

VAPAAEHTOISUUS SEKSUAALISEEN KANSSAKÄYMISEEN SAKSAN JA RUOTSIN OIKEUSKÄYTÄNNÖN VALOSSA

1 Seksuaalirikosoikeus muutoksessa – pakosta vapaaehtoisuuteen

Oikeusministeriön työryhmä, jonka tehtävänä oli valmistella seksuaalirikosoikeuden kokonaisuudistus, luovutti mietintönsä heinäkuussa 2020.¹ Työryhmän tehtävänä oli erityisesti vahvistaa suostumuksen asemaa raiskauksen tunnusmerkistössä.²

Työryhmän ehdotuksessa raiskauksen uudeksi tunnusmerkistökijäksi tulisi uhrin vapaaehtoisuuden puuttuminen.³ Lapsenraiskausta koskevassa pykälässä olevan viittauksen kautta vapaaehtoisuuden puuttumisen arviointi voisi tulla tehtäväksi myös lapsia koskevissa rikoksissa, jos uhri on täyttänyt 12 vuotta.⁴ Vapaaehtoisuus kuvastaa seksuaalirikosoikeudella suojeltavaa oikeushyvää:

¹ Rikoslain seksuaalirikossäännösten kokonaisuudistus. Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 2020:9. Mietinnöstä annetut lausunnot ovat saatavilla osoitteessa <https://oikeusministerio.fi/hanke?tunnus=OM007:00/2019> (viitattu 7.11.2020).

² OM 2020:9, s. 9. Suostumuksesta on keskusteltu paljon erityisesti 2010-luvulla, ks. esim. Suostumus2018-kansalaisaloite, KAA 2/2019 vp, ja Amnesty International Suomen osasto, Oikeuksien arpapeli: Naisiin kohdistuvat raiskausrikokset ja uhrin oikeuksien toteutuminen Suomessa. Julkaistu 6.3.2019. Oikeustieteellisestä keskustelusta ks. esim. *Helena Jokila*, Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktiot. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010; *Helena Jokila – Johanna Niemi*, Coercive circumstances in Rape Law, s. 120–136 teoksessa Marie Bruvik Heinskou – May-Len Skilbrei – Kari Stefansen (toim.), Rape in the Nordic Countries. Continuity and Change. Routledge 2020; *Minna Kimpimäki*, Näyttö raiskausrikoksissa: vapaaehtoisesti vai vasten tahtoa Edilex 2020/30; *Minna Kimpimäki*, Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta? Lakimies 6/2017, s. 789–812; *Terttu Utriainen*, Hau-reuden harjoittamisesta suostumuksen puuttumiseen, s. 495–501 teoksessa Dan Frände et al. (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019, Unigrafia 2019; *Kati Nieminen*, Mitä raiskauksen määritelmä kertoo oikeuskulttuuristamme? s. 394–411 samassa teoksessa; *Minni Leskinen*, Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? – Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa, Lakimies 3–4/2020, s. 373–399; *Minni Leskinen*, Raiskaus 2010-luvulla: yhä vain väkisinmakaamista? s. 194–213 teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.), Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017; *Timo Ojala*, Seksuaalirikokset. Edita 2014, s. 58–65.

³ Työryhmän jäsenen, professori Minna Kimpimäen mukaan osallistumisen vapaaehtoisuus uutena tunnusmerkistökijänä on merkittävin ehdotettu muutos. *Kimpimäki* 2020, s. 10. Valittu termi korostaa sitä, että vapaaehtoisuus ei ole sama asia kuin oikeustieteessä vakiintunut suostumusoppi. Suostumusoppia seksuaalirikosoikeuden kontekstissa on käsitelty *Minttu Niemisen*, *Heikki Kallion* ja *Matti Tolvasen* tuoreessa artikkelissa Seksuaalinen ahdistelu – itsemääräämisoikeus ja tahallisuus, Defensor Legis 2020/2, s. 149–167, 158–160.

⁴ Eriävä mielipide AI FI 39/2020, OM 2020:9, s. 314; *Minni Leskinen*, Itsemääräämisoikeuden suoja lasten koskemattomuuden kustannuksella? Edilex 2.9.2020. Myös lukuisissa lausunnoissa esitettiin tätä kohtaan kritiikkiä, minkä johdosta oikeusministeriö julkaisi 21.10.2020 tiedotteen, jonka mukaan lasten parempi suojaaminen on yksi uudistuksen keskeisistä tavoitteista ja lausunnot käydään tarkkaan läpi.

seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Ei kuitenkaan ole mitenkään yksinkertaista määritellä sitä, millainen käytös kuvastaa vapaaehtoisuutta ja toisaalta sitä, millaisissa olosuhteissa tahto voi muotoutua riittävän vapaasti ollakseen itsemääräytyvää.⁵

Euroopassa useat maat ovat jo siirtyneet nk. suostumusperusteiseen raiskauksen tunnusmerkistöön, mikä tarjoaa mahdollisuuden verrata työryhmän ehdotusta jo olemassa oleviin kokemuksiin. Käsittelen tässä artikkelissa Saksaa, jossa uhrin tunnistettavissa olevaan tahdon vastaisuuteen perustuva tunnusmerkistö astui voimaan 2016, ja Ruotsia, jossa vapaaehtoiseen osallistumiseen perustuva tunnusmerkistö astui voimaan kaksi vuotta myöhemmin kesällä 2018. Vaikka valituissa sääntelymalleissa on eroa toisen perustuessa vastentahtoisuudelle ja toisen vapaaehtoisuudelle, kiertyvät oikeuskäytännössä ongelmat vapaan tahdon ympärille. Oikeuskäytännön ongelmat voidaan systematisoida kolmeksi asiakokonaisuudeksi: (1) vapaaehtoisuuden ilmenemiseen uhrin toiminnassa, (2) olosuhteisiin, joissa vapaaehtoisuus ei voi toteutua⁶, ja (3) tekijän tahallisuuteen.

Saksassa ongelmia on ilmennyt kaikkien kolmen kysymyksen osalta. Tämä käy ilmi esimerkiksi valitsemassani oikeustapauksessa *LG Bamberg 7.12.2017*,⁷ jota käsiteltiin liittovaltion korkeimmassa oikeudessa asti.⁸ Tapauksessa oli kysymys uhrin omasta aktiivisesta toiminnasta rikoksen tunnusmerkistön täyttymiseksi, mikä herätti kysymyksen uhrin ristiriitaisista tahdonilmaisuista ja niiden keskinäisistä suhteista. Lisäksi asiaa koskeneessa oikeustieteellisessä keskustelussa pohdittiin sitä, millaisissa olosuhteissa uhrin tahdonmuodostus on vapaata ja miksi näitä olosuhteita ei ole määritelty laissa tarkemmin.⁹ Edelleen uhrin ambivalenssi herätti pohdintaa siitä, voiko kyse olla lainkaan rikoksesta ja puuttuuko tällaisessa tilanteessa joka tapauksessa tekijän tahallisuus. Käsittelen Saksan kokemuksia artikkelin osassa 2.

Myös Ruotsissa uhrin käytöksen monitulkintaisuus ja tekijän tahallisuus ovat nousseet esille. Erityisesti keskustelua on käyty uhrin passiivisuudesta ja sen merkityksestä teon rikosoikeudellisessa arvioinnissa. sekä objektiivisesta että subjektiivisesta näkökulmasta.¹⁰ Passiivisuudesta oli kyse

⁵ Saksalaisen rikosoikeuden professorin *Tatjana Hörnlen* mukaan itsemääräytyvyys on juridisesti täysin alikehittynyt käsite suhteessa sen keskeisyyteen seksuaalirikosoikeudessa. *Tatjana Hörnle*, *Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen*. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 127 (4) (2015), s. 851–887, 851. Myös suostumus (*consent*) herättää edelleen kansainvälistä keskustelua. *Karamvir Chadhan* tuoreesta artikkelista käy ilmi, kuinka keskustelussa sekoittuvat seksuaaliselle kanssakäymiselle asetettavat ideaalit suostumuksen tarpeettomuudesta ja käytännön elämä, joka edellyttää sen määrittämistä, mitä rikollisella teolla loukataan. *Karamvir Chadha*, *Sexual Consent and Having Sex Together*. *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 40 (3), s. 619–644. Ks. myös *Minni Leskinen*, *Towards a New Ethics of Sexual Self-determination: Finnish Rape Law through the Speculum of Feminist Philosophy*. *NoFo* 17 (2019). Saatavilla: <http://www.nofoundations.com/currentissue.html> (viitattu 7.11.2020).

⁶ Lainopissa ei ole vielä vakiintunutta käsitettä olosuhteille, joissa tahdonmuodostus ei ole riittävän vapaata, jotta henkilön osallistumista voidaan pitää vapaaehtoisena, vaikka hän olisi ilmaissut suostumuksensa esimerkiksi sanallisesti tai toiminnan kautta. Kansainvälisessä oikeudessa käytetään termiä pakottavat olosuhteet (*coercive circumstances*), joka on peräisin Ruandan sotarikostuomioistuimen tuomiosta *Prosecutor v. Akayesu* (ICTR 2.9.1998, s. 686–688) ja hankalasti adaptoitavissa kansalliseen oikeuteen. Ruotsissa komiteamietinnössä SOU 2016:60 puhutaan suostumuksen pätemättömyydestä ja esimerkiksi *Gustafsson Yakoub* (2019) ja *Alaattinoğlu* (2020) käyttävät ruotsiksi termiä pätevä suostumus (*ett giltigt samtycke*). Saksassa *Tatjana Hörnle* on puhunut olosuhteista, joissa ilmaistu suostumus on tehokas/tehoton (*wirksam/unwirksam*, ks. *Hörnle* 2015, s. 20). En pyri tässä artikkelissa vakiinnuttamaan mitään termiä, vaan ennemminkin nostamaan esille tämän ongelman.

⁷ *LG Bamberg Urt. v. 7.12.2017 – 33 KLs 1105 Js 520/17*.

⁸ *Bundesgerichtshof, Beschluss 21.11.2018*.

⁹ Professori Hörnle toi tämän esille jo ennen lakiuudistusta. *Tatjana Hörnle*, *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention*. *Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB*. *Deutsches Institut für Menschenrechte* 2015, s. 20–21. Hörnle toi myös esille, että Saksassa deliktikohtaiset pätemättömyysperusteet eivät ole rikosoikeudelle tyypillisiä, mutta piti niitä silti välttämättöminä. Häneltä tilatun selvityksen suppeuden vuoksi hän ei tehnyt konkreettista ehdotusta.

¹⁰ Ongelma nähtiin jo lain tullessa voimaan. Ks. *Suzanne Wennberg*, *Befogad kritik av det nya våldtäktsbrottet?* *Juridisk Tidskrift* 2/2018–19, s. 298–304; *Leskinen* 2020, s. 382. *Kimpimäen* mukaan tämä on vaikein tulkintakysymys Ruotsissa (*Kimpimäki* 2020, s. 11).

myös korkeimman oikeuden ensimmäisessä tahallisen ja tuottamuksellisen raiskauksen rajanvetoa koskevassa ratkaisussa *NJA 2019 s. 668 Övernattningen*. Sen sijaan vapaan tahdonmuodostuksen estävät olosuhteet eivät ole Ruotsissa herättäneet yhtä paljon keskustelua kuin Saksassa. Tämä johtuu todennäköisesti siitä, että Ruotsissa näistä olosuhteista, joissa vapaaehtoisuutta ei koskaan voi olla käsillä, on säädetty varsin kattavasti: esimerkiksi uhrin haavoittuva asema tai riippuvuussuhteen merkittävä väärinkäyttö estävät vapaaehtoisuuden ja tekevät annetustakin suostumuksesta oikeudellisesti merkityksettömän. Käyn läpi Ruotsin kokemuksia osassa 3.

Suomessa lakiehdotuksen laatinut työryhmä kävi läpi Ruotsin, Norjan, Tanskan, Islannin, Saksan, Belgian, Ranskan, Englannin ja Walesin sekä Irlannin vastaavat säännökset, mutta mietinnöstä ei käy täsmällisesti ilmi, mistä maista työryhmä on ottanut mallia.¹¹ Ehdotetun uuden säännöksen 1 momentti on lähes sanatarkka laina Ruotsista, joten on selvää, että Ruotsin säännös on toiminut sille esikuvana. Eroa Ruotsiin on siinä, miten laajalti raiskausta koskevassa säännöksessä on nähty tarpeelliseksi säätää erikseen niistä olosuhteista, joissa vapaaehtoisuutta ei koskaan voi olla käsillä ja mahdollinen ilmaistu vapaaehtoisuus tulee jättää vaille oikeudellista merkitystä. Saksan lainsäädännöstä on lainattu ehdotukseen ainakin se, että raiskauksesta tuomittaisiin jatkossa myös se, joka saa toisen kanssaan sukupuoliyhteyteen käyttämällä hyväkseen sitä, että toinen ei ehdi ilmaista vastentahtoisuuttaan mitenkään tilanteen äkillisyyden vuoksi.

