

**RAISKAUKSEN MÄÄRITTELEMINEN UHRIN PUUTTUVAN
SUOSTUMUKSEN KAUTTA**

Annika Perälä 510020
Pro gradu -tutkielma
Rikosoikeus
Turun yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Marraskuu 2018

TURUN YLIOPISTO
Oikeustieteellinen tiedekunta

PERÄLÄ, ANNIKA: Raiskauksen määrittelemisen uhrin puuttuvan suostumuksen kautta.

Pro gradu -tutkielma, 92 s.
Rikosoikeus
Marraskuu 2018

Turun yliopiston laaturjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

Tutkielmassa tarkastellaan raiskauksen määritelmää. Raiskauksen tunnusmerkistön täytyminen edellyttää voimassa olevan oikeuden mukaan väkivallan käyttämistä, uhkaamista tai uhrin puolustuskyvyttömyyden hyväksikäyttämistä. Tutkielman tavoitteena on selvittää, pitäisikö tästä lähtökohdasta luopua ja raiskaus määritellä rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden sijasta uhrin puuttuvan suostumuksen kautta, jolloin rangaistavaa olisi sukupuoliyhteyden harjoittaminen toisen henkilön kanssa ilman tämän henkilön antamaa pätevää suostumusta.

Tutkielman tarkoituksena on ottaa kantaa siihen, minkäsisältöinen raiskauksen tunnusmerkistön *pitäisi* olla ja antaa *toimenpidesuosituksia* tulevaisuuden mahdollista lainvalmistelutyötä varten. Kysymys on siten de lege ferenda -tyyppisestä tutkimuksesta. Koska kysymystä raiskauksen määritelmän muuttamisesta on käsitelty Ruotsissa huomattavasti laajemmin kuin Suomessa, hyödynnetään tutkielmassa runsaasti ruotsinkielistä lähdeaineistoa. Keskeisenä lähteenä on käytetty Ruotsissa laadittuja suostumuksen puuttumiseen perustuvan lainsäädännön etuja ja haittoja punnitsevia komiteanmietintöjä (SOU) sekä ainakin Petter Aspin teosta Sex och samtycke vuodelta 2010.

Tutkielmasta käy ilmi, että suostumuksen puuttumisella on merkitystä raiskauksen tunnusmerkistön täyttymisen kannalta jo nykyäänkin siitä huolimatta, ettei suostumuksen puuttuminen voimassa olevan oikeuden mukaan ole raiskausrikoksen itsenäinen tunnusmerkistötekijä. Voimassa olevaa raiskauksen määritelmää voidaan kuitenkin pitää monessa suhteessa ongelmallisena. Suojan kattavuuteen liittyvät ongelmat, seksuaalisen itsemääräämisoikeuden asema suojeltavana oikeushyvinä, kansainväliset näkökohdat ja monet muut seikat tukevat näkemystä, jonka mukaan raiskauksen määritelmää on muutettava. Kun raiskauksen määritelmän muuttamiseen ei tutkielman valossa liity myöskään mitään erityisiä lainsäädännöllisiä komplikaatioita, vaikuttaa raiskauksen määrittelemisen uhrin puuttuvan suostumuksen kautta perustellulta. Tutkielmassa suositellaankin niin kutsuttuun suostumusmalliin siirtymistä.

Asiasanat: itsemääräämisoikeus, raiskaus, rikosoikeus, seksuaalirikokset, suostumus

Sisällys

Sisällys	iii
Lähteet	v
Lyhenteet	xi
1. Johdanto	1
1.1 Tutkimuksen lähtökohdat ja tavoitteet.....	1
1.2 Aikaisemmat tutkimukset ja keskeiset käsitteet.....	3
1.2.1 Aikaisemmat tutkimukset.....	3
1.2.2 Keskeiset käsitteet.....	5
1.3 Tutkimuskysymykset, menetelmälliset valinnat ja käytettävä aineisto.....	6
1.4 Tutkimuksen rakenne.....	8
2. Raiskaus Suomen rikoslain mukaan	9
2.1 Suojelun kohde.....	9
2.2 Raiskauksen tunnusmerkistö.....	12
2.2.1 Sukupuoliyhteys.....	12
2.2.2 Väkivallan käyttäminen ja sillä uhkaaminen.....	15
2.2.3 Puolustuskyvyttömyys ja tahdottomuus.....	18
2.2.4 ”Vähemmän vakava” raiskaus.....	21
2.2.5 Tahallisuus.....	24
2.2.6 Suostumuksen puuttuminen?.....	25
3. Raiskauksen ulkomaiset ja kansainväliset määritelmät	27
3.1 Raiskauksen ulkomaiset määritelmät.....	27
3.1.1 Norja.....	27
3.1.2 Tanska.....	28
3.1.3 Itävalta.....	29
3.1.4 Englanti.....	30
3.1.5 Saksa.....	31
3.1.6 Ruotsi.....	32
3.2 Raiskauksen kansainväliset määritelmät.....	34
3.2.1 Entisen Jugoslavian ja Ruandan sotarikostuomioistuimet.....	34
3.2.2 Kansainvälinen rikostuomioistuin.....	36
3.2.3 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin.....	38
3.2.4 Euroopan neuvoston yleissopimus.....	40
3.3 Yhteenveto.....	41

4. Sukupuolilyhteyttä varten annettava suostumus.....	43
4.1 Suostumuksen käsitteestä ja merkityksestä.....	43
4.2 Suostumuksen muoto ja tuleminen tekijän tietoon.....	44
4.2.1 Suostumus tahdonilmaisuna.....	44
4.2.2 Suostumuksen puuttumista osoittavat seikat.....	48
4.2.3 Suostumuksen voimassaolo ja peruuttaminen.....	50
4.3 Suostumuksen antajan subjektiiviset ominaisuudet.....	51
4.3.1 Suostumuksen antajalta vaadittava ikä.....	51
4.3.2 Suostumuksen antajan henkiset ominaisuudet.....	53
4.4 Suostumuksen vapaaehtoisuus.....	55
4.4.1 Väkivalta, uhkaukset ja avuttoman tilan hyväksikäyttö.....	55
4.4.2 Tarjoukset ja aseman hyväksikäyttäminen	57
4.4.3 Erehdyttäminen.....	60
4.5 Suostumusta koskeva erehdys.....	62
5. Pitäisikö raiskauksen määritelmää muuttaa?.....	65
5.1 Suostumusmallin omaksumisen puolesta puhuvat seikat.....	65
5.1.1 Suojan kattavuuteen liittyvät ongelmat.....	65
5.1.2 Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden asema suojeltavana oikeushyvinä.....	67
5.1.3 Suostumusmallin omaksuminen osana lainsäädännön luonnollista kehitystä	68
5.1.4 Suostumusmalliin liittyvä normia luova vaikutus.....	70
5.1.5 Suostumusmalliin liittyvät terapeuttiset vaikutukset.....	71
5.1.6 Oikeuskäytännön todellisuus ja moderni käsitys seksuaalisuudesta.....	72
5.1.7 Kansainväliset näkökohdat.....	73
5.2 Suostumusmallin omaksumista vastaan puhuvat seikat.....	76
5.2.1 Huomion kiinnittyminen korostuneesti asianomistajaan.....	76
5.2.2 Suostumusmallin oletettu monimutkaisuus ja rikoslainsäädännön kirjoittamistapaan liittyvät kansalliset näkökohdat.....	79
5.2.3 Suostumusmalliin liittyvät näyttövaikeudet ja odotukset langettavien tuomioiden lisääntymisestä.....	81
5.2.4 Raiskauksen asema kaikista vakavimpana seksuaalirikoksena.....	83
5.2.5 Kasvavan seksuaalimoraalin riski ja hyvän seksin konstruktio.....	84
6. Lopuksi.....	87

Lähteet

Kirjallisuus

Anttila, Inkeri, Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1946.

Asp, Petter, *Sex och samtycke*. Iustus Förlag 2010.

Brett, Nathan, Sexual Offenses and Consent. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 11 (1) 1998, s. 69–88.

Bryden, David, Redefining Rape. *Buffalo Criminal Law Review* 3 (2) 2000, s. 317–512.

Cole, Alison, International criminal law and sexual violence, s. 47–60 teoksessa McGlynn, Clare – Munro, Vanessa E. (eds.), *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*. Routledge 2011.

Diesen, Christian, Sex crime legislation: Proactive and anti-therapeutic effects. *International Journal of Law and Psychiatry* 33 (5–6) 2010, s. 329–335.

Eriksson, Maria, Defining Rape. Emerging Obligations for States under International Law? Örebro University 2010.

Ertzeid, Aina Mee, Straffeloven § 192 om voldtekt: Et supplement til pensum i spesiell strafferett. *Jussens Venner* 41 (6) 2006, s. 337–371.

Gardner, John, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*. Oxford University Press 2007.

Gardner, John, The Opposite of Rape. *Oxford Legal Studies Research Paper* 6/2016, s. 1–33.

Hahto, Vilja, Uhrin myötävaikutus ja rikoksentekijän vastuu – Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Edita 2004.

Honkasalo, Brynolf, Suomen rikosoikeus – Yleiset opit. Ensimmäinen osa. 2. painos. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1965.

Husa, Jaakko, *Oikeusvertailu: teoria ja metodologia*. Lakimiesliiton kustannus 2013.

Jokila, Helena, Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta: Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktio. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010.

Karma, Helena – Pohjonen, Soile, Oikeusjärjestys ja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden edistäminen, s. 95–111 teoksessa Lohiniva-Kerkelä, Mirva (toim.), *Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus*. Terttu Utraisen juhlaKirja. Talentum 2006.

Kimpimäki, Minna, Seksuaalinen itsemääräämisoikeus, oikeushyväajattelu ja moraalisen närkästyksen aika. *Oikeus* 2/1998, s. 20–29.

Kimpimäki, Minna, Raiskaus kansainvälisenä rikoksena, s. 113–129 teoksessa Lohiniiva-Kerkelä, Mirva (toim.), *Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus*. Terttu Utraisen juhlaKirja. Talentum 2006.

Kimpimäki, Minna, Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta?. *Lakimies* 6/2017, s. 789–812.

Kleining, John, The Nature of Consent, s. 3–24 teoksessa Miller, Franklin – Wertheimer, Alan (eds.), *The Ethics of Consent: Theory and Practice*. Oxford University Press 2010.

Lappi-Seppälä, Tapio – Ojala, Timo, RL 21 luku: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset, s. 463–551 teoksessa Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio, Ilkka, *Rikosoikeus*. 3., uudistettu painos. WSOYpro 2009.

Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen. Lagskydd för den sexuella integriteten*. Thomson Förlag 2008.

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.

Matikkala, Jussi, Seksuaalirikokset, s. 115–201 teoksessa Frände, Dan – Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus, *Keskeiset rikokset*. 4., uudistettu laitos. Edita 2018.

Niemi, Johanna, Män kan (inte) våldtas. *JFT* 2–4/2017, s. 460–473.

Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Naisia, miehiä vai henkilöitä: seksuaalirikokset ja sukupuoli. *Oikeus* 2/1998, s. 4–19.

Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Mitä seksuaalirikoslilla halutaan suojella?, s. 137–168 teoksessa Honkatukia, Päivi – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Näre, Sari (toim.), *Lähen-telyistä raiskauksiin. Tyttöjen kokemuksia häirinnästä ja seksuaalisesta väkivallasta*. Nuorisotutkimusverkosto 2000.

Nousiainen, Kevät – Pentikäinen, Merja, Väkivallan vastaisen sopimuksen kivinen rati-fiointi Suomessa. *Oikeus* 4/2013, s. 455–462.

Ojala, Timo, *Seksuaalirikokset*. Edita 2014.

Rautio, Ilkka, RL 20 luku: Seksuaalirikokset, s. 419–461 teoksessa Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio, Ilkka, *Rikosoikeus*. 3., uu-distettu painos. WSOYpro 2009.

Schulhofer, Stephen, Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond. *Law and Philosophy* 11 (1/2) 1992, s. 35–94.

Statman, Daniel, Gardner on the Wrongness of Rape. *Jerusalem Review of Legal Studies* 4 (1) 2012, s. 105–109.

Utriainen, Terttu, Seksuaalirikosten muutokset vuonna 2011, s. 271–283 teoksessa Hyttinen, Tatu – Jokela, Antti – Tapani, Jussi – Vuorenpää, Mikko (toim.), Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2012.

Utriainen, Terttu, Raiskaus rikosoikeudellisena ongelmana. 2., täydennetty painos. Lapland University Press 2013.

Wertheimer, Alan, What Is Consent? And Is It Important?. *Buffalo Criminal Law Review* 3 (2) 2000, s. 557–583.

Wertheimer, Alan, Consent to Sexual Relations, s. 195–220 teoksessa Miller, Franklin – Wertheimer, Alan (eds.), *The Ethics of Consent: Theory and Practice*. Oxford University Press 2010.

Virallislähteet

Suomi

Hallituksen esitykset

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

HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

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

HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 283/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta.

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

Lakivaliokunnan mietinnöt

LaVM 4/2014 vp. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (216/2013) laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta.

Oikeusministeriön julkaisut

Oikeusministeriön Selvityksiä ja ohjeita 25/2012: Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet, Arviomuistio.

Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 54/2012: Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet, Lausuntotiivistelmä.

Perustuslakivaliokunnan lausunnot

PeVL 6/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (216/2013) laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta.

Työryhmämietinnöt

Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö, Ulkoasiainministeriö 28.3.2013.

Ruotsi

Statens offentliga utredningar

SOU 2001:14. Sexualbrotten. Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor. Betänkande av 1998 års sexualbrottskommitté.

SOU 2010:71. Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag. Betänkande av 2008 års sexualbrottsutredning.

SOU 2016:60. Ett starkare skydd för den sexuella integriteten. Betänkande av 2014 års sexualbrottskommitté.

Propositioner

Prop. 2017/18:177. En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

Saksa

Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss). Deutscher Bundestag 6.7.2016, Drucksache 18/9097.

Kansainväliset sopimuslähteet ja EU-lähteet

Elements of Crimes, ICC, Assembly of States Parties 2013.

Euroopan neuvoston yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (SopS 63/1999).

Euroopan neuvoston yleissopimus naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (SopS 53/2015).

Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. Council of Europe 11.5.2011.

Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö (SopS 56/2002).

Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994.

Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991.

Oikeustapaukset

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

M.C. v. Bulgaria, 4.12.2003, Reports 2003-XII.

Korkein oikeus

KKO 1984:49

KKO 2001:7

KKO 2001:62

KKO 2013:96

KKO 2014:54

KKO 2014:91

KKO 2017:69

KKO 2018:35

Rovaniemen hovioikeus

RHO 16.8.2013 tuomio nro 714

Kansainvälinen rikostuomioistuin

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, 21.3.2016, No. ICC-01/05-01/08.

Entisen Jugoslavian sotarikostuomioistuim

Prosecutor v. Anto Furundzija, 10.12.1998, Case No. IT-95-17/1-T.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, 22.2.2001, Case No. IT-96-23 & 23/1-T.

Prosecutor v. Miroslav Kvocka, 2.11.2001, Case No. IT-98-30/1-T.

Prosecutor v. Milomir Stakic 31.7.2003, Case No. IT-97-24-T.

Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj, 3.4.2008, Case No. IT-04-84-T.

Ruandan sotarikostuomioistuim

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, 2.9.1998, Case No. ICTR-96-4-T.

The Prosecutor v. Laurent Semanza, 15.5.2003, Case No. ICTR-97-20-T.

The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli, 1.12.2003, Case No. ICTR-98-44A-T.

The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, 22.1.2004, Case No. ICTR-95-54A-T.

Muut lähteet

Espanja muuttaa raiskauslakinsa, seksiin tarvittaisiin aina suostumus – taustalla suurmielenosoituksiin johtanut tuomio.

<https://www.hs.fi/ulkomaat/art-2000005765892.html> (Luettu 11.10.2018).

Samtyckeslagen. Många anmälningar mot samtyckesapp i Sverige.

<https://www.hbl.fi/artikel/manga-anmalningar-mot-samtyckesapp-i-sverige/> (Luettu 11.10.2018).

Suostumus2018

<http://suostumus2018.fi/> (Luettu 17.7.2018).

Lyhenteet

BrB	Brottsbalk (1962:700)
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU	Euroopan unioni
HE	Hallituksen esitys
HO	Hovioikeus
ibid.	ibidem (viittauksen kohde sama kuin edellisessä)
ICC	International Criminal Court
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
k.	kohta
KKO	Korkein oikeus
Ks.	katso
LaVM	Lakivaliokunnan mietintö
OK	Oikeudenkäymiskaari (4/1734)
OM	Oikeusministeriö
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
Prop.	Regeringens proposition
RHO	Rovaniemen hovioikeus
RL	Rikoslaki (39/1889)
SFS	Svensk författningssamling
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja

SOU	Statens offentliga utredningar
UM	Ulkoasiainministeriö
vp	Valtiopäivät
Vrt.	vertaa

1. Johdanto

1.1 Tutkimuksen lähtökohdat ja tavoitteet

Raiskauksen tunnusmerkistö on viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana ollut useiden muutosten kohteena. Vielä vuonna 1998 voimassa olleen väkisinmakaamissäännöksen (RL 20:1, 16/1971 ja RL 20:1, 316/1994) mukaan rangaistavaa oli naisen pakottaminen sukupuoliyhteyteen väkivallalla taikka sellaisella uhkauksella, jossa pakottava vaara oli tarjona. Väkivallan käyttämiseen ja sillä uhkaamiseen rinnastettiin naisen saattaminen tunnottomaan tilaan tai kykenemättömäksi puolustamaan itseään. Rikoksen uhrina saattoi siten olla ainoastaan nainen, eikä rangaistussäännöksen soveltaminen avioliitossa tehtäviin tekoihin ollut kuin poikkeuksellisesti¹ mahdollista ennen vuonna 1994 voimaan tullutta lainuudistusta (316/1994).

Seksuaalirikoksia koskeva RL 20 luku uudistettiin rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä vuonna 1999 (563/1998). Uudistuksen myötä rikosnimike vaihdettiin väkisinmakaamisesta raiskaukseksi. Samalla rikos porrastettiin kolmeen törkeysasteeseen. Perustekomuotoisen raiskauksen (RL 20:1) lisäksi säädettiin rangaistavaksi törkeä raiskaus (RL 20:2) sekä raiskauksen lievä tekomuoto, joka nimettiin pakottamiseksi sukupuoliyhteyteen (RL 20:3). Lainsäädäntö muutettiin myös sukupuolineutraaliksi², ja nykyään sekä mies että nainen voikin tulla kyseeseen niin raiskausrikoksen tekijänä kuin uhrina. Pakottavan vaaran vaatimuksesta luovuttiin ja RL 20 luvun 1 §:ssä säädettiin rangaistavaksi toisen pakottaminen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa. Lainkohdan mukaan raiskauksesta tuomittiin myös se, joka saattoi toisen puolustuskyvyttömään tilaan ja käyttämällä aiheuttamaansa puolustuskyvyttömyyttä hyväkseen oli sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan. Rikosten tekijän edellytettiin siten *aiheuttaneen* uhrin puolustuskyvyttömyyden. Jos tekijä ainoastaan käytti hyväkseen sellaista uhrin puolustuskyvyttömyyttä tilaa, jota hän ei itse ollut aiheuttanut, ei häntä voitu tuomita raiskauksesta.³

1 Vuonna 1971 toteutetun lainuudistuksen jälkeen aviomies voitiin tuomita vaimonsa väkisinmakaamisesta, jos osapuolet teon tapahtuessa asumuseron saatuaan tai välien rikkoutumisen vuoksi asuivat erillään (RL 20:10, 16/1971).

2 HE 6/1997 vp, s. 161.

3 Tekijän syyksi voitiin sen sijaan lukea RL 20 luvun 5 §:ssä (563/1998) tarkoitettu seksuaalinen hyväksikäyttö.

Edellä mainitun epäkohdan korjaamiseksi raiskauksen tunnusmerkistöä muutettiin vuonna 2011 (495/2011) siten, että raiskaukseksi määriteltiin sukupuoliyhteyden harjoittaminen puolustuskyvyttömän henkilön kanssa riippumatta siitä, oliko tekijä aiheuttanut uhrin puolustuskyvyttömyyden vai ei. Samassa yhteydessä raiskauksen tunnusmerkistöä täydennettiin siten, että se kattoi nyt myös tilanteet, joissa tekijä on sukupuoliyhteydessä uhrinsa kanssa käyttämällä hyväkseen sitä, että tämä on kykenemätön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan.⁴

Vuonna 2014 raiskauksen määritelmää muutettiin jälleen (509/2014), kun RL 20 luvun 3 §:n säännös pakottamisesta sukupuoliyhteyteen kumottiin ja aiemmin sukupuoliyhteyteen pakottamisena rangaistut teot siirrettiin raiskausta koskevan RL 20 luvun 1 §:n alle.⁵ Samalla sukupuoliyhteyden määritelmää laajennettiin. Ennen lainmuutosta sukupuoliyhteydellä tarkoitettiin ainoastaan ”sukupuolielimellä tapahtuvaa tai sukupuolielimeen kohdistuvaa seksuaalista tunkeutumista toisen kehoon” (RL 20:10, 563/1998). Määritelmään ei alun perin sisällynyt esineellä tehty tai muulla ruumiinosalla kuin peniksellä tehty tunkeutuminen peräaukkoon, koska kysymys ei ollut lain edellyttämällä tavalla sukupuolielimellä tapahtuvasta tai sukupuolielimeen kohdistuvasta tunkeutumisesta.⁶ Vuonna 2014 voimaan tulleen lainmuutoksen jälkeen myös tällaisissa teoissa on katsottava olevan kysymys sukupuoliyhteydestä. Sukupuoliyhteyden määritelmää laajennettiin lisäksi siten, että se nykyään kattaa myös toisen sukupuolielimen ottamisen omaan kehoon.⁷

Ottaessaan kantaa viimeisimpiin vuonna 2014 toteutettuihin lainuudistuksiin eduskunnan lakivaliokunta totesi pitävänsä ongelmallisena tällaista seksuaalirikoksia koskevien säännösten toistuvaa muuttamista. Samalla se kuitenkin totesi, että vuonna 2014 toteutettujen lainmuutosten jälkeen RL 20 luku olisi kokonaan uudistettu, eikä näköpiirissä enää olisi merkittäviä seksuaalirikoksia koskevia uudistustarpeita.⁸ Lakivaliokunnan näkemys on sittemmin kuitenkin osoittautunut virheelliseksi. Raiskauksen määritelmä on nimittäin viime aikoina noussut jälleen erityisen mielenkiinnon ja huomion kohteeksi.

4 Ks. HE 283/2010 vp, s. 7–8.

5 Ks. tarkemmin ”lievästä raiskauksesta” ja lainmuutoksen tarpeellisuudesta käydystä keskustelusta HE 216/2013 vp, s. 38–40.

6 HE 216/2013 vp, s. 42.

7 LaVM 4/2014 vp, s. 8.

8 Ibid., s. 3.

Keskustelua käydään tällä hetkellä siitä, pitäisikö raiskauksen tunnusmerkistö rakentaa täysin uudelle pohjalle, jolloin tunnusmerkistön lähtökohdaksi otettaisiin väkivallan, uhkausten ja puolustuskyvyttömyyden hyväksikäyttämisen sijasta uhrin suostumuksen puuttuminen. Kysymystä pohdittiin Suomessa ensimmäisen kerran vuonna 2012, mutta tällöin ajatus raiskauksen tunnusmerkistön uudelleenmuotoilusta torjuttiin.⁹ Viime aikoina raiskauksen tunnusmerkistön ympärillä käyty keskustelu on kuitenkin ottanut uudeen tuulta alleen, kun Ruotsissa raiskauksen määritelmä päätettiin muuttaa suostumuksen puuttumiseen perustuvaksi. Ruotsissa on 1.7.2018 lähtien ollut rangaistavaa harrastaa seksiä sellaisen henkilön kanssa, jonka osallistuminen aktiin ei ole vapaaehtoista.¹⁰ Suomessa on 5.6.2018 käynnistetty kansalaisaloite, jonka tavoitteena on raiskauksen määritelmän muuttaminen uhrin puuttuvaan suostumukseen perustuvaksi.¹¹

Tämän tutkielman tavoitteena on selvittää, pitäisikö raiskaus määritellä edellä kuvatulla tavalla uhrin puuttuvan suostumuksen kautta vai ei. Tavoitteena on toisin sanoen vastata perustavanlaatuisen kysymykseen siitä, miten raiskaus pitäisi rikoslaisissa määritellä. Tutkielman näkökulma on siten voimakkaan normatiivinen. Tutkielman kirjoittaminen mahdollistaa raiskauksen määritelmän ympärillä käytyyn viimeaikaiseen keskusteluun osallistumisen, ja tutkielmassa otankin kantaa siihen, onko raiskauksen voimassa olevaa määritelmää syytä muuttaa, ja jos on niin miten. Tutkielman lopussa esitän raiskauksen tunnusmerkistön kirjoitusasua koskevan konkreettisen lainsäädäntöehdotuksen, joka mielestäni edustaa nykyaikaisena ja tarkoituksenmukaisena pidettävää tapaa lähestyä kysymystä raiskauksen määritelmän uudelleenmuotoilusta.

1.2 Aikaisemmat tutkimukset ja keskeiset käsitteet

1.2.1 Aikaisemmat tutkimukset

Suomalaisesta oikeuskirjallisuudesta ei löydy montaa tutkimusta, jossa kattavalla tavalla käsiteltäisiin kysymystä siitä, pitäisikö rikoslain sisältämää raiskauksen määritelmää muuttaa siten, että rangaistusvastuun edellytyksenä olisi uhrin suostumuksen puuttumi-

9 Ks. OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 59–67.

10 Ks. SFS 2018:618. Ruotsin muutettua raiskauksen määritelmää tarkastellaan myös lähemmin jäljempänä tutkielman luvussa 3.1.6.

11 Lue lisää kansalaisaloitteesta osoitteesta www.suostumus2018.fi.

nen. Joitakin tutkimusaiheen kannalta keskeisiä kirjoituksia voidaan kuitenkin mainita.

Kysymystä raiskauksen määritelmän muuttamisesta on käsitelty vuonna 2017 Minna Kimpimäki otsikolla *Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta?*. Kimpimäki lähestyy kysymystä raiskauksen määritelmän uudelleenmuotoilusta kansainvälisestä ja historiallisesta näkökulmasta. Kimpimäki tarkastelee artikkelissaan yhtäältä sitä, miten raiskauksen määritelmä on kansainvälisten rikostuomioistuinten ja ihmisoikeusinstituutioiden käytännössä kehittynyt ja toisaalta sitä, minkälaisia muutoksia Suomen rikoslain raiskaussäätelyssä on vastaavasti tapahtunut. Kimpimäki antaa ymmärtää, ettei Suomi ole pysynyt mukana kansainvälisellä ja eurooppalaisella tasolla raiskauksen määritelmän suhteen tapahtuneessa kehityksessä ja arvostelee voimassa olevaa raiskauksen määritelmää pitäen sitä vanhakantaisena.¹²

Myös Minni Leskinen on vuonna 2017 tarkastellut kysymystä raiskauksen määritelmän muuttamisesta otsikolla *Raiskaus 2010-luvulla. Yhä vain väkisinmakaamista?*. Leskinen lähestyy kysymystä osittain osana laajempaa keskustelua koskien tasa-arvoa ja yhdenvertaisuutta. Leskinen kritisoi raiskauksen voimassa olevaa määritelmää ja esittää myös oman ehdotuksensa raiskauksen uudeksi suostumuslähtöiseksi tunnusmerkistöksi, vaikka hän ei omien sanojensa mukaan olekaan varma siitä, kannattaako hän suostumusmallin omaksumista täysin varauksettomasti.¹³

Myös Timo Ojala on arvioinut kysymystä lainmuutoksen tarpeellisuudesta vuonna 2014 teoksessaan *Seksuaalirikokset*. Ojala käsittelee suhteellisen laajasti suostumusmallin omaksumiseen liittyviä etuja ja haittoja, mutta hänkään ei kuitenkaan päädy mihinkään yksiselitteiseen lopputulokseen sen suhteen, pitäisikö lakia muuttaa vai ei, vaan hänen mukaansa kysymystä lainmuutoksen tarpeellisuudesta tulisi ”jatkossa vakavasti arvioida”.¹⁴

Ruotsissa suostumuksen puuttumiselle rakentuvan sääntelyn omaksumisen puolesta on puhunut erityisesti Madeleine Leijonhufvud. Leijonhufvud ottaa vuodelta 2008 peräisin olevassa tutkimuksessaan *Samtyckesutredningen. Lagskydd för den sexuella integriteten* kantaa kysymykseen lainmuutoksen tarpeellisuudesta selvästi voimakkaammin kuin esi-

12 Kimpimäki 2017, s. 789, 812.

13 Leskinen 2017, s. 209–210.

14 Ks. Ojala 2014, s. 55–65.

merkiksi Leskinen tai Ojala. Leijonhufvudin mukaan raiskauksen tunnusmerkistön täytymiseksi ei pitäisi edellyttää väkivaltaa, uhkauksia tai avuttoman tilan hyväksikäyttämistä, vaan lain lähtökohtana tulisi olla seksuaalisen kanssakäymisen vapaaehtoisuus.¹⁵

1.2.2 Keskeiset käsitteet

Voimassa oleva *raiskauksen* määritelmä sisältyy rikoslain (RL, 39/1889) 20 luvun (563/1998) 1 §:ään (509/2014). RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin mukaan raiskauksesta tuomitaan se, joka pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa. RL 20 luvun 1 §:n 2 momentin mukaan raiskauksesta tuomitaan myös se, joka käyttämällä hyväkseen sitä, että toinen tiedottomuuden, sairauden, vammaisuuden, pelkotilan tai muun avuttoman tilan takia on kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan. Raiskauksesta tuomittava rangaistus on yhdestä kuuteen vuotta vankeutta.

RL 20 luvun 1 §:n 3 momentissa säädetään puolestaan sellaisesta raiskauksen tekemuodosta, joka huomioon ottaen uhkauksen vähäisyys taikka muut rikokseen liittyvät seikat on kokonaisuutena arvostellen vähemmän vakava kuin 1 ja 2 momentissa tarkoitetut teot. Lainkohdan mukaan tuomitaan myös se, joka muulla kuin 1 momentissa tarkoitetulla uhkauksella pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen. Momentin soveltamisalaan kuuluvissa tapauksissa on raiskauksesta tuomittava vankeutta vähintään neljä kuukautta ja enintään neljä vuotta.

Jotta kysymys olisi raiskauksesta, edellytetään siten sukupuoliyhteyden tapahtumista.¹⁶ Lisäksi edellytetään, että tekijä käytti jotakin laissa yksilöityä keinoa tai käytti hyväkseen jotakin laissa tarkoitettua olosuhdetta sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi uhrinsa kanssa. Lain tuntemia keinoja, joita rikosentekijä voi käyttää sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi, ovat väkivalta ja uhkaukset. Jos väkivaltaa tai uhkauksia ei ole käytetty, tulee vaihtoehtoisesti kyetä osoittamaan, että tekijä käytti hyväkseen uhrin tiedottomuudesta, sairaudesta, vammaisuudesta, pelkotilasta tai muusta avuttomasta tilasta johtunutta puolustuskyvyttömyyttä tai kykenemättömyyttä tahdonmuodostukseen -tai ilmaisuun.

¹⁵ Leijonhufvud 2008, s. 9.

¹⁶ Sukupuoliyhteyden käsitteeseen palataan yksityiskohtaisesti tutkielman luvussa 2.2.1.

Olennaista on huomata, ettei raiskauksen tunnusmerkistö nykyisessä muodossaan sisällä mainintaa uhrin puuttuvasta suostumuksesta.

Toinen tutkielman kannalta keskeinen käsite onkin *suostumus*. Suomen rikoslakiin ei sisälly suostumuksen määritelmää, eikä käsitteen merkitykseen ole lain tasolla muutukaan otettu kantaa. Kielellisesti suostumuksella tarkoitetaan jonkin sallimista.¹⁷ Suostumuksen määritelmä ei voi kuitenkaan tyhjentyä tähän, vaan olennaista on pystyä erottamaan pätevät suostumukset pätemättömistä. *Pätevällä suostumuksella* tarkoitetaan tässä tutkielmassa suostumusta, joka poistaa mahdollisuuden seksuaalirikokseen syylistymisestä. Pätemättömällä suostumuksella tällaista vaikutusta ei ole. Suostumuksen pätevyyttä koskeva kysymys on hyvin monitahoinen, ja siihen palataan yksityiskohtaisesti jäljempänä. Tässä yhteydessä riittävää lienee todeta, että suostumuksen pätevyyteen vaikuttavat ainakin suostumuksen antajan subjektiiviset ominaisuudet sekä ne olosuhteet, joiden vallitessa suostumus sukupuoliyhteyteen on annettu.

1.3 Tutkimuskysymykset, menetelmälliset valinnat ja käytettävä aineisto

Tässä tutkielmassa haen vastausta kysymykseen, miten raiskaus pitäisi rikoslaissa määritellä. Tulisiko Suomen pitäytyä nykyisenkaltaisessa rikoksen tekemisessä käytettävät keinot ja hyväksikäytettävät olosuhteet yksilöivässä sääntelymallissa? Vai pitäisikö raiskaus määritellä uhrin puuttuvan suostumuksen kautta? Tutkielmassa käydään siten rajanvetoa näiden kahden erilaisen sääntelymallin välillä. Esitys on kenties jossain määrin yksinkertaistettu, sillä muitakin vaihtoehtoja raiskauksen tunnusmerkistön rakentamiseksi todennäköisesti olisi olemassa. Kun kuitenkin otetaan huomioon, että rikoksen tekemisessä käytettävät keinot ja hyväksikäytettävät olosuhteet yksilöivä sääntelymalli ja niin kutsuttu suostumusmalli ovat kaksi yleisimmin käytössä olevaa raiskausrikoksia koskevien rangaistussäännösten kirjoitustapaa¹⁸, ja että viime aikoina raiskauksen määritelmän ympärillä käyty julkinen keskustelu on koskenut nimenomaan kahden edellä mainitun sääntelyratkaisun välillä tehtävää valintaa, voidaan tutkielman kysymyksenasettelua pitää perusteltuna.

17 Anttila 1946, s. 102.

18 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 61.

Kysymys raiskauksen määritelmän muuttamisesta on normatiivinen. Korostuneen normatiivisen kysymyksenasettelun vuoksi ei tutkielmaa voida metodologialtaan luonnehtia aivan perinteiseksi lainopilliseksi tutkimukseksi, vaikka se sinänsä sisältääkin myös voimassa olevia oikeusnormeja tulkitsevia ja systematisoivia jaksoja. Tutkielmassa painottuvat kuitenkin ennen kaikkea oikeuspoliittiset kannanotot ja voimassa olevan lainsäädännön kritiikki. Kysymys on siten *de lege ferenda* -tyyppisestä tutkimuksesta, jonka tarkoituksena on ottaa kantaa siihen, minkäsisältöistä lainsäädännön *pitäisi* olla ja antaa *toimenpidesuosituksia* tulevaisuuden lainvalmistelutyötä silmällä pitäen. Tutkielman *de lege ferenda* -näkökulma korostuu, kun otan kantaa siihen, pitäisikö raiskauksen määritelmää muuttaa, mitä sukupuoliyhteyttä varten annettavalta suostumukselta pitäisi siinä tapauksessa edellyttää, ja minkälainen uudistetun raiskaussäännöksen pitäisi olla konkreettiselta sisällöltään. Tutkimukselle on siten ominaista eräänlainen potentiaalisen lainsäätäjän näkökulma.

