edellyttämää erityistä valta-asemaa tai sen vakavaa väärinkäyttämistä – esimerkiksi jos tapauksen KKO 2014:17 kansanparantajan oppilas uskottelisi toiselle oppilaille sukupuoliyhteyden hänen kanssaan liittyvän kansanparannustaitojen harjoitteluun. Tästä syystä erehdyttämistä teon luonteesta on syytä pohtia myös valta-asemasta erillisenä kriteerinä, kuten olen tässä tehnyt.

Merkitystä ei pitäisi antaa sille, tuleeko sukupuoliyhteyden sovitusta toteuttamistavasta poikkeaminen uhrin tietoon jo sukupuoliyhteyden aikana vai vasta sen jälkeen, vaikka jälkimmäisessä tapauksessa uhrin suhtautuminen sukupuoliyhteyden muuttuu vasta jälkeensä. Hallituksen esityksen mukaan se, että ”henkilö jälkeensä katuu vapaaehtoista osallistumisestaan sukupuoliyhteyden tai hänen suhtautumisensa siihen muuttuu kielteiseksi vasta sukupuoliyhteyden jälkeen, ei tekisi siitä raiskausta”.⁶⁷ Edellä hahmoteltu seksuaalisen autonomian relationaalinen määritelmä ei edellytä, että päätös on järkevä tai pidemmällä tähtäimellä henkilön arvojen mukainen. Näin ollen autonomisestikin tehty päätös voi alkaa kaduttaa. Päätöksen on kuitenkin ensin oltava autonomisesti tehty eli vapaaehtoinen, kuten hallituksen esityksessäkin todetaan.

Silloin kun rajojen rikkominen tulee kohteen tietoon sukupuoliyhteyden aikana tai vasta sen jälkeen, on tunnusmerkistön täyttävä teko jo ehtinyt toteutua. Jos poikkeaminen taas tulee kohteen tietoon jo ennen sukupuoliyhteyden alkamista, on arvioitava, onko kohde tehnyt uuden tahdonilmaisun, jossa on luopunut asettamisestaan ehdoista. Jos henkilö aktiivisesti edistää sukupuoliyhteyden toteutumista, vaikka on huomannut, ettei tekijä ole laittanut itselleen kondomia,

66. KKO 2014:17, kohdat 14 ja 23 sekä käräjäoikeuden tuomion selostus, 10. kappale.

67. HE 13/2022 vp, s. 100.

tai on saanut tietää, ettei sukupuoliyhteydellä olekaan lääketieteellistä vaikutusta, voidaan tätä aktiivisuutta pitää uutena tahdonilmaisuna, jonka myötä 1 kohdan tunnusmerkistö ei täytykään. Sen sijaan pelkästään se, että antaa tällaisen sukupuoliyhteyden tapahtua, ei ole vapaaehtoisuuden ilmaisu.

3.4. Motiivierehdys ja seksuaalinen petos

Nainen ilmoittaa hakevansa tulevaa aviopuolisoa. Mies valehtelee naiselle olevansa sinkku ja lapseton, vaikka on todellisuudessa naimisissa ja perheellinen. He ovat sukupuoliyhteydessä.

Nainen tietää miehen olevan naimisissa, mutta mies vakuuttaa rakastavansa naista ja aikovansa jättää aviopuolisonsa voidakseen solmia avioliiton naisen kanssa. Todellisuudessa miehellä ei ole tällaista tarkoitusta.

Avioliitossa oleva nainen on sukupuoliyhteydessä satunnaistuttavan kanssa, vaikka avioliitossa on sovittu, ettei muita suhteita harrasteta. Nainen salaa syrjähyppynsä aviomieheltään ja on sen jälkeen sukupuoliyhteydessä tämän kanssa.

Yllä on käsitelty sukupuoliyhteyttä koskevia ehtoja ja esitetty, ettei vapaaehtoisuuden ilmaisua ole, jos toteutettu sukupuoliyhteys poikkeaa ehdosta. Entä jos ehto ei koske sukupuoliyhteyttä itseään? Sukupuoliyhteydelle asetetut ehdot voivat periaatteessa olla millaisia vain. Esimerkiksi vastikkeen saaminen tai toisen seksuaalinen uskollisuus voi olla ehto sukupuoliyhteydelle. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden käyttämiseen kuuluu oikeus kieltäytyä seksuaalisesta kanssakäymisestä mistä tahansa syystä. Esimerkkitapaukset kuvaavat tilanteita, joissa henkilöt ovat suostuneet sukupuoliyhteyteen mutta joissa he eivät olisi suostuneet, jos olisivat tienneet toisen osapuolen taustan tai tarkoituksen oikean laidan. Kyse ei ole enää siitä, että olisi suostuttu eri tekoon kuin mikä on toteutettu, vaan motiivierehdyksestä.