Keskeinen ongelma työryhmän ehdotuksessa on, että tahdonmuodostuksen vapautta ja sen mahdollistavia tai estäviä olosuhteita ei ole riittävällä tavalla avattu. Ruotsissa rikosoikeuden professori *Petter Asp* on jo kymmenen vuotta sitten teoksessaan *Sex och samtycke* (2010) korostanut sitä, kuinka oikeudellisen suostumuskeskustelun fokuksen pitäisi olla siinä, millaisissa olosuhteissa annettu suostumus voidaan oikeudellisesti hyväksyä.¹² Suomessa ongelma liittyy myös siihen, että jo edellisen lakimuutoksen yhteydessä käytiin keskustelua siitä, tulisiko raiskauksen ja seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistöt yhdistää.¹³ Työryhmän ehdotuksessa on edelleen säilytetty erillinen seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistö, mutta samalla todettu perustelujen tasolla, että osa aiemmista seksuaalisista hyväksikäytöistä muuttuu raiskauksiksi vapaaehtoisuuden puuttumisen takia.¹⁴

Palaan tähän kysymykseen artikkelin neljännessä osassa, jossa käyn tarkemmin läpi työryhmän ehdotusta ja vertaan sitä Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännöstä saatuihin kokemuksiin. Neljännen osan teemat – vapaaehtoisuuden ilmeneminen, passiivisuuden ja aktiivisuuden merkitykset, teko-olosuhteiden merkitys vapaalle tahdonmuodostukselle ja tekijän tahallisuus – on valittu Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännön perusteella. Tahallisuuskysymysten osalta vertailu Saksaan ja Ruotsiin on haastavinta, koska Suomessa olosuhdetahallisuuden alin taso on todennäköisyydestahallisuutta eikä tekijän välinpitämättömyyttä tai hyväksyvää asennetta suhteessa vapaaehtoisuuden puuttumiseen ole tarpeen tutkia.¹⁵ Todennäköisesti saamme Suomessa

¹¹ Kimpimäki pitää Saksaa ja Ruotsia kirjoittajan tavoin keskeisinä vertailumaina. *Kimpimäki* 2020, s. 1.

¹² *Petter Asp*, *Sex och samtycke*. Iustus Förlag 2010, s. 15. Aspin kritiikki on kohdistettu Madeleine Leijonhufvudin ehdotukseen, jossa hieman samaan tyyliin kuin nyt työryhmän mietinnössä ajateltiin, että raiskaus voitaisiin kriminalisoida hyvin yksinkertaisesti tekona, joka kohdistuu henkilöön, joka ei osallistu vapaaehtoisesti. Ks. *Madeleine Leijonhufvud*, *Samtyckesutredningen*, Thomson 2008, s. 15.

¹³ Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet. Arviomuistio. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 68–70; Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet. Lausuntotiivistelmä. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 54/2012, s. 23–26; Hallituksen esitys eduskunnalle 216/2013 vp laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta, s. 40–41; *Leskinen* 2017, s. 201–205. Keskustelua aiheesta käydään myös työryhmän mietinnöstä annetuissa lausunnoissa.

¹⁴ OM 2020:9, s. 117–119.

¹⁵ Ruotsissa välinpitämättömyystahallisuus olosuhdetahallisuuden alimpana asteena edellyttää, että tekijä on ymmärtänyt riskin vapaaehtoisuuden puuttumisesta ja suhtautunut vapaaehtoisuuden puuttumiseen välinpitämättömästi (*likgiltighet*). Saksassa tahallisuuden alimmalla tasolla (*Eventualvorsatz*) tekijän on täytynyt pitää suostumuksen puuttumista mahdollisena ja hyväksyä se. Ks. myös *Kimpimäki* 2020, s. 14.

aivan omat ongelmamme, kun tuomioistuimissa joudutaan arvioimaan, onko tekijä pitänyt uhrin vapaaehtoisuuden puutetta varsin todennäköisenä vai ei.¹⁶ Eroista huolimatta Ruotsin ja Saksan lainkäytön kokemukset antavat selkeitä viitteitä siitä, mitkä kysymykset tulevat nousemaan esille myös Suomessa, mikäli ehdotettuun uuteen seksuaalirikoslainsäädäntöön siirrytään.

2 Suostumusperusteinen raiskauslainsäädäntö Saksassa

2.1 Lainsäädäntömuutos

Saksassa suostumusperusteinen raiskauslainsäädäntö tuli voimaan heinäkuussa 2016.¹⁷ Kysymys oli osauudistuksesta, jonka taustalla oli Istanbulin sopimuksen 36 artiklassa asetettu vaatimus kriminalisoida kaikki suostumuksenvastaiset seksuaaliset teot¹⁸, sekä Kölnin uudenvuoden yön 2015/2016 (*Kölner Silvesternacht*) tapahtumista johtunut poliittinen paine¹⁹. Saksan oikeusministeriö oli asettanut helmikuussa 2015 komission valmistelemaan seksuaalirikosoikeuden kokonaisuudistusta, mutta vuoden 2016 osauudistus käytännössä ehti ensin ennen heinäkuussa 2017 valmistunutta komission

raporttia.²⁰ Uudistusehdotus ei tullut ministeriöltä vaan liittopäivien edustajilta.²¹ Saksan raiskauksen ja muun seksuaalisen väkivallan kriminalisointi on vapaasti käännettynä seuraava:

*§ 177 Seksuaalinen päällekkäminen; seksuaalinen pakottaminen; raiskaus*²²

(1) Se, joka vastoin toisen henkilön tunnistettavissa olevaa tahtoa, tekee tälle seksuaalisen teon tai antaa tämän tehdä itselleen tai saa tämän tekemään kolmannelle henkilölle tai sietämään seksuaalisen teon kolmannen henkilön tekemänä, tuomitaan vankeuteen vähintään kuudeksi kuukaudeksi ja enintään viideksi vuodeksi.

(2) Samoin tuomitaan se, joka tekee toiselle henkilölle seksuaalisen teon tai antaa tämän tehdä itselleen tai saa tämän tekemään kolmannelle henkilölle tai sietämään seksuaalisen teon kolmannen henkilön tekemänä, jos

1. tekijä käyttää hyväkseen sitä, että toinen henkilö ei pysty muodostamaan tai ilmaisemaan vastakkais-tahtoaan,
2. tekijä käyttää hyväkseen sitä, että toisen henkilön kyky muodostaa tai ilmaista tahtoaan on merkittävästi rajoittunut hänen fyysisen tai psyykkisen tilansa takia, ellei sitten tekijä ole varmistunut tämän henkilön suostumuksesta,
3. tekijä on käyttänyt hyväkseen tilanteen yllätyksellisyttä,
4. tekijä on käyttänyt hyväkseen sitä, että vastustaes-saan tekoa uhria uhkasi vakava haitta,

¹⁶ Ks. Nieminen 2019; Kimmo Nuotio, Todennäköisyystahallisuuden tilasta ja tarinasta. Lakimies 7–8/2017 s. 970.

¹⁷ Tatjana Hörnle, The New German Law on Sexual Offences, 2016 (*Hörnle* 2016b). Saatavilla: <https://ssrn.com/abstract=2999677> (viitattu 11.4.2020).

¹⁸ Hörnle 2015. Istanbulin sopimuksen seksuaalirikosoikeudellisista säännöksistä ks. Minni Leskinen, The Istanbul Convention on Sexual Offences: A Duty to Reform the Wording of National Law or the Way We Think? s. 133–156 teoksessa Johanna Niemi, Lourdes Peroni ja Vladislava Stoyanova (toim.): International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention. Routledge 2020.

¹⁹ Elisa Hoven, Irrungen und Wurrungen des neuen Sexualstrafrechts. Frankfurter Allgemeine, Einspruch Magazin 13.2.2019. Uuden vuoden yön tapahtumista Kölnissä tehtiin yli 1 000 rikosilmoitusta, joista Die Zeitin tekemän seurannan mukaan 290 tutkittiin, 52 henkilöä syytettiin, joista 6 henkilöä seksuaalirikoksesta, joista 2 tuomittiin nuorisorangaistukseen seksuaalisesta pakkotamisesta. Pääosa syyteistä koski omaisuusrikoksia. Tietojen mukaan pääosa syytetyistä oli Algeriasta, Marokosta ja Irakista. <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2019-03/koeln-silvesternacht-uebergreifend-verurteilungen> (viitattu 9.8.2020).

²⁰ Raiskauksen osalta raportissa tehdään lähinnä joitakin ehdotuksia koskien muun muassa vammaisten henkilöiden seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Ks. Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas am 19. Juli 2017 vorgelegt, s. 299–313.

²¹ Hörnle 2016b; Hoven 2019. Sekä professori Hörnle että professori Hoven harmittelivat sitä, että kiireessä menetettiin mahdollisuus laajempaan ja tarkemmin punnittuun kokonaisuudistukseen.

²² Olen verrannut omaa käännöstäni työryhmän mietinnössä olevaan käännökseen, mutta päätynt hieman eri ratkaisuihin, ks. OM 2020:9, s. 136.

5. tekijä on pakottanut henkilön tekemään tai sietämään seksuaalisen teon uhkauksella vakavasta haitasta.

Saksassa raiskauksen pääsääntö perustuu siis tunnistettavissa olevan tahdon käsitteelle. Lain esitöissä todetaan, että lain perustaksi on valittu nk. veto-oikeusmalli, eli uhrin ”ei tarkoittaa ei”. Samoin esitöissä todetaan, että uhrilla on velvollisuus kommunikoida kielteinen kantansa.²³ Mikäli tunnistettavaa tahtoa ei ole, eli uhrin käytös on esimerkiksi ambivalenttia, teko ei lähtökohtaisesti ole rangaistava, ellei sitten käsillä ole jokin kohdassa (2) luetelluista erityistilanteista.²⁴ Vaikuttaisikin siltä, että Saksassa vapaaehtoisuuden puuttumisen täyttymiselle on asetettu tiukemmat kriteerit kuin esimerkiksi Ruotsissa ja ehdotuksen mukaan Suomessa, jossa uhrilla ei ole velvollisuutta kommunikoida kielteistä suhtautumistaan, jos se on tullut hänen käytöksestään jotenkin muuten ilmi. Käytännössä ero ei kuitenkaan ole niin merkittävä kuin voisi kuvitella, koska Saksassakin kielteisyyttä voi tulla esille uhrin toiminnan kautta ja Ruotsissakin edellytetään sitä, että vapaaehtoisuuden puuttuminen on ilmeistä, kun tilannetta arvioidaan kokonaisuutena.

Saksassa ei ole erikseen säädetty annetun suostumuksen pätemättömyydestä tai tehottomuudesta, mutta oikeuskirjallisuudessa on argumentoitu, että kohta (2) 4, eli että tekijä on käyttänyt hyväkseen sitä, että vastustaessaan tekoa uhria uhkasi vakava haitta, voisi toimia perusteena jättää annettu suostumus vaille oikeudellista merkitystä. Vakavan haitan käsite on laina Saksan rikoslain pykälästä StGB § 240, ja se voi tarkoittaa sekä laitonta (esimerkiksi vahingonteko) että sinänsä laillista haittaa (esimerkiksi rikosilmoituksen tekeminen toisesta). Lain esitöissä, jotka ovat suppeat, on todettu, että kohdan (2) 4 soveltaminen ei edellytä sitä, että tekijä olisi uhannut uhria, vaan sillä viitataan esimerkiksi pari-

suhdeväkivallan kontekstissa jatkuvasti ”ilmassa” olevaan uhkaan (*Klima-der-Gewalt*).²⁵

Keskustelu teko-olosuhteiden merkityksestä ja niiden suhteesta uhrin tahdonilmaisuihin virisi Saksassa Bambergin osavaltion oikeudessa vuonna 2017 käsitellyn tapauksen seurauksena. Tapauksessa uhri oli ensin suullisesti kieltäytynyt mutta jonkin ajan kuluttua kuitenkin ryhtynyt syytetyn vaatimaan sukupuoliyhteyteen. Asiassa oli kyse ensinnäkin siitä, mikä merkitys aktiivisella toiminnalla oli suhteessa sitä edeltäneeseen kielteiseen suulliseen tahdonilmaisuuksiin, ja toiseksi siitä, oliko tilanne sillä tavalla pakottava tai uhkaava, ettei uhri ollut voinut päättää suostumisestaan vapaasti. Käyn seuraavaksi läpi ensin itse oikeustapauksen ja sen jälkeen siitä käytyä oikeudellista keskustelua.