Tutkimusaineistoni koostuu virallislähteistä, oikeustapauksista ja oikeuskirjallisuudesta. Aineistoni ei rajoitu ainoastaan kotimaisiin oikeuslähteisiin, vaan tutkielmassa tutustutaan myös ulkomaiseen lainsäädäntöön ja kansainvälisten tuomioistuinten oikeuskäytäntöön. Tutkielma sisältää siksi myös oikeusvertailevan tutkimusotteen elementtejä. Tarkastelemalla eri oikeusjärjestyksissä omaksuttuja lainsäädäntöratkaisuja rinnakkain on mahdollista selvittää yhtäältä sitä, miten raiskauksen määrittelemistä koskeva oikeudellinen ongelma on muissa yhteiskunnissa ratkaistu ja toisaalta sitä, miten kotimainen raiskauksen määritelmä suhteutuu näiden muiden järjestelmien vastaaviin määritelmiin. Vertailun avulla saadaankin sellaista raiskauksen määrittelemistä koskevaa yleistä oikeudellista tietoa, joka on kansallista oikeustiedettä vähemmän valtiosidonnaista. Oikeusvertailu toimii toisin sanoen tutkielman tietoperustan laajentajana.¹⁹

Koska ulkomailla kysymystä sukupuoliyhteyttä varten annettavalle suostumukselle asetettavista edellytyksistä ja suostumusperusteisen lainsäädännön eduista ja haitoista on pohdittu huomattavasti laajemmin kuin Suomessa, hyödynnetään tutkielmassa runsaasti myös ulkomaista oikeuskirjallisuutta sekä virallisaineistoa. Aineisto toimii havainnollistamismateriaalina ja argumentteina siitä, miten kyseisiä kysymyksiä tulisi ratkaista meillä täällä Suomessa. Kysymys on tältä osin ulkomaiseen lähdeaineistoon tukeutumi-

19 Ks. Husa 2013, s. 32–33, 145–147.

sesta esitettäessä kotimaista oikeutta koskevia kannanottoja.²⁰

1.4 Tutkimuksen rakenne

Tutkielman ensimmäisessä varsinaisessa käsittelyluvussa (luku 2) kartoitetaan raiskausta koskevan kriminalisoinnin suojelun kohdetta ja pyritään sitä kautta vastaamaan kysymykseen, miksi nimenomaan suostumuksen olemassaololla tai sen puuttumisella on (tai ainakin pitäisi olla) ratkaiseva merkitys kiellettyä ja sallittua seksuaalisuutta erottavana tekijänä. Tämän jälkeen luvussa paneudutaan yksityiskohtaisesti voimassa olevan RL 20 luvun 1 §:n sisältämään raiskauksen määritelmään. Tarkoituksena on selvittää, miten raiskaus on rikoslaissa tällä hetkellä määritelty, ja minkälaiset teot ovat Suomessa voimassa olevan oikeuden mukaan siten raiskauksena rangaistavia. Kysymykseen raiskauksen määritelmän mahdollisesta muutostarpeesta on nimittäin mahdotonta ottaa kantaa selvittämättä ensin sitä, mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö.

Tutkielman luvussa 3 selvitetään sitä, miten raiskaus on eräissä muissa Euroopan valtioissa määritelty, ja miten kysymys raiskauksen määrittelemisestä on toisaalta eräillä kansainvälisillä areenoilla ratkaistu. Tarkastelun kohteena ovat Norjan, Tanskan, Itävaltan, Englannin, Saksan ja Ruotsin lakien mukaiset raiskaustunnusmerkistöt. Tarkastelun kohteena ovat myös entisen Jugoslavian ja Ruandan sotarikostuomioistuinten, Kansainvälisen rikostuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännöissään muotoilemat raiskauksen määritelmät. Raiskauksen määritelmä on otettu lisäksi naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehtyyn Euroopan neuvoston yleissopimukseen.

Luvussa 4 käsitellään puolestaan kysymystä siitä, mitä suostumuksella tarkoitetaan. Ennen kuin on selvitetty, mitä suostumuksella tai sen puuttumisella tarkoitetaan, ei nimittäin oikeastaan ole edes järkevää keskustella siitä, pitäisikö Suomen rikoslakia muuttaa siten, että raiskausrikoksen tunnusmerkistön lähtökohdaksi otettaisiin uhrin suostumuksen puuttuminen. Tässä yhteydessä pohditaan muun muassa seuraavanlaisia kysymyksiä: Pitääkö suostumus ilmaista, vai riittääkö suostumukseksi salliva tahdonsuunta? Edellytetäänkö sukupuoliyhteyttä varten annettavalta suostumukselta jotakin tiettyä muotoa? Milloin sukupuoliyhteyttä varten annettavaa suostumusta voidaan pitää pätevä-

²⁰ Ibid., s. 93.

nä? Entä miten tulee suhtautua suostumuksen olemassaoloa tai sen pätevyyttä koskevaan erehdykseen?

Luvussa 5 eritellään suostumuksen puuttumiseen perustuvan lainsäädännön omaksumisen puolesta ja sitä vastaan puhuvia seikkoja. Tarkoituksena on muodostaa kattava kuva siitä, minkälaiset seikat tukevat näkemystä, jonka mukaan lakia on muutettava, ja minkälaisia haittoja tai riskejä tällaisen sääntelyn omaksumiseen toisaalta saattaa liittyä. Taivoitteena on muodostaa systemaattinen kuva sekä lainmuutoksen puolesta että sitä vastaan puhuvista seikoista sen selvittämiseksi, onko lainmuutoksen tueksi esitettävissä vakuuttavia argumentteja, ja voidaanko raiskauksen määrittelemistä uhrin puuttuvan suostumuksen kautta siten pitää Suomessa perusteltuna vai ei.

Tutkielman viimeisessä luvussa (luku 6) tutkimustulokset pyritään tiivistämään. Raiskauksen nykyiseen määritelmään liittyvien ongelmien ratkaisemiseksi ehdotetaan niin kutsutun suostumusmallin käyttöönottamista. Tutkielman lopussa esitän lisäksi ehdotukseni uudeksi, uhrin puuttuvan suostumuksen varaan rakentuvaksi RL 20 luvun 1 §:ksi. Kysymys on konkreettisesta lainsäädäntöehdotuksesta.

2. Raiskaus Suomen rikoslain mukaan

2.1 Suojelun kohde

Raiskaus aiheuttaa uhrilleen usein suurta vahinkoa. Tämä vahinko voi ilmetä uhrille teosta aiheutuneina fyysisinä vammoina, mutta yleisemmin kysymys on kuitenkin eri tavoin ilmenevistä psyykkisistä vahinkoseuraamuksista. Uhri saattaa traumatisoitua teon seurauksena, menettää turvallisuuden tunteensa tai tuntee itsensä likaiseksi. Raiskaus onkin aina hyvin nöyryyttävä ja pelottava kokemus.²¹

Raiskausta voidaan pitää uhriaan myös hyvin voimakkaasti esineellistävänä tekona. Kysymys on toisen henkilön käyttämisestä seksuaalisen mielihyvän saamisen välineenä, jolloin ihmiskehon arvo typistyy raiskaajan mielessä sen hänelle tuottamaan käyttöar-

²¹ Gardner 2007, s. 6, 16.

voon. Ihmisen erottaa esineestä kuitenkin nimenomaan se, että ihmisellä on myös käyttöarvon ulkopuolista arvoa. Kun ihmistä kohdellaan kunnioittamatta tätä käyttöarvon ulkopuolista arvoa, ei häntä kohdella ihmisenä vaan esineenä. Usein tähän esineellistämiseen liittyy raiskaustilanteissa väkivaltaa, uhkaamista tai nöyryyttämistä. Raiskaus on väärin tekoon liittyvän esineellistämisen vuoksi kuitenkin myös ilman tällaisten lisäelementtien esiintymistä, sillä ihmisen kohteleva esineenä on jo aina itsessään pelottavaa ja nöyryyttävää.²²

Raiskaus ei ole pelottava teko kuitenkaan ainoastaan sen tällaisen uhriaan esineellistävän luonteen vuoksi vaan myös tekoon liittyvän uhrin fyysiseen koskemattomuuteen kohdistettavan hyvin pitkälle menevän loukkauksen takia. Fyysisen koskemattomuuden loukkaus kun kohdistuu raiskausrikoksessa ihmiskehon alueeseen, jonka osalta itsemääräämisoikeudella on yksilölle aivan erityisen suuri merkitys.²³

Raiskaus on rikos, jota koskevilla rangaistussäännöksillä suojellaankin uhrin *seksuaalista itsemääräämisoikeutta*. Seksuaalinen itsemääräämisoikeus on kuitenkin käsitteenä verrattain uusi. Alun perin seksuaalirikoksia koskevien säännösten tavoitteena pidettiin nimittäin siveellisyyden ja yhdenmukaisen sukupuolikäyttäytymisen aikaansaamista ja ylläpitämistä. Modernissa yhteiskunnassa, jossa yhä yleisemmin hyväksytään se, että eri ihmisten seksuaalielämä voi olla hyvinkin erilaista, ei tällaista tavoitteenasettelua enää tietenkään voida pitää tarkoituksenmukaisena. Kun seksuaalirikoksia koskevat säännökset uudistettiin vuonna 1999, otettiin näiden säännösten lähtökohdaksi siksi erilaisista moraalikäsitteistä riippumaton yksilön suojan periaate.²⁴

Seksuaalisella itsemääräämisoikeudella tarkoitetaan ihmisten vapautta päättää itsestään ja käyttäytymisestään.²⁵ Lähtökohtana on, että jokaisella on oikeus itse päättää seksuaalisesta käyttäytymisestään edellyttäen, ettei hän samalla loukkaa kenenkään toisen seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Sillä, minkälaista seksuaalista suuntautuneisuutta loukkaava teko osoittaa tai sillä kumpaa sukupuolta loukkaaja tai loukattu on, ei ole merkitystä seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaamisen kannalta. Raiskausta koskevat rangaistussäännökset ovat näissä suhteissa siten neutraaleja.²⁶ Tämä tarkoittaa sitä, että

22 Ks. Ibid., s. 14–16. Vrt. Statman 2012, s. 107–109.

23 Asp 2010, s. 42–43.

24 HE 6/1997 vp, s. 161.

25 Kimpimäki 1998, s. 21.

26 HE 6/1997 vp, s. 161.

raiskaussäännöksen soveltamisalan piiriin kuuluvat niin heteroseksuaaliset kuin homoseksuaalisetkin teot. Säännösten neutraalista luonteesta seuraa myös, että sekä mies että nainen voi tulla kyseeseen paitsi raiskausrikoksen tekijänä niin myös rikoksen uhrina. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden kannalta ei myöskään ole merkitystä sillä, ovatko osapuolet keskenään avioliitossa tai elävätkö he muuten parisuhteessa. Avioliitto, parisuhde tai seurustelu ei toisin sanoen poista eikä vähennä kenenkään oikeutta seksuaaliseen itsemääräämiseen.²⁷

Seksuaalinen itsemääräämisoikeus nauttii perustuslaillista suojaa. Vaikka Suomen perustuslakiin (PL, 731/1999) ei sisälly mitään nimenomaista yksilön itsemääräämisoikeutta koskevaa mainintaa, voidaan sen kuitenkin katsoa kuuluvan ainakin PL 7 §:ssä tarkoitettuun oikeuteen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. PL 7 § suojaa paitsi yksilön fyysistä koskemattomuutta niin myös hänen henkilökohtaista vapauttaan, joka puolestaan yleisperusoikeutena suojaa sekä ihmisen fyysistä vapautta että hänen tahdonvapauttaan ja itsemääräämisoikeuttaan. PL 10 §:ssä suojeltavaan yksityiselämään kuuluu vastaavasti yksilön oikeus määrätä muun ohella itsestään ja ruumiistaan.²⁸

Raiskauksessa onkin kysymys paitsi toisen henkilön esineellistämisestä niin myös hänen seksuaalista itsemääräämisoikeuttaan kohtaan osoitettavan kunnioituksen puuttumisesta.²⁹ Seksuaalinen itsemääräämisoikeus ilmenee yksilön oikeutena määrätä siitä, kenen kanssa hän on valmis olemaan sukupuoliyhteydessä³⁰, milloin ja millä tavalla. Tämän oikeuden käyttämisen kannalta keskeinen käsite on puolestaan *suostumus*. Lähtökohtana nimittäin on, ettei rangaistussäännöksillä pidä puuttua sellaiseen aikuisten ihmisten harjoittamaan seksuaaliseen kanssakäymiseen, jota he harjoittavat yksityisesti ja *yhteisymmärryksessä*.³¹ Seksuaalinen itsemääräämisoikeus on toisin sanoen tahdon asia, mikä taas merkitsee sitä, että sukupuoliyhteyden on aina perustuttava molempien osapuolten suostumukseen.³² Uhrin seksuaalista itsemääräämisoikeutta kohtaan osoitettavan kunnioituksen puute ilmenee siten nimenomaan uhrin suostumuksen puuttumista kohtaan osoitettavana piittaamattomuutena. Toisin sanoen: jos sukupuoliyhteys on ollut suostumuksen vastainen, on uhrin seksuaalinen itsemääräämisoikeus tullut loukatuksi.

27 Ibid., s. 161, 175.

28 HE 309/1993 vp, s. 46, 53.

29 Gardner 2007, s. 20; Asp 2010, s. 40.

30 Rautio 2009, s. 425.

31 Kimpimäki 1998, s. 21.

32 Utriainen 2013, s. 101.

Jos sukupuoliyhteyttä varten taas on olemassa molempien osapuolten suostumukset, ei kummankaan seksuaalista itsemääräämisoikeutta voida katsoa loukattavan.

Antamalla suostumuksen tai pidättymällä sen antamisesta yksilö voi siten säännellä oman kehonsa seksuaalista käyttöä. Tältä osin on huomattava, että myös esineellistävään seksuaaliseen kanssakäymiseen on seksuaalisen itsemääräämisoikeuden nimissä aina mahdollista suostua. Koska kanssakäyminen voi suostumuksen olemassaolosta huolimatta siten olla suostumuksen antajaa eri tavoin voimakkaastikin esineellistävää, ovat kielletty sukupuoliyhteys (raiskaus) ja sallittu sukupuoliyhteys erotettavissa toisistaan nimenomaan suostumuksen olemassaoloon liittyvien kysymysten avulla.³³

Suostumuksen olemassaololla tai sen puuttumisella on siten ratkaiseva merkitys kiellettyä ja sallittua seksuaalisuutta erottavana tekijänä. Ongelmallista on, ettei tämä lähtökohta kuitenkaan ilmene raiskausta koskevista rangaistussäännöksistä millään suoranaisella tavalla. Suostumuksen puuttuminen ei nimittäin ole Suomessa raiskausrikoksen itsenäinen tunnusmerkistötekijä, eikä sanaa ”suostumus” muutenkaan mainita raiskauksen tunnusmerkistössä, jota tarkastellaan yksityiskohtaisesti seuraavaksi.

2.2 Raiskauksen tunnusmerkistö

2.2.1 Sukupuoliyhteys

Raiskauksen tunnusmerkistön täytyminen edellyttää sukupuoliyhteyttä. Sukupuoliyhteyden käsite on määritelty RL 20 luvun 10 §:n (509/2014) 1 momentissa. Lainkohdan mukaan sukupuoliyhteydellä tarkoitetaan ”*sukupuolielimellä tehtävää taikka sukupuolielimeen tai peräaukkoon kohdistuvaa seksuaalista tunkeutumista toisen kehoon taikka toisen sukupuolielimen ottamista omaan kehoon*”.³⁴ Lainkohdan esitöiden mukaan tämä määritelmä kattaa paitsi vaginaalisen niin myös anaalisen ja oraalisen sukupuoliyhteyden eikä sillä, onko kysymys eri sukupuolta vai samaa sukupuolta olevien välisestä sukupuoliyhteydestä ole käsitteen kannalta merkitystä.³⁵

33 Ks. Gardner 2007, s. 19–21.

34 Sukupuolielinten sijaan olisi kenties syytä käyttää sukupuolisesti neutraalimpaa *sukuelimen* käsitettä. Tässä tutkielmassa on kuitenkin johdonmukaisuussyistä päätetty käyttää rikoslaissa vakiintunutta termiä ”sukupuolielin”.

35 HE 6/1997 vp, s. 188.

Sukupuoliyhteys voikin toteutua usealla eri tavalla. *Sukupuolielimellä* eli peniksellä tehtävän tunkeutumisen kohteena voi olla paitsi naisen vagina niin myös naisen tai miehen peräaukko tai suu. *Sukupuolielimeen* eli vaginaan kohdistuva tunkeutuminen voidaan puolestaan tehdä paitsi miehen sukupuolielimellä niin myös jollakin muulla ruumiinosalla, kuten sormella, tai esineellä. *Peräaukkoon* kohdistuva tunkeutuminen rinnastetaan nykyään sukupuolielimeen kohdistuvaan tunkeutumiseen ja siten myös peräaukkoon kohdistuva tunkeutuminen voidaan tehdä paitsi peniksellä niin myös muulla ruumiinosalla tai jollakin esineellä. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen suuruuden kannalta kun ei välttämättä ole merkitystä sillä, millä tunkeutuminen tapahtuu.³⁶ Oraalisessa sukupuoliyhteydessä kuitenkin edellytetään, että tunkeutuminen tehdään miehen sukupuolielimellä.³⁷ *Toisen sukupuolielimen ottamisella omaan kehoon* taas voidaan tarkoittaa esimerkiksi peniksen ottamista suuhun.³⁸

Sukupuoliyhteyden määritelmä edellyttää *tunkeutumista*. Tunkeutuminen puolestaan edellyttää ainakin jonkinasteista penetraatiota ja siten pelkästään se, että kahden ihmisen sukupuolielimet koskettavat toisiinsa ei ole tunkeutumista, eikä siten myöskään sukupuoliyhteyttä.³⁹ *Timo Ojala* on analysoinut tunkeutumisen käsitettä astetta yksityiskohteisemmin. Ojalan mukaan vaginaalisen sukupuoliyhteyden osalta sukupuoliyhteyden on katsottava edellyttävän, että tunkeutuminen on edennyt naisen ulkoisten synnytyselinten ohi. Anaalisessa sukupuoliyhteydessä riittävää on, että tunkeutuminen on edennyt peräaukon sisäpuolelle. Oraalisessa sukupuoliyhteydessä taas lienee pidettävä riittävänä, että sukupuolielin on edennyt huulien sisäpuolelle.⁴⁰ Sukupuoliyhteys ei sen sijaan edellytä, että tunkeutuminen johtaisi siemensyöksyyn tms. Tunkeutuminen ei käsitteenä edellytä myöskään sitä, että tunkeutumisen suorittava osapuoli olisi välttämättä se, joka rikokseen syyllistyy. On nimittäin täysin mahdollista, että joku pakottaa toisen tunkeutumaan pakottajaan itseensä.⁴¹

RL 20 luvun 10 §:n 1 momentin mukaan tunkeutumisen on oltava luonteeltaan *seksuaalista*. Sukupuolielimellä tehtävää tunkeutumista toisen kehoon voidaan lähtökohtaisesti pitää aina seksuaalisena. Sen sijaan muulla kuin sukupuolielimellä tehtävä tunkeutumi-

36 Ks. HE 216/2013 vp, s. 42–43.

37 Ojala 2014, s. 70.

38 LaVM 4/2014 vp, s. 8.

39 Matikkala 2018, s. 125.

40 Ojala 2014, s. 70.

41 Matikkala 2018, s. 125.

nen toisen sukupuolielimeen tai peräaukkoon saattaa tilanteesta riippuen olla muutakin kuin seksuaalista.⁴² Selvää on, ettei esimerkiksi muussa kuin seksuaalisessa tarkoituksessa tehtyjä gynekologisia tai lääketieteellisiä toimenpiteitä voida katsoa sukupuoliyhteydeksi.⁴³ Lääketieteellisesti perusteltavissa olevien toimenpiteiden lisäksi voi kuitenkin ilmetä myös muita tilanteita, joissa tunkeutumisen tarkoitus on jokin muu kuin seksuaalinen. Tunkeutumisella ei nimittäin aina välttämättä tavoitella tekijän seksuaalista mielihyvää, vaan teon tarkoituksena voi olla esimerkiksi uhrin nöyryyttäminen tai pahoinpiteleminen.⁴⁴ *Jussi Matikkala* onkin tällä perusteella esittänyt, ettei sukupuoliyhteytenä välttämättä olisi pidettävä sellaista esineellä tehtävää tunkeutumista toisen sukupuolielimeen tai peräaukkoon, jonka tarkoituksena on pelkästään uhrin pahoinpiteleminen.⁴⁵

Itse olen kuitenkin sitä mieltä, että tunkeutumisella toisen sukupuolielimeen tai peräaukkoon on uhrin näkökulmasta aina katsottava olevan seksuaalinen luonne. Miksi muuten tekijä valitsisi nimenomaan esimerkiksi esineen työntämisen vaginaan, kun hän voisi pahoinpidellä uhriaan niin monella muullakin tavalla? Jos tekijä tällaisessa tapauksessa tuomittaisiin raiskauksen sijaan pahoinpitelystä, jäisi teon aiheuttama seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaus kokonaan rikosoikeudellisen arvioinnin ulkopuolelle.⁴⁶ Tällaista lopputulosta ei tietenkään voitaisi pitää tyydyttävänä. Mielestäni esineellä tehtävää tunkeutumista vaginaan tai peräaukkoon onkin siksi aina pidettävä luonteeltaan seksuaalisena riippumatta siitä, oliko teolla tekijän omasta mielestä seksuaalinen vai kenties jokin muu tarkoitus. Poikkeuksen sääntöön voivat nähdäkseni muodostaa ainoastaan edellä mainitut perusteltavissa olevat ja asianmukaisesti suoritettavat lääketieteelliset toimenpiteet.

Sukupuoliyhteys on lähtökohtaisesti sallittua ihmisten välistä kanssakäymistä. Seuraavissa alaluvuissa tarkastellaankin siksi niitä keinoja, joiden käyttäminen, ja toisaalta niitä olosuhteita, joiden hyväksikäyttäminen johtaa rikoslain mukaan siihen, että sukupuoliyhteys muuttuu raiskaukseksi.

42 Ojala 2014, s. 67.

43 HE 216/2013 vp, s. 12.

44 Utriainen 2013, s. 165.

45 Matikkala 2018, s. 126.

46 Utriainen 2013, s. 110, 165.

2.2.2 Väkivallan käyttäminen ja sillä uhkaaminen

RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin mukaan raiskauksesta tuomitaan se, ”joka pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa”. Lainkohta edellyttää nimenomaisesti väkivallan tai sen uhan kohdistuvan *henkilöön*. Väkivallan tai sitä koskevan uhkauksen kohteena ei kuitenkaan tarvitse välttämättä olla se henkilö, johon pakottaminen kohdistuu. Toinen voidaan siten pakottaa sukupuoliyhteyteen myös kohdistamalla väkivalta tai uhkaus johonkin kolmanteen henkilöön.⁴⁷ Välttämätöntä ei liioin ole se, että väkivaltaa käyttävä tai sitä koskevan uhkauksen esittäjä ja uhrin kanssa sukupuoliyhteydessä oleva ovat sama henkilö.⁴⁸

Hallituksen esitöiden mukaan *pakottamisella* voidaan pyrkiä joko estämään pakotetun toimintakyky tai murtamaan hänen vastustahtonsa.⁴⁹ *Jussi Matikkala* puhuu samaa asiaa tarkoittaen vis absolutasta ja vis compulsivasta. Vis absoluta tarkoittaa vastustamatonta pakkoa, josta on kysymys silloin, kun uhrin ruumiinvoimat ylitetään siten, että hän ei fyysisesti pysty toimimaan tilanteessa haluamallaan tavalla. Uhrin toimintakyky saateen estää esimerkiksi pitämällä häntä käsistä ja jaloista kiinni. Vis compulsivassa uhri ei ole fyysisesti estynyt toimimasta tietyllä tavalla, mutta hänen tahtonsa vaikutetaan tavalla, joka saa hänet taipumaan pakottajan tahtoon. Tekijä saattaa esimerkiksi uhata tappaa uhrin, ellei tämä suostu sukupuoliyhteyteen.⁵⁰

Väkivallan tai sen uhan vakavuusasteelle ei laissa tai sen esitöissä ole kuitenkaan asetettu mitään nimenomaisia vaatimuksia. Hallituksen esityksessä on tosin todettu, että sana pakottaminen sinänsä jo osoittaa, että käytetyn väkivallan tai sen uhan on oltava asteeltaan sellaista, että se riittää murtamaan toisen tahdon.⁵¹ Sukupuoliyhteyden on siten oltava henkilöön kohdistuvan väkivallan seurausta, mikä tarkoittaa sitä, että käytetyn väkivallan on tullut olla vähintäänkin siinä määrin intensiivistä, ettei uhri ole voinut välttyä sukupuoliyhteydeltä.⁵² Pakottavuutta arvioitaessa on kuitenkin otettava huomioon paitsi väkivallan voimakkuus tai uhkauksen vakavuus niin myös teko-olosuhteet kokonaisuu-

47 HE 6/1997 vp, s. 172.

48 Matikkala 2018, s. 136.

49 HE 6/1997 vp, s. 172.

50 Matikkala 2018, s. 134–135.

51 HE 6/1997 vp, s. 172.

52 Matikkala 2018, s. 135.

nessaan. Jos uhrin mahdollisuudet puolustautua ovat hyvin vähäiset, saattaa nimittäin melko lievälläkin väkivallalla uhkaaminen riittää uhrin tahdon murtamiseen.⁵³

Voidaan sanoa, että oikeuskäytännössä varsin lievänkin väkivallan on lähtökohtaisesti voitu katsoa täyttävän RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin väkivaltaa koskevan edellytyksen. Henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa on totta kai toisen pahoinpiteleminen. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2014:91 tekijä A oli tarttunut asianomistaja X:ää voimakkaasti kurkusta, raahannut tämän pensaikkoon ja kaatanut maahan. Tämän jälkeen A oli riisunut X:n alavartalon paljaaksi ja levittänyt hänen jalkansa kuristaen X:ää samalla voimakkaasti.⁵⁴ Näin voimakasta väkivaltaa ei kuitenkaan edellytetä, jotta tekijän syyksi voitaisiin lukea raiskaus. Tämä käy ilmi esimerkiksi tapauksen KKO 2013:96 perusteluista. KKO toteaa kyseisen ratkaisun perusteluissa nimenomaisesti, että rikosentekijän käyttämä väkivalta, jota RL 20 luvun 1 §:n 1 momentissa tarkoitetaan, voi olla myös vähäistä. Koska asianomistaja A oli tapauksessa kieltänyt X:n lähentelyt, täyttivät KKO:n mukaan syytteessä kuvattu kouriminen, makuuhuoneeseen työntäminen ja A:n päällä istuminen väkivaltaa koskevan tunnusmerkin.⁵⁵ Myös esimerkiksi sohvalle kaataminen ja vaatteiden riisuminen ovat sellaista väkivaltaa, joka riittää täyttämään RL 20 luvun 1 §:n 1 momentissa tarkoitetun väkivaltaelementin.⁵⁶

Väkivaltaa tai sitä koskevaa uhkausta tulee RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin sanamuodon mukaan käyttää sukupuoliyhteyteen pääsemiseksi. *Timo Ojala* on kiinnittänyt huomiota siihen, ettei lakia säädettäessä ilmeisesti olekaan varauduttu tilanteeseen, jossa toinen osapuoli sukupuoliyhteyden alkamisen jälkeen ilmoittaa haluavansa lopettaa. Jos toinen osapuoli ei tällöin lopeta sukupuoliyhteyttä, on hänen syykseen säännöksen sanamuodosta huolimatta voitava lukea raiskaus. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suoja olisi nimittäin pidettävä varsin vajavaisena, jos oikeutta seksuaaliseen itsemääräämiseen ei suojeltaisi enää sukupuoliyhteyden alkamisen jälkeen. Rangaistusvastuun edellytyksenä kuitenkin on, että tekijä kohdistaa uhriin vähintään kiinnipitämistasoista väkivaltaa, joka mahdollistaa sukupuoliyhteyden jatkamisen.⁵⁷ Mielestäni myös tällaisessa tilanteessa esitettyä uhkausta henkilöön kohdistuvan väkivallan käyttämisestä on kuitenkin pidettävä rangaistusvastuun syntymisen kannalta riittävänä.

53 HE 6/1997 vp, s. 173.

54 KKO 2014:91, k. 2.

55 KKO 2013:96, k. 45–46.

56 Ojala 2014, s. 75.

57 Ibid., s. 77–78.

Henkilöön kohdistuvalla väkivallalla uhkaamisessa on kysymys sellaisesta uhrin tahtoon vaikuttamisesta, joka saa hänet alistumaan sukupuoliyhteyteen. Uhri toisin sanoen valitsee mieluummin vastentahtoisen sukupuoliyhteyden kuin uhkauksen toteutumisen.⁵⁸ Väkivallalla uhkaaminen on usein sanallista, mutta uhkaaminen voi toisaalta tapahtua myös esimerkiksi elein. Tällaisten eleiden on kuitenkin oltava riittävän konkreettisia, jotta niitä voitaisiin pitää väkivallalla uhkaamisena.⁵⁹ Esimerkkinä tällaisesta riittävän konkreettiseksi katsotusta uhkauksesta voidaan mainita tapauksessa KKO 1984:49 esillä ollut tilanne, jossa tekijä M oli teräaseella uhkaamalla taivuttanut asianomistajat A ja B riisuutumaan ja vaatimustaan tehostaakseen raapinut teräaseella A:n poskea ja kaulaa. Väkivallan käytöllä uhkaamisesta ei sen sijaan voida katsoa olevan kyse esimerkiksi yksinomaan sillä perusteella, että henkilö on yleisesti ottaen aggressiivinen.⁶⁰

Väkivallan uhan ei tarvitse olla välitön, vaan uhata voidaan myös vastaisuudessa tehtävällä väkivallalla.⁶¹ Uhkauksen esittäminen tulee kuitenkin myös tällaisessa tilanteessa voida perustellusti katsoa pakottamiseksi.⁶² Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että uhattaessa uhria vastaisuudessa tehtävällä väkivallalla, on kysymys oltava melko vakavalla väkivallalla uhkaamisesta. Toisaalta jos kysymys on jostakin vasta hyvin pitkän ajan kulluttua tehtävästä väkivallasta, uhkauksen tuskin voidaan katsoa sisältävän sellaista pakottamista, jota raiskauksen tunnusmerkistön täytyminen edellyttää.⁶³

Sukupuoliyhteyden pakottaminen pitää sisällään sen, että teon kohde osoittaa vastustavansa sukupuoliyhteyttä.⁶⁴ Alun perin raiskauksen uhrin edellytettiin vastustavan sukupuoliyhteyttä kaikilla mahdollisilla keinoilla.⁶⁵ Nykyisin voimassa olevan raiskaussäännöksen esitöissä lähdetään sen sijaan siitä, ettei uhrilta voida vaatia itsensä vaarantamista teon ehkäisemiseksi, vaan riittävää on, että hän ”selvästi osoittaa vastustavansa sukupuoliyhteyttä”.⁶⁶ Siten uhrilta ei enää edellytetä fyysistä vastarintaa, vaan esimerkiksi sanan ”ei” pitäisi riittää vastustustahdon osoittamiseksi. Lain esityöt ja lainsäädäntö

58 Matikkala 2018, s. 135.

59 Ojala 2014, s. 80.

60 Ibid., s. 79–80.

61 HE 6/1997 vp, s. 172.

62 Rautio 2009, s. 427.

63 HE 6/1997 vp, s. 173.

64 Ojala 2014, s. 73.

65 Utriainen 2013, s. 101.

66 HE 6/1997 vp, s. 172.

ovat tältä osin kuitenkin valitettavalla tavalla ristiriidassa keskenään. RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin väkivaltaelementti käytännössä nimittäin edellyttää uhrin ryhtyvän fyysisiin vastustustoimenpiteisiin. Tämä johtuu siitä, ettei tekijä tyypillisesti käytä väkivaltaa, jollei hän kohtaa vastarintaa. Jos uhri ei vastustele, ei tekijän yksinkertaisesti tarvitse turvautua väkivaltaan sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi. Vaikka lain esitöissä ei siten enää edellytetä fyysistä vastarintaa uhrin taholta, on muutos tässä suhteessa lähinnä vain semanttinen niin kauan, kun raiskauksen tunnusmerkistön täytyminen edellyttää rikosentekijältä väkivallan käyttämistä.⁶⁷ Ongelmallista väkivallan korostamisessa raiskausrikoksen tunnusmerkistötekijänä on myös se, että tällöin itse rikos, seksuaalisen koskemattomuuden loukkaus, jää pimentoon.⁶⁸ Tällöin myös sivuutetaan täysin se tosi-seikka, että raiskaus itsessään on aina väkivaltaa.

2.2.3 Puolustuskyvyttömyys ja tahdottomuus

RL 20 luvun 1 §:n 2 momentin mukaan raiskauksesta tuomitaan myös se, ”*joka käyttämällä hyväkseen sitä, että toinen tiedottomuuden, sairauden, vammaisuuden, pelkotilan tai muun avuttoman tilan takia on kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan*”. Siten sukupuoliyhteys puolustuskyvyttömän henkilön kanssa tai sellaisen henkilön kanssa, joka on kykenemätön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, on raiskaus. Lainkohta edellyttää nimenomaisesti, että uhri on *kykenemätön* puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Siten pelkästään edellä mainitun kyvyn alentuminen ei riitä. Lainkohdassa tarkoitettu kykenemättömyys voi olla pysyvää tai pitkäaikaista, mutta kysymyksessä voi toisaalta olla myös jokin nopeasti ohimenevä tila, ja uhrilta voi samanaikaisesti puuttua yksi tai useampi mainituista kyvyistä.⁶⁹

Säännöksessä edellytetään, että uhrin puolustuskyvyttömyys tai tahdottomuus johtuu tiedottomuudesta, sairaudesta, vammaisuudesta, pelkotilasta tai muusta avuttomasta tilasta. *Tiedottomuus* voi olla seurausta unilääkkeiden, alkoholin tai muiden huumaavien aineiden nauttimisesta.⁷⁰ Tiedottomuuden syynä voi toisaalta olla myös esimerkiksi onnettomuus, sairaskohtaus tai pyörtyminen.⁷¹ Nukkuvan henkilön on aina katsottava ole-

67 Bryden 2000, s. 356–357.

68 Leskinen 2017, s. 199.

69 Matikkala 2018, s. 139.

70 HE 283/2010 vp, s. 11.

71 Matikkala 2018, s. 138.

van puolustuskyvyn, vaikka hän ei olisikaan alkoholin tai minkään muunkaan huumausaineen vaikutuksen alainen.⁷² Tunnusmerkistössä tarkoitettu *sairaus* tai *vammaisuus* voi puolestaan ilmetä sekä fyysisenä että psyykkisenä vammaana tai vajavaisuutena.⁷³ On kuitenkin tärkeää huomata, ettei lainsäätäjän tarkoituksena ole ollut kriminalisoida sellaisia sairaiden tai vammaisten henkilöiden seksuaalisuhteita, joissa ei loukata kummankaan osapuolen seksuaalista itsemääräämisoikeutta, vaan RL 20 luvun 1 §:n 2 momentin soveltamisen edellytyksenä on, että tekijä käyttää jotakin lainkohdassa tarkoitettua uhrin sairaudesta tai vammaisuudesta johtuvaa kykenemättömyyttä hyväkseen.⁷⁴

Pelkotilalla taas tarkoitetaan sellaista pelon aiheuttamaa tilaa, joka lamauttaa henkilön puolustuskyvyn joko sen vuoksi, että hän pitää puolustautumista liian vaarallisena tai sen vuoksi, ettei hän pelkonsa vuoksi pysty toimimaan oman tahtonsa mukaisesti.⁷⁵ Uhri saattaa siis ikään kuin ”jähmettyä kauhusta”.⁷⁶ Hallituksen esityksessä mainitaan tästä esimerkkinä tilanne, jossa asuntoon murtautuva henkilö saa uhrissaan aikaan sellaisen pelkotilan, jossa tämä alistuu vastentahtoiseen sukupuoliyhteyteen ilman mitään nimenomaista uhkaustakin. Vastaavaan pelkotilaan voi joutua myös henkilö, joka toiselta autokyydin saatuaan huomaakin kuljettajan olevan tilassa, jossa vähäisinkin vastustus saattaa johtaa väkivaltaan.⁷⁷ Raiskaus voi olla perusteltua hahmottaa pelkotilan hyväksikäyttämisenä toisaalta myös esimerkiksi perheväkivaltatilanteissa. Jos mies on kohdistanut vaimoonsa väkivaltaa pidemmän aikaa, voi miehen väkivaltainen käytös olla saanut naisessa aikaan sellaisen pelkotilan, jonka vuoksi hän on kykenemätön ilmaisemaan tahtoaan.⁷⁸

Muulla avuttomalla tilalla voidaan tarkoittaa esimerkiksi lääkkeitä tai huumausaineista johtuvaa tahdottomuutta, vaikka uhri ei olisikaan tiedoton.⁷⁹ Voimakkaan päihtymyksen vuoksi uhrin tahdonilmaisukyky voi nimittäin olla tosiasiallisesti menetetty, vaikka hän sinänsä olisikin hereillä.⁸⁰ Pelkkää estojen löystymistä ei sen sijaan voida pitää lainkohdassa tarkoitettuna puolustuskyvyttömyytenä tai tahdottomuutena.⁸¹ Henki-

72 HE 283/2010 vp, s. 11.

73 HE 6/1997 vp, s. 179.

74 HE 283/2010 vp, s. 11.

75 HE 6/1997 vp, s. 173.

76 Matikkala 2018, s. 139.

77 HE 6/1997 vp, s. 173.

78 Ojala 2014, s. 74.

79 HE 283/2010 vp, s. 11.

80 Ojala 2014, s. 89.

81 HE 283/2010 vp, s. 11.

lön käytös kun voi päihdyttävien aineiden vaikutuksen alaisena olla jossain määrin esto-
tonta ja kenties jopa hänen normaalin käyttäytymisensä vastaista. Jos henkilö on kuiten-
kin ennen sukupuoliyhteyttä ollut tahdonmuodostus- ja ilmaisukykyinen, ei sukupuoli-
yhteys jälkikäteen tietenkään muutu raiskaukseksi, vaikka henkilö saattaakin sinänsä ol-
la pettynyt siihen, että tilanne pääsi kehittymään sukupuoliyhteyteen asti.⁸²

RL 20 luvun 1 §:n 2 momentissa tarkoitetusta raiskauksesta on kysymys silloin, kun
tekijä *käyttää hyväkseen* jostakin edellä mainitusta syystä johtuvaa uhrin kykenemättö-
myyttä puolustaa itseään tai muodostaa tai ilmaista tahtoaan. Lainkohdan soveltamisen
kannalta on sen sijaan merkityksetöntä, onko tekijä aiheuttanut uhrin tilan vai ei. Tämä
johtuu siitä, ettei uhrin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen suurus riipu
siitä, mikä on ollut tekijän osuus uhrin puolustuskyvyttömän tilan syntymisessä.⁸³ Kysy-
mys on siten raiskauksesta riippumatta siitä, onko tekijä saattanut uhrin tiedottomaan ti-
laan, onko uhri juonut itse itsensä sammuksiin, vai onko alkoholin nauttiminen tapahtu-
nut kenties yhdessä tekijän kanssa.⁸⁴ Näillä seikoilla voi toki olla merkitystä rangaistuk-
sen mittaamisen kannalta.⁸⁵

Kuten edellä RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin osalta jo todettiin, olisi seksuaalisen itse-
määräämisoikeuden suoja pidettävä varsin vajavaisena, jos oikeutta seksuaaliseen itse-
määräämiseen ei suojattaisi enää sukupuoliyhteyden alkamisen jälkeen.⁸⁶ Siksi myös-
kään RL 20 luvun 1 §:n 2 momentin soveltamisen kannalta ei nähdäkseni ole merkitystä
sillä, käyttikö tekijä hyväkseen sellaista uhrin avutonta tilaa, joka oli olemassa jo hänen
ryhtyessään sukupuoliyhteyteen uhrin kanssa, vai joutuiko uhri johonkin lainkohdan tar-
koittamaan avuttomaan tilaan vasta sukupuoliyhteyden aloittamisen jälkeen. Tämä tar-
koittaa käytännössä sitä, että jos toinen esimerkiksi sairaskohtauksen vuoksi menettää
tajuntansa sukupuoliyhteyden kestäessä, tulee sukupuoliyhteyden toisen osapuolen lo-
pettaa yhdyntä seksuaalirikokseen syyllistymisen uhalla.