Pundik, Schnitzer ja Blum ovat esittäneet, että minkä tahansa ehdon rikkominen voisi tehdä sukupuoliyhteydestä raiskauksen, kunhan tämä ehto on tosiasiassa ollut niin merkityksellinen, ettei henkilö olisi suostunut sukupuoliyhteyteen ilman sen täyttymistä, ja tekijä on ollut tahallisuuden edellyttämällä tavalla ehdosta tietoinen. Kirjoittajat perustelevat ehdotustaan seksuaalisen autonomian suojaamisella.⁶⁸ Ehdotuksen hyväksymisellä olisi potentiaalisesti laajakantoiset seuraukset.

68. Amit Pundik – Shani Schnitzer – Binyamin Blum, Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex. *Criminal Justice Ethics* 41(2) 2022, s. 167–189.

Erehdyttäminen ja erehdyksen hyväksikäyttäminen kiistatta vaikuttavat päätöksenteon autonomisuuteen, tahdonmuodostuksen pätevyYTEEN, ja siten keskustelu siitä kuuluu osaksi sääntelyn kehittämistä. Seksuaalisen motiivi-erehdyksen rangaistavuutta ei kuitenkaan voi helposti perustella uuden lain nojalla. Kyse ei ole siitä, että toteutettaisiin eri teko kuin mihin on ilmaistu vapaaehtoisuutta, joten 1 kohdan säännös ei sovellu. Voisiko erehdyttäminen tai erehdyksen hyväksikäyttäminen kuitenkin olla 3 kohdassa tarkoitettu ”muu näihin rinnastettava syy”, jonka vuoksi henkilö ei voi muodostaa tai ilmaista tahdotaan? Täsmällisyys-, tarkkarajaisuus- ja ennakoitavuusperiaatteet vaativat, että 3 kohdan avointa tunnusmerkistöä sovelletaan rajoitetusti. Hallituksen esityksen mukaan tällainen syy voisi olla erityisen voimakas painostus, kun se aiheuttaa tilanteen, jossa toisella osapuolella ei ole mahdollisuutta tehdä valintaa sukupuoliyhteyteen osallistumisesta.⁶⁹ Erityisen voimakas painostus voi rinnastua läheisesti uhkauksen käyttämiseen, kun henkilö ei koe itsellään enää olevan todellisia vaihtoehtoja. Sen sijaan erehtymistilanteessa tällaista (koettujen) vaihtoehtojen rajoittumista ei ole. Toinen osapuoli voisi kieltäytyä sukupuoliyhteydestä ilman suoria kielteisiä seurauksia. Uuden lain perusteella sukupuoliyhteyteen liittyvä motiivierehdys ei siten ole vapaaehtoisuuden poistava tekijä.

Ruotsissa *Petter Asp* on peräänkuuluttanut huolellisia perusteluja, jos harhaanjohtaminen on rangaistavaa vain joskus.⁷⁰ Nähdäkseni tällainen huolellinen perustelu olisi liittynyt tekoon itseensä. Kun toteutettu sukupuoliyhteys eroaa luonteeltaan, fyysiseltä kosketukseltaan tai teosta aiheutuvien riskien osalta siitä, mihin henkilö on riittävän selvästi ilmaissut suostuvansa, raiskauksen 1 kohdan tunnusmerkistö täytyisi, sillä henkilö ei ole ilmaissut osallistuvansa kyseiseen sukupuoliyhteyteen vapaaehtoisesti. Tietysti tilanteesta riippuen rangaistavuus voisi perustua myös 2 tai 3 kohtaan. Jos harhaanjohtaminen sen sijaan koskee muuta kuin sukupuoliyhteyttä itseään, se ei olisi rangaistavaa.