2.2 Tapaus LG Bamberg: uhrin vastentahtoinen seksuaalinen teko

Asiassa oli kyse seuraavasta tapahtumaketjusta ja sen oikeudellisesta arvioinnista:

Syytetty toimi ylilääkärinä ja asianomistaja²⁶ hallinnollisena assistenttina samalla kliinisen palliatiivisen hoidon osastolla. Asianomistaja ei ollut suoraan ylilääkärin alainen, mutta tällä oli vaikutusmahdollisuuksia asianomistajan työjärjestelyihin. Vuodesta 2015 vuoden 2016 puoliväliin heidän välillään oli ollut työpaikalla useita oraalaisia sukupuoliyhteyksiä, joissa asianomistaja oli ollut aktiivinen osapuoli syytetyn pyynnöstä. Syytetty huolehti siitä, että heitä ei päästy yllättämään, esimerkiksi nojaamalla oveen. Syksyllä 2016 asianomistaja ilmoitti, ettei enää halunnut jatkaa, koska oli alkanut seurustella kolmannen henkilön kanssa.

Joulukuun 20. päivä 2016 asianomistaja oli yksin toimistossaan, kun syytetty tuli hänen luokseen. Asianomistajan ollessa puhelimessa syytetty silit-

²³ Hörnle 2016b, s. 6 viit. Bundestagsdrucksache (BT–Drs.) 18/9097, s. 22–23.

²⁴ Hoven 2019.

²⁵ BT–Drs. 18/9097, 26. Perustelut ovat suppeat, mikä oletettavasti johtuu siitä, että kyse on parlamentaarista lakialoitteesta eikä virkamiestyönä valmistellusta lakiehdotuksesta.

²⁶ Käytän artikkelissani termiä asianomistaja selkeyden vuoksi, vaikka Saksassa uhrin prosessuaalinen asema eroaa uhrin asemasta Suomessa.

ti tätä niskasta ja laittoi kätensä tämän paidan alle. Asianomistajan kollegan tultua toimistoon, syytetty pyysi asianomistajan kanssaan keittiöön sillä verukkeella, että halusi puhua tämän kanssa eräästä laskutusasiasta kahden kesken. Keittiössä syytetty asettui totuttuun tapaan selkää suljettua ovea vasten. Kun syytetty pyysi asianomistajaa ”ottamaan häneltä suihin”, asianomistaja kieltäytyi sillä perusteella, että hänellä on poikaystävä. Tällöin syytetty tarttui asianomistajan toiseen käsivarteeseen ja yritti viedä sitä kohti sukuelintään. Tämä ei kuitenkaan onnistunut, koska asianomistaja piti kätensä tiukasti selkäänsä takana.

Syytetty jatkoi ottamalla peniksensä esiin housuistaan vaati asianomistajaa suutelemaan sitä ”vielä kerran” ja ottamaan sen suuhun. Syytetty vakuutti, että kyseessä on viimeinen kerta, jonka jälkeen hän jättää asianomistajan rauhaan. Samalla hän piti kädessään penistä, joka ei ollut erektiossa. Asianomistaja suuteli lopulta syytetyn penistä kerran ja otti sen suuhunsa 1–2 sekunniksi. Sitten hän lopetti ja sanoi syytetylle, että nyt riittää. Syytetty vaati asianomistajaa jatkamaan, mihin asianomistaja vastasi, että syytetty voi ”runkata itse”. Lopuksi syytetty nosti housunsa takaisin ylös, laittoi kätensä asianomistajan olkapäille ja antoi tälle hyvästiksi lyhyen kielisuudelman.²⁷

Bambergin osavaltion oikeus katsoi, että asianomistajan suullisesti ilmaisema kielteinen kanta oli lain tarkoittama tunnistettava tahdonilmaisu ja edelleen vaikutuksellinen sukupuoliyhteyden aloittamishetkellä. Oikeus piti osoitettuna, että syytetty oli pitänyt mahdollisena, että asianomistaja on antanut periksi vain päästääkseen pois tilanteesta ja saadakseen syytetyn seksuaaliset vaatimukset loppumaan, eli toiminut tunnistettavan tahdonsa vastaisesti. Se seikka, että asianosaisilla oli ollut seksuaalista kanssakäymistä aiemmin, tai se, että asianomistaja seurasi syytettyä keittiöön vapaaehtoisesti, eivät olleet riittäviä horjuttaakseen tätä kokonaisarviota. Syytetyn oli täytynyt pitää asianomistajan vastentahtoisuutta vähintäänkin mahdol-

lisena ja hyväksyä sen osana tekoaan. Osavaltion oikeus tuomitsi syytetyn seksuaalisesta päällekkäymisestä – ei kuitenkaan raiskauksesta – 120 päiväsakkoon määrältään á 120 euroa. *Süddeutsche Zeitungin* mukaan tuomari korosti syyksi lukevaa tuomiota julistaessaan, että teko ei olisi ollut rangaistava vanhan lain mukaan.²⁸

Sekä syyttäjä että syytetty valittivat tuomiosta. *Bundesgerichtshof* (BGH) antoi ratkaisunsa asiassa 21.11.2018 ja palautti asian uudelleen käsiteltäväksi osavaltion oikeuteen erityisesti todistusharkintaa koskevien perustelujen puutteellisuuden vuoksi. BGH piti osavaltion oikeuden esittämiä oikeudellisia päätelmiä riittämättöminä suhteessa asianomistajan ambivalenttiin käytökseen ja tekijän tahallisuudesta heränneeseen epäilykseen. BGH:n mukaan uhrin sanallisesti ilmaisema kielteinen kanta oli tullut kumotuksi tämän oman aktiivisen toiminnan myötä, ja arvion kohteeksi olisi tullut ottaa se, oliko tämä aktiivinen teko hänen tahtonsa vastainen. Toisaalta BGH huomioi sen, ettei aktiivista tekoa voi täysin irrottaa teon olosuhteiden kokonaisarviosta. BGH:n mukaan, jos arvioitaisiin pelkkää aktiivista tekoa, ei se objektiivisen kolmannen näkökulmasta arvioiden voisi koskaan olla asianomistajan tahdon vastainen, paitsi ehkä tilanteissa, joissa asianomistaja samaan aikaan itkee tai muuten ilmaisee samaan aikaan vastentahtoisuuttaan.

Koska seksuaalinen päällekkäminen on rangaistavaa vain tahallisuutta, tarvitaan BGH:n mukaan tilanteissa, joissa uhri on aktiivinen, erityisen perusteellista punnintaa koskien niitä olosuhteita, joista tekijä voi päätellä, että teko on uhrin tahdon vastainen. Kysymys on siitä, onko kielteinen kanta tullut riittävän selkeällä tavalla esiin, jotta syytetty on voinut sen sukupuoliyhteyden hetkellä havaita. Tältä osin osavaltion oikeus ei BGH:n mukaan ollut riittävällä tavalla ottanut huomioon syytetyn puolesta puhuvia seikkoja, kuten sitä, että asianomistaja toteutti seksuaalisen teon itse. BGH:n mukaan tämä seikka on erityisen tärkeä syytetyn käsityksen kannalta, onhan hän voinut ajatella, että on voitta-

²⁷ BGH Beschluss 21.11.2018, kappaleet 2–8.

²⁸ Geldstrafe für Ex-Chefarzt nach sexuellem Übergriff. *Süddeutsche Zeitung* 7.12.2017. Saatavilla: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bamberg-geldstrafe-fuer-ex-chefarzt-nach-sexuellem-uebergreif-1.3781896> (viitattu 5.9.2020).

nut asianomistajan lopulta puolelleen. Vaikka asianomistajalla oli poikaystävä, ei se oikeuden mielestä tarkoittanut sitä, etteikö hän olisi voinut olla yli-puhuttavissa.

Edelleen *BGH* pohti sitä, mistä syytetty olisi voinut päätellä asianomistajan antaneen periksi vain päästääkseen pois tilanteesta. *BGH*:n mukaan asianomistaja olisi voinut kävellä syytetyn ohitse ulos keittiöstä ja poistua tilanteesta, sillä ovi ei ollut lukittu. Myöskään syytetyn ja asianomistajan välisestä keskustelusta ei ollut tunnistettavissa, että asianomistaja olisi tuntenut itsensä pelotelluksi. Avoimeksi jäi, miten syytetty olisi voinut päätellä, että tilanne vaikutti asianomistajasta painostavalta tai ettei hän nähnyt muuta ulospääsyä tilanteesta kuin suostua pyydettyyn sukupuoliyhteyteen. Lopuksi *BGH* kiinnitti huomiota siihen, että syytetyn lopuksi antama kielisuudelma olisi tullut arvioida erillisenä tekona.

Lopullisia vastauksia tapauksen herättämiin kysymyksiin ei saada, sillä *BGH*:n palautettua asian syyttäjää päätti tuomioistuimen ja syytetyn suostumuksella lopettaa syytteen ajamisen syytetyn maksettua 9000 euroa kolmelle yleishyödylliselle yhteisölle.²⁹

2.3 Oikeustieteellinen keskustelu

Tapauksesta virisi Saksassa varsin vilkasta oikeustieteellistä keskustelua, jonka aloitti Leipzigin yliopiston rikosoikeuden professori *Elisa Hoven* Frankfurter Allgemeine Zeitungin juridisessa *Einpruch Magazin* -julkaisussa. Hovenin kolumni on kirjoitettu ennen Bundesgerichtshofin ratkaisua. Hovenin tulkinnan mukaan seksuaalista väkivaltaa koskevaa säännöstä § 177 StGB ei olisi tullut soveltaa tilanteessa lainkaan, koska uhrin ambivalentti käytös ei täyttänyt edellytystä tunnistettavissa olevasta tahdosta. Hoven kysyy, voiko tahto olla tunnistettavasti kielteinen, jos uhri kieltäyty-

misensä jälkeen ryhtyy aktiiviseen tekoon ilman pakkoa, uhkausta tai väkivaltaa. Joka tapauksessa uhrin ambivalenssi jätti hänen mukaansa varteenotettavan epäilyn tekijän tahallisuudesta. Hovenin mukaan Bambergin osavaltion oikeuden linjaus oli holhoava, ja aikuiselta naiselta tulee voida edellyttää epämuikavassakin tilanteessa kykyä tehdä omaehtoisia päätöksiä ja myös pitäytyä antamassaan kielteisessä vastauksessa.

Berliinin Humboldt-yliopiston rikosoikeuden professori *Tatjana Hörnlen* artikkeli on kannotto Bambergin osavaltion oikeuden tekemän tulkinnan puolesta. Hörnlen mukaan Hovenin ehdottama rajoittava tulkinta, joka sulkisi soveltamisalan ulkopuolelle tilanteet, joissa vastaisen tahtonsa ilmaisut osapuoli toimii aktiivisena osapuolena, ei vastaa pykälän sanamuotoa, joka eksplisiittisesti kattaa myös nämä tilanteet.³⁰ Hörnlen mukaan rajoittavan tulkinnan taustalla on kommentaariteoksissa varsin yleinen virheellinen käsitys, että uhrin toimiessa aktiivisesti teko voisi olla rikosoikeudellisesti rangaistava vain, jos uhrin aktiivinen toiminta sukupuoliyhteyden tai seksuaalisen teon toteuttamiseksi on seurausta pakottamisesta.³¹ Hörnlen mukaan tapauksessa olisi tullut arvioida sitä, oliko tunnistettava tahdonilmaisu, jolla asianomistaja oli kieltäytynyt sukupuoliyhteydestä, tullut yhtä tunnistettavalla tavalla muutetuksi.³² Lisäksi Hörnlen mukaan asian kokonaisarviossa olisi tullut ottaa huomioon se, että asianomistaja ei suinkaan ollut ainoa alainen, jota ylilääkäri oli ahdistellut seksuaalisesti, vaan kyse oli laajamittaisesta oman aseman väärinkäytöstä.

Artikkelissaan Hörnle esittää neljä kriteeriä sen tutkimiseen, onko aiempi sanallisesti ilmaistu kieltäytyminen muuttunut tunnistettavalla tavalla uhrin aktiivisen toiminnan kautta myöntymiseksi: (1) millainen kehoitus seksuaaliseen kanssakäymiseen on ollut ja mitkä ovat osapuolten sosiaaliset roolit, (2) millaista osapuolten interaktio kieltäytymisen ja aktiivisen toiminnan välillä on ollut, (3) onko taivu-

²⁹ LG Bamberg 18.10.2019.