RL 20 luvun 1 §:n 2 momentti ei myöskään edellytä, että pelkotilaan tai muuhun puo-
lustuskyvyttömään tilaan joutunut vastustaa sukupuoliyhteyttä. Tällaisessa tilassa oleva

82 Ks. Ojala 2014, s. 85–88.

83 HE 283/2010 vp, s. 7.

84 Utriainen 2012, s. 274.

85 HE 283/2010 vp, s. 11.

86 Ojala 2014, s. 78.

henkilö kun ei välttämättä aina edes kykene osoittamaan tahtoaan.⁸⁷ Lainkohdan mukaan ei kuitenkaan riitä, että uhri on avuttomassa tilassa, vaan lisäksi edellytetään, että hän on mainitun tilansa vuoksi myös kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. On kuitenkin väärin edellyttää uhrin puolustuskyvyn tai tahdonmuodostuksen täydellistä puuttumista, jotta tekijän syyksi voidaan lukea raiskaus.⁸⁸ Puolustuskyky ja tahdonmuodostus kun eivät ole ”kaikki tai ei mitään” -tiloja, vaan useimmissa tapauksissa ne ovat pikemminkin heikentyneet, eivät kokonaan poissa.⁸⁹ Mielestäni tulisikin siksi pitää riittävänä sitä, että uhri on jossakin lainkohdan mainitsemassa avuttomassa tilassa, jota hyväksikäyttämällä tekijä on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan. Sen sijaan laissa ei tulisi edellyttää, että uhri on avuttoman tilansa vuoksi tosiasiallisesti myös kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan.

2.2.4 ”Vähemmän vakava” raiskaus

RL 20 luvun 1 §:n 3 momentissa säädetään raiskauksen tekomuodosta, josta ainakin *Timo Ojala* on tietoisesti valinnut käyttää termiä ”vähemmän vakava raiskaus”.⁹⁰ RL 20 luvun 1 §:n 3 momentissa tarkoitettujen tekojen vähempiasteiseen vakavuuteen viitataan suoraan myös lain sanamuodossa. Lainkohdan soveltamisalaan kuuluvat nimittäin tapaukset, joissa ”*raiskaus huomioon ottaen uhkauksen vähäisyys taikka muut rikokseen liittyvät seikat on kokonaisuutena arvostellen vähemmän vakava kuin 1 ja 2 momentissa tarkoitettut teot*” sekä tapaukset, joissa rikoksentehtyjä ”*muulla kuin 1 momentissa tarkoitettulla uhkauksella pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen*”. Rangaistusuhka 3 momentissa tarkoitettusta raiskauksesta on myös tavanomaiseen raiskaukseen liittyvää rangaistusuhkaa alhaisempi, neljästä kuukaudesta neljään vuoteen vankeutta.

Tässä kohtaa on syytä korostaa, että RL 20 luvun 1 §:n 3 momentin soveltaminen ei ole mahdollista, jos raiskauksessa on käytetty väkivaltaa. Väkivaltaa sisältävät teot rangaistetaan aina RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin mukaisina raiskauksina, eikä käytetyn väkivalan vähäisyys ole peruste 3 momentin soveltamiselle.⁹¹ Arvioitaessa sitä, onko kysymys 20 luvun 1 §:n 3 momentin soveltamisalaan kuuluvasta raiskauksesta otetaan sen sijaan

87 HE 6/1997 vp, s. 173.

88 Niemi 2017, s. 465.

89 Hahto 2004, s. 506.

90 Ks. Ojala 2014, s. 90–95.

91 HE 216/2013 vp, s. 39, 57.

huomioon uhkauksen vähäisyys ja muut rikokseen liittyvät seikat.

Lainkohdan soveltaminen voi siten tulla kyseeseen ensinnäkin silloin, kun sukupuoliyhteys on toteutettu *vähäisellä uhkauksella käyttäen väkivaltaa*. Hallituksen esitöissä todetaan, että uhkauksen on kuitenkin myös tällöin oltava sellainen, että se riittää murtaamaan toisen tahdon.⁹² Mielestäni on jossain määrin epäselvää, mitä tällä tarkoitetaan. Voidaan kysyä, onko tällaisia uhkauksia ylipäätään olemassa?⁹³ Joka tapauksessa lainkohta lähtee siitä, ettei mitään kovin vakavaa väkivaltaa tarkoittavaa uhkausta käyttäen toteutettua sukupuoliyhteyttä voida pitää 3 momentin mukaisella tavalla ”vähemmän vakavana” raiskauksena.

Myös *muut rikokseen liittyvät seikat* voivat johtaa RL 20 luvun 1 §:n 3 momentin soveltamiseen. Uhkauksen vähäisyyden lisäksi keskeisiä arviointiperusteita ovat ainakin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen laatu ja suuruus.⁹⁴ Tässä arvioinnissa tulee *Timo Ojalan* mukaan ottaa huomioon muun muassa teon nöyryyttävyys ja suunnitelmallisuus. Nämä seikat puhuvat 3 momentin soveltamista vastaan. Ojalan mukaan huomioon tulee ottaa myös se, minkälaisesta sukupuoliyhteydestä on ollut kysymys. Hänen mukaansa esimerkiksi sormen työntämistä vaginaan on pidettävä vähemmän vakavana tekona kuin sukupuolielimellä tehtävää sukupuoliyhteyttä.⁹⁵ Mielestäni lähtökohtaa on kuitenkin pidettävä virheellisenä, sillä seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen suuruus ei välttämättä riipu siitä, millä tunkeutuminen tehdään.⁹⁶ Korkein oikeus vaikuttaa olevan asiasta kanssani samaa mieltä. Korkeimman oikeuden kanta käy ilmi ratkaisun KKO 2017:69 perusteluista, joissa todetaan nimenomaisesti, ettei sormin tehtyä raiskausta voida lähtökohtaisesti pitää vähemmän vakavana tekona kuin sukupuolielimellä tehtyä raiskausta, vaan seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen vakavuutta koskeva arvio tulee tehdä kokonaisarvostelun perusteella.⁹⁷

Ojalan mukaan muita rikokseen liittyviä seikkoja koskevassa arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota myös siihen, minkälaisissa olosuhteissa sukupuoliyhteys on tapahtunut ja minkälaiset tapahtumat sukupuoliyhteyttä ovat edeltäneet. Ojalan mukaan vähemmän

92 Ibid., s. 57.

93 Leskinen 2017, s. 206.

94 HE 216/2013 vp, s. 57.

95 Ojala 2014, s. 91.

96 Näin myös HE 216/2013 vp, s. 43.

97 KKO 2017:69, k. 26.

vakavasta raiskauksesta voisi olla kysymys esimerkiksi tapauksessa, jossa rikosta on edeltänyt tekijän ja uhrin välinen yhteinen ajanvietto esimerkiksi asunnossa tai ravintolassa.⁹⁸ Itse olen kuitenkin sitä mieltä, ettei sukupuoliyhteyttä edeltänyt yhteinen ajanvietto ole mikään peruste pitää raiskausta tavanomaista raiskausta vähemmän vakavana tekona. Avioliitto, parisuhde tai seurustelu eivät vähennä kenenkään seksuaalista itsemääräämisoikeutta⁹⁹, enkä siksi näe mitään syytä katsoa minkään muunkaanlaisen yhteisen ajanvieton sitä vähentävän.

RL 20 luvun 1 §:n 3 momentissa tarkoitettua raiskauksesta on toiseksi kysymys silloin, kun tekijä pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen *muulla kuin 1 momentissa tarkoitetulla uhkauksella*. Lainkohta soveltuu siten tapauksiin, joissa tekijä pakottaa uhrin sukupuoliyhteyteen uhkaamalla muulla kuin henkilöön kohdistuvalla väkivallalla. Uhkauksessa voi siten olla kysymys toisen uhkaamisesta jollakin muulla rikoksella kuin henkilöön kohdistuvalla väkivaltarikoksella. Uhkauksen ei kuitenkaan välttämättä tarvitse olla oikeudenvastainen sinänsä, vaan toinen voidaan pakottaa sukupuoliyhteyteen uhkaamalla esimerkiksi paljastaa tämän tekemä rikos tai jokin muu tätä koskeva haitallinen tieto esimerkiksi uhatun puolisolle tai työnantajalle. Välttämätöntä ei myöskään ole, että uhkaus kohdistetaan siihen henkilöön, johon pakottaminen kohdistuu, vaan uhkauksen kohteena voi olla myös joku kolmas henkilö. Olennaista on, että uhkaus on kaikesta huolimatta siinä määrin todellinen, että se on saanut toisen alistumaan sukupuoliyhteyteen. Tärkeää on kuitenkin huomata, ettei uhkaaminen avioerolla tai parisuhteen katkaisemisella ole säännöksessä tarkoitettua pakottamista.¹⁰⁰

RL 20 luvun 1 §:n 3 momentti antaa mielestäni täysin väärän kuvan siinä tarkoitetun teon luonteesta. Ilmais ”*vähemmän vakava kuin 1 ja 2 momentissa tarkoitetut teot*” kun antaa ymmärtää, että 3 momentissa tarkoitettu raiskaus olisi jollakin tavalla lievä.¹⁰¹ Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen vakavuus ei kuitenkaan mielestäni ole riippuvainen siitä, onko uhri pakotettu sukupuoliyhteyteen väkivaltaisesti, onko teki-

98 Ojala 2014, s. 91.

99 HE 216/2013 vp, s. 57.

100 HE 6/1997 vp, s. 175–176.

101 RL 20 luvun 1 §:n 3 momentissa tarkoitettut teot olivatkin alun perin rangaistavia raiskauksen lievänä tekemuotona, RL 20 luvun 3 §:ssä (563/1998) tarkoitettuna pakottamisena sukupuoliyhteyteen. Rikosenimikkeestä luovuttiin kuitenkin vuonna 2014 ja sukupuoliyhteyteen pakottamisena rangaistut teot siirrettiin raiskauksen tunnusmerkistön alle (509/2014). Lainmuutoksen nimenomaisena tarkoituksena oli poistaa mahdolliset mielleyhtymät teon vähäisyydestä. Lainmuutosta ei kuitenkaan voida pitää tässä suhteessa kovin onnistuneena, sillä lakitekstissä puhutaan edelleen ”vähemmän vakavasta” raiskauksesta. Ks. lainmuutoksesta käydystä keskustelusta tarkemmin HE 216/2013 vp, s. 38–40.

jä käyttänyt hyväkseen uhrin avutonta tilaa, vai onko uhri pakotettu sukupuoliyhteyteen uhkaamalla kenties jollakin muulla kuin henkilöön kohdistuvalla väkivallalla. *Johanna Niemi-Kiesiläinen* onkin todennut että, uhrin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden kannalta lopputulos on sama, pakotettiin uhri sukupuoliyhteyteen sitten veitsi kurkulla tai uhkaamalla tätä esimerkiksi työpaikan menetyksellä.¹⁰² Mielestäni RL 20 luvun 1 §:n 3 momentti voitaisiinkin siksi hyvillä mielin poistaa, jolloin mitään ”vähemmän vakavaa” tai ”lievää” raiskausta ei olisi.

2.2.5 Tahallisuus

RL 3 luvun 5 §:n (515/2003) 1 momentti asettaa rangaistusvastuun edellytykseksi rikollisen menettelyn tahallisuuden tai tuottamuksellisuuden. Lainkohdan 2 momentin mukaan jollei toisin säädetä, on rikoslaissa tarkoitettu teko rangaistava ainoastaan tahallisesti tehtynä. Raiskausta koskevat rangaistussäännökset eivät sisällä tekijän tuottamuksellista menettelyä koskevaa erillistä mainintaa. Raiskauksen syyksilukeminen edellyttääkin tekijän toiminnalta siksi *tahallisuutta*.

RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa tarkoittaa tekijän toiminnalle asetettu tahallisuusvaatimus sitä, että tekijän tulee ymmärtää sukupuoliyhteyden toisen osapuolen taipuneen hänen tahtoonsa väkivaltaisen menettelyn seurauksena. Tekijän tahallisuus lienee tällöin lähtökohtaisesti selvää. *Ilkka Rautio* mukaan ongelmia tahallisuuden täyttymisen suhteen voikin syntyä lähinnä tilanteissa, joissa tekijän on onnistunut murtaa uhrin vastustus suhteellisen lievällä väkivallalla tai väkivallan uhalla.¹⁰³

RL 20 luvun 1 §:n 2 momentissa tarkoitetuissa tapauksissa tekijältä edellytetään puolestaan sen mieltämistä, että sukupuoliyhteyden toinen osapuoli on avuttoman tilan takia kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, ja että sukupuoliyhteyden alistuminen on ollut seurausta tästä avuttomasta tilasta.¹⁰⁴ Tiedoton henkilö on totta kai puolustuskyvytön, mutta sen sijaan esimerkiksi päihtyneen henkilön tahdonmuodostuskykyyn voi liittyä epäselvyyttä. Jos sukupuoliyhteyden toinen osapuoli on alkoholin nauttimisen seurauksena ollut kuitenkin kovin passiivinen ja tahdoton,

102 Niemi-Kiesiläinen 2000, s. 152.

103 Rautio 2009, s. 428.

104 HE 216/2013 vp, s. 6.

on tekijän täytynyt ymmärtää hänen olleen avuttoman tilansa takia kykenemätön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan.¹⁰⁵

RL 20 luvun 1 §:n 3 momentissa tarkoitetuissa tapauksissa on tahallisuusvaatimuksen taas katsottava edellyttävän, että tekijä mieltää uhrin alistuneen sukupuoliyhteyteen hänen tälle esittämän uhkauksen seurauksena. Tekijän on toisin sanoen pitänyt ymmärtää, että uhri uskoo uhkauksen toteuttamiseen, ja että sukupuoliyhteyteen alistuminen on johtunut tästä.¹⁰⁶

2.2.6 Suostumuksen puuttuminen?

Kuten edellä luvussa 2.1 todettiin, seksuaalinen itsemääräämisoikeus on tahdon asia, ja siksi sukupuoliyhteyden tulee perustua molempien osapuolten suostumukseen.¹⁰⁷ RL 20 luvun 1 §:n sisältämä raiskauksen määritelmä ei kuitenkaan aseta uhrin suostumuksen puuttumista raiskausrikoksen itsenäiseksi tunnusmerkistötekijäksi, eikä raiskauksen tunnusmerkistö muutenkaan sisällä mitään uhrin puuttuvaa suostumusta koskevaa suoranaista mainintaa. *Tapio Lappi-Seppälän* mukaan raiskauksen tunnusmerkistö kuitenkin edellyttää toimimista vastoin uhrin tahtoa.¹⁰⁸ *Vilja Hahto* onkin huomauttanut, että suostumuksen puute on toisinaan pääteltävissä rangaistavuuden edellytykseksi joko suoraan lain sanamuodon perusteella tai ainakin tulkinnan kautta. Hänen mukaan suostumuksen puuttumiseen viittaa raiskauksen tunnusmerkistössä ilmaisu ”joka pakottaa toisen”.¹⁰⁹ *Helena Jokila* on puolestaan tuonut esiin, että uhrin tahdonvastaisuuteen viitataan myös RL 20 luvun 1 §:n esitöissä. Tällaisia viittauksia sisältyy ainakin sellaisiin ilmaisuihin kuin ”(vastustus)tahdon murtaminen”, pelkotilan aiheuttama kyvyttömyys toimia ”oman tahtonsa mukaisesti”, ”vastentahtoinen alistuminen” ja ”tahdottomuus”.¹¹⁰

Myös *Timo Ojala* on lähtenyt siitä, että uhrin suostumuksen puuttuminen on raiskausta koskevassa rangaistussäännöksessä sisäänrakennettuna oletuksena. Tätä hän perustelee sillä, ettei väkivallalla tapahtuvalle pakottamiselle olisi tarvetta, jos uhri olisi suostuvainen sukupuoliyhteyteen. Tekijä ei myöskään voi olettaa suostumusta annetuksi, jos uhri

105 Ks. Ojala 2014, s. 86–88.

106 HE 6/1997 vp, s. 176.

107 Utriainen 2013, s. 101.

108 Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 507.

109 Hahto 2004, s. 242.

110 Jokila 2010, s. 61–62. Ks. myös HE 6/1997 vp, s. 172–173.

on tiedoton tai muussa RL 20 luvun 1 §:n 2 momentissa tarkoitettussa avuttomassa tilassa ja siten kykenemätön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Ojalan mukaan raiskaukseen on siksi mahdollista syyllistyä vain, jos sukupuoliyhteys toteutetaan ilman toisen osapuolen suostumusta.¹¹¹

Petter Aspin mukaan suostumus on määritelty lakitekstissä negatiivisesti. Toisin sanoen suostumusta sukupuoliyhteyteen ei ole, jos tekijä käyttää jotakin lakitekstissä mainittua keinoa (väkivalta, uhkaus) tai hyväksikäyttää jotakin siinä mainittua olosuhdetta (uhrin avuton tila) sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi. Raiskauksen tunnusmerkistön voidaan siten katsoa rakentuvan suostumuksen puuttumisen varaan siitä huolimatta, ettei raiskauksen tunnusmerkistöä suoranaisesti olekaan muotoiltu uhrin puuttuvan suostumuksen kautta. Asp konkretisoi näkemystään liikenne rikoksia koskevalla esimerkillä todeten, että jos lailla halutaan ehkäistä liikenneonnettomuuksia, ei ole välttämätöntä, että lailla kielletäisiin nimenomaan liikenneonnettomuuksien aiheuttaminen. Sen sijaan lailla voidaan kieltää esimerkiksi sallitun enimmäisnopeuden ylittäminen ja rattijuopumus.¹¹² Aspin esimerkkiä analogisesti seuraten voidaan siten todeta, että jos lailla halutaan ehkäistä suostumuksen vastaisia sukupuoliyhteyksiä, ei ole välttämätöntä, että lailla kielletäisiin sukupuoliyhteys nimenomaan suostumuksen puuttuessa. Sen sijaan voidaan kriminalisoida esimerkiksi väkivaltaiseen pakottamiseen perustuva sukupuoliyhteys ja sukupuoliyhteys puolustuskyvyttömän henkilön kanssa.

Nähdäkseni onkin itsestään selvää, että suostumus sukupuoliyhteyteen puuttuu silloin, kun tekijä pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen väkivaltaa tai uhkausta käyttämällä tai silloin, kun tekijä on sukupuoliyhteydessä uhrinsa kanssa käyttämällä hyväkseen tämän puolustuskyvyttömyyttä tai kykenemättömyyttä tahdon muodostamiseen tai ilmaisemiseen. Yhtä itsestään selvää on, että raiskauksesta ei voi olla kysymys silloin, kun sukupuoliyhteys perustuu osapuolten molemminpuoliseen suostumukseen. Raiskaukseen voi siksi syyllistyä ainoastaan, jos sukupuoliyhteys toteutetaan vastoin toisen osapuolen tahtoa. Siten suostumuksen puuttuminen on osa voimassa olevaa raiskauksen tunnusmerkistöä siitä huolimatta, ettei sanaa ”suostumus” tai sen ”puute” löydykään nykyisen RL 20 luvun 1 §:n sanamuodosta. Suostumuksen puuttuminen on toisin sanoen raiskausrikkoksen eräänlainen julkilausumaton tai hiljainen tunnusmerkistötekijä.

111 Ojala 2014, s. 59.

112 Asp 2010, s. 33, 48.

Eri asia sitten on, voidaanko tällaista lainsäädännöllistä tilaa, jossa rikoksen tunnusmerkistöön kuuluu sellaisia tunnusmerkistökijöitä, jotka eivät suoraan ilmene lain sanamuodosta, pitää tyydyttävänä. Eri asia on myös se, kattaako RL 20 luvun 1 § nykyisessä muodossaan kaikki ne tilanteet, joissa sukupuoliyhteys toteutetaan ilman teon kohteena olevan henkilön suostumusta vai ei. Nähdäkseni lainkohta ei kata kaikkia tällaisia tilanteita. Ongelmallisina tässä suhteessa voidaan pitää ainakin tapauksia, joissa sukupuoliyhteys on ollut teon kohteena olleen henkilön tahdonvastainen, mutta mitään väkivaltaa tai uhkausta sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi ei ole käytetty, eikä uhri ole myöskään ollut avuttomassa tilassa.¹¹³ Siten voimassa oleva raiskaussäännös ei tarjoa kattavaa suojaa suostumuksen vastaisesti toteutettavia sukupuoliyhteyksiä vastaan. Tämä on yksi niistä syistä, miksi raiskauksen määritelmän muuttamista suostumuslähtöiseksi tulisi vakavasti harkita.

Useissa maissa raiskaus onkin määritelty niin kutsutun suostumusmallin pohjalta. Tällöin on kysymys siitä, että suostumuksen puuttuminen on nostettu raiskauksen määritelmän *lähtökohdaksi*. Suostumuksen puuttuminen on omaksuttu raiskauksen määritelmän lähtökohdaksi paitsi monen maan kansallisessa lainsäädännössä niin myös useilla kansainvälisillä areenoilla. Seuraavassa luvussa selvitetäänkin sitä, millä tavalla raiskaus on eräissä muissa Euroopan valtioissa määritelty, ja minkälainen näkökanta raiskauksen määritelmän suhteen on toisaalta kansainvälisesti omaksuttu.

3. Raiskauksen ulkomaiset ja kansainväliset määritelmät

3.1 Raiskauksen ulkomaiset määritelmät

3.1.1 Norja

Norjassa seksuaalirikoksia säännellään rikoslain (straffeloven) 26 luvussa. Lain 291 §:n mukaan raiskauksesta (voldtekt) tuomitaan se, joka pakottaa toisen seksuaaliseen kanssakäymiseen väkivallalla tai uhkaavalla käytöksellä. Raiskauksesta tuomitaan myös se,

¹¹³ SOU 2016:60, s. 178–179.

joka on seksuaalisessa kanssakäymisessä sellaisen henkilön kanssa, joka on tiedoton tai muusta syystä kykenemätön vastustamaan tekoa sekä se, joka väkivallalla tai uhkaavalla käytöksellä saa uhrin harjoittamaan seksuaalista kanssakäymistä jonkun toisen henkilön kanssa tai tekemään vastaavan teon itselleen. Norjassa raiskaus on siten määritelty, Suomen tapaan, osoittamalla laissa ne keinot, joita rikoksen toteuttamiseksi voidaan käyttää ja toisaalta ne olosuhteet, joiden hyväksikäyttäminen mahdollistaa rikoksen tekemisen. Raiskausrikoksen tekemisessä käytettäviä keinoja ovat lain 291 §:n mukaan väkivalta ja uhkaava käytös. Vaihtoehtoisesti raiskaus voidaan toteuttaa käyttämällä hyväksi uhrin tiedottomuudesta tai muusta syystä johtuvaa kykenemättömyyttä teon vastustamiseen. Raiskauksesta tuomittava rangaistus on Norjassa enintään kymmenen vuotta vankeutta.

Rikoslain 291 §:ssä puhutaan seksuaalisesta kanssakäymisestä (seksuell omgang). Seksuaalisella kanssakäymisellä tarkoitetaan Norjan laissa paitsi varsinaista sukupuoliyhteyttä niin myös esimerkiksi masturbointia ja sukupuolielinten nuolemista.¹¹⁴ Siten Norjan raiskausta koskeva rangaistussäännös soveltuu lähtökohtaisesti laajempaan joukkoon tekoja kuin Suomen RL 20 luvun 1 §. Sukupuoliyhteyteen ja muunlaiseen seksuaaliseen kanssakäymiseen sovelletaan Norjassa kuitenkin eritasoisia rangaistusasteikoita. Rikoslain 292 §:n mukaan jos kysymys on ollut sukupuoliyhteydestä (samleie), tuomitaan rikoksenteijä vankeuteen vähintään kolmeksi ja enintään viideksitoista vuodeksi. Sama kovennettu rangaistusuhka soveltuu lisäksi tapauksiin, joissa uhrin tiedottomuus tai muusta syystä johtuva kykenemättömyys vastustaa tekoa aiheutui tekijästä johtuvasta syystä. Muunlaisiin tekoihin sovelletaan sen sijaan lain 291 §:n mukaista kymmenen vuoden enimmäisrangaistusta.

3.1.2 Tanska

Tanskan rikoslain (straffelov) 24 luku koskee seksuaalirikoksia. Lain 216 §:n mukaan raiskaukseen (voldtægt) syyllistyy se, joka käyttämällä väkivaltaa tai väkivallalla uhkaamalla pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen (samleje). Raiskaukseen syyllistyy lainkohdan mukaan myös se, joka muuta laitonta pakkoa käyttämällä on sukupuoliyhteydessä toisen henkilön kanssa sekä se, joka on sukupuoliyhteydessä sellaisen henkilön kanssa, joka ei kykene tekoa vastustamaan. Raiskauksesta tuomittava rangaistus on enintään kahdeksan vuotta vankeutta. Lain 218 §:ssä säädetään lisäksi enintään neljän vuoden vankeusran-

114 Ks. Ertzeid 2006, s. 341–342.

gaistus sille, joka on sukupuoliyhteydessä toisen henkilön kanssa käyttämällä hyväkseen tämän mielisairautta tai henkistä kehitysvammaisuutta. Lainkohdassa rikosta ei tosin ole suoranaisesti nimetty raiskaukseksi.

Myös Tanskassa on siten omaksuttu sääntelymalli, jossa raiskaus on määritelty rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden kautta. Tekijä voi ensinnäkin käyttää väkivaltaa tai uhkausta saadakseen toisen alistumaan sukupuoliyhteyteen. Toiseksi tekijä voi käyttää hyväkseen sellaista uhrin tilaa, jossa tämä on kykenemätön vastustamaan tekoa. Kysymykseen voi tulla myös toisen mielisairauden tai henkisen kehitysvammaisuuden hyväksikäyttäminen sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi. Tanskan rikoslain 225 §:n mukaan sukupuoliyhteyden rinnastetaan kuitenkin myös muu seksuaalinen toiminta (andet seksuelt forhold). Siten myös tanskalainen käsitys koskien raiskaukseksi katsottavien tekojen piiriä on suomalaista näkemystä jossain määrin laajempi.

3.1.3 Itävalta

Itävallan rikoslain (Strafgesetzbuch) 201 §:n mukaan raiskauksesta tuomitaan se, joka pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen tai siihen rinnastettavaan seksuaaliseen tekoon. Pakottaminen voi tapahtua väkivallalla, henkilökohtaisen vapauden riistämällä taikka henkeen tai terveyteen kohdistuvalla uhkauksella. Raiskauksesta tuomittava rangaistus on yhdestä kymmeneen vuotta vankeutta. Itävallassakin on siten omaksuttu raiskauksen määritelmä, jossa teon tunnusmerkistö edellyttää tekijän käyttävän jotakin laissa yksilöityä keinoa sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi. Lain tuntemia keinoja ovat väkivalta, henkilökohtaisen vapauden riistäminen ja henkeen tai terveyteen kohdistuva uhkaus. Itävallan rikoslain sisältämälle raiskauksen määritelmälle on kuitenkin ominaista se, ettei se sovellu tapauksiin, joissa sukupuoliyhteys on perustunut jonkin uhrin henkilökohtaista tilaa koskevan erityisen olosuhteen hyväksikäyttämiseen. Sen sijaan tällaisiin tapauksiin sovelletaan rikoslain 205 §:ää, jolloin rikosnimikkeenä on puolustuskyvyttömän tai psyykkisesti sairaan henkilön seksuaalinen hyväksikäyttö. Rikoksesta tuomittava rangaistus vastaa ankaruudeltaan raiskauksesta tuomittavaa rangaistusta.

Vaikka raiskaus on Itävallan rikoslaissa edellä kuvatulla tavalla siten lähtökohtaisesti määritelty rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden

den kautta, sisältää laki tästä huolimatta myös suostumuksen puuttumista koskevia elementtejä. Rikoslain 205a §:ssä säädetään nimittäin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaamisrikoksesta. Lainkohta soveltuu sellaisiin tahdonvastaisesti toteutettaviin sukupuoliyhteyksiin, joita ei ole säädetty jonakin muuna rikoksena ankarammin rangaistaviksi. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaamisrikoksesta tuomittava rangaistus on enintään kaksi vuotta vankeutta.

3.1.4 Englanti

Englannissa on sen sijaan omaksuttu täysin toisenlainen tapa lähestyä kysymystä raiskauksen määrittelemisestä. Toisin kuin esimerkiksi Norjassa, Tanskassa, Itävallassa tai Suomessa niin Englannissa raiskauksen tunnusmerkistö rakentuu uhrin puuttuvan suostumuksen varaan. Suostumuksen puuttuminen on toisin sanoen omaksuttu raiskauksen määritelmän lähtökohdaksi. Englannin seksuaalirikoslain (Sexual Offences Act 2003) 1 ja 2 kappaleissa onkin kriminalisoitu suostumuksen vastainen tunkeutuminen toisen henkilön kehoon. Suostumuksen olemassaoloa arvioidaan aina kulloistenkin olosuhteiden valossa ja tässä arvioinnissa tulee kiinnittää huomiota myös siihen, minkälaisiin toimenpiteisiin tekijä on ryhtynyt varmistuakseen siitä, että toinen osapuoli on ollut suostuvainen tekoon.

Seksuaalirikoslain kappaleessa 74 edellytetään, että suostumus tekoon on annettu vapaaehtoisesti, ja että henkilöllä on ollut vapaus ja kyky suostumuksen antamiseen. Kappaleissa 75 ja 76 puolestaan luetellaan ne olosuhteet, joiden vallitessa teon rikosoikeudellisessa arvioinnissa tulee lähteä siitä, ettei suostumusta tekoon ollut olemassa. Suostumuksen katsotaan puuttuvan ensinnäkin silloin, jos teko on toteutettu käyttämällä väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää väkivaltaa. Suostumuksen katsotaan puuttuvan myös tapauksissa, joissa uhrin vapaus on ollut laittomasti riistettynä, tai joissa teon kohteena on ollut nukkuva tai muusta syystä tiedoton henkilö. Uhri on saattanut olla myös jonkin fyysisen vamman vuoksi kykenemätön ilmaisemaan suostumustaan tai sen puuttumista, tai sitten hän on voinut olla jonkin huumaavan aineen vuoksi tokkurainen tai voimaton. Tekijä saattoi myös erehdyttää uhriaan antamalla tälle virheellisen kuvan tekonsa luonteesta tai tarkoituksesta tai esittämällä olevansa joku toinen, uhrin henkilökohtaisesti tuntema henkilö, saadakseen tämän suostumaan sukupuoliyhteyteen kanssaan.

Englannin seksuaalirikoslaissa omaksuttu raiskauksen määritelmä pyörii siten käsitteen ”suostumus” ympärillä. *Terttu Utriainen* on todennut, että Englannin seksuaalirikoslaki, joka edellä kuvatulla tavalla sisältää useita suostumusta koskevia lainkohtia ja joka tarkasti ja konkreettisesti määrittelee sen, milloin suostumus on olemassa ja milloin sitä ei toisaalta voida antaa, on suomalaiseseen rikoslakiin verrattuna kuin eri vuosituhannelta. Utriainen ei millään muotoa tarkoita arvostella englantilaista kirjoitustapaa, vaan hänen toteamuksensa on päinvastoin positiivisesti latautunut.¹¹⁵ Ilmeisesti Utriainen pitää suostumuksen puuttumiseen perustuvaa raiskaussäännöksen kirjoitustapaa suomalaista, rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden yksilöimiseen perustuvaa, kirjoitustapaa yleisestikin parempana vaihtoehtona, eikä hänen näkemyksensä siten rajoitu koskemaan ainoastaan englantilaisen lainsäädännön paremmuutta.