3.5. Valta-aseman väärinkäyttö

Joulukuussa 2016 erään Saksassa olevan sairaalan ylilääkäri oli saman osaston hallinnollisen assistentin kanssa sukupuoliyhteydessä työpaikalla. Heillä oli jo aiemmin ollut useita sukupuoliyhteyksiä, joissa assistentti oli ollut aktiivinen ylilääkärin pyynnöstä. Syksyllä 2016 assistentti oli kuitenkin ilmoittanut, ettei halua enää jatkaa. Joulukuussa ylilääkäri pyysi assistentin kanssaan keittiöön, asettui, kuten aiemminkin, selkään suljettua ovea vasten ja pyysi sukupuoliyhteyttä. Assistentti kieltäytyi. Ylilääkäri yritti viedä assistentin kättä kohti sukuelintään, mutta tämä ei onnistunut, koska assistentti piti kätensä selkensä takana. Ylilääkäri otti peniksensä housuistaan ja vaati

69. HE 13/2022 vp, s. 105.

70. Asp 2010, s. 147–155.

uudelleen sukupuoliyhteyttä sekä sanoi, että kyseessä olisi viimeinen kerta. Lopulta assistentti otti peniksen hetkeksi suuhunsa.⁷¹

Saksalaistapaukseen ei saatu lopullista vastausta, sillä syyttäjä lopetti syytteen ajamisen, kun ylempi oikeusaste oli palauttanut jutun alempaan tuomioistuimeen. Oikeuskirjallisuudessa näkemykset eroavat. *Elisa Hoven* on katsonut, että assistentin lopulta ryhdyttyä aktiiviseksi hänen tahtotilansa oli ambivalentti eikä tunnusmerkkistö täyttynyt. Saksassa raiskauksesta tuomitaan se, joka on sukupuoliyhteydessä vastoin toisen osapuolen tunnistettavissa olevaa tahtoa. Sen sijaan *Tatjana Hörnle* on katsonut, että tapauksessa olisi tullut arvioida, oliko assistentin tunnistettavissa oleva vastentahtoisuus tullut tunnistettavalla tavalla muutetuksi. Tässä olisi tullut ottaa huomioon muun muassa assistentin alisteinen asema ylilääkäriin nähden, vaikka assistentti ei ollutkaan ylilääkärin suora alainen. Osapuolten kanssakäyminen ei myöskään ollut ollut sopuisaa, vaan ylilääkäri oli ollut käskevä ja assistentti torjuva.⁷²

Se, että assistentti oli lopulta se, joka toteutti sukupuoliyhteyden, ei estäisi ylilääkärin tuomitsemista Suomen lain mukaan, koska 3 kohta soveltuu myös silloin, kun asianomistaja on ollut aktiivinen. Tämäntapainen työpaikalla tapahtuva painostaminen sopisi luontevasti erityisen valta-aseman vakavaa väärinkäyttöä koskevan säännöksen soveltamisalaan.⁷³ Kun otetaan huomioon osapuolten kanssakäyminen, ei ylilääkärille ole voinut jäädä käsitystä, että assistentti olisi vapaasti muuttanut mielensä.

Myös edellä selostettuihin kalifornialais- ja kansanparantajatapauksiin voitaisiin luontevasti soveltaa säännöstä erityisen valta-aseman vakavasta väärinkäytöstä. Henkilö, joka luulee olevansa vakavasti sairas, lienee aina erityisen alisteisessa asemassa hoitohenkilökunnaksi luulemaansa henkilöön nähden, vaikka tämä luulo olisi perusteeton. Kalifornialaistapaus on valta-asetelmaltaan hyvin samantyyppinen kuin korkeimmassa oikeudessa käsitelty lääkäriin tekemää seksuaalista hyväksikäyttöä koskenut tapaus KKO 2011:1. Tapauksessa potilas oli tullut vastaanotolle syöpäepäilyn takia. Mieslääkäri oli muun muassa kourinut potilasta rinnoista ja imenyt tämän nänniä tavoilla, joille ei ollut ollut lääketieteellistä perustetta. Potilas oli suostunut tutkimustoimenpiteisiin, ja lääkäri oli pyytänyt ja saanut luvan nännin imemiseen. Korkein oikeus totesi, että potilas normaalisti kokee välttämättömäksi suostua myös vastenmielisiin toimenpiteisiin. Tiedollisen epätasa-arvon takia potilas tyypillisesti uskoo, että nämä ovat osa asianmukaista ja välttämätöntä tutkimusta.⁷⁴