³⁰ *Tatjana Hörnle*, Sexueller Übergriff (§ 177 Abs. 1 StGB) bei aktivem Handeln von Geschädigten? Neue Zeitschrift für Strafrecht, 439(8) (2019), s. 433–488, 440.

³¹ *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch. 66. Auflage. C.H. Beck 2019, § 177 Rn. 15, 16.

³² *Hörnle* 2019, s. 439.

teltu osapuoli itse voinut valita toimintatapansa, ja (4) paljonko aikaa kieltäytymisen ja aktiivisen toiminnan välillä on kulunut. Mikäli kehoitus on ollut käskynomainen, osapuolten välillä on valtahierarkia, interaktio ei ole ollut harmonista, ystävällistä ja tasa-arvoista, taivuteltu osapuoli ei ole voinut vaikuttaa osallistumisensa tapaan eikä kulunut aika ole kovin pitkä, ei aktiivisen toiminnan voida katsoa tehneen aiempaa kieltäytymistä merkityksettömäksi. Näillä kriteereillä arvioituna kyse ei Hörnlen mukaan ollut asianomistajan ambivalenssista vaan hänen tahtonsa vastaisesta sukupuoliyhteydestä.³³

Vuoteen 2017 asti Bundesgerichtshofissa jäsenenä toiminut ja lukuisia rikosoikeudellisia kommentaariteoksia kirjoittanut *Thomas Fischer* esitti jyrkästi eroavan mielipiteensä Hörnlen esittämiin näkemyksiin.³⁴ Fischerin mukaan fokus tulisi kohdistaa siihen, onko teko hetkellä ollut lain tarkoittamaa tunnistettavissa olevaa vastakkaista tahtoa. Fischerin mukaan aktiivinen toiminta on tunnistettavissa oleva tahto siinä missä sanatkin, ja toimimalla aktiivisesti uhri ilmaisi tahtonsa sukupuoliyhteyteen. Jos asianomistaja omalla aktiivisella toiminnallaan tekee syytetylle seksuaalisen teon, voi kyseeseen tulla rikos vain siinä tapauksessa, että asianomistaja on toiminut pakotettuna. *LG Bamberg* oli tuomiossaan ottanut huomioon syytetyn kättämisen, syytetyn työoikeudellisen direktio-oikeuden suhteessa asianomistajaan ja sen, että syytetty seisoi huoneen oven edessä.³⁵ Fischer katsoo, että kuvatuissa olosuhteissa asianomistajalla on ollut

mahdollisuus käyttää vapaasti itsemääräämisoikeuttaan, mistä syystä kyse ei ole ollut pakottamisesta.

Fischerin suhtautuu varauksellisesti siihen, että vapaan tahdonmuodostuksen estäviä olosuhteita laajennettaisiin kattamaan muita olosuhteita kuin pakottamisen. Fischerin mukaan tällaiset olosuhteet ovat liian arvostuksenvaraisia. Hän pyrkii havainnollistamaan tätä artikkelissaan esimerkkien kautta: jos henkilö toimii vastentahtoisesti, koska hän ei halua matkustaa kotiin metrolla, pidettäisiin hänen valintaansa todennäköisesti vapaana. Jos taas kysymys on yön viimeisestä metrosta, jonka matkustajat ovat kuin suoraan poliisi-tv:stä, vastaus voikin olla vastaajasta riippuen eri.³⁶ Fischerin mukaan kyse ei ole vain syytetyn oikeusturvasta, vaan siitä, että tällä tavoin tuomarien ja professorien keskuudessa dominoivista hänen mukaansa yläluokkaisista moraalisisista käsityksistä tulee ratkaisuvia, kun pyritään ratkaisemaan kysymystä siitä, millaisia ratkaisuja pidetään vapaina.³⁷

Fischerin mukaan hänen esittämänsä malli, eli StGB § 177 (2) 4 kohdan soveltaminen tarjoaa oikeusvarmimman ratkaisuvaihtoehdon.³⁸ Tällöin ei siis tutkittaisi oikeudessa sitä, onko uhri käyttänyt vapaasti itsemääräämisoikeuttaan, vaan sitä, onko tekijä käyttänyt hyväkseen uhrin asemaa, jossa vastustelusta voisi seurata uhrille vakava haitta.³⁹ Hörnle on tästä täysin toisella kannalla. Hänen mukaansa StGB § 177 (2) ei käsittele millään tavoin suostumuksen arviointia vaan sitä tulisi soveltaa vain tilanteissa, joissa uhri ei ole ilmaissut tahtoaan lain-

³³ Hörnle 2019, s. 441–442.

³⁴ *Thomas Fischer*, Normative Tatbestandsausweitung bei sexuellem Übergriff. Zur Anwendung von § 177 Abs. 1 StGB bei aktivem Handeln der geschädigten Person. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 439(10) (2019), s. 580–585.

³⁵ *Fischer* 2019, s. 582.

³⁶ *Fischer* 2019, s. 583.

³⁷ *Fischer* 2019, s. 583.

³⁸ *Fischer* 2019, s. 584.

³⁹ Keskustelu ei ole ensimmäinen laatuaan Fischerin ja Hörnlen välillä. Fischer on jo vuonna 2015 esittänyt näkemyksensä, että kaikkien seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkausten kriminalisointi johtaa sellaisten tekojen kriminalisointiin, jotka eivät vakavuudeltaan sitä edellytä (*Fischer*, ZIS 2015, 312), kun taas Hörnle edustaa sitä näkökantaa, että seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaukset tulee kriminalisoida niiden aiheuttamasta haitasta riippumatta (*Hörnle* 2015, s. 864). *Thomas Fischer*, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2015, s. 312–319.

kaan. Hänen mukaansa tahdonilmaisujen pätemätömyys tai teottomuus on jätetty kokonaan oikeuskäytännön varaan.

Heidän välisensä debatti havainnollistaa, kuinka tärkeää jo lainsäädäntövaiheessa olisi ottaa kantaa siihen, mikä on pakon ja vapaaehtoisuuden suhde, ja mitkä ovat ne muut olosuhteet, jotka voivat tehdä ulospäin vapaaehtoiselta näyttävästä käytöksestä oikeudellisesti merkityksetöntä. Palaan tähän kysymykseen kohdassa 4.5.

3 Suostumusperusteinen raiskauslainsäädäntö Ruotsissa

3.1 Lainsäädäntömuutos

Ruotsissa suostumusperusteiseen raiskauksen tunnusmerkistöön siirryttiin heinäkuussa 2018. Ruotsissa muutos oli merkittävä, ja sitä oli myös valmisteltu perusteellisesti. Samassa yhteydessä myös kaikki hyväksikäyttöririkokset yhdistettiin raiskausrikossääntöön.⁴⁰ Lainsäädännön taustalla oli hyvin samankaltaisia syitä kuin Saksassa, mutta kehitys kohti suostumusperusteista lainsäädäntöä on ollut pidempi. Siirtymisen tarvetta pohdittiin myös Ruotsissa Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten ratkaisun *M.C. v Bulgaria* (2003) ja Istanbulin sopimuksen näkökulmasta, mutta lopulta syyt siirtymään olivat sisäpoliittisia. *Gabriella Nilssonin* mukaan muutosta veivät eteenpäin mediassa laajan huomion saaneet joukkoraiskaustapaukset yli kahdenkymmenen vuoden ajalta.⁴¹ Voimakas #MeToo-liike varmisti muutokselle laajan kannatuksen.

Ruotsin voimassa oleva raiskauksen kriminaalisointi on vapaasti käännettynä seuraava (Brottsbalk 6 kap. 1 § 1 st.):⁴²

Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt till fängelse i lägst två år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om

1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,
2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller
3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.

Ehdotan, että ruotsinkielisen alkuperäistekstin sijaan käytetään käännöstä, kuten Saksankin osalta:

Se, joka on sukupuoliyhteydessä henkilön kanssa, joka ei osallistu vapaaehtoisesti, tai tekee tälle muun seksuaalisen teon, joka loukkauksen vakavuus huomioon ottaen on verrattavissa sukupuoliyhteyteen, tuomitaan raiskauksesta vankeuteen vähintään kahdeksi ja enintään kuudeksi vuodeksi. Sen arvioinnissa, onko osallistuminen vapaaehtoista vai ei, tulee erityisesti ottaa huomioon, onko vapaaehtoisuus tullut ilmaistuksi sanoin tai teoin tai muulla tavalla. Henkilön ei koskaan voida katsoa osallistuneen vapaaehtoisesti, jos

1. osallistuminen on seurausta pahoinpitelystä, muusta väkivallasta tai uhkauksesta rikollisesta teosta, uhkauksesta syyttää tai ilmiantaa toinen rikoksesta tai uhkauksesta antaa vahingollinen tieto toisesta,
2. tekijä käyttää oikeudettomasti hyväkseen sitä, että henkilö on tajuttomuuden, unen, vakavan

⁴⁰ Ks. Leskinen 2020.

⁴¹ Nilsson on nostanut erityisesti esille tapaukset Södertäljessä (1995), Tumbassa (2003), Husbyssä (2006 ja Tenstassa (2013). *Gabriella Nilsson*, Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse, s. 101–119 teoksessa Marie Bruvik Heinskou – May-Len Skilbrei – Kari Stefansen (toim.), Rape in the Nordic Countries. Continuity and Change. Routledge 2020. Ks. myös *Ulrika Andersson et al.*, Våldtäkt i Sverige 1990–2013: ett historiskt och intersektionellt perspektiv på berättelser om våldtäkt i olika genrer. Gränsløs. Tidskrift för studier av Öresundsregionens historia, kultur och samhällsliv, 6 (2016), s. 82–92.

⁴² Käännöksessä on hyödynnetty osin oikeusministeriön mietintöä. OM 2020:9, s. 128.

pelon, päihtymyksen tai huumeiden vaikutuksen alaisuuden, sairauden, ruumiinvamman, psyykkisen häiriön tai muusta olosuhteesta johtuvan syyn takia erityisen haavoittuvassa tilassa,

3. tekijä saa henkilön osallistumaan käyttämällä vakavasti väärin tämän tekijästä riippuvaisa asemaa.

Ruotsissa on oikeustieteellisessä keskustelussa kiinnitetty erityisesti huomiota siihen, että uhrin tahdonilmaisujen merkitys jää lain sanamuodon perusteella varsin epäselväksi.⁴³ Tämä näkyy myös oikeuskäytännössä, jossa on muotoutunut oma doktriininsa koskien uhrin passiivisuutta.⁴⁴ Lisäksi Ruotsissa-kaan ei ole aivan selvää, ovatko kohdat 1–3 suostumuksen pätemättömyysperusteita vai erityistilanteita, joissa vapaaehtoisuutta ei ainakaan ole. Komiteamietinnön mukaan kyse on pätemättömyysperusteista, mutta hallituksen esitys lähtee siitä, että ensin tutkitaan, onko kyse jostakin erityistilanteesta ja vasta sitten, onko kyse vapaaehtoisuuden puuttumisesta jollain muulla perusteella.⁴⁵ Joka tapauksessa Ruotsissa tilanteet, joissa vapaaehtoisuutta ei ainakaan ole käsillä, on määritelty laajemmiksi kuin Saksassa. Oikeuskäytännössä nämä tilanteet

eivät ole näyttäneet ongelmallisina, mikä liittyy muun muassa siihen, että Ruotsissa avuton tila on korvattu erityisen haavoittuvan aseman käsitteellä.⁴⁶

3.2 Oikeuskäytäntöä

Ruotsissa rikoksantorjuntaneuvosto *Brå* julkaisi kesäkuussa 2020 selvityksen, jossa käsitellään uuden suostumusperusteisen lainsäädännön tulkin-
taa oikeuskäytännössä.⁴⁷ Suomessa selvitys on nostettu esille muun muassa *Susanna Reinbothin* artikkelissa, jossa hän pohtii raiskaustuomioiden mahdollista lisääntymistä myös Suomessa.⁴⁸ *Brån* raportista käy kuitenkin ilmi, että 140 tuomion lisäksi lopulta vain 76 tuomion katsottiin johtuvan lakimuutoksesta ja muun lisäyksen täytyy selittyä esimerkiksi ilmoitusherkkyyden nousulla. Selvityksessä analysoidut 76 tuomiota saatiin identifioitua syyttäjien avulla. Tapauksista 38 päättyi syytteen hylkäämiseen, 26 tuomittiin raiskauksena ja 12 tuotamuksellisenä raiskauksena. Niistä 38 tapauksesta, joissa syyte hylättiin, kahdessa kolmasosassa oli kyse siitä, että todisteet eivät olleet riittävät ja yhdessä kolmasosassa siitä, että uhrin antamat signaalit olivat epäselviä. Suurimmat vaikeudet tul-

⁴³ Wennberg 2018–19; *Hanna Gustafsson Yakoub*, Två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet. SvJT 2020, s. 107–119.