3.1.5 Saksa

Myös Saksassa raiskauksen määritelmän lähtökohtana on uhrin suostumuksen puuttuminen. Saksan rikoslain (Strafgesetzbuch) 177 §:n 1 momentin mukaan raiskauksesta on kysymys silloin, kun teko on tehty vastoin sen kohteena olleen henkilön havaittavissa olevaa tahtoa (gegen den erkennbaren Willen). Olennaista siten on, että uhrin tahto on ollut tilanteessa havaittavissa, ja että tekijä on toiminut sen vastaisesti. Tahto tai sen puuttuminen voidaan ilmaista joko nimenomaisesti tai konkludenttisesti ja kysymystä siitä, oliko uhrin vastustustahto havaittavissa, arvioidaan objektiivisesti.¹¹⁶

Saksan rikoslain 177 §:n 2 momentissa on tämän lisäksi kuitenkin erikseen säädetty rangaistaviksi sellaiset raiskauksen tekotavat, joissa tekijä käyttää hyväkseen teon kohteena olevan henkilön kykenemättömyyttä muodostaa tai ilmaista tahtoaan tai sitä, että teon kohteena olevan henkilön kyky tahdon muodostamiseen tai ilmaisemiseen on huomattavasti rajoittunut tämän fyysisen tai psyykkisen tilan vuoksi, eikä tekijä ole varmistanut suostumuksen olemassaoloa. Myös sellaiset tilanteet, joissa tekijä käyttää hyväkseen teon yllättävyyttä tai sellaisia olosuhteita, joissa teon vastustamisesta uhkaa aiheutua uhrille tuntuvaa haittaa on säädetty rangaistaviksi. Sama koskee henkilön pakottamista teokoon vakavaa haittaa tarkoittavalla uhkauksella. Lain 177 §:n 2 momentti soveltuu siten

115 Ks. Utriainen 2013, s. 240–241.

116 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss). Deutscher Bundestag 6.7.2016, Drucksache 18/9097, s. 22–23.

tilanteisiin, joissa uhrin edes nimenomaisesti antamaa suostumusta ei voida pitää pätevänä sekä tilanteisiin, joissa suostumuksen antaminen ei objektiivisesti arvioituna ole ylipäätään mahdollista.¹¹⁷

Edellä kuvattu suostumuksen puuttumisen varaan rakentuva raiskauksen tunnusmerkistö astui Saksassa voimaan marraskuussa 2016. Ennen lainuudistusta raiskaus oli myös Saksassa määritelty rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden kautta tavalla, joka muistutti erehdyttävän paljon Suomessa ennen vuosina 1999 ja 2011 tehtyjä lainuudistuksia voimassa ollutta raiskauksen määritelmää. Suostumusmalliin siirtymistä perusteltiin Saksassa vetoamalla muun muassa rangaistavan menettelyn aukkokohtiin ja kansainvälisiin näkökohtiin.¹¹⁸

3.1.6 Ruotsi

Myös Ruotsissa on käyty pitkään keskustelua siitä, miten raiskaus pitäisi määritellä.¹¹⁹ Pari vuosikymmentä kestäneen pohdinnan jälkeen Ruotsissa päädyttiin lopulta muuttamaan rikoskaaren (BrB, 1962:700) raiskausta koskevia säännöksiä siten, että raiskauksen määritelmän lähtökohdaksi otettiin rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden sijasta sukupuoliyhteyden vastentahtoisuus. Lainmuutos tuli voimaan 1.7.2018. Lainuudistus on Suomen näkökulmasta erittäin mielenkiintoinen, sillä ruotsalaisella lainsäädännöllä on perinteisesti ollut vahva vaikutus suomalaisen ajatteluun silloin, kun on arvioitu suomalaisen lainsäädännön uudistustarpeita, ja Suomi on myös varsin usein seurannut tekemissään lainmuutoksissa Ruotsin sille viitoittamaa esimerkkiä.

Raiskausta koskevat rangaistussäännökset ovat Ruotsin rikoskaaren 6 luvun 1 §:ssä. Heinäkuussa 2018 voimaan tulleen lainmuutoksen (2018:618) myötä raiskaus määritellään siinä sukupuoliyhteydeksi sellaisen henkilön kanssa, jonka osallistuminen aktiin ei ole vapaaehtoista. Sukupuoliyhteyden vapaaehtoisuutta arvioitaessa on huomiota kiinnitettävä lainkohdan mukaan erityisesti siihen, onko vapaaehtoisuus tuotu esiin joko sanoin tai teoin tai jollakin muulla tavalla. Lainkohdassa määritellään lisäksi ne olosuh-

¹¹⁷ Ibid., s. 23.

¹¹⁸ Ibid., s. 2.

¹¹⁹ Keskustelun aloituksena voidaan pitää vuonna 2001 julkaistua komiteamietintöä SOU 2001:14, jossa on pohdittu yhtäältä suostumusmallin omaksumisen puolesta ja toisaalta sitä vastaan puhuvia seikkoja. Ks. tarkemmin SOU 2001:14, s. 124–138.

teet, joiden vallitessa sukupuoliyhteyttä ei koskaan voida pitää vapaaehtoisena. Sukupuoliyhteyttä ei koskaan voida pitää vapaaehtoisena ensinnäkään silloin, jos teko on toteutettu käyttämällä väkivaltaa tai uhkausta. Vapaaehtoisuudesta ei myöskään voi olla kysymys tilanteessa, jossa tekijä asiaankuulumattomalla tavalla käyttää hyväkseen sitä, että toinen tiedottomuuden, unen, vakavan pelon, päihtymyksen, sairauden, ruumiinvamman tai psyykkisen häiriön vuoksi tai muuten olosuhteisiin nähden on erityisen uhanalaisessa tilanteessa. Sama koskee tilannetta, jossa sukupuoliyhteys perustuu uhrin tekijästä riippuvaisen aseman vakavaan väärinkäyttöön. Vasta jos mitään edellä mainituista seikoista tai olosuhteista ei teon hetkellä ollut käsillä, voidaan arvioida sitä, oliko teon kohteena olleen henkilön osallistumista aktiivisesti pidettävä vapaaehtoisena vai ei.¹²⁰ Raiskauksesta tuomittava rangaistus on Ruotsissa vähintään kaksi ja enintään kuusi vuotta vankeutta.

Yhteenvedonomaaisesti voidaan todeta käytössä olevan lähinnä kaksi kansallisten raiskaussäännösten kirjoitustapaa. Rangaistavaksi on voitu säätää joko tiettyjä keinoja käyttäen ja tiettyjä olosuhteita hyväksikäyttäen tehty tunkeutuminen toisen henkilön kehoon tai sitten rangaistavaksi on voitu säätää ilman teon kohteena olevan henkilön suostumusta toteutettava seksuaalinen tunkeutuminen. Jälkimmäisessä tapauksessa usein säädetään vielä erikseen niistä olosuhteista, joiden vallitessa asianmukaista suostumusta tekoon ei voida katsoa annetun.¹²¹ Viimeksi mainittu kirjoitustapa on aiemmin ollut käytössä lähinnä Englannissa ja muissa common law -maissa, mutta viime aikoina sen käyttöala on alkanut laajentua, ja niin kutsuttu suostumusmalli on otettu käyttöön ainakin Saksassa ja Ruotsissa, missä raiskaus on perinteisesti määritelty rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden kautta.¹²² Raiskauksen määritelmän suhteen omaksuttu sääntelymalli joka tapauksessa vaihtelee riippuen siitä, minkä valtion kansallisesta lainsäädännöstä on kysymys. Mutta miten raiskaus on kansainvälisellä tasolla määritelty? Onko siellä omaksuttu kenties yhtenäisempi näkemys koskien kysymystä raiskauksen määrittelemisestä?

120 Prop. 2017/18:177, s. 37–38.

121 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 61.

122 Myös esimerkiksi Espanjassa valmistellaan vastaavaa lainmuutosta. Ks. Espanja muuttaa raiskauslainensa, seksiin tarvittaisiin aina suostumus – taustalla suurmielensoihtuun johtanut tuomio. Helsingin Sanomat 22.7.2018.

3.2 Raiskauksen kansainväliset määritelmät

3.2.1 Entisen Jugoslavian ja Ruandan sotarikostuomioistuimet

Vuonna 1993 perustettiin kansainvälinen ad hoc -rikostuomioistuin selvittämään entisen Jugoslavian alueella käydyn aseellisen konfliktin yhteydessä tehtyjä vakavia kansainvälisiä rikoksia. Vuonna 1994 perustettiin vastaava tuomioistuin selvittämään Ruandan kriisin yhteydessä tehtyjä rikoksia.¹²³ Entisen Jugoslavian sotarikostuomioistuimen (ICTY) perussäännön 5 artiklan g kohdan mukaan raiskaus voi olla rikos ihmisyyttä vastaan. Myös Ruandan sotarikostuomioistuimen (ICTR) perussäännön 3 artiklan g kohdan mukaan raiskaus on tietyissä olosuhteissa tehtynä rikos ihmisyyttä vastaan. Raiskaus mainitaan Ruandan sotarikostuomioistuimen perussäännön 4 artiklan e kohdassa lisäksi sotarikoksena. Sekä entisen Jugoslavian että Ruandan konfliktien yhteydessä seksuaalinen väkivalta muodostuikin keskeiseksi sodankäynnin keinoksi.¹²⁴

Raiskaus sai ensimmäisen kansainvälisen tason määritelmänsä vuonna 1998 tapauksessa *Akayesu*. Ruandan sotarikostuomioistuimen asiassa antaman ratkaisun mukaan raiskaus on aggression muoto, eikä raiskausrikoksen keskeisiä tunnusmerkistötekijöitä siksi voida hallita kuvaamalla pelkästään mekaanisella tavalla teon kohteena olevia tai tekoon käytettäviä ruumiinosia. Tuomioistuin lähtikin muotoilemaan raiskauksen määritelmää kuvaamalla pikemminkin rikoksen yleistä viitekehystä eikä niinkään yrittämällä kartoittaa kaikkia rikoksen yksityiskohtaisia tekemuotoja. ICTR kiinnitti tältä osin huomiota siihen, että raiskaus on rikos, jonka tarkoituksena voi olla toisen pelotteleminen, alentaminen, nöyryyttäminen, syrjiminen, rankaiseminen, kontrolloiminen tai tuhoaminen. Tuomioistuin antoi raiskauksen määritelmälle kuitenkin myös astetta konkreettisemmän sisällön määrittelemällä raiskauksen pakottavissa olosuhteissa tehdyksi seksuaaliseksi tunkeutumiseksi.¹²⁵ *Helena Jokila* käyttää tästä raiskauksen määritelmästä nimitystä ”pakottavien olosuhteiden standardi”.¹²⁶

Akayesu-tapauksessa painotettiin siten rikoksen teko-olosuhteiden merkitystä raiskauksen tunnusmerkistön täyttymisen kannalta eikä suostumuksen puuttumista nostettu rais-

123 Ks. konfliktien yhteydessä tehdyistä rikoksista tarkemmin Kimpimäki 2006, s. 117–119.

124 Cole 2011, s. 50, 53.

125 *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* 2.9.1998, k. 596–598, 687–688.

126 Jokila 2010, s. 65.

kausteon tunnusmerkistötekijäksi. Ajatus uhrin puuttuvasta suostumuksesta raiskausrikoksen tunnusmerkkinä torjuttiin myös niin ikään vuodelta 1998 peräisin olevassa *Furundzija*-ratkaisussa. Vaikka entisen Jugoslavian sotarikostuomioistuin itsekin totesi ratkaisunsa perusteluissa suostumuksen puuttumisen olevan yksi kansallisella tasolla yleisimmin käytössä olevista raiskausrikoksen tunnusmerkistötekijöistä, määritteli se raiskauksen kuitenkin pakottamisella, voimankäytöllä tai voimankäytöllä uhkaamisella toteutettavaksi seksuaaliseksi tunkeutumiseksi.¹²⁷ Tuomioistuin omaksui ratkaisussaan toisin sanoen rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen yksilöimiseen perustuvan raiskauksen määritelmän.

Jugoslavia-tuomioistuin muutti mielipidettään tässä suhteessa kuitenkin nopeasti. Vuonna 2001 se nimittäin ilmoitti ratkaisunsa *Kunarac et al* perusteluissa pitävänsä seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavina kaikkia sellaisia tekoja, joihin teon kohteena oleva henkilö ei ole suostunut, ja joihin hänen ei voida muutenkaan katsoa osallistuvan vapaaehtoisesti. Tuomioistuin totesi myös, ettei pakottamiseen, voimankäyttöön ja voimankäytöllä uhkaamiseen perustuva raiskauksen määritelmä ota huomioon mahdollisia muita tekijöitä, joiden vuoksi seksuaalinen tunkeutuminen voi tapahtua ilman toisen osapuolen suostumusta tai vastoin tämän tahtoa, ja että siksi sen aiemmin *Furundzija*-ratkaisussa muotoilemaa raiskauksen määritelmää oli pidettävä liian kapeana. Raiskaus määriteltiinkin tapauksessa ilman uhrin suostumusta tehtäväksi seksuaaliseksi tunkeutumiseksi. Suostumus tekoon tulee tuomioistuimen mukaan antaa vapaaehtoisesti, ja suostumuksen vapaaehtoisuutta tulee arvioida aina kulloisenkin tapauksen olosuhteet huomioon ottaen.¹²⁸

Entisen Jugoslavian ja Ruandan sotarikostuomioistuimet ovat siten määritelleet raiskauksen ainakin kolmella eri tavalla. Voidaan puhua Akayesu-tapauksessa omaksutusta pakottavien olosuhteiden standardista¹²⁹, *Furundzija*-tapauksessa omaksutusta pakottamiseen ja rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen yksilöimiseen perustuvasta standardista ja *Kunarac et al*-tapauksessa omaksutusta suostumuksen puuttumiseen perustuvasta standardista. Ainakin *Maria Eriksson* on kritisoinut tätä ja todennut kolmen erilaisen määritelmän olemassaolon antavan tuomioistuinten oikeuskäytännöstä epä johdon-

127 *Prosecutor v. Anto Furundzija* 10.12.1998, k. 180, 185.

128 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vucovic* 22.2.2001, k. 438, 457, 460.

129 Jokila 2010, s. 65.

mukaisen vaikutelman.¹³⁰

Itse en kuitenkaan ole tätä mieltä. Kunarac et al-tapauksessa annetun tuomion perusteissa todetaan nimenomaisesti, että esimerkiksi voimankäyttö ja sillä uhkaaminen johtavat siihen, ettei seksuaaliseen kanssakäymiseen annettua suostumusta voida pitää vapaaehtoisesti annettuna, ja että Furundzija-tapauksessa muotoiltu pakottamiselle rakentuva raiskauksen määritelmä siten tosiasiallisesti kattaa suurimman osan niistä tilanteista, joissa pätevää suostumusta tekoon ei voida katsoa annetun.¹³¹ Voidaankin siksi sanoa, että Furundzija-tapauksessa omaksuttu rikoksen tekemisessä käytettävät keinot yksilöivä raiskauksen määritelmä tosiasiallisesti sisältyy Kunarac et al-tapauksessa omaksuttuun suostumuksen puuttumisen varaan rakentuvaan määritelmään. Kun vielä otetaan huomioon, että viimeksi mainittua määritelmää on sovellettu useissa myöhemmissä ratkaisuissa sekä entisen Jugoslavian tuomioistuimen¹³² että Ruandan sotarikostuomioistuimen¹³³ toimista, on mielestäni selvää, että suostumuksen puuttumiseen perustuva raiskauksen määritelmä on näiden tuomioistuinten käytännössä saavuttanut hyvin pitkälti vakiintuneen aseman.

3.2.2 Kansainvälinen rikostuomioistuin

Kansainvälisen rikostuomioistuimen (ICC) perussääntö hyväksyttiin vuonna 1998, ja se tuli voimaan vuonna 2002. Perussäännön 1 artiklan mukaan kysymys on pysyvistä toimielimistä, jolla on toimivalta käsitellä perussäännössä tarkoitettuja vakavimmat kansainväliset rikokset. Perussäännön 5 artiklan mukaan tällaisia rikoksia ovat muun muassa rikokset ihmisyyttä vastaan ja sotarikokset. Raiskaus puolestaan mainitaan sekä perussäännön 7 artiklassa tarkoitettuna rikoksena ihmisyyttä vastaan että 8 artiklassa tarkoitettuna sotarikoksena.

Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussääntö ei kuitenkaan sisällä raiskauksen määritelmää. Sen sijaan raiskauksen määritelmä on otettu rikosten määritelmien tulkintaohjeisiin, ”Elements of Crimes” nimiseen asiakirjaan, jota tuomioistuin sen perussäännön

130 Eriksson 2010, s. 442.

131 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vucovic* 22.2.2001, k. 458–459.

132 Ks. esim. *Prosecutor v. Miroslav Kvočka* 2.11.2001, k. 177; *Prosecutor v. Milomir Stakic* 31.7.2003, k. 755; *Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj* 3.4.2008, k. 130.

133 Ks. esim. *The Prosecutor v. Laurent Semanza* 15.5.2003, k. 345; *The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli* 1.12.2003, k. 915; *The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda* 22.1.2004, k. 709.

9 artiklan mukaan käyttää apunaan muun muassa juurikin 7 ja 8 artiklan tulkinnassa ja soveltamisessa. Asiakirjassa raiskaus on määritelty voimankäytöllä, voimankäytöllä uhkaamisella tai pakottamisella toteutettavaksi seksuaaliseksi tunkeutumiseksi toisen henkilön kehoon. Raiskauksesta on asiakirjan mukaan kysymys lisäksi silloin, kun teko tehdään jotakin pakottavaa tilannetta hyväksikäyttäen sekä silloin, kun teon kohteena on henkilö, jota on pidettävä kykenemättömänä aidon suostumuksen antamiseen.¹³⁴

Tulkintaohjeissa on siten omaksuttu rikoksen tekemisessä käytettävät keinot ja hyväksikäytettävät olosuhteet yksilöivä raiskauksen määritelmä, ja niissä otetaankin huomioon sekä olosuhteiden pakottavuus että pakottaminen, voimankäyttö ja sillä uhkaaminen raiskausrikoksen tunnusmerkistötekijöinä. Jos määritelmää verrataan entisen Jugoslavian ja Ruandan sotarikostuomioistuinten esittämiin raiskauksen määritelmiin, voidaan Kansainvälisen rikostuomioistuimen omaksuman raiskauksen määritelmän sanoa olevan eräänlainen sekoitus Akayesu- ja Furundzija-tapauksissa esitettyjä määritelmiä.¹³⁵ Suostumuksen puuttumista ei Elements of Crimes-asiakirjassa sen sijaan pidetä raiskausrikoksen tunnusmerkistötekijänä. Tulkintaohjeissa kyllä mainitaan suostumuksen puuttuminen, mutta tällä ei viitata suostumuksen puuttumiseen raiskausrikoksen itsenäisenä tunnusmerkistötekijänä vaan ainoastaan tilanteisiin, joissa teon kohteena oleva henkilö on esimerkiksi ikänsä puolesta tai päihtymystilansa vuoksi kykenemätön pätevän suostumuksen antamiseen.¹³⁶

Kansainvälisen rikostuomioistuimen antama ratkaisu tapauksessa *Bemba* koskee raiskaustekoja. Tapauksessa ICC pitäytyi tiukasti edellä kuvatussa, rikosten määritelmien tulkintaohjeiden mukaisessa raiskauksen määritelmässä ja totesi vielä nimenomaisesti, ettei uhrin suostumuksen puuttumista ole pidettävä raiskausrikoksen tunnusmerkistötekijänä. Tuomioistuin toteaa ratkaisunsa perusteluissa toisaalta myös, että jos voimankäyttö, uhkaaminen, pakottaminen, tai pakottavan tilanteen hyväksikäyttäminen pystytään osoittamaan, ei suostumuksen puuttumista tarvitse näyttää toteen.¹³⁷ Mielestäni on jossain määrin epäselvää, mitä tuomioistuin tällä tarkoittaa. Entä jos voimankäyttöä, uhkaamista, pakottamista tai pakottavan tilanteen hyväksikäyttämistä ei pystytä näyttämään toteen? Olisiko suostumuksen puuttumisella tällöin merkitystä teon rikosoikeudel-

134 Elements of Crimes 2013, s. 5, 19.

135 Eriksson 2010, s. 483–484.

136 Elements of Crimes 2013, s. 5, 19.

137 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* 21.3.2016, k. 102, 105–106.

lisen arvioinnin kannalta?

Joka tapauksessa on selvää, ettei voimankäytöllä, uhkaamisella, pakottamisella tai pakottavaa tilannetta hyväksikäyttämällä saatua suostumusta voida pitää vapaaehtoisesti annettuna eikä siten myöskään pätevänä. Lisäksi on otettava huomioon, että rikosten määritelmien tulkintaohjeiden mukaan tekijä syyllistyy raiskaukseen myös silloin, kun teon kohteena olevalta henkilöltä puuttuu kyky aidon suostumuksen antamiseen. Vaikka uhrin suostumuksen puuttuminen ei tuomioistuimen mukaan siten olekaan raiskausrikkoksen itsenäinen tunnusmerkistötekijä, on raiskauksen määritelmä kuitenkin muotoiltu siten, että se pakottamisen lisäksi kattaa myös erilaisia tilannesidonnaisia ja uhrin henkilökohtaiseen tilaan liittyviä seikkoja, joiden perusteella aidon ja vapaaehtoisesti annetun suostumuksen on katsottava puuttuvan.¹³⁸ Siten Kansainvälisen rikostuomioistuimen omaksuma raiskauksen määritelmä tosiasiaassa kattaa suurimman osan niistä tilanteista, joissa on kysymys teon kohteena olevan henkilön suostumuksen vastaisesti tehtävästä tunkeutumisesta. *Kunarac et al*-tapauksessa omaksuttu uhrin puuttuvalle suostumukselle rakentuva raiskauksen määritelmä ja Kansainvälisen rikostuomioistuimen rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden yksilöimiseen perustuva raiskauksen määritelmä eivät siksi loppujen lopuksi olekaan niin kaukana toisistaan kuin, mitä ensisilmäykseltä kenties saattaisi vaikuttaa.

3.2.3 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) on esittänyt oman tulkintansa siitä, mitä tällä hetkellä on pidettävä asianmukaisena raiskauksen määritelmänä. Vaikka Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS) ei sisällä mitään raiskausta koskevaa nimenomaista mainintaa, kieltää sen 3 artikla kuitenkin kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun, ja sen 8 artikla suojaa oikeutta yksityiselämään.

Tapauksessa *M.C. v. Bulgaria* EIT lähti muotoilemaan raiskauksen määritelmää tarkastelemalla hyvin seikkaperäisesti Euroopan eri maiden rikoslainsäädäntöä ja raiskausrikkoksia koskevaa oikeuskäytäntöä. EIT totesi tarkastelunsa perusteella, että viime vuosikymmenien aikana on ollut havaittavissa selvää kehitystä suuntaan, jossa muodollisista määritelmistä ja lain ahtaasta tulkinnasta on alettu luopua. Common law -maissa fyysi-

¹³⁸ Kimpimäki 2017, s. 796.

sen voiman käyttö ei enää ole raiskausrikoksen tunnusmerkistötekijä. Monissa mannermaisen oikeusperinteen valtioissa sen sijaan raiskauksen tunnusmerkistöön kuuluu edelleen vaatimus väkivallan käyttämisestä tai sillä uhkaamisesta. Oikeuskäytännön- ja kirjallisuuden perusteella näissäkin maissa raiskauksen keskeisenä tunnusmerkkinä pidetään tuomioistuimen mukaan kuitenkin uhrin suostumuksen puuttumista, ei voimankäyttöä. EIT kiinnitti erityistä huomiota myös entisen Jugoslavian sotarikostuomioistuimen asiassa *Kunarac et al* antamaan ratkaisuun, jossa, kuten edellä todettiin, raiskaus määriteltiin ilman uhrin vapaaehtoista suostumusta tehtäväksi seksuaaliseksi tunkeutumiseksi. EIT:n mukaan määritelmä heijastaa universaalina pidettävää kehitystä suuntaan, jossa suostumuksen puuttumista on pidettävä raiskausrikoksen keskeisenä tunnusmerkkinä.¹³⁹

EIT päätyikin edellä mainituilla perusteilla siihen, että jäsenvaltioiden tulee kriminalisoida kaikki sellaiset seksuaaliset teot, jotka on tehty ilman teon kohteena olevan henkilön suostumusta. Tapauksissa, joissa raiskauksesta ei ole mitään suoranaista näyttöä, kuten väkivallan jälkiä tai todistajia, tulee viranomaisten tutkia kaikki tapaukseen liittyvät seikat ja tehdä ratkaisunsa tapauksen teko-olosuhteita koskevan arvioinnin pohjalta. EIT korosti, että tällaisessa tilanteessa tulee tutkinnan ja sen johtopäätösten keskittyä nimenomaan suostumuksen puuttumista koskevaan kysymykseen.¹⁴⁰

Selvää siten on, että raiskauksessa on EIT:n mukaan kysymys teon kohteena olevan henkilön suostumuksen vastaisesti tehtävästä teosta. Ratkaisun perustelut herättävät kuitenkin kysymyksen siitä, onko tietyn sääntelymallin hyväksi tehtävällä valinnalla loppujen lopuksi mitään merkitystä. Tuomioistuin nimittäin toteaa, että ratkaisevaa on se, millainen merkitys sellaisille tunnusmerkeille kuin ”voima” ja ”uhkaukset” käytännössä annetaan, ja että siten myös niissä valtioissa, joissa raiskausta ei ole määritelty suostumuksen puuttumisen kautta, raiskauksen tunnusmerkistöä usein kuitenkin tulkitaan tavalla, jossa pyrkimyksenä on syytteen nostaminen kaikista ilman uhrin suostumusta tehdyistä seksuaalisista teoista.¹⁴¹ Olennaista onkin huomata, että raiskaus voidaan nähdä ilman uhrin suostumusta tehtävänä tekona siitä huolimatta, ettei raiskausta olisikaan lainsäädännöllisesti määritelty puuttuvan suostumuksen vaan rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden kautta.¹⁴² Tietyn sääntelymallin hy-

139 *M.C. v. Bulgaria* 4.12.2003, k. 156–159, 163.

140 *Ibid.*, k. 166, 181.

141 *Ibid.*, k. 161, 171.

142 Kysymystä on käsitelty edellä luvussa 2.2.6.

väksi tehtävän valinnan merkitystä tässä suhteessa pohditaan siksi lähemmin jäljempänä tutkielman luvussa 3.3.

3.2.4 Euroopan neuvoston yleissopimus

Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehty Euroopan neuvoston yleissopimus hyväksyttiin toukokuussa 2011. Sopimusta kutsutaan hyväksymispaikkansa mukaisesti usein myös nimellä ”Istanbulin sopimus”. Kysymyksessä on ensimmäinen Euroopassa sovellettava kansainvälinen sopimus, joka sääntelee nimenomaisesti naisiin kohdistuvaa väkivaltaa.¹⁴³ Sopimus tuli voimaan Suomessa elokuussa 2015.

Sopimuksen 36 artiklassa raiskaus on määritelty seksuaaliseksi tunkeutumiseksi toisen henkilön emättimeen, peräsuoleen tai suuhun jonkin ruumiinosan tai esineen avulla ilman tämän henkilön suostumusta. Suostumuksen tulee sopimuskohdan mukaan olla vapaaehtoisesti annettu, ja suostumuksen vapaaehtoisuutta tulee arvioida kulloisenkin tapauksen olosuhteet huomioon ottaen. Yleissopimuksen selitysmuistiossa (Explanatory Report) todetaan sopimusvaltioilla olevan velvollisuus säätää rikoslainsäädäntöä, jonka seksuaalista väkivaltaa ja raiskausta koskevat säännökset soveltuvat kaikkiin suostumuksen vastaisesti tehtäviin seksuaalisiin tekoihin. Sopimusvaltioille on selitysmuistion perusteella kuitenkin jätetty lain sanatarkasta sisällöstä päättäminen. Samoin sopimusvaltioille on jätetty päätöksentekovalta sen suhteen, minkälaisen seikkojen tai olosuhteiden ne katsovat johtavan siihen, ettei tekoon annettua suostumusta voida pitää vapaaehtoisesti annettuna.¹⁴⁴ Sopimus ei siten edellytä valtioilta minkään tietyn sääntelymallin (suostumusmallin) omaksumista. Olennaista sen sijaan on, että vapaaehtoisesti annetun suostumuksen puuttuminen tulee otetuksi huomioon.¹⁴⁵

Istanbulin sopimuksen voimaansaattamista Suomessa valmistelleen työryhmän mietinnön mukaan Suomen lainsäädännön voidaan jo sen nykyisessä muodossaan katsoa täyttävän sopimuksen 36 artiklan Suomelle asettamat vaatimukset.¹⁴⁶ *Kevät Nousiainen* ja *Merja Pentikäinen* kuitenkin arvostelevat työryhmän toimintaa ja korostavat, ettei Suo-

143 Nousiainen – Pentikäinen 2013, s. 455.

144 Explanatory Report 11.5.2011, k. 193–194.

145 Kimpimäki 2017, s. 799.

146 UM:n työryhmän mietintö 28.3.2013, s. 65.

messa raiskausta määritellä uhrin puuttuvan suostumuksen vaan uhriin suuntautuvan pakottamisen ja väkivallan kautta.¹⁴⁷ Mielestäni Nousiaisen ja Pentikäisen näkemys on jossain määrin liioiteltu, sillä he ovat ikään kuin unohtaneet RL 20 luvun 1 §:n 2 momentin olemassaolon. Lainkohdan mukaan raiskauksesta tuomitaan myös se, joka käyttämällä hyväkseen toisen henkilön puolustuskyvyttömyyttä tai kykenemättömyyttä tahdon muodostamiseen tai ilmaisemiseen on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan. Tällöin väkivallan käyttämistä tai minkään muunkaanlaista pakottamista ei edellytetä.

Olen Nousiaisen ja Pentikäisen kanssa samaa mieltä kuitenkin siitä, että työryhmän näkemys, jonka mukaan Suomen rikoslaki nykyisessä muodossaan soveltuu kaikkiin suostumuksen vastaisiin seksuaalisiin tekoihin 36 artiklan edellyttämällä tavalla, on virheellinen. Ongelmallisina voidaan pitää ainakin tilanteita, joissa sukupuoliyhteys on ollut teon kohteena olleen henkilön tahdonvastainen, mutta mitään väkivaltaa tai uhkausta sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi ei ole käytetty, eikä uhri ole ollut myöskään täysin avuttomassa tilassa.¹⁴⁸ Kuten todettua, sopimus ei kuitenkaan velvoita valtioita suostumusmallin käyttöönottamiseen, eikä lainsäädännön aukollisuus siten johdu mitenkään automaattisesti Suomessa rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden yksilöimiseen perustuvan sääntelymallin hyväksi tehdystä valinnasta.

3.3 Yhteenveto

Kansainväliset näkökohdat tukevat johtopäätöstä, jonka mukaan raiskaus tulee nähdä ilman uhrin suostumusta tehtävänä tekona, ja jonka mukaan ilman uhrin suostumusta toteutettava sukupuoliyhteys on aina määriteltävä raiskaukseksi.¹⁴⁹ Kansallinen raiskauksen määritelmä voi kuitenkin täyttää (tai olla täyttämättä) nämä vaatimukset riippumatta siitä, onko raiskaus määritelty teon toteuttamisessa käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden vai uhrin puuttuvan suostumuksen kautta. Tämä johtuu siitä, ettei mainittujen raiskauksen määrittelyä koskevien sääntelymallien perusvaihtoehtojen välillä ole oikeastaan suurtakaan käytännön eroa. Erilaisista kirjoitusasuista huolimatta on lopputulos raiskauksen määritelmän suhteen nimittäin suurin piirtein sama molemmissa tapauksissa. Sääntelymallit eivät olekaan toistensa vastakohtia vaan rinnakkaisia,

147 Nousiainen – Pentikäinen 2013, s. 458.

148 SOU 2016:60, s. 178–179.

149 Näin myös OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 62, 95.

tai pikemminkin sisäkkäisiä, sääntelyvaihtoehtoja. Rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden yksilöimiseen perustuva raiskauksen määritelmä tosiasiallisesti aina sisältyy suostumuksen puuttumisen varaan rakentuvaan raiskauksen määritelmään, ja toisin päin.

Näkemyksen perusteluiksi voidaan todeta seuraavaa: Suostumusmallia noudattavassa raiskaustunnusmerkistössä on yleensä erikseen lueteltu ne seikat, joiden käsillä ollessa pätevää suostumusta sukupuolilyhteyteen ei voida katsoa annetun.¹⁵⁰ Näihin kuuluvat usein väkivallan käyttäminen, sillä uhkaaminen ja uhrin puolustuskyvyttömyyden tilan hyväksikäyttäminen, siis ne samat elementit, jotka rikoksen tekemisessä käytettävät keinot ja hyväksikäytettävät olosuhteet yksilöivän sääntelymallin maissa muodostavat raiskausrikoksen tunnusmerkistön. Ja vaikka viimeksi mainitun sääntelymallin mukaisesta raiskauksen määritelmästä ei sanata ”suostumus” sellaisenaan löydykään, on suostumuksen puuttuminen kuitenkin luettavissa raiskausrikoksen eräänlaiseksi hiljaiseksi tunnusmerkistötekijäksi. Raiskauksen tunnusmerkistön täytyminen nimittäin edellyttää tällöin sellaisten keinojen käyttämistä tai sellaisten olosuhteiden hyväksikäyttämistä, joiden käsilläolo johtaa välttämättä pätevän suostumuksen käsitteelliseen mahdottomuuteen.

Rikoksen tekemisessä käytettävät keinot ja hyväksikäytettävät olosuhteet yksilöivä sääntelymalli ja niin kutsuttu suostumusmalli eivät siis asiallisesti juurikaan eroa toisistaan, eikä tietyn sääntelymallin hyväksi tehtävä valinta siten loppujen lopuksi ratkaisekaan yhtään mitään. Ratkaisevaa sen sijaan on kansallisen raiskaussäännöksen yksityiskohtainen sisältö, siis se minkälaisien keinojen käyttämistä ja minkälaisien olosuhteiden hyväksikäyttämistä raiskauksen tunnusmerkistön täytyminen edellyttää, tai vaihtoehtoisesti se, minkälaisien seikkojen käsillä ollessa pätevää suostumusta sukupuolilyhteyteen ei lain mukaan voida katsoa annetun. Lainsäädännön sisältö toisin sanoen ratkaisee sen, ovatko kaikki suostumuksen vastaiset seksuaalisen kanssakäymisen tilanteet tulleet laissa huomioon otetuiksi, ei lainsäädännön kirjoitusasu.

Kuten edellä luvussa 2.2.6 jo todettiin, raiskaus voidaan nähdä ilman uhrin suostumusta tehtävänä tekona myös Suomessa siitä huolimatta, ettei suostumuksen puuttumisesta olekaan voimassa olevan RL 20 luvun 1 §:n mukaan kysymys raiskausrikoksen itsenäi-

150 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 61. Ks. myös esim. Ruotsin rikoskaaren 6 luvun 1 § tai Englannin seksuaalirikoslain kappaleet 75 ja 76.

sestä tunnusmerkistötekijästä. Raiskauksen tunnusmerkistö olisi kuitenkin myös Suomessa mahdollista rakentaa suoraan niin kutsutun suostumusmallin varaan. Ennen kuin voimme kuitenkaan keskustella siitä, pitäisikö RL 20 luvun 1 §:n sisältämää raiskauksen määritelmää muuttaa siten, että rikostunnusmerkistön lähtökohdaksi otettaisiin uhrin suostumuksen puuttuminen, on ensin kuitenkin selvitettävä, mitä suostumuksella tai sen puuttumisella ylipäätään tarkoitetaan. Tätä ennen lain muuttamisesta tässä suhteessa ei oikeastaan olisi edes järkevää keskustella. Siksi seuraavassa luvussa tarkastelun kohteena onkin sukupuoliyhteyttä varten annettava suostumus.