71. Tapaus LG Bamberg, selostettu artikkelissa Leskinen 2020b, s. 962–963.

72. Leskinen 2020b, s. 964–965.

73. HE 13/2022 vp, s. 104.

74. Ks. erit. kohdat 10–11.

Alisteisessa asemassa olevalle väärä tieto on omiaan aiheuttamaan sen, ettei henkilö voi muodostaa ja siten myöskään ilmaista tahtoaan. Kansanparantajatapauksessa asianomistajilla oli ollut vahva halu ja jopa kokemus velvollisuudesta oppia kansanparannustaitoja, he olivat luottaneet miehen ihmekekyihin ja uskoneet, että mies kykenisi ottamaan opitut taidot pois. Yksi asianomistaja oli myös ollut riippuvainen miehen antamista hoidoista, jotka olivat hetkellisesti helpottaneet hänen kovia kipujaan. Korkeimman oikeuden mukaan mies oli ollut asianomistajiin nähden valta-asemassa, vaikka heidän toimeentulonsa ei ollutkaan miehestä riippuvaista.⁷⁵ Ojala on arvioinut, että korkeimmassa oikeudessa seksuaalisina hyväksikäyttöinä tuomittuihin tapauksiin soveltuisi nykyisin erityisen valta-aseman vakavan väärinkäytön tunnusmerkistö.⁷⁶ Valta-asemataapauksissa erehdyttämiseen perustuva tekotapa voi siten olla raiskauksena rangaistavaa, vaikka erehdyttäminen yleisesti ottaen ei sitä olisikaan.

3.6. Suostuttelu, painostus ja henkinen väkivalta

Marian puoliso oli suhteen alussa todellinen hurmuri. Pian yhteenmuuton jälkeen hänestä kuitenkin paljastui kontrolloiva puoli. Hän muun muassa pommitti Mariaa puheluillaan pitkin iltaa. Mies suuttui, jos Maria ei joskus väsyneenä halunnut seksiä. Silloin mies aloitti raastavan mykkäkoulun, jota jatkui päiväkausia – niin kauan, kunnes Maria ei enää kestänyt ja pyysi anteeksi. Oli hirvittävää, kun itselle rakas henkilö kohteli kuin ilmaa. Mies ei kuitenkaan käyttänyt fyysistä väkivaltaa tai uhkaillut Mariaa. Kun Maria lakkasi haluamasta seksiä ollenkaan, mies ehdotti seksuaaliterapiaa. Toisella terapiakäynnillä mies oli mukana ja hurmasi terapeutin. Terapeutti antoi tehtäväksi harrastaa seksiä kerran viikossa, jotta kummankaan ei tarvitsisi vongata tai pahoittaa mieltään. Sen jälkeen mies levitti joka sunnuntai kello yhdeksän patjan olohuoneen lattialle ja sanoi ”no niin”. Maria ei kieltäytynyt, koska tiesi, että siitä seuraisi mykkäkoulu. Vastoin tahtoaan Maria riisui vaatteensa, meni patjalle vatsalleen, sulki silmänsä, puristi kätensä nyrkkiin ja laski mielessään sadastanolla. Mies joutui käyttämään liukuvoidetta, jotta yhdyntä onnistui. Mies ei näyttänyt välittävän siitä, että Maria ei olisi halunnut seksiä.⁷⁷

Suostuttelu, painostus ja henkinen väkivalta muodostavat jatkumon toisen tahdonmuodostukseen vaikuttamisessa. Rajojen vetäminen siitä, milloin henkilöllä ei ole enää riittävää mahdollisuutta muodostaa tahtoaan, on vaikeaa. Kysymys

75. KKO 2014:17, kohdat 6, 9–10, 32, 34 sekä käräjäoikeuden tuomion selostus, 9. ja 11.–12. kappale.

76. Ojala 2022, s. 133–134.

77. Laura Savolainen, Maria ymmärsi terapiassa, että hänet käytännössä raiskattiin joka sunnuntai – vaikka seksuaalirikoslaki uudistuu, painostustapaukset jäävät silti pimentoon. Eeva 10.11.2022. <https://www.eeva.fi/jutut/maria-ymmarsi-terapiassa-etta-oli-joutunut-suhteessaan-raiskatuksi> (vierailtu 27.1.2023).