⁴⁴ *Brå* 2020:6, s. 60.

⁴⁵ Regeringens proposition 2017/18:177. En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet, s. 37–38 vrt. Statens offentliga utredningar 2016:60. Ett starkare skydd för den sexuella integriteten, s. 202–203. Esimerkiksi *Gustafsson Yakoub* kannattaa artikkelissaan komitean tulkintatapaa. *Gustafsson Yakoub* 2020, s. 115–119.

⁴⁶ Muutos liittyy Ruotsissa paljon käsiteltyihin joukkoraiskaustapauksiin, joissa uhrin avutonta tilaa ei pystytty näyttämään toteen, vaikka tekijöitä oli useita (*Nilsson* 2020, s. 114–116). Muutos tuli voimaan vuonna 2013 (ks. *Leskinen* LM 3–4/2020, s. 3–15.).

⁴⁷ Den nya samtyckeslagen i praktiken. En uppföljning av 2018 års förändringar av lagreglerna rörande våldtäkt. Rapport 2020:6. Brottsförebygganderådet 2020. Lisäksi raportissa tuodaan esille, miten eri tahot ovat kokeneet uudistuksen. Syyttäjät ovat pitäneet muutosta positiivisena, kun taas puolustusasianajat ovat suhtautuneet siihen kaikkein negatiivisimmin. Ks. myös *Kimpimäki* 2020, s. 14.

⁴⁸ ”Raiskaustuomiot lähes kaksinkertaistuivat Ruotsissa lain uudistamisen jälkeen – käykö näin pian myös Suomessa?” *Hel-singin* Sanomat 9.7.2020.

kita uhrin vapaaehtoisuutta ja heikoin näyttö oli tapauksissa, joissa tuomio tuli tuottamuksellisesta raiskauksesta.⁴⁹

Suostumusperusteisen seksuaalirikoslainsäädännön on useissa maissa arvioitu olevan hankalan soveltaa, mistä syystä siihen suhtauduttiin myös Ruotsissa pitkään skeptisesti. Brån raportin johtopäätökset ovat tästä näkökulmasta yllättävät. Brån mukaan yleensä, jos raiskaussyyte on luetu syyksi, vapaaehtoisuuden puuttuminen on ollut selvää ja tapahtumien kulku on tullut näytetyksi hyvin.⁵⁰ Lisäksi tahallisuuden on suurimmassa osassa tapauksissa katsottu olevan varmuustahallisuutta eli tekijä on tiennyt, ettei toinen osapuoli ole ollut mukana vapaaehtoisesti.⁵¹ Tämä on yllättävää, koska Suomessakin on epäilty, että suostumuksen puute on vaikea sekä toisen osapuolen tietää että syyttäjän näyttää toteen. Lisäksi yllättävää on, että olosuhte-tahallisuuden alimman tason (*likgiltighetsuppsåt*) soveltaminen on jäänyt näin vähäiseksi. Toisaalta juuri ne tapaukset, joissa on jouduttu pohtimaan tahallisuuden ja tuottamuksen rajaa, ovat osoittautuneet hankaliksi.

Ruotsissa tapaukset eivät olosuhteiltaan muuttuneet merkittävästi aiemmasta. Useimmiten kyse on nuorten ihmisten välisistä kohtaamisista, joihin liittyy juhlimista ja alkoholinkäyttöä. Vapaaehtoisuuden arvioinnissa otettiin huomioon osapuolten kanssakäyminen ennen sukupuoliyhteyttä. Puolesa kaikista 76 tapauksesta oli ollut jotain aiempaa intiimiä kanssakäymistä ja 12 tapauksessa oli päädytty nukkumaan samaan sänkyyn ilman seksuaalista tarkoitusta. Niissä tapauksissa, joissa syyte on luetu syyksi, aiempaa intiimiä kanssakäymistä ei

yleensä ollut ollut. Treffitilanteissa todistusarvoa oli annettu esimerkiksi sille, jos uhri oli ennen tapaamista ilmaissut, ettei halua seksiä.⁵² Selkeän eron Brå näkee siinä, että oikeuteen on mennyt kahdenlaisia uudenlaisia tapauksia: (1) tapaukset, joissa uhri ei tilanteen yllätyksellisyyden vuoksi ole ehtinyt ilmaista tahtoaan⁵³ ja (2) tapaukset, joissa syytetty ei ole käyttänyt väkivaltaa mutta uhri on ollut passiivinen koko tapahtuman ajan, usein pelon ja lamaantumisreaktion takia.

Uhrilla ei Ruotsissa ole lähtökohtaisesti velvollisuutta sanoa ei.⁵⁴ Kuitenkin oikeuskäytännössä lakia on tulkittu niin, että jos syytetty voi kohtuudella olettaa, että suostumus on käsillä, esimerkiksi kun osapuolten välillä on jotain aikaisempaa intiimiä kanssakäymistä, täytyy uhrin selkeästi ilmaista, ettei hän halua osallistua pidemmälti.⁵⁵ Edellytyksenä passiivisuuden tulkitsemiseksi vapaaehtoisuuden puuttumiseksi on raportin mukaan se, että asianomistaja ei ole antanut mitään kutsuvia signaaleja, hän on ollut täysin passiivinen tapahtuman aikana eikä syytetyllä ole ollut mitään syytä uskoa, että asianomistaja haluaisi olla hänen kanssaan sukupuoliyhteydessä.⁵⁶ Oikeuskäytännössä voidaan katsoa muotoutuneen tältä osin tulkintaskaeman, jota ei lainsäädäntövaiheessa ole täysin osattu ennakoida. Skeema lähentää Ruotsin laintulkintaa Saksan malliin, missä jo tunnusmerkistötekijänä edellytetään tunnistettavissa olevaa vastakkaista tahtoa.

Passiivisuutta käsiteltiin myös Ruotsin korkeimman oikeuden ensimmäisessä uutta lakia koskevassa ratkaisussa *NJA 2019 s. 668 Övermattningen*, jossa vapaaehtoisuuden katsottiin puuttuvan uhrin oltua täysin passiivinen.⁵⁷ Tekijällä ei kuitenkaan ollut

⁴⁹ Brå 2020:6, s. 38–44.

⁵⁰ Brå 2020:6, s. 34. Tämä käy ilmi myös *Sofie Essvingin* opinnäytetyöstä *Bevisprövning i våldtäktsmål före och efter samtlyckeslagen* (Uppsala Universitet 2020). Essvingin mukaan, kun kysymys oli vapaaehtoisuuden puuttumisesta, jopa 90 % tuomioista oli hänen aineistossaan syyksilukevia. Kun kysymys oli uhrin haavoittuvan aseman väärinkäytöstä, syyksilukevien tuomioiden osuus oli 67 % (*Essving 2020*, s. 61). Tämä viittaa siihen, että vapaaehtoisuuden puuttuminen voi olla helpompi näyttää toteen kuin tahdonmuodostuksen kannalta ongelmalliset olosuhteet.

⁵¹ Brå 2020:6, s. 52.

⁵² Brå 2020:6, s. 44.

⁵³ Brå 2020:6, s. 39.

⁵⁴ Prop. 2017/18:177, s. 32.

⁵⁵ Brå 2020:6, s. 44–45.

⁵⁶ Brå 2020:6, s. 47, kuvio s. 60.

⁵⁷ NJA 2019 s. 668, kohdat 30–36.

tahallisuutta, koska hän ei suhtautunut välinpitämättömästi siihen, että toinen osapuoli ei osallistunut vapaaehtoisesti. Brå kritisoi ratkaisua raportissaan vaikeaselkoiseksi. Ruotsin korkein oikeus ei myöskään ota kantaa kaikkiin tapauksen yksityiskohtiin. Brå toteaa, että olisi ollut arvokasta saada Ruotsin korkeimmalta oikeudelta kannanotto siihen, mikä merkitys uuden lain esitöiden mukaisella tekijän selonottovelvollisuudella on syyllisyyskysymyksen ratkaisussa⁵⁸. Lain esitöiden mukaan tekijän tulee varmistua toisen osapuolen vapaaehtoisuudesta, mikäli tästä on epäselvyyttä.⁵⁹ Ruotsin korkein oikeus ei ratkaisussaan viittaa tähän selonottovelvollisuuteen millään tavoin.

Asiassa oli kyse erityisesti tahallisen ja tuottamuksellisen raiskauksen rajanvedosta. Asianomistaja oli antanut syytetyn tulla nukkumaan samaan sänkyyn kanssaan, erillisen peiton alle, ja oman kertomuksensa mukaan jäänyt syytetyn aletta kosketelemaan häntä. Riidatonta oli, että osapuolten välisessä viestittelyssä asianomistaja oli aiemmin kertonut, ettei halua seksiä syytetyn kanssa. Ruotsin korkein oikeus katsoi, että oli selvää, että syytetty oli ymmärtänyt tilanteessa olleen riskin vapaaehtoisuuden puuttumisesta, mutta että tahallisuus vaatii jotain enemmän.⁶⁰ Asianomistajan aiemmin lähettämä viesti loi siis epäilyn vapaaehtoisuuden puuttumisesta, ja syytetyn omankin kertomuksen mukaan hän toimi epätietoisenä asianomistajan tahotilasta.⁶¹ Tämä ei kuitenkaan riittänyt raiskauksen syyksi lukemiseen tahallisenä.

Eniten painoarvoa tahallisuusarviossa korkein oikeus antoi syytetyn omalle kertomukselle, että hän lopetti sukupuoliyhteyden, kun hänelle tuli

olo, ettei asianomistaja halua osallistua.⁶² Asianomistajan mukaan vastaaja lopetti vasta, kun hän sai siemensyöksyn. Korkein oikeus piti kuitenkin vastaajan kertomaa vaihtoehtoista tapahtumainkulkua mahdollisena ja katsoi, että vastaajan välinpitämättömyydestä asianomistajan vapaaehtoisuuden puuttumista kohtaan oli jäänyt varteenotettava epäily, eikä teko näin ollen ollut tahallinen.⁶³ Koska vastaaja kuitenkin oli omankin kertomuksensa mukaan toiminut epätietoisuudessa, oli teko tuottava tuottamuksellisenä raiskauksena.⁶⁴

Ambivalenttien ja suostuttelua tai kättämistä (”tjatsex”) sisältävien tilanteiden osalta Brå on analysoinut kaksi tapausta, jotka on myös tuomittu tuottamuksellisina raiskauksina.⁶⁵ Kummassakin tapauksessa asianomistaja oli sanonut, että ei halua seksiä, mutta kuitenkin lopulta suostunut ainakin osaan syytetyn ehdottamasta kanssakäymisestä. Näiden tapausten osalta Brå toteaa, että lainsäädäntö jättää tarvetta tarkentavalle oikeuskäytännölle sen suhteen, missä olosuhteissa asianomistajan vapaaehtoisuuden ilmaisut tulee jättää vaille oikeudellista merkitystä. Erityisesti kysymys Brån mukaan on siitä, mitkä voisivat olla vapaaehtoisuuden poistavia olosuhteita sen lisäksi, mitä on eksplisiittisesti mainittu laissa. Vaikka nk. pakottavat, suostumuksen poistavat, olosuhteet on Ruotsissa määritelty kattavammin kuin Saksassa, Ruotsissakin vapaaehtoisuuden arviointiin sisältyy se, onko tahto voitu muodostaa vapaasti eikä pakottavia olosuhteita ole määritelty tyhjentävästi.

Oikeustieteellistä lainoppinutta keskustelua uudesta laista ja sitä koskevasta oikeuskäytännöstä on käyty Ruotsissa yllättävän vähän. Per Ole Träsk-

⁵⁸ Brå 2020:6, s. 89.

⁵⁹ Prop. 2017/18:177 s. 34.

⁶⁰ NJA 2019 s. 668, kohdat 21–22.

⁶¹ NJA 2019 s. 668, kohta 39.

⁶² NJA 2019 s. 668, kohta 40.

⁶³ NJA 2019 s. 668, kohta 41.

⁶⁴ Brå referoi myös hieman vastaavan tapauksen, jossa uhri oli yötä syytetyn luona ja nukkui samassa sängyssä. Asiassa oli riitaa siitä, oliko uhri ollut hereillä ja sanonut ”mmmm”, minkä syytetty oli tulkinut suostumukseksi. Hovioikeus hylkäsi syytteen kokonaisuudessaan. Syyttäjän mukaan kysymys oli myös siitä, olisiko syytetty voinut tehdä jotain varmistuakseen toisen tahotilasta (esimerkiksi syyttää valot huoneeseen). Ks. Åklagarmyndighetens grunder för prövningstillstånd, 28.5.2019, Dnr AMR-1242-19.