4. Sukupuoliyhteyttä varten annettava suostumus

4.1 Suostumuksen käsitteestä ja merkityksestä

Suomen rikoslakiin ei sisälly suostumuksen määritelmää, eikä sen merkitystä koskevaa yleistä säännöstä ole muutenkaan otettu rikoslakiin. Suostumuksen merkitystä on kuitenkin pohdittu oikeustieteen piirissä varsin runsaasti. Oikeuskirjallisuudessa kehitetyn suostumusopin mukaan pätevästi annettu suostumus toisen henkilön tekoon voi vaikuttaa joko tunnusmerkistön mukaisuuden tai oikeudenvastaisuuden poistavana seikkana. Suostumus estää rikoksen tunnusmerkistön täyttymisen silloin, kun tunnusmerkistössä edellytetään, että teko tehdään vastoin uhrin tahtoa. Jos teon kohde on antanut tällaiseen tekoon suostumuksensa, on teko suostumuksen vuoksi sallittu, eli sitä ei voida pitää rikoksena. Tämä johtuu siitä, että suostumus sulkee pois rikoksen tekemisen mahdollisuuden. Jos tunnusmerkistön täytyminen edellyttää suostumuksen puuttumista, on suostumuksen mukainen teko siten aina lainmukainen.¹⁵¹

Silloin kun suostumus vaikuttaa oikeudenvastaisuuden poistavana seikkana, on puolestaan kysymys siitä, että teko sinänsä täyttää rikoksen tunnusmerkistön, mutta teon rangaistavuus sulkeutuu pois sillä perusteella, että teon kohde on suostunut tekoon. Oikeudenvastaisuuteen vaikuttava suostumus ei kuitenkaan poista rangaistavuutta kaikilta tunnusmerkistön mukaisilta teoilta.¹⁵² Pahoinpitelyrikosten osalta on esimerkiksi katsottu,

151 Hahto 2004, s. 243.

152 Ibid., s. 243.

että uhri voi pätevästi suostua lievän pahoinpitelyn asteelle jääviin tekoihin, mutta törkeän pahoinpitelyn tunnusmerkistön täyttävä teko ei voi jäädä rankaisematta, vaikka uhri olisi tekoon suostunutkin.¹⁵³

Kuten edellä luvussa 2.2.6 todettiin, raiskaus on rikos, jonka tunnusmerkistön täyttyminen edellyttää toimimista vastoin uhrin tahtoa. Siksi sukupuoliyhteyttä varten annetulla suostumuksella on raiskausrikoksen tunnusmerkistön mukaisuuden poistava vaikutus, eli sukupuoliyhteyttä varten annettu suostumus estää raiskauksen tunnusmerkistön täyttymisen ja sulkee pois rikoksen tekemisen mahdollisuuden. Molemminpuoliseen suostumukseen perustuva sukupuoliyhteys on siten laillista seksuaalista kanssakäymistä. Jos toinen osapuolista ei sen sijaan ole suostunut sukupuoliyhteyteen, on teko määriteltävä raiskaukseksi. Suostumuksen olemassaolo toisin sanoen ratkaisee sen, onko kysymys vastavuoroisesta sukupuoliyhteydestä vai seksuaalirikoksesta.¹⁵⁴

Edellä kuvattu vaikutus on kuitenkin ainoastaan *pätevällä* suostumuksella. Olennaista onkin siksi sen selvittäminen, milloin sukupuoliyhteyttä varten annettavaa suostumusta on mahdollista pitää rikosoikeudellisessa mielessä päteväenä. Seuraavat alaluvut käsittelevät kaikki osaltaan tätä kysymystä.

4.2 Suostumuksen muoto ja tuleminen tekijän tietoon

4.2.1 Suostumus tahdonilmaisuna

Suostumus voi olla nimenomaisesti ilmaistu tai konkludenttinen. Konkludenttisella suostumuksella tarkoitetaan kaikkea sellaista suostumuksen antajan käyttäytymistä, josta ilman sanojen käyttämistä voidaan päätellä suostujan suhtautuvan myönteisesti sukupuoliyhteyteen. Seksuaalisessa kanssakäymisessä suostumus annetaan yleensä jollakin konkludenttisella tavalla.¹⁵⁵ Sukupuoliyhteyttä varten annettavaa suostumusta ei siten välttämättä tarvitse ilmoittaa suusanallisesti, vaan suostumus on mahdollista ilmaista monin eri tavoin. Suostumus voi ilmetä esimerkiksi suudelmin tai kosketuksin. Myös vaatteiden riisuminen voi olla osoitus sukupuoliyhteyteen suostumisesta. Sen sijaan esi-

153 Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 507.

154 Asp 2010, s. 97. Ks. myös edellä luku 2.1.

155 Ojala 2014, s. 59–60.

merkiksi flirttailu tai seksikäs pukeutuminen eivät ole suostumustahdonilmaisuja, eivätkä ne anna oikeutta olettaa suostumusta sukupuoliyhteyteen.¹⁵⁶ Edes se seikka, että henkilö on aiemmin suostunut sukupuoliyhteyteen tekijän kanssa, ei tarkoita sitä, että hän suostuisi sukupuoliyhteyteen tekijän kanssa myös jossakin myöhemmässä tilaisuudessa. Toisaalta myöskään se, että henkilö suostuu tietynlaiseen seksuaalissävyttävään kanssakäymiseen, kuten suudelmiin tai kosketuksiin, ei tarkoita sitä, että henkilö olisi tosiasiasuostuvainen myös sukupuoliyhteyteen.¹⁵⁷ Kysymystä suostumuksen olemassaolosta tulee siten arvioida aina tapauskohtaisesti ja juuri ennen sukupuoliyhteyden aloittamista.

Suostumusopin tutkijoiden keskuudessa on käyty paljon keskustelua siitä, tuleeko suostumuksen olla edellä kuvatulla tavalla nimenomaisesti tai vähintäänkin konkludenttisesti ilmaistu, jotta sitä voidaan pitää pätevänä, vai riittääkö suostumukseksi puhtaasti sisäinen ilmiö, sallimisen sisältävä tahdonsuunta. Ensiksi mainittua teoriaa kutsutaan nimellä tahdonilmaisuteoria. Jälkimmäinen näkökanta puolestaan tunnetaan nimellä tahdonsuuntateoria.¹⁵⁸ Tahdonsuuntateorian mukaan suostumus on mielentila ja siten puhtaasti psykologinen ilmiö. Tahdonilmaisuteorian kannattajat puolestaan edellyttävät, että suostumus tai sen puute tulee suullisesti tai muuten ilmaistuksi ja siten tekijän tietoon.¹⁵⁹

Molempien teorioiden tueksi voidaan esittää hyviä argumentteja. Tahdonsuuntateorian tueksi voidaan ensinnäkin todeta, ettei seksuaaliseen kanssakäymiseen johtavissa tilanteissa aina nimenomaisesti selvitetä kumppanin suostumusta toimintaan eikä suostumusta myöskään nimenomaisesti ilmaista. Toiseksi nimenomainenkin suostumus on mahdollista antaa tilanteessa, jossa suostumuksen antajan tahdonmuodostukseen on vaikuttettu epäasiallisesti.¹⁶⁰ Kolmanneksi olisi omituista pitää rikollisena molempien osapuolten yhteiseen tahtoon perustunutta seksuaalista kanssakäymistä vain sillä perusteella, ettei suostumusta toimintaan ilmaistu ennen sukupuoliyhteyden toteuttamista.¹⁶¹ Teon sallivaa tahdonsuuntaa voidaankin pitää suostumuksena kenties sen aidoimmassa muodossa, mutta tahdonsuuntateoriaan liittyy kuitenkin myös ongelmia. Seksuaalisen kans-

156 Hahto 2004, s. 488.

157 Asp 2010, s. 165, 174.

158 Anttila 1946, s. 96.

159 Eriksson 2010, s. 111.

160 HE 216/2013 vp, s. 37–38. Ks. suostumuksen antajan tahdonmuodostukseen kohdistettavasta epäasiallisesta vaikuttamisesta jäljempänä luku 4.4.

161 Brett 1998, s. 73.

sakäymisen toisen osapuolen ajatuksia kun ei ole mahdollista lukea. Oikeusturvaperiaatteen näkökulmasta olisi siksi kyseenalaista tuomita raiskauksesta henkilö, jonka tietoon ei ole tullut mitään merkkiä siitä, ettei toinen ollutkaan suostuvainen sukupuoliyhteyteen.¹⁶²

Tahdonilmaisuteorian kannattajat tunnistavat nämä henkilön mielentilan arvioimiseen liittyvät vaikeudet ja lähtevät siitä, että suostumus tulee ilmaista. Kun henkilön mielentila ja suostumus erotetaan tällä tavalla toisistaan, tulee myös tahdonvastainen suostumus mahdolliseksi. Suostumuksen antaja voi nimittäin antaa suostumuksensa myös johonkin sellaiseen, mihin hän ei välttämättä haluaisi suostua. Toisaalta vaikka henkilö haluaisikin suostua sukupuoliyhteyteen, hän voi pidättäytyä suostumuksen antamisesta. Tahdonilmaisuteorian kannattajat lähtevätkin siitä, että koska suostumus tekee muuten rikollisena pidettävästä toiminnasta sallittua, tulee suostumus käsittää objektiiviseksi toimeksi, jonka mukaan ihmisten on mahdollista säännellä toimintaansa.¹⁶³

Vallitsevan näkökannan mukaan pelkästään teon sallivan tahdonsuunnan on katsottava riittävän päteväksi suostumukseksi.¹⁶⁴ Toisenlaisiakin mielipiteitä on kuitenkin esitetty. Esimerkiksi *John Kleining* lähtee siitä, että suostumus on asia, joka tulee ilmaista. Suostumus edellyttää kommunikointia, jota ilman henkilöllä B ei ole oikeutta tehdä sitä, mihin henkilön A suostumus tarvitaan, vaikka A:n suhtautuminen B:n tekoon olisikin sinänsä salliva.¹⁶⁵ *Nathan Brett* on puolestaan todennut kärjekkäästi pitävänsä absurdina ajatusta, jonka mukaan jokin puhtaasti subjektiivinen asia voisi määritellä sen, onko toisen henkilön toimintaa pidettävä suostumuksen vastaisena vai ei.¹⁶⁶ Myös *Petter Asp* on sitä mieltä, ettei pelkästään sallivaa tahdonsuuntaa voida pitää pätevänä suostumuksena, ainakaan silloin, kun kysymys on suostumisesta seksuaaliseen kanssakäymiseen. Aspin mukaan suostumus on teko, ei asenne, ja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden kunnioittaminen edellyttää siksi paitsi sitä, että teon kohde on tosiasiaassa suostuvainen tekoon niin myös sitä, että tekijä toimii teon kohteena olevan henkilön *suostumuksen perusteella*.¹⁶⁷

162 Eriksson 2010, s. 112.

163 Ibid., s. 113.

164 Ks. Anttila 1946, s. 96–103; Honkasalo 1965, s. 189–190.

165 Kleining 2010, s. 10.

166 Brett 1998, s. 78.

167 Ks. Asp 2010, s. 114–121.

Itse pidän tahdonilmaisuteoriaa seksuaalisen itsemääräämisoikeuden näkökulmasta kahdesta vaihtoehdosta parempana. Tahdonilmaisuteoria ei sitä paitsi vaadi paljoa. Se vaatii sukupuoliyhteyteen pyrkivältä henkilöltä ainoastaan sitä, että hän asianmukaisella tavalla ottaa huomioon myös kanssakäymisen toisen osapuolen toiveet. Jos tämä ilmaisee suostumuksensa suullisesti tai muutoin, tekijä voi toimia. Jos suostumusta ei sen sijaan ilmaista, tulee tekijän odottaa.¹⁶⁸

Mielestäni sillä, pidetäänkö raiskausrikoksen tunnusmerkistön lähtökohtana tahdonilmaisuteoriaa vai tahdonsuuntateoriaa ei kuitenkaan loppujen lopuksi ole suurtakaan käytännön merkitystä. Tämä johtuu siitä, että kysymyksen ollessa molemminpuoliseen suostumukseen perustuvasta sukupuoliyhteydestä, tulee suostumus tällaiseen toimintaan yleensä jollakin tavalla ilmaistuksi. On nimittäin vaikea kuvitella tilannetta, jossa suostumusta sukupuoliyhteyteen ei millään tavalla ilmaistaisi, vaikka henkilö olisikin kanssakäymiseen suostuvainen. Myös tahdonsuuntateorian kannattajiin lukeutuvat *Inkeri Anttila* ja *Brynolf Honkasalo* ovat tämän myöntäneet. Anttila on todennut, että toiseen henkilöön fyysisesti kohdistuvaa tekoa on vaikea tehdä niin, että teon kohteena olevan henkilön suhtautumisesta tekoon olisi epäselvyyttä, ja että tällaisissa teoissa suostumus yleensä käsittää vähintäänkin konkludenttisen tahdonilmaisun.¹⁶⁹ Myös Honkasalon mukaan ilmaise-maton suostumus on vaikeasti ajateltavissa silloin, kun teon kohteena on joku fyysinen henkilö.¹⁷⁰

Lähtökohtana voidaankin pitää sitä, että molemminpuoliseen suostumukseen perustuvassa sukupuoliyhteydestä, tulee suostumus sukupuoliyhteyteen yleensä ilmaistuksi vähintään jollakin konkludenttisella tavalla. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö sellaisiakin tilanteita voisi esiintyä, joissa kysymys suostumuksen olemassaolosta olisi epäselvä. Tällaisia tilanteita voi syntyä nähdäkseni kuitenkin lähinnä vain silloin, kun mitään tahdonilmaisua ei ole tuotu esiin eli silloin, kun seksuaalisen kanssakäymisen toinen osapuoli pysyttelee täysin passiivisena. Passiivisuuttakin on toisaalta mahdollista pitää tahdonilmaisuna siinä missä suusanallista tahdonilmaisuaakin. Passiivisuus itsessään voi nimittäin olla ilmaus suostumuksen olemassaolosta. Tätä ei kuitenkaan voida pitää yleisenä lähtökohtana, sillä passiivisuus voi toisaalta olla osoitus myös suostumuksen puuttumisesta. Koska passiivisuus on tahdonilmauksena siten hyvin tulkinnanvarai-

168 Bryden 2000, s. 400.

169 Anttila 1946, s. 103.

170 Honkasalo 1965, s. 190.

nen, on lähdettävä siitä, että tilanteessa, jossa teon kohde on passiivinen tai jossa suostumuksen olemassaolo on muuten epävarmaa, on tekijän ryhdyttävä tarvittaviin toimenpiteisiin varmistuakseen suostumuksen olemassaolosta.¹⁷¹ Tämä tarkoittaa puolestaan sitä, että viimeistään tässä vaiheessa suostumus (tai sen puuttuminen) tulee vähintäänkin konkludenttisesti ilmaistuksi.

Jos lainsäädännön lähtökohdaksi on valittava joko tahdonsuuntateoria tai tahdonilmaistateoria, tulisi valinta siten tehdä mielestäni jälkimmäisen hyväksi. Näkökanta perustuu paitsi ilmaisemattoman suostumuksen harvinaisuuteen niin myös siihen, että seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen kuuluu nähdäkseni oikeus suostua myös sellaiseen kanssakäymiseen, johon henkilö ei oikeastaan haluaisi suostua. Edellytyksenä kuitenkin on, että henkilöllä on mahdollisuus ja kyky käyttää oikeuttaan seksuaaliseen itsemääräämiseen.¹⁷² Suostumuksessa on toisin sanoen kysymys siitä, mitä henkilö valitsee tehdä, ei siitä, mitä hän haluaa tehdä, ja siksi suostumuksen olemassaolon kannalta ei voi olla merkitystä sillä, onko suostumuksen antajan tahdonsuunta suhteessa seksuaaliseen kanssakäymiseen tosiasiaissa ollut myönteinen vai kielteinen.¹⁷³ Tahdonvastainen suostumus on siten lähtökohtaisesti yhtä pätevä kuin mikä tahansa muukin suostumus. Eri asia tietenkin on, että nimenomaisesti annettu suostumus voi olla pätemätön jonkin muun syyn, kuten suostumuksen antajan alhaisen iän tai tämän tahdonmuodostukseen kohdistetun epäasiallisen vaikuttamisen, perusteella. Näihin kysymyksiin palataan tarkemmin jäljempänä alaluvuissa 4.3 ja 4.4.

4.2.2 Suostumuksen puuttumista osoittavat seikat

Myös suostumuksen puuttuminen on asia, joka yleensä ilmenee jollakin tavalla. Suostumuksen puuttuminen voi ilmetä ensinnäkin *fyysisenä vastarintana*. Vanhaa väkisinmaamissäännöstä tulkittiin siten, että naisen tuli kaikin mahdollisin keinoin vastustaa sukupuoliyhteyttä.¹⁷⁴ Nykyään raiskauksen uhrin ei kuitenkaan edellytetä ryhtyvän itse väkivaltaisiin tai muihin vastustamistoimiin sukupuoliyhteyden torjumiseksi, eikä puolustustekojen puuttumista siten voida pitää osoituksena siitä, ettei rikosta ole tapahtunut.¹⁷⁵

Riittävää sen sijaan on, että teon kohde *selvästi osoittaa vastustavansa sukupuoliyhtey-*

171 Prop. 2017/18:177, s. 34.

172 SOU 2016:60, s. 198–199.

173 Asp 2010, s. 88.

174 Utriainen 2013, s. 101.

175 KKO 2013:96, k. 33.

tä.¹⁷⁶ RL 20 luvun 1 §:n sisältämä raiskauksen määritelmä on kuitenkin osittain ristiriidassa tämän lähtökohdan kanssa. Raiskaus on nimittäin lainkohdan 1 momentissa määritelty rikokseksi, jonka tekeminen edellyttää väkivallan käyttämistä. Väkivallan käyttäminen puolestaan edellyttää tyypillisesti vastarintaa uhrin taholta. Rikoksentehtyjä kun ei yleensä käytä väkivaltaa, jos hän ei kohtaa vastarintaa. Jos uhri ei vastustele, ei tekijän yksinkertaisesti tarvitse turvautua väkivaltaan sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi. Vaikka uhrin ei siten enää lain tasolla edellytetäkään ryhtyvän mihinkään erityisiin puolustautumistoimiin sukupuoliyhteyden torjumiseksi, voidaan muutosta tässä suhteessa luonnehtia lähinnä vain semanttiseksi niin kauan, kuin väkivallan käyttäminen on raiskausrikoksen itsenäinen tunnusmerkistötekijä.¹⁷⁷

Suostumuksen puute voi toisaalta ilmetä myös *suusanallisena kieltäytymisenä*. Sukupuoliyhteys sen jälkeen kun, kun toinen on sanonut ”ei”, merkitsee kiistatta tämän seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkausta. Tällaisessa tilanteessa ei ole mitään järkevää syytä pitää sukupuoliyhteyttä sallittuna, missään olosuhteissa.¹⁷⁸ Toisinaan tosin esitetään, että toinen saattaa sanoa ”ei” siitä huolimatta, että hän on halukas harrastamaan seksiä. Vaikka väite sinänsä pitäisikin paikkansa, ei se kuitenkaan tarkoita sitä, että ”ei” tarkoittaisi ”kyllä”. Kysymys on ainoastaan siitä, että sanoessaan ”ei”, henkilö aikoo tai toivoo sanovansa ”kyllä” myöhemmin, mikä on puolestaan täysin eri asia. Riippumatta siitä, mitä henkilö aikoo tai toivoo tekevänsä myöhemmin, tarkoittaa hän silti ilmaista suostumuksen puuttumista tekoon sillä hetkellä, kun hän sanoo ”ei”.¹⁷⁹ Siten on lähdettävä siitä, että jos sukupuoliyhteyden toinen osapuoli sanoi ”ei”, ei suostumusta sukupuoliyhteyteen ollut. Näin ainakin, jollei voida esittää poikkeuksellisen vahvoja todisteita vastakkaisen kannan tueksi.¹⁸⁰

Kuten edellä jo todettiin, niin myös *passiivisuus* voi olla osoitus suostumuksen puuttumisesta. Raiskauksen uhri saattaa alistua sukupuoliyhteyteen esimerkiksi sen vuoksi, ettei hän uskalla tai muusta syystä kykene vastustamaan tekijää. Uhri saattaa ikään kuin ”lamaantua pelosta”. On myös varsin tavallista, että raiskauksen uhri alistuu tekoon huomatessaan, ettei hän voi välttyä sukupuoliyhteydeltä. Uhri saattaa teon kestäessä ajatella jotakin muuta tai kuvitella olevansa jossakin muualla. Uhri kokee usein jälkikäteen

176 HE 6/1997 vp, s. 172.

177 Bryden 2000, s. 356–357.

178 Schulhofer 1992, s. 72.

179 Wertheimer 2000, s. 575–576.

180 Bryden 2000, s. 389.

olleensa tilanteessa läsnä fyysisesti, mutta ei psyykkisesti. Kysymys on eräänlaisesta selviytymisstrategiasta.¹⁸¹ Tällöin on nähdäkseni kuitenkin kysymys siitä, että teon kohteena oleva henkilö on pelkotilan tai muun vastaavan avuttoman tilan takia ollut kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, mitä rikoksentekijä käyttää hyväkseen. Tällaisiin tilanteisiin soveltuu mielestäni voimassa oleva RL 20 luvun 1 §:n 2 momentti. Joka tapauksessa passiiviselta henkilöltä tulisi edellä esitetyn mukaisesti aina tiedustella tämän suhtautumista sukupuoliyhteyteen, jolloin suostumuksen puuttumisen pitäisi olla tekijälle myös selvää.

4.2.3 Suostumuksen voimassaolo ja peruuttaminen

Suostumus on annettava ennen tekoa, ja sen on oltava voimassa myös teon tekemisen aikaan.¹⁸² Suostumuksen antamisella ennen tekoa tarkoitetaan sitä, että suostumuksen on oltava voimassa *teon alkamisen hetkellä*.¹⁸³ Tämä tarkoittaa puolestaan sitä, ettei suostumusta sukupuoliyhteyteen voida antaa pätevästi etukäteen. Etukäteen annettu suostumus ei nimittäin merkitse sitä, että suostumus olisi edelleen voimassa silloin, kun sukupuoliyhteyteen ollaan ryhtymässä. Vaikka seksuaalisesta kanssakäymisestä olisi jopa nimenomaisesti sovittu, ei tällainen sopimus ole sillä tavalla sitova, etteikö sukupuoliyhteyttä varten annettu suostumus olisi peruutettavissa.¹⁸⁴

Suostumuksen *peruuttaminen* onkin aina mahdollista. Tämä johtuu siitä, että suostumus ei ole oikeustoimi, jolla suostumuksen antaja luovuttaisi tekijälle oikeuden teon tekemiseen tai jolla suostumuksen antaja sitoutuisi sallimaan teon. Suostumus voidaan siksi peruuttaa vielä teon tekemisen aikanakin.¹⁸⁵ Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suoja olisi nimittäin varsin vajavainen, jos sitä ei enää suojattaisi sukupuoliyhteyden aloittamisen jälkeen. Jos tekijä ei siten lopeta sukupuoliyhteyttä sen jälkeen, kun sukupuoliyhteyden toinen osapuoli on peruuttanut aiemmin antamansa suostumuksen, voidaan tekijän syyksi lukea raiskaus.¹⁸⁶ Suostumus on toisin sanoen aina tilapäinen ja voimassa vain siihen asti, kunnes sen antaja muuttaa mielensä ja peruuttaa antamansa suostumuk-

181 Ks. SOU 2001:14, s. 89–90.

182 Hahto 2004, s. 248.

183 Honkasalo 1965, s. 190.

184 Hahto 2004, s. 494.

185 Anttila 1946, s. 105–106.

186 Ojala 2014, s. 78.

sen¹⁸⁷, eikä minkäänlainen etukäteinen lupaus tai sopimus seksin harrastamisesta siten tarjoa suojaa raiskaussyytettä vastaan.¹⁸⁸

Suostumuksen peruuttamisesta on kuitenkin aina ilmoitettava sukupuoliyhteyden toiselle osapuolelle, joko nimenomaisesti tai konkludenttisesti. Tämä johtuu siitä, että jos suostumuksen antaja on välittömästi ennen teon tekemistä sallinut teon, on tekijällä oikeus olettaa suostumuksen olevan voimassa koko teon tekemisen ajan.¹⁸⁹ Olisi sitä paitsi oikeusturvaperiaatteen vastaista tuomita raiskauksesta sellainen henkilö, joka ei ole saanut minkäänlaista aiheutta olettaa, ettei hänen aiemmin saamansa suostumus sukupuoliyhteyteen enää ollutkaan voimassa. Tällaiseen tapaukseen olisi joka tapauksessa sovellettava tunnusmerkistöerehdystä koskevaa RL 4 luvun 1 §:ää. Sama koskee tilannetta, jossa tekijä ei kohtuudella ole voinut ymmärtää suostumuksen tulleen peruutetuksi. Kysymykseen tunnusmerkistöerehdyksestä palataan tarkemmin jäljempänä alaluvussa 4.5.

4.3 Suostumuksen antajan subjektiiviset ominaisuudet

4.3.1 Suostumuksen antajalta vaadittava ikä

Suostumuksen antajalta vaaditaan tiettyjä subjektiivisia ominaisuuksia, jotta hänen antamaansa suostumusta voidaan pitää pätevänä. Kysymys on tältä osin ensinnäkin siitä, minkälaista ikää suostumuksen antajalta vaaditaan.¹⁹⁰ Ratkaisussa KKO 2001:7 korkein oikeus luki tekijän syyksi pahoinpitelyn, kun hän oli antanut 12-vuotiaalle lapselle juotavaksi väkevää alkoholijuomaa sillä seurauksella, että tämä oli juonut itsensä tiedottomaan humalatilaan. KKO perusteli ratkaisuaan sillä, ettei 12-vuotias lapsi ikänsä puolesta voinut antaa pätevää suostumusta terveytensä vahingoittamiseen. Sama lähtökohta soveltuu myös sukupuoliyhteyttä varten annettavaan suostumukseen. Jos 12-vuotias lapsi ei voi pätevästi suostua väkevän alkoholin nauttimiseen, ei mielestäni ole mitään järkevää syytä katsoa, että 12-vuotias lapsi voisi pätevästi suostua myöskään sukupuoliyhteyteen.

187 Asp 2010, s. 166.

188 Näin ollen suostumuksen antaminen seksiin myöskään esimerkiksi kännykkäsovelluksen kautta etukäteen ei tietenkään ratkaise seksuaalisen kanssakäymisen vapaaehtoisuutta koskevaa kysymystä. Ks. lisää niin kutsutusta suostumussovelluksesta ja siihen liittyvistä ongelmista esim. Samtyckeslagen. Många anmälningar mot samtyckesapp i Sverige. Hufvudstadsbladet 28.6.2018.

189 Anttila 1946, s. 107.

190 Ojala 2014, s. 60.

Sukupuoliyhteyden osalta lähtökohtana voidaan pitää 16 vuoden suojaikärajaa. Sukupuoliyhteys alle 16-vuotiaan kanssa on Suomessa lähtökohtaisesti kielletty ja rangaistavaa tapauksesta riippuen ainakin RL 20 luvun 6 §:ssä (540/2011) tarkoitettuna lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä tai saman luvun 7 §:ssä (540/2011) tarkoitettuna törkeänä lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä. Kysymykseen voi tulla myös törkeää raiskausta koskevan RL 20 luvun 2 §:n (509/2014) soveltaminen. Lähtökohtana voidaankin pitää sitä, että alle 16-vuotias ei voi pätevästi suostua sukupuoliyhteyteen.¹⁹¹ Tämä johtuu siitä, että lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa suojelun kohteena ei ole niinkään lapsen seksuaalinen itsemääräämisoikeus vaan lasten ja nuorten turvaaminen seksuaalista väärinkäyttöä vastaan siihen asti, kunnes nämä ovat riittävän kypsiä tekemään itse sukupuolielämänsä koskevat päätökset.¹⁹²

Voidaan kuitenkin kyseenalaistaa tällaisen tiukan ikärajan asettaminen suostumuksen pätevyuden edellytykseksi. Nuori ei nimittäin välttämättä ole yhtään sen kypsempi päättämään sukupuolielämästään 16-vuotissyntymäpäivänään kuin päivää aikaisemmin. Lisäksi on huomattava, että nuoret kypsyvät hyvin eri aikaan. Esimerkiksi *Inkeri Anttila* onkin sitä mieltä, ettei tiettyä ikää voida yleisesti pitää suostumiskelpoisuuden rajana.¹⁹³ *Brynolf Honkasalo* on puolestaan lähtenyt siitä, että kysymys alaikäisen antaman suostumuksen pätevyydestä tulee ratkaista erikseen kussakin yksittäisessä tapauksessa kiinnittämällä huomiota toisaalta loukatun intressin arvoon ja toisaalta suostumuksen antajan henkisen kypsyyden tasoon.¹⁹⁴ Hallituksen esitöissä onkin pohdittu mahdollisuutta sitoa sukupuoliyhteyden rangaistavuus tietyn ikärajan sijasta lapsen kypsyttämättömyyden hyväksikäyttämiseen. Lainsäädännön selkeyteen liittyvistä syistä pidettiin kuitenkin parempana vaihtoehtona säätää selkeä ikäraja, jota nuoremman lapsen kanssa vanhempi henkilö ei saa olla sukupuoliyhteydessä, vaikka lapsi olisi siihen suostunutkin.¹⁹⁵ Tuomittavan rangaistuksen kannalta ei liioin ole merkitystä sillä, onko lapsi itse ollut tilanteessa aloitteellinen tai muutoin aktiivinen.¹⁹⁶

191 Ibid., s. 60.

192 Hahto 2004, s. 242.

193 Anttila 1946, s. 113.

194 Honkasalo 1965, s. 193.

195 Ks. HE 6/1997 vp, s. 166.

196 KKO 2018:35, k. 13.

Tältä osin on kuitenkin huomattava, että sukupuoliyhteys alle 16-vuotiaan kanssa on kategorisesti kielletty ainoastaan aikuisilta. Nuorten keskinäistä sukupuolielämää ei sen sijaan ole pyritty ohjaamaan rikoslailla.¹⁹⁷ RL 20 luvun 7 a § (540/2011) sisältääkin siksi rajoitussäännöksen, jonka mukaan sukupuoliyhteyttä alle 16-vuotiaan kanssa ei ole pidettävä rangaistavana, jos teko ei loukkaa sen kohteena olevan henkilön seksuaalista itsemääräämisoikeutta, eikä teon osapuolten iässä ja kypsyydessä ole suurta eroa.

Mielestäni lähtökohtana on pidettävä, että 16 vuoden ikä on suostumuksen pätevyys edellytys silloin, kun kysymys on suostumisesta sukupuoliyhteyteen. Jos sukupuoliyhteyden rangaistavuutta jouduttaisiin arvioimaan kussakin tapauksessa erikseen sen mukaan, minkälainen teon kohteena olevan henkilön henkisen kypsyyden tason voidaan arvioida olevan, saatettaisiin yksittäistapauksissa ajautua varsin vaikeisiin tulkintatilanteisiin.¹⁹⁸ Tällöin rangaistavan ja sallitun sukupuoliyhteyden välinen raja muodostuisi sangen epämääräiseksi.¹⁹⁹ Vaikka ikärajojen asettaminen on aina jossain määrin mieltävaltaista, on balanssi suojan tarpeen ja autonomian suhteen joka tapauksessa vedettävä jonnekin.²⁰⁰ Lasten tehokas suojeleminen aikuisten heihin kohdistamaa seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan on tavoitteena niin tärkeä, että se oikeuttaa mielestäni tällaisen yksiselitteisen ja tiukan ikärajan asettamisen. Huomioon on tässä suhteessa otettava vielä edellä mainittu RL 20 luvun 7 a §:n sisältämä rajoitussäännös, joka tuo tarvittavaa joustavuutta ehdottoman ikärajan soveltamiseen.

4.3.2 Suostumuksen antajan henkiset ominaisuudet

Suostumuksen antajan alhainen ikä ei ole kuitenkaan ainoa suostumuksen antajan ominaisuus, joka saattaa johtaa siihen, ettei hänen sukupuoliyhteyttä varten antamaansa suostumusta voida pitää pätevänä. *Inkeri Anttila* on todennut, ettei mielisairaana tai muun rikosoikeudellisesti syyntakeettoman henkilön antamaa suostumusta voitaisi pitää pätevänä.²⁰¹ RL 3 luvun 4 §:n (515/2003) 2 momentin mukaan henkilö on syyntakeeton, ”jos hän ei tekohetkellä kykene mielisairauden, syvän vajaamielisyyden taikka vakavan mielenterveyden tai tajunnan häiriön vuoksi ymmärtämään tekonsa tosiasiallista luonnetta tai oikeudenvastaisuutta taikka hänen kykynsä säädellä käyttäytymistään on sel-

197 HE 6/1997 vp, s. 166.

198 Ibid., s. 166.

199 Asp 2010, s. 158.

200 Niemi-Kiesiläinen 1998, s. 13.

201 Anttila 1946, s. 116.

laisesta syystä ratkaisevasti heikentynyt”. Mielisairaudella tarkoitetaan tavallisesti psykoottisluonteisia tiloja. Syvällä vajaamielisyydellä puolestaan tarkoitetaan yleensä älyllistä kehitysvammaisuutta. Vakavalla mielenterveyden häiriöllä viitataan erilaisiin raja- ja sekavuustiloihin ja tajunnanhäiriöllä voidaan puolestaan viitata esimerkiksi ikäheikkouteen tai dementian aiheuttamaan ymmärryskyvyn alenemiseen.²⁰²

RL 3 luvun 4 §:n 3 momentin mukaan henkilö on alentuneesti syyntakeinen, jos ”*hänen kykynsä ymmärtää tekonsa tosiasiallinen luonne tai oikeudenvastaisuus taikka säädellä käyttäytymistään on mielisairauden, vajaamielisyyden taikka mielenterveyden tai tajunnan häiriön vuoksi tekohetkellä merkittävästi alentunut*”. Anttilan mukaan alentuneesti syyntakeisen henkilön antamaa suostumusta ei tule, toisin kuin syyntakeettoman henkilön antamaa suostumusta, pitää automaattisesti pätemättömänä, vaan kysymys suostumuksen pätevydestä tulee ratkaista erikseen kussakin yksittäisessä tapauksessa ottaen huomioon, miten suostumuksen antaja kyseisessä tapauksessa on ymmärtänyt suostumuksen merkityksen.²⁰³ Anttilan ehdotusta voidaan pitää varsin selväpiirteisenä, vaikka ongelmia saattaa tosin aiheutua siitä, ettei selkeätä rajaa sen suhteen, missä ylittyy raja syyntakeettomien ja alentuneesti syyntakeisten ja toisaalta alentuneesti syyntakeisten ja syyntakeisten välillä, voida esittää.²⁰⁴

Anttilan näkemystä voidaan kuitenkin myös kritisoida. On nimittäin eri asia sanoa, etteivät alle 16-vuotiaat lapset voi pätevästi suostua sukupuoliyhteyteen kuin sanoa, etteivät henkisesti sairaat tai vammaiset henkilöt voisi antaa pätevää suostumusta sukupuoliyhteyteen. Tämä johtuu siitä, että lapset kasvavat aikuisiksi. Jos taas vakavasti henkisesti sairaat tai vammaiset eivät voisi koskaan antaa pätevää suostumusta sukupuoliyhteyteen, kiellettäisiin heiltä oikeus seksuaaliseen kanssakäymiseen mahdollisesti pysyvästi.²⁰⁵ Onkin syytä muistaa, ettei voimassa olevassakaan RL 20 luvun 1 §:ssä ole kriminalisoitu sellaisia sairaiden tai vammaisten henkilöiden seksuaalisuhteita, joissa ei loukata kummankaan osapuolen seksuaalista itsemääräämisoikeutta, vaan tällaisiin suhteisiin puuttumisen edellytyksenä on uhrin sairauden tai vammaisuuden hyväksikäyttäminen.²⁰⁶ Mielestäni tästä lähtökohdasta on syytä pitää kiinni myös siinä tapauksessa, että raiskauksen määrittelyssä siirryttäisiin nyt hahmoteltavaan suostumusmalliin. Siten myös

202 HE 44/2002 vp, s. 62–63.

203 Anttila 1946, s. 116.

204 HE 44/2002 vp, s. 63.

205 Wertheimer 2010, s. 211.

206 HE 283/2010 vp, s. 11.

henkisesti sairas tai vammaisen henkilö voi mielestäni pätevästi suostua sukupuoliyhteyteen edellyttäen kuitenkin, että hän on kykenevä ymmärtämään suostumuksen merkityksen, eikä tilanteeseen liity minkäänlaisia piirteitä hänen tilansa hyväksikäyttämisestä.