on myös siitä, mitä aikuisen ihmisen voidaan odottaa sietävän, ja ihmisten sietokynnys vaihtelee. Tällaisiin tapauksiin soveltuvat periaatteessa 3 kohdan pelkotilaa tai muuta rinnasteista syytä koskevat tunnusmerkit. Hallituksen esityksen mukaan pelkotila voi syntyä henkisen väkivallan seurauksena ja erityisen voimakas painostus voi olla laissa mainittu muu syy, jonka vuoksi henkilö ei voi muodostaa tai ilmaista tahtoaan.⁷⁸ Toisaalta vapaaehtoisuuden poistavasta pelkotilasta ei ole kyse, jos henkilö haluaa välttää ”jonkin vähäisemmän kielteisen seurauksen, esimerkiksi kiusallisen tilanteen, toisen murjottamisen tai sanaharkan”.⁷⁹

Marian tapauksessa miehen mykkäkoulu, murjottaminen, on olennainen osa kontrollia, jolla mies saa Marian murtumaan. Kontrollia pönkittää myös terapeutilta saatu ohje, josta Marian miestä ei periaatteessa voi vastuuttaa mutta jota hän kuitenkin käyttää hyväkseen Marian toiveista piittaamatta. Toisaalta Maria ei kuvaile olevansa peloissaan. Alistunut ihminen saattaakin olla pikemminkin uupunut tai turta. Voiko henkilö olla pelkotilassa, vaikka ei koe pelkoa? Pohjimmiltaan tätä täytynee pitää sanan normaalimerkityksen vastaisena. Marian tapausta olisi siis arvioitava sen kannalta, ovatko miehen kontrolli ja painostus sen laatuista, että ne muodostavat ”muun syy”, jonka vuoksi Maria ei voi muodostaa tai ilmaista tahtoaan.

Tapauskohmainen arviointi tulee painottumaan erityisesti henkistä väkivaltaa ja ylipäätään parisuhdeväkivaltaa sisältävissä tapauksissa. Vaikka toinen parisuhteen osapuolista käyttäisi väkivaltaa, se ei tee kaikkea väkivallan kokijan tekoja tai kaikkia parin sukupuoliyhteyksiä ei-vapaaehtoisiksi. Väkivallan kokijan saattaa kuitenkin olla vaikea sanoittaa ja osoittaa, mikä teki tietystä sukupuoliyhteydestä ei-vapaaehtoisen, kun toisessa tilanteessa hän oli vapaaehtoinen.⁸⁰ Tekijä taas voi vedota siihen, että hän ei ole voinut toisen toiminnasta päätellä, että tämä ei olisi vapaaehtoinen. Esimerkiksi Maria ei ole kieltäytynyt ja hän riisuutuu ja käy patjalle makaamaan itse. Toisaalta 3 kohta on nimenomaan tarkoitettu tilanteisiin, joissa vapaaehtoisuutta on näennäisesti ilmaistu.

Saksalaistapauksessa painostus yhdistyi tekijän valta-asemaan. Marian tapauksessa kyse on pidempiaikaisesta kontrollin ja manipuloinnin kokonaisuudesta. Sen sijaan painostus ilman tällaisia lisätekiä – esimerkiksi se, että samana iltana tavanneista henkilöistä toinen toistuvasti kärttää sukupuoliyhteyttä välittämättä kieltäytymisistä ja lopulta kohde taipuu – tuskin katsottaisiin tilanteeksi, jossa kohteella ei ole mahdollisuutta muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Esimerkiksi valinnanmahdollisuuksia rajoittavat teko-olosuhteet, kuten vapaudenriistoa lähentelevät olosuhteet, voisivat kuitenkin muuttaa arviota toiseen suuntaan.

78. HE 13/2022 vp, s. 103, 105.

79. HE 13/2022 vp, s. 104.

80. Näin myös Kimpimäki 2020, s. 15.

4. Lopuksi

Uusi seksuaalirikoslaki tuo raiskauksen soveltamisalan piiriin useita tekoja, jotka eivät aiemmin ole olleet raiskauksena rangaistavia. Vielä ei ole tiedossa, miten uutta vapaaehtoisuuskriteeriä tullaan tulkitsemaan käytännössä. Vapaaehtoisuuden määritelmä voidaan hahmottaa kaksiosaisena. Henkilön on ensinnäkin tehtävä osallistumista koskeva valinta. Toiseksi tämän valinnan ennakkoehtoja ovat riittävä kyky, vapaus, tilaisuus ja muutenkin mahdollisuus tehdä valinta. Seksuaalinen väkivalta voi loukata mitä tahansa näistä vapaaehtoisuuden osasista.