⁶⁵ Brå 2020:6, s. 49–52.

man on esittänyt kritiikkiä tuottamuksellisen raiskauksen kriminalisointia kohtaan ennen korkeimman oikeuden antamaa ratkaisua artikkelissaan *Per Ole Träskman*, Aktsamhetsnormen vid oaktsamhetsbrott, s. 467–483 teoksessa Dan Frände et al. (toim.): Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019. Korkeimman oikeuden ratkaisu NJA 2019 s. 668 ei ole kirjoittanut samanlaista debattia kuin Saksassa Bambergin tapaus, ja sitä on luettu lähinnä välinpitämättömyystahallisuutta koskevan doktriinin kehittämisen näkökulmasta.⁶⁶

Korkeimmassa oikeudessa on vireillä syyttäjän valituslupahakemus koskien tapausta, jossa riitaa on siitä, oliko uhri unessa.⁶⁷

4 Suomen työryhmän ehdotus Saksan ja Ruotsin kokemusten valossa

4.1 Työryhmän ehdotus uudeksi raiskauksen tunnusmerkistöksi Suomessa

Työryhmä ehdottaa uudeksi raiskauksen tunnusmerkistöksi seuraavaa:

1 § Raiskaus

Joka on sukupuoliyhteydessä sellaisen henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti, on tuomittava raiskauksesta vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään kuudeksi vuodeksi.

Raiskauksesta tuomitaan myös se, joka

- 1) saa toisen kanssaan tai kolmannen kanssa sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilön kohdistuvaa väkivaltaa tai pakottaa hänet siihen uhkauksella tai
- 2) käyttämällä hyväkseen sitä, että toisella ei ole mahdollisuutta muodostaa tai ilmaista tahtoaan tiedottomuuden, heikentyneen tajunnantilan, voimakkaan päihtymistilan, sairauden, vammaisuu-

den, pelkotilan tai tilanteen äkillisyyden vuoksi, on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan. Yritys on rangaistava.⁶⁸

Työryhmän mietinnön perustelujen mukaan 1 momentti on pääsääntö ja 2 momentti säädettäisiin lähinnä ”selvyyden vuoksi ja säännöksen sovellettavuuden yksinkertaistamiseksi”. Perusteluissa todetaan lisäksi, että 2 momentti ei ole tyhjentävä vapaaehtoisuuden puutetta osoittavien tekijöiden osalta. Momenttien välinen ero ilmeni lähinnä oikeuskäytännössä siten, että 2 momentin kattamissa tilanteissa ”vapaaehtoisuuden puuttumisen erillistä osoittamista voidaan pitää tarpeettomana”.⁶⁹ Jos kyseessä olisi siis jokin 2 momentin tarkoittamista erityistilanteista, ei 1 momenttia olisi tarpeen soveltaa asiassa lainkaan. Palaan näiden kahden momentin keskinäiseen suhteeseen kohdassa 4.4.

4.2 Mitä on vapaaehtoisuus ja miten se ilmenee?

Suomessa työryhmän mietinnössä ehdotetaan, että raiskauksesta tuomittaisiin jatkossa se, joka on sukupuoliyhteydessä sellaisen henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti. Ehdotettu säännös vastaa lähes sanatarkasti Ruotsin vastaavan säännöksen sanamuotoa, jossa todetaan lisäksi, että arvioinnissa otetaan erityisesti huomioon, onko vapaaehtoisuus tullut ilmaistuksi sanoin, toiminnalla tai muulla tavoin. Saksassa, jossa laki perustuu ei tarkoittaa ei -periaatteelle, lainsäätäjällä on lähtenyt siitä, että jokaisen pitää yksiselitteisesti ilmaista tahdonsa.⁷⁰ Kuitenkin Saksassakin, kuten käsittelemäni ylilääkärin ja hänen alaisensa välinen tapaus osoittaa, on jouduttu pohtimaan tilanteita, joissa asian-

⁶⁶ Ks. esim. *Dennis Andreev*, Om likgiltighetsuppsåt till omständigheter. JT net 2019-20, s. 109–123. Keskustelun vähäisyys voi liittyä tapauksen ohella myös siihen, että Ruotsissa suostumukseen perustuvan lain puolesta vahvasti kantaa ottanut rikosoikeuden professori *Madeleine Leijonhufvud* kuoli 3.6.2018, vain noin kuukautta ennen lain voimaan tuloa, ja rikosoikeuden professori *Peter Asp*, myöskin aiheen asiantuntija, on yksi ratkaisun antaneista korkeimman oikeuden tuomareista. Yliopistonlehtori *Moa Bladini* on saanut rahoituksen aihetta koskevalle projektille Våldtäkt eller samtycke? Effekter av den nya våldtäktslagstiftningen på rättsligt tänkande och praktik vuosiksi 2020–2022 yhdessä professori *Åsa Wettergrenin* ja dosentti *Sara Uhmoon* kanssa.

⁶⁷ Valituslupahakemus 16.3.2020, Dnr AMR-1126-20.

⁶⁸ OM 2020:9, s. 222. Samaa vapaaehtoisen osallistumisen peruskäsitettä käytetään myös uudessa seksuaalista kajoamista koskevassa kriminalisoinnissa.

⁶⁹ OM 2020:9, s. 151–152.

⁷⁰ *Hoven* 2019.

omistajan toiminta ei ole yksiselitteistä ja menettely eri elementit vievät arviota eri suuntiin.

Ehdotuksessa on omaksuttu, kuten Saksassa ja Ruotsissakin, Aspin painottama kanta, että suostumus on *teko*.⁷¹ Se ei ole sidottu henkilön sisäiseen tahtotilaan vaan tämän tahdonilmaisuihin. Ehdotuksen yksityiskohtaisissa perusteluissa todetaan, että vapaaehtoisuus tai sen puuttuminen voi ilmetä niin sanallisen ilmaisun kuin sanattomien eleidenkin tai muun toiminnan perusteella. Näitä seikkoja ei ehdotuksessa katsota voitavan määrittellä tyhjentävästi. Lähtökohta on siis hyvin sama kuin Ruotsissa ja Saksassa. Työryhmä nojaa Ruotsin lain esitöihin myös siinä, että ”[s]eksuaalielämä voi eri ihmisillä olla hyvinkin erilaista ja tapoja viestiä tahdostaan osallistua tai olla osallistumatta sukupuoliyhteyteen on hyvin monenlaisia.” Tätä vapautta ei haluta rajoittaa vaan päinvastoin halutaan mahdollistaa se, ”että kaikki toisen vapaaehtoisuuden havaitsemisen kannalta olennaiset seikat voidaan kussakin tapauksessa ottaa huomioon.”⁷²

Toisaalta käsitys toisen vapaaehtoisuudesta voi ”muodostua vähitellen ja muuttua monta kertaa esimerkiksi saman illankin aikana”. Tämä todetaan erityisesti tahallisuusarvion osalta, mutta oletan, että tällä on merkitystä myös vapaaehtoisuuden objektiivisessa arvioinnissa. Jos illan aikana on työryhmän tarkoittamaa mielipiteen vaihtelua, ”tunnusmerkistön kannalta olennainen olisi vaihe, jossa sukupuoliyhteys aloitetaan”. Eli vapaaehtoisuuden osalta arvioitaisiin kaikki osapuolten välisen interaktion aikana ilmenneet seikat, mutta erityistä painoarvoa annettaisiin sille, mitä vapaaehtoisuudesta voidaan päätellä sillä hetkellä, kun sukupuoliyhteys aloitetaan. Tämä on hyvin sama kanta kuin Fischerillä, joka myös painottaa sukupuoliyhteyden hetkeä ratkaisevana.

Työryhmä on pyrkinyt tekemään joitakin rajauksia toteamalla, että pelkästään paljastava vaatetus, epäselvä flirttailu, viettelevä tanssiminen, suuteleminen tai edes riisuminen eivät yksinään ilmaise

suostumusta sukupuoliyhteyteen, vaan niiden merkitys arvioidaan kontekstisidonnaisesti.⁷³ Työryhmän jäsen, professori Minna Kimpimäki, on tuonut esille, että ehdotuksen taustalla on tältä osin Istanbulin sopimus, jonka selitysmuistiossa korostetaan tapauskohtaista ja kontekstisensitiivistä todisteiden arviointia. Kuten Istanbulin sopimuksen selitysmuistiossa todetaan, sukupuoliä koskevien stereotyyppien tai miesten ja naisten seksuaalisuutta koskevien myyttien ei tulisi vaikuttaa raiskaussääntösten tulkintaan.⁷⁴

4.3 Mitä uhrin passiivisuus osoittaa?

Ruotsin osalta yhdeksi keskeiseksi kysymykseksi on noussut uhrin passiivisuus ja mitä merkityksiä sille voidaan antaa. Ruotsissa näyttäisi oikeuskäytännössä vakiintuneen linjaus, että jos uhri ei ole ilmaissut yhtään mitään omasta tahdostaan ennen seksuaalista kanssakäymistä, tulkitaan passiivisuus tällöin kielteiseksi kannaksi. Jos taas uhrin ja syytety välillä on ollut intiimiä kanssakäymistä tavalla tai toisella, edellytetään uhrilta selkeää ilmaisu myöhemmästä kieltäytymisestä. Tämä lähentää Ruotsin mallia Saksan malliin, joka edellyttää uhrilta selkeää tahdonilmaisua, jotta teko olisi rangaistava. Tällainen tulkinta vapaaehtoisuudesta voi kuitenkin etenkin asianomistajille tulla yllätyksenä, koska Ruotsissa tästä ei ole passiivisuudesta selkeää säännöstä, eikä Suomessakaan tällaista ehdoteta.

Työryhmä ottaa kuitenkin perusteluissaan hyvin selkeän kannan, että ”[h]enkilön osallistumista sukupuoliyhteyteen ei voisi pitää vapaaehtoisena, jos hän ei ole sanallisesti tai muuten vapaaehtoisuuttaan ilmaissut ja toinen osapuoli ei ole voinut sitä muutenkaan tämän käytöksestä havaita.” Toisin kuin Ruotsissa, jossa hallituksen esityksen mukaan passiivisuus voi tarkoittaa myös myöntymistä, työryhmän mietinnössä korostetaan sitä, että ”[p]elkkää passiivisuutta, jossa henkilö ei ulkoisesti juurikaan reagoi toisen seksuaaliseen lähentelyyn, ei lähtö-

⁷¹ Asp 2010, s. 114–121.

⁷² OM 2020:9, s. 148–149.

⁷³ OM 2020:9, s. 150.

⁷⁴ Kimpimäki 2020, s. 2 viit. Explanatory Report s. 191–193. Ks. myös Leskinen 2020, s. 141–142.

kohtaisesti voi pitää myönteisen tahdon ilmaisuna.” Toisaalta on epäselvää, millainen tai kuinka vähäinen ulkoinen reagointi sitten riittää osoittamaan henkilön suostuneen. Mikäli asianosaisten välillä ei ole ollut lainkaan edeltävää kanssakäymistä, kyseeseen voi tulla raiskaus myös sillä perusteella, että tekijä on käyttänyt hyväkseen tilanteen yllätyksellisyttä (ehdotettu RL 20:1.2.2) eikä tilanteessa edes tutkittaisi vapaaehtoisuuden puuttumista.

Täysin passiivisten henkilöiden osalta työryhmä jättää eräänlaisen takaportin, todeten, että esimerkiksi parisuhteessa voisi olla keskinäinen selvyys siitä, että passiivisuus tarkoittaa suostumusta. Työryhmän mukaan vapaaehtoisuuden tulisi tällöin olla sukupuoliyhteyden hetkellä selvää esimerkiksi osapuolten aikaisemman suhteen, viestinnän ja henkilön käyttäytymisen perusteella. Pidän tätä ongelmallisena. Myös Bambergin tapauksessa oli kyse osapuolten kesken ”vakiintuneesta käyttäytymismallista” harrastaa suuseksiä työpaikalla. Eriyisesti tilanteissa, joissa toinen haluaa päättää suhteen, kuten Bambergin tapauksessa, tai keskinäinen kanssakäyminen ei ole ehdotuksen olettamalla tavalla harmonista, ”vakiintuneeseen käyttäytymismalliin” vetoaminen on ongelmallista ja tapausten, joissa tällainen tulkinta voisi tulla kyseeseen, pitäisi olla erittäin harvassa.