Suostumuksen antajan tulee ymmärtää, mitä suostumus tarkoittaa ja mitä yksittäistä tekoa varten se annetaan. *Timo Ojala* onkin huomauttanut, että siksi myös suostumuksen antajan päihtymyksellä voi olla merkitystä arvioitaessa sitä, onko suostumuksen antaja ymmärtänyt suostumuksen merkityksen vai ei. Päihtymyksen johdosta tiedottomassa tilassa oleva henkilö on luonnollisesti kykenemätön suostumuksen antamiseen. Vaikka henkilö ei toisaalta olisikaan tiedoton, voi hän kuitenkin olla siinä määrin voimakkaasti päihtynyt, että häntä voidaan pitää avuttomassa tilassa olevana ja siten kykenemättömänä pätevän suostumuksen antamiseen.²⁰⁷ Sukupuoliyhteyden potentiaalisen toisen osapuolen päihtymystason seuraamista voidaan pitää vaatimuksena ainoastaan kohtuullisena.²⁰⁸ Siten päihtyneen henkilön kanssa sukupuoliyhteyteen pyrkivältä tulisi voida edellyttää korostunutta huolellisuutta sen suhteen, että hän on vakuuttunut sukupuoliyhteyden toisena osapuolena olevan päihtyneen henkilön tahdonmuodostuskyvystä.²⁰⁹

4.4 Suostumuksen vapaaehtoisuus

4.4.1 Väkivalta, uhkaukset ja avuttoman tilan hyväksikäyttö

Suostumuksen on oltava *vapaaehtoinen*. Tämä suostumuksen vapaaehtoisuutta koskeva vaatimus ei täyty, jos suostumus saadaan pakolla.²¹⁰ Pakko voi voimassa olevan RL 20 luvun 1 §:n mukaan puolestaan ilmetä joko väkivaltana tai uhkauksena. *Inkeri Anttila* on todennut, että jos tekijä toteuttaa tekonsa *väkivaltaa* käyttämällä, ei mistään suostumuksesta ylipäättäen voida puhua. Tämä johtuu siitä, että suostumus on tahdonilmaisu, jolla suostumuksen antaja sallii tekijän teon. Siksi väkivaltaa käyttäen tehdyn teon ei koskaan voida sanoa tapahtuneen loukatun suostumuksella.²¹¹ Selvää onkin, ettei mistään suostumuksesta voi olla kysymys tilanteessa, jossa henkilö pakotetaan sukupuoliyhteyteen väkivaltaa käyttämällä. Toinen voidaan kuitenkin myös väkivaltaa käyttäen

207 Ojala 2014, s. 62.

208 Wertheimer 2010, s. 216–217.

209 Ojala 2014, s. 86.

210 Ojala 2014, s. 62.

211 Anttila 1946, s. 91.

saada ilmaisemaan suostumuksensa sukupuoliyhteyteen. Selvää kuitenkin on, ettei edes nimenomaisesti annettua suostumusta sukupuoliyhteyteen voida pitää vapaaehtoisena eikä siten myöskään pätevänä, jos suostumustahdonilmaisun saamiseksi on käytetty väkivaltaa. Eri asia on, että väkivaltaiseenkin seksiin on mahdollista suostua. Tällöin sukupuoliyhteyden molemmille osapuolille pitäisi kuitenkin olla selvää, että toisen antama suostumus kattaa myös tietynasteisen väkivallan käyttämisen.

Myös *uhkauksella* saatu suostumus on pätemätön.²¹² Uhata voidaan paitsi henkilöön kohdistuvalla väkivallalla niin myös jonkin muun rikoksen kuin väkivaltarikoksen tekemisellä. Uhkauksen ei tarvitse välttämättä olla edes oikeudenvastainen, vaan toinen voidaan saada suostumaan sukupuoliyhteyteen uhkaamalla esimerkiksi paljastaa jokin tätä koskeva haitallinen tieto. On kuitenkin syytä huomata, että uhkauksen on oltava luonteeltaan sellainen, että se *pakottaa* toisen sukupuoliyhteyteen.²¹³ Aivan kuinka vähäistä uhkausta tahansa ei voida luonnehtia pakottavaksi, eikä se siten vaikuta myöskään sukupuoliyhteyttä varten annettavan suostumuksen pätevyyyteen. Jos A uhkaa esimerkiksi varastaa B:ltä pullon virvoitusjuomaa, jos B ei tee niin kuin A haluaa, A:n uhkaus tuskin on sellaista laatua, että se ensinnäkään saisi B:n taipumaan A:n tahtoon, ja että sen toisaalta voitaisiin katsoa vaikuttavan B:n A:lle antaman suostumuksen pätevyyyteen.²¹⁴

Voimassa olevan RL 20 luvun 1 §:n 2 momentin mukaan raiskaukseen syyllistyy myös se, joka on sukupuoliyhteydessä toisen henkilön kanssa käyttämällä hyväkseen sitä, että tämä on jonkin *avuttoman tilan* vuoksi kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Jos henkilö on kykenemätön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, on hän totta kai kykenemätön myös minkäänlaisen suostumustahdonilmaisun muodostamiseen tai ilmaisemiseen. Myöskään puolustuskyvyttömän henkilön antamaa suostumusta ei voida pitää pätevänä. Kuten edellä luvussa 2.2.3 kuitenkin jo todettiin, tulisi mielestäni avuttoman tilan olemassaolon ja sen hyväksikäyttämisen riittää rangaistusvastuun syntymiseen, eikä lisäksi tulisi edellyttää uhrin puolustuskyvyn taikka tahdonmuodostus- tai ilmaisukyvyn puuttumista. Puolustuskyky ja tahdonmuodostus kun eivät ole ”kaikki tai ei mitään” -tiloja, vaan useimmissa tapauksissa ne ovat pikemminkin heikentyneet, eivät kokonaan poissa.²¹⁵

212 Honkasalo 1965, s. 192.

213 HE 6/1997 vp, s. 172–173, 175–176.

214 Ks. Asp 2010, s. 133.

215 Hahto 2004, s. 506.

4.4.2 Tarjoukset ja aseman hyväksikäyttäminen

Yleensä lähdetään siitä, ettei *tarjous* voi johtaa suostumuksen pätemättömyyteen. *Petter Asp* on kuitenkin huomauttanut, että tarjouksella voi olla samanlainen pakottava vaikutus kuin uhkauksellakin. Näin on silloin, kun henkilöllä, jolle tarjous esitetään ei käytännössä ole muuta mahdollisuutta kuin suostua tarjoukseen. Esimerkkinä voidaan mainita kuvitteellinen tilanne, jossa A on lukittuna huoneeseen, joka täyttyy pian myrkyllisellä kaasulla. Huoneen ohi kulkeva B tarjoutuu pelastamaan A:n hengen, mutta vain sillä ehdolla, että A on sukupuoliyhteydessä B:n kanssa. B:n tarjouksella voidaan sanoa olevan sama pakottava vaikutus, kuin jos B olisi uhannut tappaa A:n, jollei tämä suostu sukupuoliyhteyteen hänen kanssaan. Toisena esimerkkinä voidaan mainita tapaus, jossa potilas A kärsii kroonisista kivuista, ja kirurgi B on ainoa henkilö, joka voi operoida A:n ja saada siten kivun loppumaan. Kuvitellaan, että B tarjoutuu leikkaamaan A:n ehdoin, että A on sukupuoliyhteydessä B:n kanssa. B:n tarjouksella on tällöin sama pakottava vaikutus, kuin jos B olisi uhannut aiheuttaa A:lle kipua tilanteessa, jossa A ei olisi ennestään jo kärsinyt kivuista.²¹⁶ Molemmissa tapauksissa A:lla olisi teoriassa mahdollisuus olla tarttumatta B:n hänelle esittämään tarjoukseen, mutta käytännössä A:n valinnanmahdollisuus on erittäin rajattu. Mielestäni mainitunkaltaisissa tapauksissa onkin selvää, ettei A:n suostumusta sukupuoliyhteyteen voida pitää vapaaehtoisena, eikä siksi myöskään päteväenä.

Edellä mainitut esimerkkitalanteet ovat kuvitteellisia ja saattavat kuulostaa kaukaa haetuilta. Esimerkkien tarkoituksena onkin lähinnä osoittaa, että niillä olosuhteilla, joissa tarjous esitetään on merkitystä. Edellä mainituissa tapauksissa tekijä käyttää hyväkseen tietynlaisia pakottavia olosuhteita taivuttaakseen toisen seksuaaliseen kanssakäymiseen kanssaan. Tapaukset lähestyvätkin tilanteita, jotka todennäköisesti käsiteltäisiin avuttoman tilan hyväksikäyttämisenä.²¹⁷ Esimerkkejä tilanteista, joissa esitetty tarjous vaikuttaa toisen valinnanmahdollisuuksiin epäasiallisella tavalla, löytyy kuitenkin myös edellä esitettyä arkipäiväisemmistä konteksteista.

216 Ks. Asp 2010, s. 136–140.

217 Ibid., s. 138–139, 141.

Kuvitella voidaan esimerkiksi tilanne, jossa esimies tarjoaa alaiselleen ylennystä sillä ehdolla, että he harrastavat yhdessä seksiä. Esimiehen tarjousta ei tietenkään voida pitää samalla tavalla pakottavana kuin edellä mainitunkaltaisia tarjouksia, joissa mitään todellista valinnanmahdollisuutta ei ole, vaan esimiehen tekemä tarjous päinvastoin vaikuttaisi laajentavan tarjouksen kohteena olevan henkilön mahdollisuuksia. Esimies, jolla on valta päättää alaistensa työsuhteen ehdoista, käyttää asemaansa kuitenkin sopimattomalla tavalla hyväkseen tämänkaltaisen tarjouksen esittäessään. Esimiehen tarjous vaikuttaa sopimattomalla tavalla työntekijän päätöksentekoon ja tekee tämän sukupuoliyhteyttä varten antamasta suostumuksesta pätemättömän. Esimiehen toiminta loukkaa työntekijän oikeutta autonomiseen päätöksentekoon, ei sen takia, että esitettyä tarjousta olisi pidettävä erityisen pakottavana vaan siksi, että esimies on toiminnallaan vaikuttanut työntekijänsä valinnanmahdollisuuksiin asiaankuulumattomalla tavalla. Samaa voidaan sanoa työnantajasta, joka tarjoaa toiselle työpaikkaa seksiä vastaan tai professorista, joka tarjoaa opiskelijalleen hyvää tenttiarvosanaa vastaavin ehdoin.²¹⁸

Varsin nopeasti voidaan siten keksiä useita esimerkkejä tilanteista, joissa tarjouksen pitäisi mielestäni johtaa siihen, ettei sukupuoliyhteyttä varten annettua suostumusta voida pitää vapaaehtoisesti annettuna. Olennaista on, että tarjous on tällöin rinnastettavissa pakottavuudessaan uhkaukseen, tai että tarjous muuten vaikuttaa sopimattomalla tavalla sen kohteena olevan henkilön valinnanvapauteen. Voimassa oleva raiskaussäännös ei tällaisia tilanteita kata. Edellä mainitut tapaukset voivat kuitenkin olla hyvin lähellä tapauksia, jotka RL 20 luvun 5 §:ssä on säädetty rangaistaviksi seksuaalisena hyväksikäyttönä.

RL 20 luvun 5 §:n (563/1998) 1 momentin mukaan seksuaalisesta hyväksikäytöstä tuomitaan se, joka *asemaansa hyväksikäyttäen* taivuttaa toisen sukupuoliyhteyteen tai muuhun seksuaalista itsemääräämisoikeutta olennaisesti loukkaavaan seksuaaliseen tekoon. Taivuttamisen kohteena voi momentin 1 kohdan mukaan olla kahdeksaatoista vuotta nuorempi henkilö, joka on koulussa tai muussa laitoksessa tekijän määräysvallan tai valvonnan alainen taikka muussa näihin rinnastettavassa alisteisessa suhteessa tekijään. Teon kohteena voi momentin 2 kohdan mukaan olla myös kahdeksaatoista vuotta nuorempi henkilö, jonka kyky päättää itsenäisesti seksuaalisesta käyttäytymisestään on hänen kypsyttämättömyytensä ja osapuolten ikäero huomioon ottaen olennaisesti heikompi

218 Ks. Schulhofer 1992, s. 81–85.

kuin tekijällä. Lainkohdan soveltamisen edellytyksenä on, että tekijä käyttää uhrin kypsymättömyyttä törkeästi väärin. Momentin 3 kohta (509/2014) soveltuu puolestaan tapauksiin, joissa seksuaalisen hyväksikäytön kohteena oleva henkilö on hoidettavana sairaalassa tai muussa laitoksessa, ja hänen kykynsä puolustaa itseään taikka muodostaa tai ilmaista tahtoaan on sairauden, vammaisuuden tai muun heikkouden tilan vuoksi olennaisesti heikentynyt. Momentin 4 kohdassa mainitaan vielä tilanteet, joissa rikoksen uhri on tekijästä erityisen riippuvainen, ja tekijä käyttää tällaista hänen ja uhrin välistä riippuvuussuhdetta törkeästi väärin.

Seksuaalisena hyväksikäyttönä voidaan siten rangaista myös sellaisia tekoja, joissa kysymys on ollut sukupuoliyhteydestä. Tällöin on kyse tapauksista, joissa rikosentekijä taivuttaa uhrinsa sukupuoliyhteyteen asemaansa hyväksikäyttäen. Tällaisissa tapauksissa tuskin voidaan väittää, että suostumus sukupuoliyhteyteen olisi annettu vapaaehtoisesti ja henkilön vapaasta tahdosta.²¹⁹ Voidaankin kyseenalaistaa seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan rangaistussäännöksen soveltaminen sukupuoliyhteyden sisältäviin tekoihin. Tällaiset teot tulisi mielestäni siirtää raiskaussäännöksen yhteyteen ja säätää siten rangaistaviksi raiskauksina. Ajatus oli esillä raiskaussäännöksiä viimeksi uudistettaessa vuonna 2014, mutta se kuitenkin torjuttiin raiskaus-nimikkeen ja raiskausrikosta koskevan säännöksen vahvaan symboliarvoon liittyvistä syistä. Hallituksen esityksessä kun todetaan, että raiskaussäännös tulee varata koskemaan kaikkein vakavimpia seksuaalirikoksia, ja että pykälän laajentaminen saattaisi johtaa sen symboliarvon ja merkityksen vähenemiseen.²²⁰ Hallituksen perustelut ovat kuitenkin hyvin kyseenalaiset.

Ajatus siitä, että rikosnimike ”raiskaus” tulisi varata ainoastaan kaikkein vakavimmille seksuaalirikoksille on nimittäin nähdäkseni hyvin vanhanaikainen. Kysymys on tältä osin ennen kaikkea siitä, minkälaisia seksuaalirikoksia on syytä pitää hallituksen esittämällä tavalla ”kaikkein vakavimpina”. Mielestäni raiskauksen asema kaikista vakavimpana seksuaalirikoksena johtuu yksinkertaisesti siitä, että kysymys on sukupuoliyhteydestä. Raiskausteon vakavuus ei sen sijaan riipu siitä, toteutetaanko sukupuoliyhteys väkivaltaa käyttämällä tai uhkailemalla, uhrin avutonta tilaa hyväksikäyttämällä, vai saako tekijä taivutettua toisen sukupuoliyhteyteen asemaansa hyväksikäyttämällä. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden näkökulmasta lopputulos on joka tapauksessa se ja sama: se

219 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 68.

220 HE 216/2013 vp, s. 40.

on tullut loukatuksi. Siksi kaikki seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavat sukupuoliyhteyden käsittävät teot ovat vakavia, ja ne tulisi säätää rangaistaviksi raiskauksina. Tämä nimenomaan vahvistaisi raiskausrikosta koskevan säännöksen symboliarvoa ja merkitystä, eikä suinkaan vähentäisi sitä.

Seksuaalirikosten osalta rikosnimikettä koskevilla päätöksillä voi siten olla tärkeä merkitys.²²¹ Siksi myös sellaiset sukupuoliyhteyden sisältävät teot, jotka ovat nykyään rangaistavia RL 20 luvun 6 §:n mukaisena lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä tulisi mielestäni määritellä raiskauksiksi. Myös lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten nimikkeiden kun tulisi vastata teon paheksuttavuutta ja seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavaa luonnetta.²²²

4.4.3 Erehdyttäminen

Raiskausta koskevat rangaistussäännökset (tai mitään muutakaan seksuaalirikosta koskevat rangaistussäännökset) eivät nykymuodossaan kata myöskään sellaisia tilanteita, joissa on kysymys suostumuksen antajan *erehdyttämisestä* tai tämän erehdyksen hyväksikäyttämisestä. Esimerkiksi *Brynolf Honkasalo* on kuitenkin sitä mieltä, että suostumusta, joka on saatu suostumuksen antajaa erehdyttämällä on pidettävä pätemättömänä.²²³ Myöskään *Inkeri Anttilan* mukaan sellaiselle suostumukselle, joka on saatu erehdyttämällä suostumuksen antajaa jostakin teosta koskevasta oleellisesta seikasta ei voida antaa oikeudellista merkitystä.²²⁴

Sukupuoliyhteyden osalta on suostumuksen pätevyyden vähimmäisedellytyksenä pidettävä sitä, että suostumuksen antaja tietää suostuvansa nimenomaan sukupuoliyhteyteen. *Petter Aspin* esimerkkiä lainatakseni pätevää suostumusta sukupuoliyhteyteen ei voida katsoa olevan esimerkiksi tilanteessa, jossa lääkäri ilmoittaa työntävänsä tutkimusvälineen naispotilaan vaginaan, mutta yrittääkin työntää sinne oman sukupuolielimensä.²²⁵ Pätevää suostumusta sukupuoliyhteyteen ei tapauksessa ole, sillä nainen on antanut suostumuksensa ainoastaan lääketieteellistä toimenpidettä, ei sukupuoliyhteyttä, varten.

221 Schulhofer 1992, s. 58.

222 Ks. asiasta käydystä keskustelusta OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 71.

223 Honkasalo 1965, s. 191.

224 Anttila 1946, s. 89.

225 Asp 2010, s. 147, 154.

Sukupuoliyhteyteen annettavan suostumuksen osalta on lisäksi edellytettävä, että suostumuksen antaja on tietoinen vähintäänkin siitä, kenen kanssa hän suostuu olemaan sukupuoliyhteydessä. Sukupuoliyhteyden toisen osapuolen henkilöllisyyttä koskevasta erehtymisestä voisi olla kysymys esimerkiksi tilanteessa, jossa henkilö A hiipii pimeässä huoneessa henkilö B:n sänkyyn esittäen olevansa B:n puoliso, minkä jälkeen A ja B ovat sukupuoliyhteydessä keskenään. B suostuu sukupuoliyhteyteen, koska hän erehtyy A:n henkilöllisyydestä.²²⁶ Rangaistavasta erehdyttämisestä voi olla kysymys myös tilanteessa, jossa henkilö A on sukupuoliyhteydessä henkilön B kanssa B:n ollessa siinä uskossa, että hän on sukupuoliyhteydessä henkilön C kanssa, joka on henkilön A:n identtinen kaksoisveli. B suostuu sukupuoliyhteyteen, koska hän erehtyy pitämään henkilöä A henkilönä C. Kysymys on siten tilanteista, joissa erehtyminen koskee sukupuoliyhteyden toisen osapuolen fyysistä henkilöllisyyttä.²²⁷

Rangaistavasta erehdyttämisestä ei sen sijaan ole kysymys sellaisissa tilanteissa, joissa sukupuoliyhteyden toinen osapuoli on esittänyt olevansa esimerkiksi joku kuuluisa henkilö tai on muuten antanut virheellisiä tietoja omasta taustastaan, kuten ammatistaan tai sukupuolestaan. Tämä johtuu siitä, että toisin kuin edellä mainituissa esimerkeissä suostumuksen antajalla on tapauksessa ollut mahdollisuus ottaa kantaa siihen, haluaako hän olla sukupuoliyhteydessä kyseisen fyysisen henkilön kanssa vai ei.²²⁸ Kysymys on siten tilanteista, joissa suostumuksen antaja on erehtynyt ainoastaan sukupuoliyhteyden toisen osapuolen niin kutsutusta abstraktista identiteetistä.²²⁹

Rangaistavasta erehdyttämisestä ei myöskään ole kysymys esimerkiksi tilanteessa, jossa henkilö B ilmoittaa seurustelukumppanilleen henkilölle A, ettei hän halua harrastaa seksiä A:n kanssa, jos tämä ei todella välitä B:stä, jolloin A valehtelee B:lle rakastavansa tätä. Samoin on suhtauduttava tilanteeseen, jossa henkilö B tekee selväksi baarissa tapaamalleen henkilölle A, ettei hän suostu harrastamaan seksiä naimisissa olevan miehen kanssa, jolloin naimisissa oleva A valehtelee B:lle olevansa sinkku. Edellä mainituissa tilanteissa B suostuu sukupuoliyhteyteen A:n kanssa A:n toimesta tapahtuneen erehdyttämisen seurauksena. Tapauksia voidaan pitää moraalisesti arveluttavina, mutta tuskin kuitenkaan raiskauksina.²³⁰ Tämä johtuu siitä, että asianomistajalle aiheutuva vahinko

226 Ibid., s. 147, 153–154.

227 SOU 2016:60, s. 217.

228 Ibid., s. 217–218.

229 Ks. Asp 2010, s. 152.

230 Wertheimer 2010, s. 205–207.

on tapauksissa luonnehdittavissa lähinnä emotionaaliseksi, eikä laki suojaa yksilön emotionaalista koskemattomuutta samalla tavalla kuin fyysistä koskemattomuutta. Kaikista tyypillisimmät sukupuoliyhteyttä varten annettavan suostumuksen saamiseksi käytettävät erehdyttämiskeinot ovat sitä paitsi ihmisten yleisessä tiedossa, ja siksi voidaan pitää kohtuullisena, että sukupuoliyhteyden toinen osapuoli ottaa huomioon mahdollisuuden siitä, että toisen hänelle esittämä väite osoittautuukin myöhemmin valheelliseksi.²³¹

Vaikka sukupuoliyhteyttä, johon on päästy teon kohdetta erehdyttämällä voidaankin luonnehtia kielletyksi fyysiseksi tunkeutumiseksi, on tämä luonnehdinta siten täysin osuva kuitenkin vain niissä harvinaisissa tapauksissa, joissa erehdys koskee joko teon seksuaalista luonnetta tai sukupuoliyhteyden toisen osapuolen fyysistä henkilöllisyyttä.²³² Erehdyttäminen sukupuoliyhteyden toteuttamisen keinona tulisikin siksi kriminalisoida vain näissä edellä mainituissa kahdessa tapauksessa, joissa tekoa voidaan pitää erityisen moitittavana joko sen vuoksi, että asianomistaja ei ole suostunut sukupuoliyhteyteen ollenkaan tai sen vuoksi, ettei hän suostunut sukupuoliyhteyteen ainakaan kyseisen fyysisen henkilön kanssa.

4.5 Suostumusta koskeva erehdys

Suostumusta koskevassa erehdyksessä on kysymys tunnusmerkistöerehdyksestä, josta säädetään RL 4 luvun 1 §:ssä (515/2003). Lainkohdan mukaan tekijän tekoa ei ole pidettävä tahallisenä, ”jos tekijä ei teon hetkellä ole selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, tai jos hän erehtyy sellaisesta seikasta”. Koska erehdys poistaa teon tahallisuuden, jää teko rankaisematta, jos se rikoslain mukaan on rangaistava ainoastaan tahallisenä. Mikäli rikos on sen sijaan rangaistava myös tuottamuksellisesti tehtynä, voi vastuu rikoksen tuottamuksellisesta tekemuodosta tulla kyseeseen. Kuten edellä luvussa 2.2.5 todettiin, raiskauksen syyksilukeminen edellyttää tekijän toiminnalta tahallisuutta. Siten myös suostumusta koskeva erehdys johtaa siihen, ettei tekijää voida tuomita raiskauksesta rangaistukseen.

Suostumusta koskeva erehdys voi koskea ensinnäkin sitä, että tekijä virheellisesti luulee loukatun suostuneen tekoon. Erehdystä koskevaa näyttöä tulee arvioida sen perusteella,

231 Bryden 2000, s. 464–465.

232 Ibid., s. 464.

saattoiko tekijä uhrin käyttäytymisen tai tapahtuman olosuhteiden perusteella muuten perustellusti luulla suostumuksen olleen olemassa. Jos tekijän erehtymistä tilanteesta tai toisen osapuolen tarkoituksesta voidaan pitää mahdollisena ja yleisen elämäkokemuksen valossa ymmärrettävänä, ei tahallisuusvaatimuksen voida katsoa täyttyvän.²³³

Timo Ojala on todennut, että jos sukupuoliyhteys on toteutettu väkivaltaa käyttämällä, ja uhri on teoin tai sanoin ilmoittanut kieltäytyvänsä sukupuoliyhteydestä, ei tällaisessa tilanteessa juurikaan ole tilaa sille, että tekijän voitaisiin katsoa pätevästi erehtyneen suostumuksen olemassaolosta.²³⁴ *Petter Aspin* mukaan erehtyminen suostumuksen olemassaolosta on kuitenkin myös tällaisessa tilanteessa mahdollista. Suostumusta koskevasta erehtymisestä voi olla kysymys esimerkiksi tilanteessa, jossa etukäteen on sovittu roolileikistä, jonka säännöissä edellytetään toisen osapuolen vastustelevan sukupuoliyhteyttä. Tällaisessa tilanteessa on mahdollista, että tekijä tulkitsee vastustelun osaksi roolileikkiä, vaikka kysymys on tosiasiaa siitä, että henkilö on muuttanut mielensä leikkiin osallistumisen suhteen ja yrittääkin vastustelullaan viestittää kieltäytyvänsä sukupuoliyhteydestä.²³⁵

Suostumuksen olemassaoloa koskevan erehdyksen mahdollisuutta voidaan joutua arvioimaan esimerkiksi myös tilanteessa, jossa tekijä väittää luulleensa sukupuoliyhteyden toisen osapuolen muuttaneen mielensä ja alun vastustelun jälkeen päättäneenkin suostua sukupuoliyhteyteen. Tapauksessa KKO 2013:96 syytetty X oli asianomistaja A:n vastusteluista huolimatta työntänyt A:n makuuhuoneeseen, riisunut tämän vaatteet, istunut A:n rintakehän päälle lukiten jaloillaan hänen kätensä kehon sivuille ja työntänyt sukupuolielimensä A:n suuhun. A oli pelännyt saavansa sukupuolitaudin ja ojentanut X:lle siksi kondomin ennen kuin tämä ryhtyi yhdyntään. X väitti, ettei hän ollut ymmärtänyt pakotaneensa A:ta ainakaan enää sen jälkeen, kun A oli antanut hänelle kondomin. X:n mukaan hän ei ollut selvillä A:n vastustuksen jatkumisesta, eikä hän siten ollut toiminut tahallisesti. KKO totesi kuitenkin, ettei fyysisen tai edes sanallisen vastustelun päättymisestä voida päätellä toisen muuttaneen mieltänsä yhdynnän suhteen, jos tahdonmuutosta ei sanallisesti tai muutoin ole selvästi ilmaistu.²³⁶

233 Hahto 2004, s. 245, 474.

234 Ojala 2014, s. 88.

235 Asp 2010, s. 182.

236 KKO 2013:96, k. 14–15, 47–48.

Suostumusta koskeva erehdys voi suostumuksen olemassaolon ohella koskea toisaalta myös sitä, että loukattu on tekijän tietämättä ollut kyvytön antamaan pätevää suostumusta.²³⁷ Tekijä voi erehtyä tässä suhteessa esimerkiksi päihtymystilan tai psyykkisen sairauden vuoksi avuttomassa tilassa olevan henkilön osalta, mikäli henkilön toiminta on vaikuttanut ulospäin kontrolloidulta siitä huolimatta, että tämä on tosiasiaissa ollut kykenemätön toimintansa kontrolloimiseen. Tällaisessa tapauksessa on mahdollista, ettei tekijä ole tahallisuusvaatimuksen edellyttämällä tavalla ymmärtänyt uhrin olleen avuttomassa tilassa.²³⁸ Mahdollista on myös, että tekijä erehtyy pitämään sukupuoliyhteyttä varten saamaansa suostumusta pätevänä sen vuoksi, ettei hän ole tietoinen siitä, että toinen on nuoren ikänsä takia kykenemätön antamaan pätevää suostumusta sukupuoliyhteyteen. Erehtymisen mahdollisuutta tässä suhteessa tulee arvioida muun muassa lapsen kehitysvaihe ja osapuolten tapaamisolosuhteet huomioon ottaen. Jos tekijä on näiden seikkojen perusteella voinut päätellä, ettei lapsi ole ylittänyt 16 vuoden suojaikärajaa, ei tahallisuutta poista esimerkiksi pelkästään se, että lapsi on ilmoittanut tekijälle olevansa todellisuutta vanhempi.²³⁹

Esimerkkinä suostumuksen pätevyyttä koskevasta erehdyksestä tässä suhteessa voidaan mainita tapaus KKO 2014:54. Tapauksessa A oli ollut sukupuoliyhteydessä 15-vuotiaan B:n kanssa. A oli ollut tietoinen B:n syntymävuodesta, mutta hän ei ollut tiennyt eikä selvittänyt tämän tarkkaa syntymäaikaa. B täytti 16 vuotta joulukuussa 2011. Sukupuoliyhteys asianosaisten välillä tapahtui puolestaan lokakuussa 2011. KKO:n mukaan A saattoi tällä perusteella, ja kun otettiin vielä huomioon, että B vaikutti ulkoisesti vanhemmalta kuin A:n jo 16 vuotta täyttänyt sisar, pitää huomattavasti todennäköisempänä, että B oli sukupuoliyhteyden aikaan jo 16 vuotta täyttänyt kuin sitä, ettei tämä olisi vielä saavuttanut kyseistä ikää. KKO katsoi tapauksessa tahallisuusvaatimuksen siksi jääneen täyttymättä.²⁴⁰ KKO:n näkemystä voidaan kuitenkin kritisoida. Tuomioistuin antoi asiassa mielestäni liikaa painoarvoa sille tosiseikalle, että on matemaattisesti todennäköisempää, että asianomistajan syntymäpäivä on ennen lokakuuta kuin vasta lokakuun jälkeen, eikä se antanut riittävästi painoarvoa sille seikalle, ettei A ollut edes pyrkinyt selvittämään B:n tarkempaa syntymäaikaa ja siten varmistumaan siitä, oliko tämä todella saavuttanut laissa säädetyn suojaikärajan.

237 Hahto 2004, s. 245.

238 Asp 2010, s. 183.

239 HE 6/1997 vp, s. 182.

240 KKO 2014:54, k. 1, 15–16, 18.

Mielestäni tunnusmerkistöerehdystä koskevan RL 4 luvun 1 §:n soveltamisala on varsin rajattu silloin, kun on kysymys sukupuoliyhteyttä varten annettavaa suostumusta koskevasta erehdyksestä. Tämä johtuu siitä, että suostumus tai sen puute tulee yleensä vähintäänkin konkludenttisesti ilmaistuksi. Suostumuksen olemassaoloa tai sen puuttumista voidaan pitää tulkinnanvaraisena lähinnä tilanteissa, joissa teon kohde pysyy tilanteessa täysin passiivisena. Jos lähdemme kuitenkin edellä luvussa 4.2.1 esitetyllä tavalla siitä, että tekijän tulee tällaisessa tilanteessa ryhtyä tarvittaviin toimiin suostumuksen olemassaolon varmistamiseksi, tulee suostumus tai sen puute viimeistään tässä vaiheessa ilmaista. Siten tekijän väite siitä, että hän erehtyi uhrin suostuneen sukupuoliyhteyteen, ei lähtökohtaisesti voine menestyä. Sen sijaan erehtyminen suostumuksen pätevyydestä voi olla mahdollista, mutta tällaisetkin tapaukset lienevät varsin poikkeuksellisia.

Edellä on käsitelty kysymystä siitä, mitä suostumuksella tarkoitetaan ja mitä sukupuoliyhteyttä varten annettavalta suostumukselta pitää edellyttää, jota sitä voidaan pitää pätevä. Seuraavassa luvussa pohditaan tarkemmin kysymystä siitä, pitäisikö raiskaus määritellä edellä kuvatulla tavalla uhrin puuttuvan suostumuksen kautta vai ei. Tarkastelun kohteena ovat sekä lainmuutoksen puolesta että sitä vastaan puhuvat seikat.

5. Pitäisikö raiskauksen määritelmää muuttaa?

5.1 Suostumusmallin omaksumisen puolesta puhuvat seikat

5.1.1 Suojan kattavuuteen liittyvät ongelmat

RL 20 luvun 1 §:ssä raiskaus on määritelty rikokseksi, johon syyllistyminen edellyttää väkivallalla tai uhkauksin tapahtuvaa pakottamista, tai sitten tekijän tulee käyttää hyväkseen sitä, että uhri on avuttoman tilansa vuoksi kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Voimassa olevan raiskauksen määritelmän taustalla on ilmeisesti ajatus, jonka mukaan se nykyisessä muodossaan kattaa kaikki ne tilanteet, joissa suostumusta sukupuoliyhteyteen ei ole.²⁴¹ Tämä näkemys voidaan kui-

²⁴¹ Näin esim. UM:n työryhmän mietintö 28.3.2013, s. 65. Vrt. Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen 36 artikla. Ks.

tenkin kyseenalaistaa.

Ruotsin vuoden 2014 seksuaalirikoskomitea on pitänyt ongelmallisina tilanteita, joissa sukupuoliyhteys on toteutettu vastoin teon kohteena olleen henkilön tahtoa, mutta minäänlaista pakottamista ei ole tapahtunut, eikä uhri ole ollut myöskään avuttomassa tilassa. Tällaisissa tilanteissa tekijää ei ole voitu tuomita raiskauksesta, vaikka kysymys olisikin ollut sukupuoliyhteydestä.²⁴² Tämä johtuu nimenomaan siitä tavasta, jolla raiskaus on laissa määritelty. Voimassa olevan RL 20 luvun 1 §:n mukaan kysymys ei nimittäin ole raiskauksesta, jos sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi ei ole käytetty väkivaltaa tai uhkauksia, eikä uhri ole ollut myöskään täysin kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Siksi voidaankin väittää, ettei RL 20 luvun 1 § nyky muodossaan tarjoa kattavaa suojaa suostumuksen vastaisesti toteutettavia sukupuoliyhteyksiä vastaan.

Kuvitella voidaan esimerkiksi tilanne, jossa tekijä on sukupuoliyhteydessä toisen henkilön kanssa siitä huolimatta, että tämä selvästi ja toistuvasti ilmoittaa sanallisesti vastustavansa sukupuoliyhteyttä. Tällaisessa tapauksessa on selvää, ettei suostumusta sukupuoliyhteyteen ole. Suostumuksen puuttuminen ei rikoslain mukaan kuitenkaan riitä raiskaustuomion perusteeksi, vaan lisäksi edellytetään todisteita siitä, että teon kohde pakotettiin sukupuoliyhteyteen käyttämällä väkivaltaa tai sen uhkaa. Tilanteessa, jossa teon kohde sanallisesti vastustaa sukupuoliyhteyttä, mutta ei tee fyysistä vastarintaa vaan pysyttelee passiivisena, ei tekijän kuitenkaan tarvitse turvautua väkivaltaan sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi.²⁴³ Jos mitään uhkauksia ei esitetä, eikä uhri ole tilanteessa ollut myöskään täysin kykenemätön puolustamaan itseään, ei kysymyksessä voida voimassa olevan RL 20 luvun 1 §:n mukaan katsoa olevan raiskaus. Jos sukupuoliyhteys oli kuitenkin tahdonvastainen, miten kukaan voi väittää, ettei teon kohdetta pakotettu sukupuoliyhteyteen?²⁴⁴

Toisena esimerkkinä tilanteesta, jota itse luonnehtisin raiskaukseksi, mutta jota rikoslain raiskaussäännökset eivät nykyisessä muodossaan kuitenkaan kata, voidaan mainita edellä luvussa 4.4.3 mainitunlainen erehdyttäminen. Jos henkilö ei ole tietoinen sukupuoli-

myös edellä luku 3.2.4.