Uuden lain tulkinta tulee edellyttämään vaikeita rajanvetoja siitä, mikä voidaan tulkita vapaaehtoisuuden ilmaisuksi ja milloin osallistumista ei voida pitää vapaaehtoisena tällaisesta ilmaisusta huolimatta. Esimerkiksi passiivisuus vapaaehtoisuuden ilmaisuna tullee olemaan haastava kysymys. Olen esittänyt näkemyksenäni, että passiivisuutta tulisi pitää vapaaehtoisuuden ilmaisuna vain poikkeuksellisesti eli silloin, kun osapuolilla on viestintänsä perusteella yhteisymmärrys passiivisuuden merkityksestä. Myös painostamisen merkitystä henkilön mahdollisuudelle muodostaa tai ilmaista tahtoaan voi olla haastava tulkita, varsinkin jos siihen ei liity lisätekijöitä, kuten painostajan valta-asemaa tai pitkäaikaista henkistä väkivaltaa. Rajatapauksissa kontekstiherkkä arviointi tulee olemaan tarpeen.

Olen esittänyt myös, että mikäli toteutettu sukupuoliyhteys poikkeaa luonteeltaan, teosta suoraan aiheutuvilta riskeiltä tai fyysiseltä kosketukseltaan siitä, mihin henkilö on riittävän selvästi ilmaissut suostuvansa, ei henkilön voida katsoa ilmaisseen vapaaehtoisuutta tuohon sukupuoliyhteyteen. Kyse olisi kohteen ehdollisen suostumuksen vastaisesta toiminnasta silloin, kun nuo ehdot koskevat sukupuoliyhteyttä itseään. Tämä näkemys voidaan kuitenkin haastaa. Sen sijaan nykyisen lain perusteella vaikuttaa selvältä, että sukupuoliyhteyteen liittyvä motiivierhdys ei tee teosta rangaistavaa ainakaan raiskauksena.

Tahallisuus- ja näyttökysymyksiin en ole tilan puutteen vuoksi tässä artikkelissa ottanut kantaa. Ne ovat kuitenkin epäilemättä tärkeä tutkimuskohde tulevaisuudessa, sillä myös ne vaikuttavat seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojan tosiasialliseen kattavuuteen.

How should the involuntariness criterion in the new sexual crimes legislation be interpreted?

OTAVA PIHA, LL.M., Doctoral Researcher, University of Helsinki

New consent-based sexual crimes legislation came into force in Finland in January 2023. Under the new legislation, rape is defined as sexual intercourse with a person who does not participate voluntarily (Chapter 20, section 1 of the Criminal Code). A person is not participating voluntarily if they have not expressed voluntariness through words, actions, or another manner (“yes means yes”) or, even if voluntariness has ostensibly been expressed, if the perpetrator carries out the sexual intercourse using violence or a threat or by abusing the other person’s inability to formulate or express their will. This article is an exploration of the limits of the new definition using example cases drawn from court cases, legal literature and stories reported in the media, from Finland and abroad. There is currently no case law to give any guidance on the interpretation of voluntariness, which introduces uncertainty into the conclusions offered.

The first part examines the definitions of voluntariness and sexual self-determination. Both voluntariness and sexual self-determination should be understood as relational qualities whose evaluation should be sensitive to context. Voluntary participation requires making a choice and possessing the capability, freedom, opportunity and overall possibility to make a choice.

The second part examines the operation of the voluntariness criterion in example cases, covering severe intoxication, being half-asleep, conditional consent, stealthing, sexual fraud, error in motivation, pressuring and the abuse of a position of power. I suggest that under conditions of intoxication, voluntariness could be assessed through initiative and enthusiasm rather than (weak) activity. Passivity should only be considered an expression of voluntary participation in exceptional cases, where the parties have a mutual understanding about the significance of passivity. In addition, I suggest that, for example, stealthing should be considered a case of conditional consent, where the sexual intercourse that is carried out is a different act from the sexual intercourse that was consented to. Criteria for what makes one form of sexual intercourse different from another form of sexual intercourse would include its nature, its physical sensation and the risks associated with it. These conclusions can, however, be contested.

Further research is also needed on questions of intent and proof.