Mikäli työryhmän ehdotus hyväksyttäisiin sellaisenaan laiksi, ei ole poissuljettua, että Suomeenkin kehittyisi Ruotsia vastaava uhrin passiivisuutta koskeva oikeuskäytäntö, eli jos osapuolten välillä olisi jonkinasteista intiimiä tai seksuaalissävyyteistä kanssakäymistä, sitä seuraavan sukupuoliyhteyden rangaistavuus edellyttäisi selkeää kielteistä tahdonilmaisua asianomistajalta. Jo nyt uhreilta odotetaan oikeuskäytännössä selkeää ja johdonmukaista käytöstä⁷⁵, joten tulkintamallin omaksuminen Ruotsista ei olisi mitenkään yllättävää. Tulkintamalli voi olla perusteltu vastaajan oikeusturvan kannalta, mutta uhrien näkökulmasta se luo kaksoisstandardin. Ongelmallisiksi voivat osoittautua esimerkik-

si tilanteet, joissa seksuaalinen kanssakäyminen muuttuu luonteeltaan esimerkiksi väkivaltaiseksi tai sisältää osia, joihin uhri ei katso suostuneensa, mutta hän ei muuttuneissa olosuhteissa uskallakaan enää vastustaa toista osapuolta ja jää passiiviseksi.⁷⁶

4.4 Osoittaako uhrin aktiivisuus aina vapaaehtoisuutta?

Työryhmän mietinnössä ei eksplisiittisesti käsitellä sellaista hypoteettista tilannetta, että uhrin aktiivinen toiminta olisi ristiriidassa hänen sanallisesti ilmaisemaan kantaansa. Työryhmä kuitenkin toteaa, että ”[p]elkästään lähentelyä ja yhdyntää koskevien kieltojen jälkeen tapahtuvasta fyysisen tai sanallisen vastustelun päättymisestä ei voida päätellä suostumusta yhdyntään eikä tahallisuutta poissulje vain se, että osapuoli olettaa toisen muuttaneen mielensä ilman, että tahdon muuttumista on sanallisesti tai muutoin selkeästi ilmaistu (KKO 2013:96). Myöskään se, että henkilö antaa toiselle kondomin tai käyttäytyy sukupuoliyhteyttä helpottavalla tavalla ei sellaisenaan osoita, että hän osallistuisi siihen vapaaehtoisesti, koska henkilö voi tehdä näin suojataksaan itseään esimerkiksi sukupuolitautilta, sukupuoliyhteyden pitkittymiseltä tai raiskauksen aiheuttamalta kivulta.”⁷⁷

Tämä vastaa mielestäni pitkälti sitä professori Hörnlen esittämää kantaa, että ensin suullisesti ilmaistun kielteisen kannan muuttaminen myönteiseksi pitää ilmaista yhtä tunnistettavasti. Työryhmän antamat esimerkit selventävät, että tiettyjä aktiivisiksi laskettavia tekoja, kuten kondomin ojentamista, ei ainakaan tule tulkita konkludenttiseksi tahdon tai tahdon muutoksen ilmaisuksi. Se, mitä ilmaisulla ”käyttäytyy [muuten] sukupuoliyhteyttä helpottavalla tavalla” tarkoitetaan, jää tässä epäselväksi. Koska perusteluissa puhutaan vain sukupuoliyhteyden ”helpottamisesta” ja passiiviseksi jättäytymisestä, voisi niistä tehdä sen johtopäätöksen, että aktiivinen toiminta eli ryhtyminen

⁷⁵ Jokila – Niemi 2020, s. 132–133.

⁷⁶ Vrt. KKO 2019:84. Tässä tapauksessa ei ollut uskottavaa, että prostituoitu olisi suostunut suojaamattomaan anaaliseksiin, mihin liittyi kuristamista.

⁷⁷ OM 2020:9, s. 150.

sukupuoliyhteyteen, kuten Bambergin tapauksessa, voitaisiin tilanteen kokonaisarvioinnissa tulkita tahdon muuttamisen ilmaisuksi.

Helena Jokila ja *Johanna Niemi* ovat analysoineet hovi oikeuden ratkaisuja, joissa osapuolet ovat olleet 16–19-vuotiaita. Heidän mukaansa erityisesti nuorilla on oikeustapausten perusteella vaikeuksia pitää kiinni suullisesti ilmaisemastaan kielteisestä kannasta, mikäli toinen osapuoli jatkaa painostamista. On siis mahdollista, että uhri yrittää kieltää toista tai neuvotella tätä lopettamaan, mutta ei välttämättä uskalla vastustaa loppuun asti tai kykene asettamaan rajojaan.⁷⁸ Myös Ruotsissa Brå teki saman havainnon, että erityisesti nuorten välisissä suhteissa suostuttelun, painostamisen ja pakon väliset erot eivät ole selkeitä. Kysymys on merkittävä, koska Suomessa poliisitilastojen perusteella lähes kolmasosa (29.3 %) raiskauksen uhreista on alaikäisiä.⁷⁹

Nuoren ambivalentti käytös näyttäytyy oikeudessa helposti epäloogisena, aivan kuten Bambergin tapauksessa uhrin päätös myöntäjä ilman pakkoa herätti oikeustieteilijöissä kysymyksiä, tulisiko tällaista tilannetta arvioida ylipäättään rikoksena. Tällöin merkitystä tulisikin voida antaa olosuhteille ja miten ne ovat mahdollistaneet tai estäneet toisen osapuolen vapaan tahdonmuodostuksen.

4.5 Milloin olosuhteet tekevät tahdonilmaisusta oikeudellisesti merkityksellisiä?

Vapaaehtoisuus ei siis ole vain sen arviointia, miten teon osapuolet ovat itseään ilmaisseet, vaan näiden ilmaisujen tulee lisäksi olla seurausta vapaasta tahdonmuodostuksesta. Vapaa tahdonmuodostus puolestaan edellyttää olosuhteita, jotka mahdollistavat sen. Kokemukset kummastakin vertailumaasta

osoittavat, että erityisesti tältä osin vapaaehtoisuuden ja suostumuksen oikeudelliset tulkinnat ovat vasta kehityksessä. Erityisesti Saksassa, jossa lakimuutoksen valmistelu oli suppeampaa kuin Ruotsissa, olosuhteiden merkitykseen ei valmisteluvaiheessa kiinnitetty riittävä huomiota ja oletettiin osapuolten olevan kaikissa tilanteissa kykeneviä ilmaisemaan selkeästi tahtotilansa. Tämä on johtanut merkittäviin erimielisyyksiin lainoppineiden kesken siitä, ovatko tahdonilmaisut aina päteviä, tehokkaita tai oikeudellisesti merkityksellisiä, ja eräänlaisia suostumuksen ”pätämättömyysperusteita” on yritetty löytää tunnusmerkistön sisältä, vaikkei lainsäätäjä ole sitä niin tarkoittanut.

Suomessa työryhmän ehdottama raiskauksen kriminalisointitapa sisältää vastaavan riskin kuin Saksassa. Raiskauksen ehdotetun 1 momentin mukaan raiskauksesta tuomitaan se, joka on sukupuoliyhteydessä sellaisen henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti. Ehdotetun 2 momentin mukaan raiskauksesta tuomitaan myös siinä tapauksessa, että sukupuoliyhteys on seurausta väkivallasta, uhkauksesta tai tiedottomuudesta, heikentyneestä tajunnantilasta, voimakkaasta päihtymistilasta, sairaudesta, vammaisuudesta, pelkotilasta tai tilanteen äkillisyydestä johtuvan tahdon muodostamisen tai ilmaisun mahdottomuuden hyväksikäytöstä. Riskinä tässä kriminalisointitavassa on, että 2 momentti käsitetään tyhjentäväksi listaksi vapaaehtoisuuden estävistä olosuhteista, vaikka se ei – ainakaan perustelujen mukaan – ole sellaiseksi tarkoitettu.⁸⁰

Mietinnön lakiehdotuksen perusteluissa nimitäin todetaan muun muassa, että ”[h]enkilön vapaaehtoisuus voi puuttua myös tilanteessa, jossa hänet painostetaan sukupuoliyhteyteen esimerkiksi taloudellisessa riippuvuussuhteessa tai työsuhteessa.”⁸¹ Nämä teot ovat aiemmin olleet rangaistavia sek-

⁷⁸ Jokila – Niemi 2020, s. 130–133.

⁷⁹ Daniela Alaattinoğlu – Heini Kainulainen – Johanna Niemi, Raiskausrikosten eteneminen rikosprosessissa. Oikeustieteellisen tiedekunnan tutkimusraportteja ja katsauksia, Turun yliopisto 2020, s. 46. Anu Isotalo tuo tuoreessa artikkelissaan esille, kuinka tytöt ja nuoret naiset tulisi tunnistaa erityisen haavoittuvassa asemassa olevina seurustelusuhteiden väkivallan uhreina ja sekä tutkimukseen että tukipalveluihin tulisi suunnata resursseja. Anu Isotalo, Epäiltyinä entinen poikaystävä – nuoriin naisiin kohdistunut parisuhdeväkivalta pahoinpitelyistä tehdyissä rikosilmoituksissa. Oikeus 2020 (49) 3, s. 285–305.

⁸⁰ Samansuuntaisesti ks. myös Daniela Alaattinoğlu, När en paragraf i strafflagen blir föremål för stor samhällelig debatt. JFT 2020/2, s. 275–282, 279–280.

⁸¹ OM 2020:9, s. 149.

suaalisena hyväksikäyttönä, mutta lakimuutoksen jälkeen niitä tulisi arvioida vapaaehtoisuuden puuttumisen kautta.⁸² Suhtautuminen painostamiseen työsuhteessa tai riippuvuussuhteessa olisi siis ankaroitumassa, mutta mietinnön perusteella on vaikea ymmärtää, mikä on ollut työryhmän peruste olla lisäämättä tämä suoraan lakitekstiin, kun kuitenkin on nähty tarpeelliseksi säätää 2 momentti, jossa keskeiset vapaaehtoisuuden estävät olosuhteet on määritelty.

Erityisen ongelmallista tämä on siitä näkökulmasta, että seksuaalinen hyväksikäyttö on edelleen oma erillinen tunnusmerkistönsä eikä sitä ole haluttu – ainakaan kokonaisuudessaan – siirtää osaksi raiskauksen tunnusmerkistöä. Raiskauksen ja seksuaalisen hyväksikäytön raja jää myös monilta osin keinotekoiseksi ja hämäräksi. Jos henkilön kyky muodostaa tahtoaan on esimerkiksi sairauden takia olennaisesti heikentynyt, ja toinen henkilö väärinkäyttää asemansa tuomaa mahdollisuutta vaikuttaa tämän heikommassa tai alisteisessa asemassa olevan henkilön päätökseen, voidaan mielekkäällä tavalla puhua enää vapaaehtoisuudesta? Työryhmän mietinnössä on kuitenkin lähdetty siitä, että kysymys on raiskauksesta vain siinä tapauksessa, että henkilöllä ei ole sairauden takia mahdollisuutta ilmaista tahtoaan lainkaan. Käytännössä raiskauksen 2 momentti vaikuttaisi siis rajaavan myös 1 momentin vapaaehtoisuuden tulkintaa, vaikka niiden pitäisi olla toisistaan erillisiä, itsenäisesti tulkittavia säännöksiä.⁸³

Lisäksi työryhmän perusteluissa vaikuttaisi jäävän sallitun suostuttelun ja kielletyn pakottamisen välille ambivalentti painostamisen alue. Perusteluissa todetaan, että ”[s]ukupuolilyhteyden voi osallistua vapaaehtoisesti myös suostuttelun seu-

rauksena”⁸⁴. Pelkästään suostuttelu ei siis tee tahdonmuodostuksesta ei-vapaata. Toisaalta perusteluissa todetaan, että ”[h]enkilön vapaaehtoisuus osallistua sukupuoliyhteyteen voi puuttua, vaikka häntä ei olisi siihen pakotettu.”⁸⁵ Rikokseen syylistyminen ei siis edellytä pakottamista. Mietintö jättää vastaamatta kysymykseen, millainen vaikuttaminen toiseen henkilöön riittää estämään vapaan tahdonmuodostuksen, jolloin hänen osallistumisensa ei ole enää vapaaehtoista. Kysymys ei missään tapauksessa ole enää filosofinen vaan siitä on tulossa yksi seksuaalirikosoikeuden keskeisimmistä kysymyksistä.