242 SOU 2016:60, s. 178–179.

243 Schulhofer 1992, s. 44.

244 Ibid., s. 44.

yhteyden toisen osapuolen fyysisestä henkilöllisyydestä, ei hänen antamaansa suostumusta sukupuoliyhteyteen voida pitää pätevänä. Sama koskee luvussa 4.4.2 tarkoitettuja tilanteita, jossa tekijä taivuttaa uhrinsa sukupuoliyhteyteen asemaansa hyväksikäyttäen sekä tilanteita, joissa tekijän uhrille esittämä tarjous on sopimattomalla tavalla vaikuttanut tämän tahdonvapauteen. Jos raiskaus määriteltäisiin ilman pätevää suostumusta toteutettavaksi sukupuoliyhteydeksi, olisi tällaiset rangaistavan menettelyn aukkokohtat mahdollista saada paikattua ja suojan kattavuuteen liittyvät ongelmat korjattua.²⁴⁵

5.1.2 Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden asema suojeltavana oikeushyvinä

Raiskauksen tunnusmerkistön kirjoitustapaa koskevassa valinnassa on pohjimmiltaan kysymys siitä, mitä termillä ”raiskaus” ylipäättään ymmärretään tarkoitettavan. Onko raiskauksessa kysymys väkivaltarikoksesta, jonka tunnusmerkistön täytyminen edellyttää pakottamista? Vai onko raiskauksessa kysymys toisen seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavasta rikoksesta, jolloin raiskauksen määritelmän keskiössä on ajatus pätevästä suostumuksesta? Kysymys on toisin sanoen siitä, onko rikoksen tekemisen katsottava edellyttävän minkäänlaista pakottamista ensinnäkään vai pitäisikö itsemääräämisoikeus ja tahdonvapaus tunnustaa erillisiksi oikeushyviksi, jotka ovat sellaisenaan suojelemisen arvoisia.²⁴⁶

Mielestäni itsemääräämisoikeus ja tahdonvapaus pitäisi nähdä itsessään suojelemisen arvoisina oikeushyvinä, eikä raiskauksen tunnusmerkistön täyttymiseksi tulisi edellyttää erityisiä pakottamistoimia. Raiskausta koskevien rikoslain säännösten nimenomaisena tavoitteena kun on jo hallituksen esitöidenkin²⁴⁷ mukaan suojella yksilön seksuaalista itsemääräämisoikeutta eli yksilön oikeutta määrätä itse siitä, kenen kanssa hän on valmis olemaan sukupuoliyhteydessä²⁴⁸, milloin ja millä tavalla. Tämän oikeuden käyttämisen kannalta keskeinen käsite on puolestaan suostumus, ja uhrin seksuaalista itsemääräämisoikeutta kohtaan osoitettavan kunnioituksen puute ilmenee raiskausrikoksissa siten nimenomaan uhrin suostumuksen puuttumista kohtaan osoitettavana piittaamattomuute-

245 Tämä olisi sinänsä toki mahdollista myös nykyisen sääntelymallin puitteissa yksinkertaisesti laajentamalla raiskauksen tunnusmerkistöä siten, että kaikki mainitut, suostumuksen puuttuessa toteutettavan sukupuoliyhteyden tekotavat tulisivat rangaistussäännöksessä huomioon otetuiksi. Asiaan palataan lähemmin jäljempänä tutkielman luvussa 6.

246 Schulhofer 1992, s. 40–41, 59.

247 Ks. HE 6/1997 vp, s. 161.

248 Rautio 2009, s. 425.

na.²⁴⁹

Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaamisen näkökulmasta pitäisikin siksi olla täysin merkityksetöntä, miten tekijä on päässyt sukupuoliyhteyteen uhrinsa kanssa, sillä uhrin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ja sitä koskevan loukkauksen kannalta on lopputulos joka tapauksessa sama riippumatta siitä, pakotettiin uhri sukupuoliyhteyteen väkivaltaisesti, käyttikö tekijä hyväkseen uhrin avutonta tilaa, vai taivuttiko hän toisen sukupuoliyhteyteen asemaansa hyväksikäyttäen tai kenties muuten epäasiallisesti. Edellä mainittuja tekotapoja yhdistää sen sijaan sukupuoliyhteyden tahdonvastaisuus. Yksilön seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukataankin aina silloin, kun hän ei ole sukupuoliyhteyteen suostunut, eikä hänen osallistumisensa aktiin ole muutenkaan vapaaehtoista.²⁵⁰ Kun rikokseen syyllistyminen edellyttää kuitenkin väkivallan käyttämistä tai muuta pakottamista, jää lailla suojeltava oikeushyvä, seksuaalinen itsemääräämisoikeus, pimentoon.²⁵¹

Jos ajatus seksuaalisesta itsemääräämisoikeudesta halutaan ottaa tosissaan, on siitä siksi tehtävä näkyvä osa rikoslain seksuaalirikoksia koskevia säännöksiä.²⁵² Suostumuksen puuttumiseen perustuva raiskaussäännösten kirjoitustapa korostaisikin raiskausrikoksen luonnetta seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ja ihmisoikeuksien loukkauksena.²⁵³ Raiskauksen määrittelemisen uhrin puuttuvan suostumuksen kautta vahvistaisi lisäksi seksuaalisen itsemääräämisoikeuden asemaa osana perusoikeusjärjestelmäämme.

5.1.3 Suostumusmallin omaksuminen osana lainsäädännön luonnollista kehitystä

Suostumuksen puutteen ottamista raiskausrikoksen tunnusmerkistöön voidaan myös pitää luonnollisena jatkona seksuaalirikosten piirissä jo tapahtuneelle lainsäädännölliselle kehitykselle.²⁵⁴ Vuoden 1994 lainuudistuksella kriminalisoitiin avioliitossa tehtävä raiskaus²⁵⁵ ja vuonna 1999 raiskausta koskevat rangaistussäännökset muutettiin neutraaleiksi sekä tekijän ja uhrin sukupuolen että teon osoittaman sukupuolisen suuntautuneisuu-

249 Ks. edellä luku 2.1.

250 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* 22.2.2001, k. 457.

251 Leskinen 2017, s. 199.

252 Schulhofer 1992, s. 94.

253 PeVL 6/2014 vp, s. 5.

254 SOU 2001:14, s. 124.

255 Ks. lainmuutoksesta käydystä keskustelusta HE 365/1992 vp, s. 3–4.

den suhteen²⁵⁶. Kesäkuusta 2011 lähtien raiskaukseksi on katsottu sukupuoliyhteys puolustuskyvyttömän henkilön kanssa riippumatta siitä, mikä on ollut rikoksen tekijän osuus uhrin puolustuskyvyttömyyden synnyssä. Samassa yhteydessä raiskauksena säädettiin rangaistavaksi sukupuoliyhteys henkilön kanssa, joka on kykenemätön muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan.²⁵⁷ Vuodesta 2014 lähtien RL 20 luvun 1 §:n soveltaminen on ollut mahdollista yhä useamman tyyppisiin tekoihin, kun RL 20 luvun 10 §:n sisältämää sukupuoliyhteyden määritelmää laajennettiin olennaisesti.²⁵⁸ Mainitut muutokset ovat kaikki osaltaan vahvistaneet seksuaalisen itsemääräämisoikeuden merkitystä raiskaussäännöksillä suojeltavana oikeushyväenä ja korostaneet suostumuksen asemaa kiellettyä ja sallittua sukupuoliyhteyttä erottavana tekijänä.

Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden merkityksen vahvistuessa pakottamista koskeva rikostunnusmerkistötekijä on vastaavasti menettänyt merkitystään.²⁵⁹ Voidaan nimittäin sanoa, että nykyään varsin vähäinenkin väkivalta riittää täyttämään raiskauksen tunnusmerkistön. Esimerkiksi sohvalle kaataminen ja vaatteiden riisuminen on sellaista väkivaltaa, joka riittää täyttämään RL 20 luvun 1 §:n 1 momentissa tarkoitettua väkivaltaelementin²⁶⁰, eikä siten mitään varsinaisia pahoinpitelyksi katsottavia toimenpiteitä vaadita, jotta raiskauksen syyksilukeminen olisi mahdollista.

Koska pakottamista koskeva raiskausrikoksen tunnusmerkistötekijä on näin ollen menettänyt merkitystään, voidaan väittää, että seuraava askel olisi poistaa vaatimus kokonaan. Pakottamistoimilla olisi suostumusmallin mahdollisesta omaksumisesta huolimatta sitä paitsi merkitystä raiskausteon rikosoikeudellisen arvioinnin kannalta joka tapauksessa myös jatkossa. Tämä johtuu siitä, että jos teko on toteutettu pakottamalla, on tämä osoitus siitä, että teko on tehty sen kohteena olleen henkilön suostumuksen vastaisesti.²⁶¹ Vaikka vaatimus pakottamisesta raiskausrikoksen itsenäisenä tunnusmerkistötekijänä siten poistettaisiinkin, ei muutos tässä suhteessa olisi loppujen lopuksi kovinkaan suuri.

256 HE 6/1997 vp, s. 161.

257 HE 283/2010 vp, s. 7–8.

258 Ks. HE 216/2013 vp, s. 42–43. Ks. myös LaVM 4/2014 vp, s. 8.

259 SOU 2001:14, s. 126.

260 Ojala 2014, s. 75.

261 SOU 2001:14, s. 126.

5.1.4 Suostumusmalliin liittyvä normia luova vaikutus

Lainsäädännön tarkoituksena on pyrkiä vaikuttamaan ihmisten käyttäytymiseen. Kriminallisoimalla tietynlainen toiminta pyritään estämään ihmisiä toimimasta kyseisellä tavalla. Ihmiset eivät kuitenkaan noudata lakia vain välttyäkseen laissa säädetyiltä rangaistuksilta, vaan lainsäädäntö vaikuttaa ihmisten asenteisiin ja suhtautumiseen sääntelyn kohteena olevaan toimintaan yleisemminkin.²⁶² Tuottaessaan kiellettyä ja sallittua käyttäytymistä koskevia käsityksiä ja merkityksiä on rikosoikeudellisella sääntelyllä ihmisten mieliä määrittävää voimaa. Rikosoikeudellisen sääntelyn avulla on siten mahdollista vakiinnuttaa yhteisöllisiä käsityksiä siitä, mikä on oikein ja mikä väärin.²⁶³ Lainsäädännöllä on toisin sanoen normia luova vaikutus. Myös raiskausta koskevien rikoslainsäännösten muuttamiseen liittyisi tällainen normia luova vaikutus. On nimittäin tärkeä viesti yhteiskunnalta, että on kiellettyä harrastaa seksiä sellaisen henkilön kanssa, joka ei ole kanssakäymiseen suostunut.²⁶⁴

Christian Diesen on tähän liittyen huomauttanut, että pakottamiseen perustuvan ja suostumuksen puuttumiseen perustuvan lainsäädäntömallin välillä on tärkeä ideologinen ero. Diesenin mukaan pakottamiseen perustuvassa lainsäädäntömallissa lähtökohtana on, että nainen on seksuaalisesti miehen käytettävissä, jollei hän osoita vastustavansa sukupuoliyhteyttä.²⁶⁵ *Helena Jokila* puhuu samaa asiaa tarkoittaen suostumusolettamuksesta. Suostumus sukupuoliyhteyteen yksinkertaisesti oletetaan olevaksi, jollei tätä oletusta kumota vastustustahdonilmaisulla. Jokila kritisoi tällaista oletusta oikeudellisen arvioinnin lähtökohtana, sillä suostumuksen olemassaoloa koskeva oletus on puhdasta spekulointia.²⁶⁶ Suostumuksen puuttumiselle rakentuvan kirjoitustavan lähtökohtana on Diesenin mukaan puolestaan se, että nainen ei ole seksuaalisesti miehen käytettävissä, jollei hän selvästi osoita suostumustaan sukupuoliyhteyteen. Jos sukupuoliyhteyden vapaaehtoisuutta joudutaan jälkikäteen arvioimaan, tulee miehen kyetä perustelemaan, mistä hän päätteli suostumuksen sukupuoliyhteyteen olleen olemassa.²⁶⁷

262 Leijonhufvud 2008, s. 64.

263 Karma – Pohjonen 2006, s. 97, 109.

264 SOU 2010:71, s. 208.

265 Diesen 2010, s. 330.

266 Jokila 2010, s. 60.

267 Diesen 2010, s. 330.

Suostumusmallin omaksuminen raiskauskriminalisoinnin perustaksi korostaisikin sitä, kuinka tärkeää on, että sukupuoliyhteys perustuu aina kanssakäymisen molempien osapuolten suostumukseen. Ajatukseen seksuaalisen kanssakäymisen vapaaehtoisuudesta ja vastavuoroisuudesta kun liittyy vahva yhteiskunnallinen sanoma, jonka merkitystä ei mielestäni tule aliarvioida.

5.1.5 Suostumusmalliin liittyvät terapeutitset vaikutukset

Suostumuksen puuttumiseen perustuvan sääntelyn voidaan lisäksi väittää aiheuttavan paremman vastaanoton. Tällä tarkoitetaan lainsäädännön muotoiluun liittyviä terapeutisia vaikutuksia.²⁶⁸ *Christian Diesenin* mukaan pakottamiseen perustuvalla lainsäädännöllä on antiterapeuttinen vaikutus. Diesen toteaa, että silloin kun raiskaus ei ole jättänyt jälkeensä fyysisiä vammoja, on rikosta vaikea näyttää toteen. Konkreettisten todisteiden puuttuessa uhrin kertomukseen rikoksen tapahtumisesta saatetaan suhtautua epäilevästi. Vaikka näin ei olisikaan, saattaa uhri tästä huolimatta tuntea tuhlaavansa viranomaisten aikaa ”vaivatessaan” heitä rikoksella, jota on mahdotonta näyttää toteen. Uhria saatetaan myös ainakin epäsuorasti moittia siitä, ettei hän vastustanut tekoa riittävästi, jotta rikoksesta olisi olemassa fyysisiä vammoja (todisteita). Uhri saattaa tällaisessa tilanteessa kokea olevansa itse osasyllinen raiskaukseen, koska hänen annetaan ymmärtää, ettei hän tehnyt riittävästi vastarintaa rikoksen torjumiseksi. Uhri alkaa toisin sanoen syyttää itseään raiskatuksi joutumisestaan. Uhri menettää asiantilan seurauksena helposti luottamuksensa yhteiskuntaan, oikeusjärjestelmään ja jopa kanssaihmiisiin, jolloin raiskauskemuksesta uhkaa muodostua pitkäaikainen trauma.²⁶⁹

Suostumuksen puuttumiseen perustuvalla lainsäädännöllä on Diesenin mukaan puolestaan terapeuttinen vaikutus. Silloin kun lainsäädännön lähtökohtana on uhrin suostumuksen puuttuminen, on rikostutkinnan lähtökohtana uhrin kokemus hänen henkilökohtaiseen koskemattomuuteensa kohdistetusta loukkauksesta. Tutkinnan aikana voi sinänsä edelleen nousta esiin kysymys siitä, miksei uhri selvemmin osoittanut vastustavansa sukupuoliyhteyttä. Kukaan ei voi kuitenkaan sanoa uhrille, että hänen pitäisi tuntea jollakin toisella tavalla, ja siksi uhrin kertomus siitä, miksi hän kokee seksuaalisen koskemattomuutensa tulleen loukatuksi saa tutkinnassa keskeisen merkityksen. Tällöin uhri

268 SOU 2010:71, s. 209–210.

269 Diesen 2010, s. 331.

kokee tulevansa kuulluksi ilman, että häntä kyseenalaistetaan, millä puolestaan on suuri merkitys hänen tulevan toipumisensa kannalta. Kun laki tekee rikoksen ilmoittamisesta yhtä hyväksyttävää tilanteessa, jossa raiskauksesta ei ole jäänyt fyysisiä vammoja kuin väkivaltaisen raiskauksen tilanteissa, voidaankin tutkijoiden huomion olettaa siirtyvän pelkästä todisteiden keräämisestä myös uhrin ymmärtämiseen ja tukemiseen. Ja vaikka tekijää ei lopulta tuomittaisikaan rikoksestaan rangaistukseen, ei tällä Diesenin mukaan ole uhrille yhtä tärkeää merkitystä kuin hänen kokemuksellaan siitä, että hän tuli tutkinnan aikana kuulluksi, ja että hänen kertomustaan hänen kokemansa loukkauksen tunteesta myös uskottiin.²⁷⁰

Onkin esitetty, että nykyinen väkivaltaa tai uhkaamista koskeva tunnusmerkistötekijä olisi yksi syy siihen, miksei seksuaalirikoksia aina ilmoiteta viranomaisille. Rikoksen uhri saattaa nimittäin jättää rikosilmoituksen tekemättä sen vuoksi, ettei hän usko ilmoituksen johtavan syytteen nostamiseen tai langettavaan tuomioon, jos todisteita pahoinpitelystä tai uhkaamisesta ei ole.²⁷¹ En tiedä, perustuuko väite johonkin empiiriseen tutkimukseen aiheesta vai ei. Mielestäni tämä on kuitenkin joka tapauksessa tärkeä näkökohta tuoda esiin, kun otetaan huomioon, että valtaosa raiskauksista jää piilorikollisuudeksi²⁷². Jos rikoslakia muutettaisiin siten, että rikosoikeudellisen arvioinnin lähtökohtana pidettäisiin jatkossa uhrin suostumuksen puuttumista, saattaisikin tämä kannustaa useampia raiskauksen uhreja rikosilmoituksen tekemiseen.

5.1.6 Oikeuskäytännön todellisuus ja moderni käsitys seksuaalisuudesta

Timo Ojala on tarkastellut raiskausrikoksia oikeuskäytännössä esiintyvien tapausten valossa. Ojalan mukaan tilanteet, joissa tekijä ja uhri ovat toisilleen entuudestaan täysin tuntemattomia ovat harvinaisia. Raiskauksessa on sen sijaan tyypillisesti kysymys tilanteesta, jossa tekijä ja uhri tuntevat toisensa jollakin tavalla entuudestaan, eikä heidän välillään ole ollut mitään erityistä vihamielistä kohtaamista. Usein kysymys on keskenään parisuhteessa olevista henkilöistä. Kun tekijä on pyrkinyt sukupuoliyhteyteen uhrin kanssa, ei tämä ole siihen suostunut. Sukupuoliyhteyteen pääsemiseksi tapahtunut fyysinen pakottaminen on siten ollut seurausta siitä yksinkertaisesta seikasta, että uhri on kieltäytynyt sukupuoliyhteydestä tekijän kanssa. Toinen tyypillinen raiskaustapaus on

270 Ibid., s. 332.

271 SOU 2016:60, s. 184.

272 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 29.

Ojalan mukaan sellainen, jossa tekijä on sukupuoliyhteydessä uhrinsa kanssa käyttämällä hyväkseen tämän päihtymystilasta johtuvaa alentunutta tahdonmuodostuskykyä, jolloin uhrin minkäänlaiselle pakottamiselle ei ole edes tarvetta.²⁷³

Edellä kuvattu oikeuskäytännön todellisuus ei vastaakaan perinteistä näkemystä raiskaustekojen luonteesta, sillä perinteisesti raiskaus nähdään uhrille entuudestaan tuntemattoman tekijän yllättävänä ja väkivaltaisena ”päällekkarkauksena”. Raiskausta koskeva rangaistussäännös ja oikeuskäytännön todellisuus ovat siten osittain ristiriidassa keskenään. Ojala toteaa, että suostumusmallin käyttöönotto saattaisi toimia tätä ristiriitaa vähentävästi.²⁷⁴

Uhrin puuttuvan suostumuksen varaan rakentuva raiskaustunnusmerkistö vastaisi paremmin paitsi oikeuskäytännön todellisuutta niin myös modernissa yhteiskunnassa vallitsevaa käsitystä seksuaalisen kanssakäymisen luonteesta.²⁷⁵ Vallitsevan käsityksen mukaan jokaisella kun on oltava oikeus itse päättää siitä, haluaako hän harrastaa seksiä vai ei, ja yksilön tahtoa tässä suhteessa tulee kunnioittaa. Raiskaus on rikoslaissa kuitenkin määritelty tavalla, joka antaa ymmärtää, että sukupuoliyhteys olisi aina sallittu teko, jos sen kohteena olevaa henkilöä kohtaan ei tarvitse käyttäytyä väkivaltaisesti tai uhata tämän alistamiseksi sukupuoliyhteyteen, eikä tämä ole myöskään täysin avuttomassa tilassa esimerkiksi päihtymyksen vuoksi.²⁷⁶ Käsitys, jonka mukaan kysymys on raiskauksesta aina sen jälkeen, kun toinen seksuaalisen kanssakäymisen osapuolista on sanonut ”ei”, on tästä huolimatta kuitenkin yleinen.²⁷⁷ Tällä perusteella voidaankin väittää, ettei voimassa oleva RL 20 luvun 1 §:n sisältämä raiskauksen määritelmä vastaa modernia käsitystä seksuaalisuudesta eikä seksuaalisen kanssakäymisen luonteesta suostumukseen ja vapaaehtoisuuteen perustuvana toimintana.

5.1.7 Kansainväliset näkökohdat

Voidaan todeta kansainvälisten näkökohtien tukevan johtopäätöstä, jonka mukaan raiskaus on nähtävä ilman uhrin suostumusta tehtävänä tekona.²⁷⁸ Erilaisia näkemyksiä on

273 Ojala 2014, s. 56–57.

274 Ibid., s. 57.

275 SOU 2016:60, s. 184.

276 Leijonhufvud 2008, s. 65, 75.

277 Ks. SOU 2001:14, s. 125–126.

278 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 62. Ks. myös edellä luku 3.2.

sen sijaan esitetty sen suhteen, mikä merkitys kansainvälisillä raiskausmääritelmillä on kansallisten raiskaussäännösten muotoilemisen kannalta. Keskustelua on käyty erityisesti siitä, velvoittaako EIT:n asiassa *M.C v. Bulgaria* antama ratkaisu jäsenvaltioita kirjoittamaan kansalliset rangaistussäännöksensä suostumusmallia noudattaen. Asiasta käytyä keskustelua leimaa kahden vastakkaisen ääripään korostuminen. Osa lainoppineista on sitä mieltä, että EIT:n tuomion perusteella jäsenvaltioiden on pakko muuttaa lainsäädäntöään siten, että raiskauksen määritelmän lähtökohdaksi otetaan uhrin suostumuksen puuttuminen. Osa oikeusoppineista taas on sitä mieltä, ettei EIT:n tuomio velvoita jäsenvaltioita yhtään mihinkään.

Ensiksi mainittua näkökantaa edustaa muun muassa *Madeleine Leijonhufvud*. Hänen mukaansa tilanteessa, jossa on ollut kysymys selvästi vastentahtoisesta sukupuoliyhteydestä, mutta teon toteuttamisessa ei ole käytetty väkivaltaa tai uhkausta, eikä uhri ole myöskään ollut avuttomassa tilassa, voidaan olla varmoja siitä, että asiassa annetun vapauttavan tuomion edetessä ihmisoikeustuomioistuimeen, katsoisi se kysymyksen olevan ihmisoikeussopimuksen vastaisesta menettelystä.²⁷⁹ *Petter Asp* sen sijaan on kollegansa kannalla täysin eri linjoilla. Aspilla on hänen omien sanojensa mukaan vaikeuksia ymmärtää, miten kukaan voi EIT:n ratkaisun luettuaan päätyä siihen, että ratkaisun perusteella sopimusvaltioilla olisi velvollisuus suostumusperusteisen sääntelyn käyttöönottoon. Asp huomauttaa, että EIT:n tehtävänä on määritellä sopimusvaltioissa noudatettavan ihmisoikeuksien suojan vähimmäistaso, ei sopimusvaltioiden rikoslainsäädännön yksityiskohtaisesta kirjoitustavasta määrääminen. Asp kiinnittää huomiota myös itse ratkaisun perusteluihin ja toteaa, että EIT:n mukaan Bulgaria ei rikkonut ihmisoikeussopimusta sen vuoksi, että sen rikoslain raiskaussäännös oli kirjoitettu jollakin tietyllä tavalla (rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden kautta), vaan ratkaisevaa sopimusrikkomukseen syyllistymisen kannalta oli se, miten lakia oli käytännössä sovellettu.²⁸⁰

EIT toteaaakin ratkaisunsa perusteluissa, että riippumatta kansallisen raiskaussäännöksen kirjoitustavasta tulkitaan raiskauksen tunnusmerkistöä kuitenkin usein tavalla, jossa pyrkimyksenä on syytteen nostaminen kaikista ilman uhrin suostumusta tehdyistä seksuaalisista teoista. EIT:n mukaan olennaista tässä suhteessa on se, minkälainen merkitys sel-

279 Leijonhufvud 2008, s. 72–73.

280 Ks. Asp 2010, s. 229–234. Ks. myös *M.C. v. Bulgaria* 4.12.2003, k. 175–185.

laisille tunnusmerkistötekijöille kuin ”väkivalta” tai ”uhkaukset” käytännössä annetaan.²⁸¹ Aspin mukaan sopimusvaltioilla onkin EIT:n ratkaisun perusteella ainoastaan velvollisuus tarjota tehokasta suojaa raiskausrikoksia vastaan eikä se, täyttääkö valtio tämän velvollisuutensa vai ei, riipu lainsäädännön kirjoitusasusta. Näin ollen tulkintaa, jonka mukaan jokaisen jäsenvaltion olisi ratkaisun perusteella muutettava lainsäädäntöään siten, että suostumuksen puuttuminen mainitaan nimenomaisesti raiskauksen itsenäisenä tunnusmerkistötekijänä, on Aspin mukaan pidettävä virheellisenä.²⁸² Myös esimerkiksi niin kutsutussa Istanbulin sopimuksessa on sopimusvaltioille jätetty lain yksityiskohtaisesta kirjoitusasusta päättäminen.²⁸³ Suomessa onkin omaksuttu näkökanta, jonka mukaan kansainvälisistä velvoitteista ei johdu tiettyjä sanamuotoja edellyttävää raiskaussäännöksen kirjoitustapaa.²⁸⁴

Itse olen tästä samaa mieltä. EIT:n ratkaisua *M.C. v. Bulgaria* ei kohtuudella voida lukea niin, että tuomioistuimen mukaan olisi olemassa vain yksi oikea tapa rakentaa raiskauksen tunnusmerkistö. Kritisoin kuitenkin tällaista ”joko tai-tyyppistä” ajattelua, jonka mukaan lakia on kansainvälisten velvoitteiden perusteella joko pakko muuttaa, tai jos tällaista suoranaista pakkoa ei ole, niin sitten ei ole mitään syytä muuttaa yhtään mitään. Oma mielipiteeni on, että vaikka suostumusmalliin siirtyminen ei Suomessa kansainvälisten velvoitteiden perusteella olekaan täysin välttämätöntä, tulisi niille tästä huolimatta antaa painoarvoa arvioitaessa sitä, onko lain muuttamiselle perusteltuja syitä vai ei. Kansainvälinen näkökanta asiaan on kuitenkin loppujen lopuksi varsin selkeä, ja selvää siten on, että raiskaus tulee mieltää ilman uhrin suostumusta tehtäväksi teoksi. Vaikka tämä on sinänsä mahdollista valitusta sääntelymallista riippumatta²⁸⁵, vastaisi suostumuksen puuttumiseen perustuva raiskauksen määritelmä mielestäni paremmin kansainvälistä ja yleiseurooppalaista käsitystä rikosnimikkeen ”raiskaus” alle kuuluvien tekojen luonteesta kuin voimassa oleva pakottamiseen ja puolustuskyvyttömyyden hyväksikäyttämiseen perustuva raiskauksen määritelmä.

281 *M.C. v. Bulgaria* 4.12.2003, k. 161, 171.

282 Asp 2010, s. 229, 242.

283 Explanatory Report 11.5.2011, k. 193. Ks. myös edellä luku 3.2.4.

284 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 62.

285 Ks. edellä luvut 2.2.6 ja 3.3.

5.2 Suostumusmallin omaksumista vastaan puhuvat seikat

5.2.1 Huomion kiinnittyminen korostuneesti asianomistajaan

Todistustaakka rikosoikeudenkäynnissä on syyttäjällä. Jos suostumuksen puuttuminen otettaisiin raiskauksen itsenäiseksi tunnusmerkistötekijäksi, olisi syyttäjän tehtävänä siten osoittaa paitsi sukupuoliyhteyden tapahtuminen niin myös suostumuksen puuttuminen. Kun sukupuoliyhteyden tapahtuminen on näytetty toteen, joutuisi tuomioistuin tämän jälkeen siten arvioimaan sitä, oliko asianomistaja antanut siihen suostumuksensa.²⁸⁶ Suostumuksen puuttumiseen perustuvan sääntelymallin käyttöönottoon liittyykin riski siitä, että huomio rikosprosessissa kiinnittyisi nykyistä enemmän asianomistajaan, kun hänen antamaansa suostumusta tai sen puutetta ja sitä kautta hänen käyttäytymistään tekohetkellä jouduttaisiin arvioimaan. Tällaista asianomistajaan kohdistuvaa lisähuomiota ei voida pitää toivottavana. Rikosprosessi on nimittäin jo joka tapauksessa raskas uhrille, koska raiskausoireidenkäynnissä joudutaan käsittelemään traumaattisia hänen yksityiselämänsä ja intymiteettisuojojansa piiriin kuuluvia asioita.²⁸⁷

Jos suostumuksen puuttuminen nostettaisiin raiskausrikoksen itsenäiseksi tunnusmerkistötekijäksi, jouduttaisiin oikeudenkäynnissä siten ensinnäkin selvittämään, miten asianomistaja osoitti, ettei hän ollut kiinnostunut seksuaalisesta kanssakäymisestä tekijän kanssa. Suostumusmallin käyttöönotto johtaisi Ruotsin vuoden 1998 seksuaalirikoskomitean mukaan siksi siihen, että sellaiset kysymykset kuin, millainen suhde asianosaisten välillä oli ennen väitettyä rikosta, millainen asianomistajan humalatilantaso oli ollut, ja millaiset vaatteet asianomistajalla oli ennen tekoa päällään, saisivat oikeudenkäynnissä nykyistä enemmän merkitystä.²⁸⁸ *Maria Erikssonin* mukaan olisi huomiota kiinnitettävä tällöin muun muassa siihen, seurustelivatko uhri ja tekijä ennen tekoa, päästikö asianomistaja tekijän asuntoonsa, ja olivatko he aikaisemmin olleet sukupuoliyhteydessä keskenään.²⁸⁹

Itse en kuitenkaan näe yhteyttä asioiden välillä. Suostumuksen olemassaolon kannalta on nimittäin täysin yhdentekevää, minkälaiset vaatteet uhrilla oli tekohetkellä päällään,

286 SOU 2001:14, s. 132.

287 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 63.

288 SOU 2001:14, s. 128.

289 Eriksson 2010, s. 126.

tai ovatko osapuolet aiemmin harrastaneet yhdessä seksiä vai eivät. Flirttaileva käytös tai seksikäs pukeutuminen eivät anna kenellekään oikeutta olettaa suostumusta sukupuoliyhteyteen.²⁹⁰ Avioliitto, parisuhde tai seurustelu eivät vähennä kenenkään oikeutta seksuaaliseen itsemääräämiseen²⁹¹ eikä se, että toinen on joskus aiemmin suostunut sukupuoliyhteyteen tekijän kanssa, tarkoita sitä, että hän suostuisi sukupuoliyhteyteen tämän kanssa myös jossakin myöhemmässä tilaisuudessa.²⁹² Suostumusmallin käyttöönotaminen ei tietenkään muuttaisi tätä lähtökohtaa millään tavalla.

Voidaan myös ylipäätään kyseenalaistaa väite siitä, että suostumusmallin käyttöönotto johtaisi huomion kiinnittymiseen enenevässä määrin asianomistajaan. Suostumuksen olemassaolo tai sen puuttuminen on nimittäin asia, jota arvioidaan raiskausoireidenkäynneissä jo nykyäänkin. *Helena Jokilan* asiasta tekemän tutkimuksen mukaan vastaaja kiistää raiskaussyytteen asianomistajan suostumukseen vedoten yli neljässä tapauksessa kymmenestä.²⁹³ Näin tapahtui esimerkiksi tapauksessa KKO 2013:96, jossa tuomioistuimen arvioitavana oli nimenomaan kysymys siitä, oliko seksuaalinen kanssakäyminen ollut vapaaehtoista vai ei. Myös tapauksessa KKO 2001:62 vastaajat kiistivät syytteet sukupuoliyhteyden vapaaehtoisuuteen vedoten. Samoin tapahtui Rovaniemen hovioikeuden 16.8.2013 ratkaisemassa asiassa²⁹⁴, jossa vastaaja kiisti syytteen ja väitti sukupuoliyhteyden asianomistajan kanssa tapahtuneen yhteisymmärryksessä. Suostumuksen olemassaoloon vetoaminen vaikuttaa siten olevan varsin yleinen puolustautumisstrategia raiskaussyytteitä vastaan.

Raiskausrikosten käsittelyssä joudutaan sitä paitsi jo nykyään arvioimaan paitsi kysymystä suostumuksen olemassaolosta tai sen puuttumisesta niin myös uhrin käyttäytymistä ja suhtautumista tekijän tekoon.²⁹⁵ Tämä on välttämätöntä sen selvittämiseksi, onko rikosta objektiivisesti arvioituna ylipäätään tapahtunut, ja toimiko rikoksentekijä laissa edellytetyllä tavalla tahallisesti. Lisäksi on todettava, että asianomistajan kertomuksella on aina suuri merkitys raiskausoireidenkäynnissä riippumatta siitä, määritteleekö laki raiskauksen uhrin puuttuvan suostumuksen kautta vai ei. Tämä johtuu siitä, että raiskauksesta harvoin on muuta näyttöä kuin asianosaisten itsensä kertomukset ta-

290 Hahto 2004, s. 488.

291 HE 6/1997 vp, s. 161, 175.

292 Asp 2010, s. 174.

293 Jokila 2010, s. 171–173.

294 Tuomio nro 714.

295 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 63.

pahtuneesta.²⁹⁶ Silloin kun väitetyille rikokselle ei ole ulkopuolisia todistajia, eikä teosta ole seurannut myöskään ulkoisesti havaittavia vammoja, perustuu näyttö suurelta osin asianosaisten kertomusten varaan.²⁹⁷ Siten asianomistajan käyttäytymistä koskevalla arvioinnilla voidaan sanoa olevan korostunut asema raiskausoireidenkäynnissä jo nykyäänkin.

Arvioitaessa lainmuutoksen mahdollisia haittavaikutuksia tässä suhteessa on lisäksi otettava huomioon, että tuomioistuimella on oikeudenkäymiskaaren (OK, 4/1734) 17 luvun 8 §:n (732/2015) mukaan velvollisuus evätä asiaan vaikuttamatonta seikkaa koskeva tai muuten tarpeeton näyttö. Tämän todistusvoimallisuuden säännöksen pitäisi siten ainakin viime kädessä estää sellaisten kysymysten esittämisen, joista Ruotsin vuoden 1998 seksuaalirikoskomitea vaikuttaa olleen niin kovin huolissaan. Tällaisia ovat esimerkiksi asianomistajan pukeutumiseen liittyvät kysymykset.

Itse en olekaan vakuuttunut siitä, että suostumusmallin käyttöönotto johtaisi huomion kiinnittymiseen haitallisella tavalla rikoksen asianomistajaan. Oikeastaan päinvastoin. Jos raiskauksen määritelmän lähtökohdaksi otettaisiin uhrin suostumuksen puuttuminen, saattaisi huomio siirtyä asianomistajasta itse asiassa rikosentekijään. Tämä johtuu siitä, että raiskausoireidenkäynnissä jouduttaisiin lainmuutoksen myötä arvioimaan kysymyksiä siitä, varmistiko syytetty suostumuksen olemassaolon ja millä tavalla hänen varmisti.²⁹⁸ Suostumuksen puutteen ottaminen raiskauksen tunnusmerkistön lähtökohdaksi ei myöskään tarkoittaisi sitä, ettei syytetyn toimintaa koskevilla tunnusmerkitötekijöillä, kuten hänen käyttämällään väkivallalla tai esittämillään uhkauksilla, enää jatkossa olisi mitään merkitystä. Jos nämä seikat otetaan jatkossa huomioon luvussa 4.4 esitetyllä tavalla suostumuksen vapaaehtoisuuden poistavina seikkoina, tulee rikosentekijän toimintaa koskevalla arvioinnilla olemaan myös jatkossa suuri merkitys.²⁹⁹

296 SOU 2010:71, s. 211.

297 KKO 2013:96, k. 7.

298 SOU 2010:71, s. 209.

299 SOU 2016:60, s. 181–182.

5.2.2 Suostumusmallin oletettu monimutkaisuus ja rikoslainsäädännön kirjoittamistapaan liittyvät kansalliset näkökohdat

Suostumusmallin omaksumista vastaan puhuvana seikkana on tuotu esiin myös suostumuksen määrittelemiseen liittyvät vaikeudet sekä suostumuksen ja puuttuvan suostumuksen muotoon liittyvä epävarmuus. Sukupuoliyhteyttä varten annettavaa suostumusta kun ei yleensä ilmaista mitenkään nimenomaisesti, minkä vuoksi lainsäädännön rakentaminen puuttuvan suostumuksen varaan on kyseenalaistettu.³⁰⁰ Voimassa olevaa RL 20 luvun 1 §:ää koskevassa hallituksen esityksessäkin todetaan, että lainsäädännön rakentamista nimenomaisesti annetulle suostumukselle voidaan pitää elämälle vieraana ratkaisuna. Tämä johtuu siitä, että seksuaaliseen kanssakäymiseen johtavissa tilanteissa ei toisen osapuolen suostumusta toimintaan aina nimenomaisesti selvitetä eikä suostumusta myöskään nimenomaisesti ilmaista. Tämä koskee myös niitä tilanteita, joissa seksuaalinen kanssakäyminen on vapaaehtoista.³⁰¹

Olen samaa mieltä siitä, että lainsäädännön rakentaminen nimenomaisesti annetulle suostumukselle olisi elämälle vierasta. Mielestäni vaikuttaa kuitenkin siltä, että suostumuksesta on lain esitöissä tehty todellisuutta paljon vaikeampi asia. Suostumus tai sen puuttuminen voi nimittäin ilmetä usealla eri tavalla, eikä sukupuoliyhteyttä varten annettavan suostumuksen siten tarvitse olla hallituksen esittämällä tavalla nimenomainen, vaan se voi yhtä hyvin olla myös konkludenttinen. Tällöin riittävää on, että henkilön myönteinen suhtautuminen sukupuoliyhteyteen on mahdollista päätellä hänen käyttäytymisestään.³⁰² Sukupuoliyhteys on sitä paitsi teko, jota on lähtökohtaisesti hyvin vaikea toteuttaa siten, että sen kohteena olevan henkilön suhtautuminen toimintaan jäisi tekijälle mitenkään epäselväksi. Jos kysymys on vapaaehtoisesta ja molemminpuoliseen yhteisymmärrykseen perustuvasta sukupuoliyhteydestä, on suostumuksen olemassaolo nimittäin yleensä selvää. Vaikka suostumusta sukupuoliyhteyteen ei mitenkään nimenomaisesti ilmaistaisikaan, tietävät molemmat osapuolet yleensä kuitenkin toistensa käyttäytymisen perusteella olevansa niin sanotusti ”oikealla asialla”.³⁰³ Myös esimerkiksi professori *Johanna Niemi* on todennut pitävänsä suostumuksen määrittelemiseen liittyviä vaikeuksia liioiteltuina, sillä suurimmassa osassa tilanteista suurin osa ihmisistä pys-

300 Ks. SOU 2010:71, s. 212–213.

301 HE 216/2013 vp, s. 37–38.

302 Ojala 2014, s. 60.

303 Ibid., s. 59. Ks. myös edellä luku 4.2.1.

tyy vallan hyvin tulkitsemaan, onko suostumusta sukupuoliyhteyteen olemassa vai ei.³⁰⁴

Suostumusmallia on mietinnössä SOU 2010:71 pidetty liian monimutkaisena raiskausrikkosten sääntelymallina myös pätevien ja pätemättömien suostumusten erottamiseen liittyvien vaikeuksien vuoksi.³⁰⁵ On totta, että pätevät suostumukset on pystyttävä erottamaan pätemättömistä, mutta itse en kuitenkaan täysin ymmärrä, miksi tämä olisi niin ylitsepääsemättömän vaikea tehtävä, kuin mitä mietinnössä annetaan ymmärtää. Edellä luvussa 4 on käsitelty varsin yksityiskohtaisesti pätevän suostumuksen edellytyksiä, ja kuten todettua, niin esimerkiksi Englannissa on omaksuttu sääntelymalli, jossa raiskauksen määritelmän lähtökohdaksi on otettu teon kohteena olevan henkilön suostumuksen puuttuminen. Samassa yhteydessä on lueteltu ne olosuhteet, joiden vallitessa sukupuoliyhteyttä varten annettua suostumusta ei voida pitää pätevänä. Miksi raiskauksen tunnusmerkistön rakentaminen tällä tavalla olisi siis mahdoton tehtävä Suomessa?

Oikeusministeriön arviomuistiossa vuodelta 2012 on tältä osin todettu, että arvioitaessa sitä, miten pätevän suostumuksen puuttumiseen liittyviä ulkoisesti havaittavia seikkoja on kuvattava lainsäädännössä, on huomioon otettava rikoslainsäädännön kirjoittamistapaan liittyvät kansalliset näkökohdat. Lähtökohtana on, että seksuaalirikoksia koskevien rangaistussäännösten kirjoittamisessa on noudatettava samoja periaatteita kuin muidenkin rikosten osalta. Sinänsä poikkeavia kirjoitustapoja voidaan kyllä käyttää, jos yleisesti käytettävästä kirjoitustavasta poikkeamiselle on esitettävissä sääntelyn selkeyttämiseen liittyviä tai muuten perusteltuja syitä. Arviomuistiossa katsottiin, ettei raiskauksen määrittäminen ilman uhrin suostumusta tehtäväksi teoksi selkiyttäisi lainsäädäntöä.³⁰⁶

Olen tästä eri mieltä. Mielestäni RL 20 luvun 1 § on nykymuodossaan jossain määrin monimutkainen, koska siinä säännellään eri momenteissa erilaisista mahdollisista raiskausrikoksen tekotavoista. Lainkohdan 1 momentissa säädetään henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai sitä tarkoittavaa uhkausta käyttäen tehtävästä raiskauksesta, 2 momentissa säädetään raiskauksesta, joka toteutetaan käyttäen hyväksi teon kohteena olevan henkilön kykenemättömyyttä itsensä puolustamiseen tai tahtonsa muodostamiseen tai ilmaiseamiseen ja 3 momentissa puolestaan säädetään tekemuodosta, jossa sukupuoliyhteys perustuu ainoastaan vähäistä väkivaltaa tarkoittavaan uhkaukseen, tai jossa on kysymys

304 OM:n Mietintöjä ja lausuntoja 54/2012, s. 44.

305 Ks. SOU 2010:71, s. 212–213.

306 OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 63–66.

sukupuoliyhteyteen pakottamisesta muulla kuin henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tarkoittavalla uhkauksella. Viimeksi mainitusta teosta säädetään lisäksi lievempi rangaistus kuin kahdesta edellä mainitusta teosta. Raiskauksen tunnusmerkistö on nykymuodossaan siten varsin raskas. Raiskauksen määrittelemisen ilman uhrin suostumusta tehtäväksi teoksi yksinkertaistaisi sääntelyä. Samassa yhteydessä voitaisiin sitten määritellä ne olosuhteet, joiden vallitessa sukupuoliyhteyttä varten annettua suostumusta ei voida pitää pätevänä.

Arviomuistiossa painotettiin tältä osin kuitenkin sitä, ettei Suomessa ole tapana kirjoittaa todistusoikeudellisia säännöksiä siitä, miten näyttöä on arvioitava tietyn rikostunusmerkistössä mainitun seikan olemassaolon osalta tai mitkä seikat näytön arvioinnissa tulee ottaa huomioon. Englantilaistyyppistä sääntelyratkaisua ei arviomuistion mukaan siksi voitaisi pitää yhteensopivana Suomessa käytössä olevan vapaan todistelun teorian ja vapaan todisteiden harkinnan kanssa.³⁰⁷ Rikoslainsäädännön kirjoitustapaan liittyvät kansalliset näkökohdat eivät kuitenkaan mielestäni voi, eivätkä saa, estää muuten tarpeellisena pidettävää lainmuutosta.

5.2.3 Suostumusmalliin liittyvät näyttövaikeudet ja odotukset langettavien tuomioiden lisääntymisestä

Suostumuksen puuttumiselle rakentuvaan lainsäädäntöön saattaa liittyä erityisiä näyttövaikeuksia. Suostumuksen puute on nimittäin asia, jota voi olla vaikea näyttää toteen. Tämä johtuu siitä, että seksuaalinen kanssakäyminen tapahtuu yleensä yksityisesti, katseilta piilossa, ja siitä, että vastaajat valehtelevat tai kieltäytyvät kertomasta totuutta. Toisaalta asianosaisilla saattaa myös yksinkertaisesti vain olla erilaiset käsitykset tapahtumainkulusta.³⁰⁸ Vaikka suostumuksen puuttuminen onnistuttaisiinkin yksittäisessä tapauksessa näyttämään toteen, ei tämä kuitenkaan vielä riitä rangaistusvastuun syntymiseen. Raiskausrikoksen syyksilukeminen ja rangaistukseen tuomitseminen edellyttää nimittäin tahallisuutta, ja siten syyttäjän on pystyttävä näyttämään toteen myös tekijän toiminnan tahallisuus eli se, että tämä on ymmärtänyt toimineensa ilman asianomistajan pätevää suostumusta. Tämä puolestaan voi tapauksesta riippuen olla aivan yhtä vaikea tehtävä kuin itse suostumuksen puutteen toteennäyttäminen.³⁰⁹

307 Ibid., s. 63.

308 Wertheimer 2000, s. 559.

309 Kysymystä suostumuserehdyksestä on käsitelty edellä luvussa 4.5.

On kuitenkin todettava, että raiskaus on sen tunnusmerkistön kirjoitustavasta riippumatta rikos, jota on vaikea näyttää toteen. Tämä johtuu siitä jo moneen kertaan todetusta seikasta, ettei raiskauksesta välttämättä jää mitään fyysisiä vammoja, eikä teolle usein ole myöskään todistajia.³¹⁰ Tämä lähtökohta on sama riippumatta siitä, onko raiskaus määritelty rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden vai uhrin puuttuvan suostumuksen kautta, ja siten molempiin sääntelymalleihin liittyy välttämättä omat todisteluongelmansa. Voimassa olevan RL 20 luvun 1 §:n rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden yksilöimisen vaaraan rakentuvan raiskaustunnusmerkistön osalta voidaan esimerkiksi kysyä, miten rikos näytetään toteen tilanteessa, jossa tekijän ei ole tarvinnut käyttää avointa väkivaltaa sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi, koska teon kohde ei uskaltanut tai pystynyt vastustamaan tekijää.³¹¹ Myös avuttoman tilan olemassaolo on asia, jonka toteennäyttäminen voi tilanteesta riippuen osoittautua haastavaksi.³¹² Koska raiskausrikosten perusluonne vaikeasti toteennäytettävänä tekoina ei suostumusmallin käyttöönottamisen myötä tietenkään muuttuisi mihinkään, ei suostumuksen puuttumiselle rakentuvaan sääntelymalliin nähdäkseni liitykään yhtään sen suurempia todisteluvaikeuksia kuin nykyiseenkin sääntelymalliin.

Suostumuksen puuttumiselle rakentuvaan sääntelyyn liittyväksi haitaksi on kuitenkin nimetty myös tällaisen sääntelyn käyttöönottoon liittyvät suhteettomat odotukset koskien langettavien tuomioiden lisääntymistä.³¹³ Itselleni on kuitenkin jossain määrin epäselvää, mihin tällaiset odotukset perustuvat. Suostumuksen puuttumiselle rakentuvan sääntelyn ei nimittäin kohtuudella voida odottaa johtavan siihen, että raiskausoikeudenkäynti päättyisi yhtään nykyistä useammin langettavaan tuomioon. Tämä johtuu nimenomaan siitä, että raiskausrikoksiin liittyvät näyttöongelmat eivät mahdollisen lainmuutoksen myötä katoaisi minnekään, vaan nämä ongelmat kohdistuisivat ainoastaan osittain erilaisiin kysymyksiin kuin aikaisemmin. Langettavien tuomioiden lisääntymisestä joillain tahoilla mahdollisesti olevia suhteettomia odotuksia voidaan sitä paitsi joka tapauksessa hillitä tiedottamalla suostumusmallin käyttöönottamisen tosiasiallisista vaikutuksista mahdollisimman laaja-alaisesti.³¹⁴

310 SOU 2010:71, s. 218.

311 Jokila 2010, s. 70.

312 SOU 2010:71, s. 222.

313 Ibid., s. 216–217.

314 Ibid., s. 217.

5.2.4 Raiskauksen asema kaikista vakavimpana seksuaalirikoksena

Hallituksen esityksessä todetaan, että suostumuksen merkitykseen liittyy näkemys, jonka mukaan raiskaus olisi Suomessa väkivallalle rakentuva rikos. Hallituksen mukaan tämä näkemys pitää paikkansa kuitenkin vain RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin osalta, jossa raiskaus määritellään henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai tällaisen väkivallan uhkaa käyttäen toteutettavaksi teoksi. Hallituksen mukaan 1 momentinkaan soveltaminen ei edellytä, että uhri olisi tehnyt fyysistä vastarintaa, ja näkemys raiskauksesta väkivaltarikoksena jättää joka tapauksessa ottamatta huomioon RL 20 luvun 1 §:n 2 momentin, jonka mukaan raiskaukseen syyllistyy myös se, joka käyttää hyväkseen uhrin puolustuskyvyttömyyttä tai puuttuvaa kykyä tahdon muodostamiseen tai ilmaisemiseen, jolloin minkäänlaista väkivaltaa ei edes edellytetä.³¹⁵

Voidaan ensinnäkin ylipäätään kyseenalaistaa väite, jonka mukaan RL 20 luvun 1 §:n 1 momentin soveltaminen ei edellytä fyysistä vastarintaa uhrin taholta. Kysymystä on käsitelty edellä luvuissa 2.2.2 ja 4.2.2. Hallituksen perustelut ovat tältä osin kuitenkin myös sisäisesti osittain ristiriitaiset. Samaan aikaan kun hallitus toteaa pitävänsä liioiteltuna näkemystä, jonka mukaan raiskaus olisi Suomessa väkivaltarikos, niin se toteaa myös puoltavansa raikkaussäännöksen varaamista koskemaan ainoastaan ”kaikkein vakavimpia” seksuaalirikoksia.³¹⁶ Kaikkein vakavimpina seksuaalirikoksina on puolestaan historiallisesti pidetty nimenomaan väkivaltaa käyttäen toteutettavia tekoja. Suostumusmallin käyttöönottamista onkin vastustettu sillä perusteella, että lainmuutoksen myötä yhä useammat sukupuoliyhteyden käsittävät teot tulisivat rangaistaviksi raikauksina siitä huolimatta, ettei kaikkia suostumuksenvastaisesti tehtäviä tekoja voida pitää yhtä vakavina eikä siten rangaistusarvoltaan samanlaisina.³¹⁷

Mielestäni tämä argumentti on kuitenkin hyvin kyseenalainen, eikä sen edustama näkemys vastaa nykyaikaista käsitystä raikausrikosten luonteesta. Raikausteossa kun on kysymys uhrin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaamisesta. Seksuaalinen itsemääräämisoikeus puolestaan on tahdon asia, mikä merkitsee sitä, että sukupuoliyhteyttä

315 HE 216/2013 vp, s. 36.

316 Ibid., s. 40.

317 SOU 2001:14, s. 132.

varten on aina oltava olemassa molempien osapuolten suostumukset.³¹⁸ Seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukataankin siksi aina silloin, kun jompi kumpi seksuaalisen kanssakäymisen osapuolista ei ole antanut sukupuoliyhteyteen suostumustaan.³¹⁹ Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden kannalta on sen sijaan yhdentekevää, pakotettiinko uhri sukupuoliyhteyteen väkivaltaisesti vai ei, vaan jos suostumusta tekoon ei ollut, on seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukattu. Eri asia on, että väkivallan käyttö uhrin tahdon murtamisen välineenä voidaan ottaa huomioon rangaistuksen mittaamisessa.

5.2.5 Kasvavan seksuaalimoraalin riski ja hyvän seksin konstruktio

On esitetty myös huolestuneita näkemyksiä, joiden mukaan suostumuksen puuttumiselle rakentuvaan lainsäädäntöön liittyisi riski kasvavasta seksuaalimoraalista. Seksuaalisuus on hyvin moninaista, eikä enää nykyään voida sanoa, mikä on ”normaalia” seksuaalista kanssakäymistä ja mikä ei. Jos suostumuksen puuttuminen otettaisiin raiskauksen tunnusmerkistön lähtökohdaksi, muodostuisi raiskausosoikeudenkäynnin ydinkysymykseksi kuitenkin se, miten asianomistaja ilmaisi suostumuksen olemassaolon tai sen puuttumisen. Tätä ydinkysymystä arvioitaessa saattaisi puolestaan nousta esiin kysymys siitä, mihin on ”normaalia” suostua ja mihin taas ei.³²⁰ Mielestäni tämän kysymyksen esiin nouseminen ei kuitenkaan ole yhtään sen todennäköisempää suostumuksen puuttumiselle rakentuvan sääntelyn mallissa kuin nykyisenkään sääntelyn osalta. Tämä johtuu siitä, että kysymys suostumuksen olemassaolosta tai sen puuttumisesta, kuten edellä luvussa 5.2.1 jo todettiin, on esillä raiskausosoikeudenkäynneissä jo nykyäänkin.

John Gardner on puolestaan analysoinut yksityiskohtaisesti hyvän seksin käsitettä. Gardner toteaa hyvän seksin olevan eräänlaista tiimityötä. Hyvässä seksissä osapuolilla on yhteinen tavoite tuottaa toisilleen seksuaalista mielihyvää ja tyydytystä, ja he toimivat yhdessä tämän yhteisen tavoitteen saavuttamiseksi. Hyvässä seksissä ei ole kysymys siitä, että toinen tekee toiselle jotakin. Kenellekään ei tehdä yhtään mitään, vaan kysymys on yhteisestä tekemisestä. Kumpikaan seksuaalisen kanssakäymisen osapuolista ei toisin sanoen ole erotettavissa tekijäksi tai teon kohteeksi, vaan kysymys on molemminpuolisesti stimuloivien asioiden tekemisestä yhdessä, tiiminä. Hyvä seksi on siis symmetristä siinä mielessä, että molemmat osapuolet ovat aktiivisen toimijan asemassa.

318 Utriainen 2013, s. 101.

319 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* 22.2.2001, k. 457.

320 SOU 2010:71, s. 217.

Gardner suhtautuukin kriittisesti suostumusoppiin raiskausrikoksissa, koska hän katsoo suostumuksen olemassaoloa koskevan kysymyksen rikkovan tätä symmetriaa.³²¹

Gardner perustelee väitettään vertaamalla sukupuoliyhteyttä varten annettavaa suostumusta lääketieteellistä toimenpidettä varten annettavaan suostumukseen. Erilaisten lääketieteellisten toimenpiteiden suorittamisen edellytyksenä kun on, että potilas antaa toimenpiteeseen suostumuksensa. Saatuaan potilaan suostumuksen lääkäri voi suorittaa potilaalle leikkauksen, ottaa häneltä verta, irrottaa hänestä ruumiinosia sekä nukuttaa potilaan kyseisten toimenpiteiden suorittamista varten. Lääketieteellistä toimenpidettä varten annettavassa suostumuksessa on toisin sanoen kysymys siitä, mitä suostumuksen saaja (lääkäri) saa tehdä suostumuksen antajalle (potilaalle), ei siitä, mitä suostumuksen antaja saa tehdä. Henkilö A:n henkilölle B antamassa suostumuksessa on siten kysymys siitä, mitä B saa tehdä, ei siitä, mitä A saa tehdä, ja suostumuksen antaja siis ikään kuin luopuu omasta toimijuudestaan suostumuksen saajan hyväksi.³²²

Vastaavalla tavalla sukupuoliyhteyttä varten annettava suostumus lisää Gardnerin mukaan suostumuksen saajan toimintavapautta, ja suostumuksen antaja puolestaan asettaa itsensä ikään kuin potilaan asemaan. Suostumuksen antaja antaa suostumuksen saajalle luvan tehdä itselleen jotakin, jolloin suostumuksen antajasta tulee teon kohde, ja suostumuksen saajasta toiminnan aktiivinen osapuoli. Kysymys suostumuksen olemassaolosta johtaa näin ollen sellaisen epäsymmetrian syntymiseen, joka ei kuulu hyvään (tiimityö)seksiin. Suostumuksen antaja ei Gardnerin mukaan olekaan seksuaalisen kanssakäymisen tilanteissa aktiivisen toimijan asemassa, vaan suostumuksen myötä hänestä tulee teon kohde: Antamalla suostumuksensa hän on antanut itsensä toisen seksuaaliseen käyttöön.³²³

Gardnerin ajattelua voidaan kuitenkin kritisoida. Sukupuoliyhteyttä varten annettavan suostumuksen vertaaminen lääketieteellistä toimenpidettä varten annettavaan suostumukseen on ensinnäkin ylipäätään kyseenalaista, sillä tapauksissa on kysymys suostumuksen antamisesta hyvin erilaisissa konteksteissa. Antaessaan suostumuksensa esimerkiksi lonkkaleikkaukseen potilas kun lähtökohtaisesti haluaa luopua omasta toimijuudestaan leikkauksen ajaksi. Hän ei halua osallistua toimenpiteeseen millään tavalla,

321 Ks. Gardner 2016, s. 8–13.

322 Ibid., s. 13–15.

323 Ibid., s. 13–16.

vaan hän haluaa olla nukutettuna ja siten passiivinen leikkauksen kestäessä. Seksi taas on jo Gardnerin omastakin mielestä lähtökohtaisesti vastavuoroista ja molemminpuolisesti aktiivista toimintaa. Toiseksi sana ”suostumus” ei nähdäkseni sellaisenaan mitenkään rajoita sitä, mihin tarkoitukseen suostumus annetaan, tai mihin suostumuksen antaja suostuu. Miksei suostumuksen antajan voida Gardnerin mielestä siten katsoa suostuvan sellaiseen yhteiseen tekemiseen, jota hyvä seksi edellyttää sen sijaan, että hänen tulkittaisiin antaneen suostumuksellaan toiselle luvan tehdä itsestään jonkinlaisen seksiohjelman? Mielestäni suostumuksen antajan toiminta kun voi suostumuksen antamisen jälkeen olla aivan yhtä aktiivista kuin suostumuksen saajankin toiminta, eikä suostumuksen antaminen siksi poista seksin tiimityöluonnetta, eikä se siten tee suostumuksen antajasta myöskään teon kohdetta tai muutenkaan poista hänen asemaansa sukupuolisen kanssakäymisen aktiivisena toimijana.

Ne jotka hyväksyvät Gardnerin näkemyksen suostumusoppiin liittyvästä suostumuksen antajan seksuaalista toimijuutta heikentävästä vaikutuksesta hyväksyvät yleensä myös tämän vaikutuksen kohdistuvan heteroseksuaalisessa kulttuurissa ennen muuta naisiin. Seksuaalisen kanssakäymisen tilanteissa naisen kun ajatellaan usein olevan suostumuksen antajan asemassa ja miehen puolestaan suostumuksen saajan roolissa. Gardnerin mukaan suostumusopilla onkin naisten seksuaalista passiivisuutta koskevaa stereotypiaa vahvistava ja ylläpitävä vaikutus, sillä suostumusopin seurauksena miehistä tulee seksuaalisen kanssakäymisen aktiivisia toimijoita ja naisista passiivisia ”potilaita”, jotka suostumuksellaan antavat miehille luvan tehdä itselleen erilaisia asioita. Gardner toteaa suostumusopin siten vahvistavan miesten patriarkaalisia mielikuvia naisten seksuaalisuudesta kauppatavarana ja naisista eräänlaisina seksiohjeina, jotka ovat tietyin ehdoin (suostumuksen olemassaollessa) miesten käytettävissä. Nainen voi halutessaan toki kieltäytyä suostumuksen antamisesta, mutta miehen on aina mahdollista saada nainen muuttamaan mielensä ja alun kieltäytymisestä huolimatta saada tämän suostumaan sukupuoliyhteyteen. Jos nainen ei miehen yrityksistä huolimatta kuitenkaan muuta mieltään suostumuksen antamisen suhteen, saattaa Gardnerin mukaan seurauksena olla jopa naisvihamielisyyden lisääntyminen miesten keskuudessa.³²⁴

324 Ibid., s. 30–33.

Kuten edellä on jo monta kertaa todettu, seksuaalinen itsemääräämisoikeus merkitsee sitä, että sukupuoliyhteyden täytyy perustua *molemminpuoliseen* suostumukseen.³²⁵ Siten seksuaalisessa kanssakäymisessä on aina vähintään kaksi suostumuksen antajaa ja vähintään kaksi suostumuksen saajaa. Molemmat ovat siten sekä tekijöitä että teon kohteita. Kun heteroseksuaalisissa suhteissa sukupuoliyhteinen kanssakäyminen siten edellyttää myös miehen antavan suostumuksensa aktiin, ei suostumusmallin käyttöönottamiseen mielestäni voida katsoa liittyvän erityisiä kielteisiä vaikutuksia myöskään naisten aseman kannalta. Gardnerin esiin tuomat suostumusoppiin liittyvät negatiiviset vaikutukset yhteiskunnallisiin stereotyyppioihin ja yhteiskunnalliseen ajatteluun ylipäätään vaikuttavatkin siten vähintäänkin liioitelluilta.

6. LOPUKSI

Tutkielmani tavoitteena on ollut selvittää, pitäisikö raiskaus määritellä Suomessa uhrin puuttuvan suostumuksen kautta. Voimassa oleva RL 20 luvun 1 § ei sisällä mainintaa uhrin puuttuvasta suostumuksesta. Sen sijaan raiskaus on määritelty rikokseksi, johon syyllistyminen edellyttää väkivallan käyttämistä tai uhkaamista sukupuoliyhteyden toteuttamisen keinona. Jos väkivaltaa tai uhkauksia ei ole käytetty, tulee vaihtoehtoisesti kyetä osoittamaan, että tekijä käytti hyväkseen uhrin avuttomasta tilasta johtunutta puolustuskyvyttömyyttä tai kykenemättömyyttä tahdonmuodostukseen- tai ilmaisuun. On kuitenkin syytä huomata, että vaikka sanaa ”suostumus” ei tällä hetkellä raiskauksen tunnusmerkistöstä löydykään, on suostumuksen puute kuitenkin luettavissa raiskausrikoksen rangaistavuuden edellytykseksi joko suoraan lain sanamuodon perusteella tai vähintäänkin tulkinnan kautta.³²⁶ Selvää nimittäin on, ettei suostumusta sukupuoliyhteyteen ole silloin, kun toinen on pakotettu siihen väkivaltaisesti tai uhkauksin, tai jos sukupuoliyhteys on perustunut toisen avuttoman tilan hyväksikäyttämiseen. Suostumuksen puuttumisessa on siten kysymys eräänlaisesta julkilausumattomasta tai hiljaisesta raiskausrikoksen tunnusmerkistökäytännöstä (ks. luku 2.2.6).

Raiskauksen tunnusmerkistön voidaan siten sanoa rakentuvan uhrin puuttuvalle suostumukselle siitä huolimatta, ettei suostumuksen puute ole raiskausrikoksen itsenäinen tun-

325 Utriainen 2013, s. 101.

326 Hahto 2004, s. 242.

nusmerkestötekijä. Eri asia on, ettei RL 20 luvun 1 § nykymuodossaan kata kaikkia niitä tilanteita, joissa sukupuoliyhteys toteutetaan ilman teon kohteena olevan henkilön suostumusta. Laki ei siten tällä hetkellä tarjoa kattavaa suojaa suostumuksen vastaisesti toteutettavia sukupuoliyhteyksiä vastaan (ks. luku 5.1.1). Tämä ei kuitenkaan johdu tunnusmerkistön kirjoitusasusta. Tietyn kirjoitusasun hyväksi tehtävä valinta ei nimittäin ratkaise yhtään mitään (ks. luku 3.3). Tämä käy hyvin selväksi, jos vertaamme toisiinsa seuraavia tunnusmerkistöjä:

”Raiskauksesta tuomitaan se, joka pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa. Raiskauksesta tuomitaan myös se, joka käyttämällä hyväkseen sitä, että toinen tiedottomuuden, sairauden, vammaisuuden, pelkotilan tai muun avuttoman tilan takia on kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan.” (RL 20:1)

”Raiskauksesta tuomitaan se, joka on sukupuoliyhteydessä toisen henkilön kanssa ilman tämän henkilön antamaa suostumusta. Suostumusta sukupuoliyhteyteen ei ole, jos tekijä pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa. Suostumusta sukupuoliyhteyteen ei ole myöskään silloin, jos tekijä käyttää hyväkseen sitä, että toinen tiedottomuuden, sairauden, vammaisuuden, pelkotilan tai muun avuttoman tilan takia on kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan.”

Edellisessä tunnusmerkistössä raiskaus on määritelty rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden kautta ja jälkimmäisessä esimerkissä on puolestaan kysymys niin kutsutun suostumusmallin mukaisesta raiskaustunnusmerkistöstä. Tästä huolimatta lopputulos on molemmissa esimerkeissä täsmälleen sama. Olennaista ei siksi olekaan niinkään se, minkälaiselle sääntelymallille raiskauksen tunnusmerkistö on rakennettu vaan se, mikä on lain sisältö. Tavoitteena tulisi olla, että ilman uhrin suostumusta toteutettu sukupuoliyhteys on lain mukaan aina raiskaus. Näin ei tällä hetkellä kuitenkaan ole, sillä RL 20 luvun 1 §:n mukaan kysymys ei ole raiskauksesta, jos väkivaltaa tai uhkauksia sukupuoliyhteyden toteuttamiseksi ei ole käytetty, eikä uhri ole ollut myöskään täysin kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan.

Asia on siten korjattava, ja sen korjaamiseksi on nähdäkseni lähinnä kaksi vaihtoehtoa. Joko nykyistä rikoksen tekemisessä käytettävien keinojen ja hyväksikäytettävien olosuhteiden yksilöimiseen perustuvaa RL 20 luvun 1 §:ää täydennetään siten, että se kattaa kaikki ilman uhrin suostumusta toteutettavat sukupuoliyhteyden sisältävät teot, tai sitten otetaan käyttöön niin kutsuttu suostumusmalli ja raiskaus määritellään suoraan ilman teon kohteena olevan henkilön pätevää suostumusta toteutettavaksi sukupuoliyhteydeksi. Jos asian korjaamiseksi päädytään jälkimmäiseen vaihtoehtoon, on laissa lisäksi määriteltävä, rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen³²⁷ nimissä, ne olosuhteet, joiden on katsottava poistavan mahdollisuuden pätevän suostumuksen olemassaolosta.

Suostumuksen pätevyyttä koskevan arvioinnin osalta olennaista on, että suostumus tulee ilmaista nimenomaisesti tai konkludenttisesti ennen sukupuoliyhteyden aloittamista ja sen on oltava voimassa sukupuoliyhteyden päättymiseen asti. Suostumuksen peruuttaminen on koska tahansa mahdollista. Jos tekijä on epävarma suostumuksen olemassaolosta, tulee hänen ryhtyä tarvittaviin toimenpiteisiin varmistuakseen siitä, että toinen on suostuvainen sukupuoliyhteyteen. Muussa tapauksessa hän ottaa riskin syyllistymisestä seksuaalirikokseen (ks. luvut 4.2.1 ja 4.2.3). Suostumuksen on oltava vapaaehtoinen (ks. luku 4.4). Suostumuksen antajan on puolestaan oltava vähintään 16 vuotta täyttänyt (poislukien RL 20 luvun 7 a §:n sisältämän rajoitussäännöksen piiriin kuuluvat tilanteet) ja henkisesti riittävän terve suostumuksen antamiseen (ks. luku 4.3). Kysymys suostumuksen olemassaoloa tai sen pätevyyttä koskevasta erehdyksestä ratkaistaan tunnusmerkistöerehdystä koskevien periaatteiden mukaisesti (ks. luku 4.5).

Siltä varalta, että Suomessa päädyttäisiin suostumusmallin käyttöönottoon, olen muotoillut seuraavanlaisen ehdotuksen uudeksi RL 20 luvun 1 §:ksi:

327 Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen mukaan rikoksen tunnusmerkistö on ilmaistava laissa riittäväällä täsmällisyydellä siten, että säännöksen sanamuodon perusteella on mahdollista ennakoida, onko jokin toiminta rangaistavaa vai ei. Ks. esim. PeVL 6/2014 vp, s. 2.

20 luku

Seksuaalirikoksista

1§

Raiskaus

”Joka on sukupuoliyhteydessä toisen henkilön kanssa ilman tämän henkilön antamaa pätevää suostumusta, on tuomittava raiskauksesta vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään kuudeksi vuodeksi.

Pätevää suostumusta sukupuoliyhteyteen ei ole, jos

- 1) tekijä on pakottanut toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä väkivaltaa tai uhkausta,
- 2) tekijä on käyttänyt hyväkseen toisen tiedottomuutta, sairautta, vammaisuutta, pelkotilaa tai muuta avutonta tilaa,
- 3) tekijä on esittänyt uhrille tarjouksen, joka pakottavuudessaan rinnastuu uhkaukseen tai joka muuten sopimattomalla tavalla on vaikuttanut uhrin valinnanvapauteen,
- 4) tekijä on taivuttanut toisen sukupuoliyhteyteen käyttäen hyväkseen asemaansa tai uhrin tekijästä riippuvaista suhdetta,
- 5) uhri on sanoin tai teoin ilmaissut, ettei hän suostu sukupuoliyhteyteen,
- 6) uhri on ollut tilanteessa passiivinen, eikä tekijä ole varmistanut suostumuksen olemassaoloa,
- 6) uhri on alle 16-vuotias tai
- 7) uhri on erehtynyt teon seksuaalisesta luonteesta tai sukupuoliyhteyden toisen osapuolen henkilöllisyydestä.

Yritys on rangaistava.”

Pitäisikö raiskaus sitten määritellä edellä kuvatulla tavalla uhrin puuttuvan suostumuksen kautta, vai tulisiko Suomen pitäytyä rikoksen tekemisessä käytettävät keinot ja hyväksikäytettävät olosuhteet yksilöivässä sääntelymallissa ja tyytyä ainoastaan raiskauksen tunnusmerkistön täydentämiseen siten, että kaikki suostumuksen vastaisesti toteutettavat sukupuoliyhteyden käsittävät teot tulevat siinä huomioon otetuiksi? Edellä luvussa 5 olen tarkastellut suostumusmallin käyttöönottoon liittyviä etuja ja mahdollisia haittoja. Tarkastelun perusteella voidaan todeta suostumusmallin omaksumisen puolesta puhuvien argumenttien vaikuttavan huomattavasti vakuuttavammilta kuin suostumusmallin omaksumista vastaan puhuvien argumenttien. Suurin osa lainmuutosta vastaan puhuvista argumenteista on sitä paitsi kumottavissa vasta-argumenteilla.

Raiskauksen määrittelemisen uhrin puuttuvan suostumuksen kautta merkitsisi mahdollisuutta saattaa rikoslain raiskauksen määritelmä vastaamaan paremmin oikeuskäytännön todellisuutta ja modernia käsitystä seksuaalisuudesta. Lainmuutos merkitsisi myös mahdollisuutta päivittää raiskauksen tunnusmerkistö vastaamaan kansainvälistä ja yleiseurooppalaista näkemystä raiskausrikokseksi luettavien tekojen luonteesta. Ja ennen kaikkea se merkitsisi mahdollisuutta antaa seksuaaliselle itsemääräämisoikeudelle se asema, joka sille perusoikeutena kuuluu. Koska raiskausrikoksen suostumusperusteisen määritelmän käyttöönottoon ei luvussa 5 esitetyn perusteella liittyisi myöskään mitään erityisiä lainsäädännöllisiä komplikaatioita, voidaan raiskauksen määrittelemistä uhrin puuttuvan suostumuksen kautta pitää tutkielman valossa mielestäni perusteltuna.

Ruotsissa raiskaus on 1.7.2018 alkaen määritelty uhrin puuttuvan suostumuksen kautta (ks. luku 3.1.6). Samalla raiskauksen määritelmään tehtiin kuitenkin myös toinen merkittävä muutos, kun raiskausrikoksen syyksilukemisen edellyttämästä tahallisuusvaatimuksesta luovuttiin. Ruotsin rikoskaaren 1 a §:n (2018:618) mukaan jos rikosentekijän suhtautuminen toisen osapuolen suostumuksen puuttumiseen on ollut törkeän huolimaton, on hänet tuomittava vankeuteen enintään neljäksi vuodeksi. Myös Suomessa olisikin syytä pohtia kysymystä tahallisuusvaatimuksesta luopumisesta ja tuottamuksellisen raiskauksen kriminalisoimisesta samassa yhteydessä suostumusmallin käyttöönoton kanssa. Tällöin rikosentekijä voitaisiin tuomita raiskauksesta rangaistukseen hänen mahdollisesta suostumuserehdyksestään huolimatta (ks. luku 4.5). Tässä yhteydessä kysymystä tuottamuksellisen raiskauksen kriminalisoimisesta ei ole kuitenkaan mahdol-

lista tarkastella tämän lähemmin. Toivotankin tematiikkaa koskevan jatkotutkimuksen tervetulleeksi.