4.6 Tekijän tahallisuus

Työryhmä ehdottaa, että raiskaus tulee edelleen olemaan rangaistava vain tahallisenä, eli tekijän on täytynyt pitää toisen vapaaehtoisuuden puutetta vähintään varsin todennäköisenä sukupuoliyhteyden aloittamishetkellä. Käytännössä rikoksen objektiivista ja subjektiivista puolta koskeva oikeudellinen arvio koskisi pitkälti samoja seikkoja, eli mitä vapaaehtoisuudesta tai sen puuttumisesta on ulkoisesti havaittavalla tavalla ilmennyt, ja onko vastaaja käsittänyt nämä seikat tahallisuuteen riittävällä tavalla. Vastaajan pitäisi lähtökohtaisesti ymmärtää ilmankin nimenomaista kieltäytymistä, että toinen ei osallistu vapaaehtoisesti, jos se objektiivisesti arvioiden on selvää. Arvioon voi kuitenkin vaikuttaa osapuolten muu toiminta, keskinäinen suhde ja muut olosuhteet sekä osapuolten henkilökohtaiset ominaisuudet ja muut henkilökohtaiset tekijät kuten ikä, henkinen kypsyys, vireystila ja mielentila.⁸⁶ Perusteluissa ei siis täysin suljeta pois sitä mahdollisuutta, että objektiivisesti arvioiden vapaaehtoi-

⁸² Toisaalta työryhmän perustelujen mukaan nuorten 16–17-vuotiaiden osalta työsuhde voi merkitä vastaavanlaista alisteista suhdetta kuin koulu- tai laitosolosuhteet. Tämän vuoksi 16–17-vuotiaiden osalta seksuaalinen hyväksikäyttö olisi edelleen rangaistavaa myös työsuhteessa (ellei kyse ole ankarammin rangaistavasta rikoksesta). OM 2020:9, s. 166.

⁸³ Useat lausunnonantajat ottivat kantaa 1 ja 2 momentin suhteeseen. Esimerkiksi korkein oikeus toteaa lausunnossaan, että ”Esityksen mukaisen raiskausta koskevan säännöksen soveltamista on omiaan vaikeuttamaan ehdotetun kaltainen ratkaisu pitää 1 ja 2 momentin tekotavat erillään” eikä se ole säännöksen selkeyden kannalta tyydyttävää (kohta 8). Kaikki lausunnot ovat saatavilla oikeusministeriön hankesivulla.

⁸⁴ OM 2020:9, s. 149.

⁸⁵ OM 2020:9, s. 148.

⁸⁶ OM 2020:9, s. 149–150.

suus puuttuisi, mutta tekijä ei olisi sitä esimerkiksi henkilökohtaisten ominaisuuksiensa takia ymmärtänyt, jolloin teko ei olisi tahallinen. Katson, että tähän lopputulokseen päätymiseen pitäisi olla varsin korkea kynnyks.

Osassa korkeimman oikeuden ratkaisuksista, jotka käsittelevät olosuhdetahallisuutta, on tahallisuusarviossa otettu huomioon se, onko tekijä pyrkinyt selvittämään olosuhdetta, jonka osalta hän väittää olleensa epä tietoinen. Esimerkiksi törkeää huumausainerikosta koskevassa ratkaisussa KKO:2006:64 ei annettu merkitystä syytettyjen väitteille siitä, etteivät he tienneet, minkä laatuista huumausainetta he kantoivat mukanaan repussa, koska he olisivat halutessaan voineet selvittää asian esimerkiksi katsomalla reppuun. Samaan tapaan korkein oikeus on argumentoinut lääkerikosta koskevassa ratkaisussaan KKO:2015:66, jossa todettiin, että syytetty olisi voinut olla yhteydessä Tulli tai Fimeaan selvittääkseen, katsotaanko melatoniini 5 mg lääkeaineeksi.⁸⁷ Olisikin ollut selvittävä, jos lakiehdotuksen perusteluissa olisi otettu kantaa siihen, voidaanko tahallisuusarviossa ottaa huomioon se, jos syytetty on laiminlyönyt toisen tahdon selvittämisen, vaikka hänellä olisi ollut siihen selvä mahdollisuus.

Kati Nieminen on pohtinut, ovatko olosuhdetahallisuuden opit oikeastaan edes sopivia suojaamaan seksuaalisen itsemääräämisoikeutta. Empiiristen tutkimusten mukaan harvoin kyse on siitä, mitä tulkintoja tekijä teki toisen tahdosta, vaan yleensä toisen tahto sivuutetaan tietoisesti kokonaan.⁸⁸ Ruotsissa *Kerstin Berglund* on puolestaan tuonut esille, että jos tekijä on täysin vakuuttunut omista kyvyistään saada kuka tahansa suostumaan, hänellä tuskin subjektiivisesti arvioiden on edes epäilystä

toisen vapaaehtoisuuden puuttumisesta.⁸⁹ Vaikka Brå esitti raportissaan kritiikkiä Ruotsin tuottamuksellisen raiskauksen soveltamista kohtaan, katsoi se kuitenkin, että säännös oli tietyissä tilanteissa ollut aivan paikallaan.⁹⁰ Vaikka Suomessa on nyt otettu kielteinen kanta raiskauksen tuottamukselliseen kriminalisointiin erityisesti Ruotsin kokemusten pohjalta⁹¹, ei ole poissuljettua, että kysymykseen tullaan vielä palaamaan. Tällöin asiaa pitäisi tarkastella erityisesti siitä näkökulmasta, miten Suomessa tahallisuusdoktriini kehittyi suhteessa vapaaehtoisuuden tulkintoihin.

5 Lopuksi: oliko bambergilainen ylilääkäri syylinen?

Lahjoitus yleishyödyllisille järjestöille säästi työnsä, perheensä ja ilmeisesti myös elämänhalunsa menettäneen saksalaisen ylilääkärin rikosoikeudenkäynnin uusintakerrokselta.⁹² Kysymys kuitenkin jää: oliko hän syyllistynyt menettelyllään rikokseen? Entä mikä asianomistajan tahdonilmaisuihin oli ratkaiseva ja olivatko ne ylipäätään ”päteviä”? Vai oliko hänen käytöksensä tilanteessa joka tapauksessa niin ambivalenttia, ettei ylilääkärillä voinut olla tahallisuutta? Mitä pitäisi lopulta ajatella osapuolten välisestä aikaisemmasta suhteesta, tulisiko sille antaa asiassa merkitystä? Oliko asianomistaja systemaattisen vallankäytön uhri vai moderni, omat rajansa tunteva nainen? Miksi kukaan tekisi aktiivisesti mitään tahtonsa vastaista ilman uhkaamista tai pakkoa?

Helena Jokila tutki väitöskirjatutkimuksessaan kymmenen vuotta sitten, kuinka Suomessa hovi-oikeuksien väkisinmakaamista koskevissa ratkaisuissa ”vapaata valintaa koskevia filosofisia usko-

⁸⁷ Ks. *Tatu Hyttinen*, Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – Oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikka? *Defensor Legis* 6/2016, s. 916–933.

⁸⁸ *Nieminen* 2020, s. 403–405.

⁸⁹ *Kerstin Berglund*, Uppsåt till bristande samtycke, s. 66–75 teoksessa *Festskrift till Per Ole Tråskman*, Norstedts Juridik 2011, s. 72–73.

⁹⁰ Brå 2020:6, s. 87.

⁹¹ *Kimpimäki* 2020, s. 14.

⁹² Tammikuussa 2017 asianomistaja kertoi tapahtuneesta työpaikallaan, minkä johdosta asiaa käsiteltiin tiedotusvälineissä, syytetty menetti työnsä ylilääkärinä sekä (asumus)eron myötä perheensä ja kotinsa sekä yritti lopulta itsemurhaa (*Fischer* 2019, s. 580).

muksia ylläpidettiin kokemussääntöjen avulla”.⁹³ Oikeuskäytännössä juuri kokemussäännöt siitä, mitä pidetään uskottavana tai todennäköisenä, normittavat sitä, millaiset uhrit saavat oikeussuojaa. Uskottavaa uhrin toimintaa ei ollut esimerkiksi neuvottelemisen tekijän kanssa, lamaantuminen tai avun pyytämättä jättäminen, jos siihen olisi ollut tilaisuus.⁹⁴ Vastentahtoinen suostumus on paradoksi, jonka uskottavaksi tekeminen edellyttää sosiaalisesti adekvaatteina pidettyjen toimintamallien kyseenalaistamista. Kuten Jokila on tuonut esille, kyse ei ole vain lain sanamuodoista vaan taustatulkintamalleista.⁹⁵ Oikeudessa suurimpia haasteita onkin tehdä sellaisesta käytöksestä ymmärrettävää, mikä ensisilmäyksellä ei siltä vaikuta.

Olisi tietysti mahdollista valita LG Bambergin ja Hörnlen kanta, että lakia tulee tulkita sen sanamuodon mukaan, jolloin miksi-kysymykseen ei tarvitsisi vastata ollenkaan. Tällöin pidettäisiin vain tiukasti siitä tulkinnasta, että kerran ilmaistun kielteisen kannan olisi pitänyt riittää. Ei tarkoittaa ei, ja ylläikäirin olisi tullut sitä kunnioittaa. Mutta entä siten Bundesgerichtshofin esittämä kysymys tekijän tahallisuudesta? Oliko hänellä oikeus olettaa, että hän olisikin saanut asianomistajan lainmukaisissa rajoissa taivuteltua 1–2 sekunnin mittaiseen oraaliseen sukupuoliyhteyteen? Ehkä hänellä oli vankumaton usko omaan vastustamattomuuteensa eikä hänellä ollut epäilystäkään siitä, etteikö taivuttelu tälläkin kertaa onnistuisi, olihan se jo lukuisia kertoja aiemminkin onnistunut? Ratkaisuna tähän olisi mahdollista tarjota Ruotsin korkeimman oikeuden ennakkopäätöksessään *NJA 2019 s. 668* tekemää ”kompromissia”: asianomistajan vapaaehtoisuus puuttui, mutta niin puuttui myös tekijän tahallisuus.

Vai onko esitetty kysymys väärä? Bambergin tapauksessa, jos oraalinen sukupuoliyhteys katsotaan vapaaehtoiseksi, jää tekokokonaisuuteen silti edelleen elementtejä, kuten kielisuudelma, jotka ovat selvästi asianomistajan tahdon vastaisia.⁹⁶ Suomessa työryhmän ehdottaman uuden lain mukaan kyseeseen tulisi raiskauksen sijaan *seksuaalinen kajoaminen*. Kysymys ei siis välttämättä ole siitä, kuten saksalainen debatti ohjaa meitä ajattelemaan, *onko* tapahtunut rikos, vaan *mikä* rikos on tapahtunut. Seksuaalinen kajoaminen eräänlaisena uusvanhana kriminalisointina saattaa nousta oikeuskäytännössä odottamattomankin tärkeään rooliin, mikäli sen merkitys seksuaalisen itsemääräämisoikeuden takeena tilanteissa, joissa osa teosta on vapaan tahdonmuodostuksen piirissä ja osa ei, havaitaan myös lainkäytössä.

Saksalainen ja ruotsalainen oikeuskäytäntö osoittaa, että useat Suomessa työryhmän ehdottamaan sääntelymalliin liittyvät ongelmat nousevat esille vasta oikeuskäytännössä ja voivat osoittautua varsin kiperiksi. Olen tässä artikkelissa tarkastellut oikeuskäytännön ongelmia kolmesta eri näkökulmasta: (1) vapaaehtoisuuden ilmeneminen uhrin toiminnassa, (2) vapaaehtoisuuden estävät olosuhteet, ja (3) tekijän tahallisuus. Käytännössä näkökulmat ovat usein päällekkäisiä eikä vapaaehtoisuuden ilmene- mistä voida täysin irrottaa olosuhteista tai tekijän ymmärryksestä. Erityisesti olen pyrkinyt havainnollistamaan, että vapaaehtoisuus tunnusmerkistötekijänä ei ole yksinkertainen tahdonilmaisuu tai pakon puuttumista, vaan moniulotteinen oikeudellinen kokonaisarvio, jossa vapaan tahdonmuodostuksen mahdollistavilla olosuhteilla on keskeinen merkitys.

Minni Leskinen

⁹³ Jokila 2010, s. 214–215.

⁹⁴ Jokila 2010, s. 255–270.

⁹⁵ Jokila 2010, s. 270. Tutkimustulokset Ruotsista ovat samansuuntaisia. Monika Edgrenin mukaan oikeudessa on hyvin vaikea hahmottaa sitä, että uhri on haavoittuvassa asemassa, mutta samaan aikaan osittain toimintakykyinen. *Monika Edgren, Conditional Vulnerability: Rape Narratives in Swedish Courts 1990–2014*, s. 43–69 teoksessa Ulrika Andersson et al. (toim.): *Rape Narratives in Motion*. Palgrave Macmillan 2019.

⁹⁶ Tulkitsen, että tähän myös Bundesgerichtshof ratkaisussaan viittaa.